



Rivista N°: 1/2018

DATA PUBBLICAZIONE: 30/03/2018

AUTORE: Vincenzo Tondi della Mura*

DELLA SUSSIDIARIETÀ ORIZZONTALE (OCCASIONALMENTE) RITROVATA: DALLE LINEE GUIDA DELL'ANAC AL CODICE DEL TERZO SETTORE

Sommario: 1. - Non per virtù, ma per necessità: Tangentopoli, l'ANAC e la sussidiarietà orizzontale. 2. - Le ragioni della sussidiarietà orizzontale in generale. 2.1. – (segue): le implicazioni del principio di sussidiarietà sul profilo organizzativo della forma di Stato sociale. 2.2. – (segue): le implicazioni del principio di sussidiarietà sul profilo contenutistico delle pretese sociali dei singoli fruitori. 2.3. – (segue): la triangolazione dei diversi interessi coinvolti dal principio di sussidiarietà. 3. - Le carenze della traduzione disciplinare del principio di sussidiarietà nella pregressa legislazione di settore: la legge quadro n. 328 del 2000 e i rimedi della legislazione regionale. 4. – Dalla sussidiarietà per abbandono alla sussidiarietà consapevole: le Linee guida dell'ANAC. 5. – Le innovazioni di una sussidiarietà finalmente partecipata e rispettosa degli enti del Terzo settore. 5.1. – (segue): il modello collaborativo e relazionale degli enti del Terzo settore con gli enti pubblici quale metodo di realizzazione dello Stato sociale sussidiario.

1. Non per virtù, ma per necessità: *Tangentopoli, l'ANAC e la sussidiarietà orizzontale*

A considerare i modi e i tempi della progressiva traduzione normativa della sussidiarietà orizzontale nell'ordinamento italiano, vien da pensare che le difficoltà e l'estemporaneità che hanno segnato il relativo percorso siano dipese più da una risalente ostilità verso la forza simbolica espressa dal principio, che non da considerazioni riguardanti la sostenibilità delle relative implicazioni ordinamentali. E invero, tanto il relativo iniziale riconoscimento, quanto il conseguente e definitivo consolidamento sono parsi parimenti riconducibili a ragioni sostanzialmente estrinseche alla dinamica propria della sussidiarietà.

* Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università del Salento.

L'onda lunga dello statalismo post-risorgimentale, paradossalmente, è andata progressivamente esaurendosi più per inerzia sua propria, che non perché infranta sulle rocce di una diversa conformazione dell'organizzazione della comunità. Dopo essersi prolungata sul terreno dell'amministrazione per l'intero '900, a dispetto della fine del modello statocentrico presupposta dalla Costituzione del '48, essa è andata perdendo forza in concomitanza col consolidarsi di opposte tendenze di ordine politico-economico anzitutto internazionali: la crescente valorizzazione delle ragioni del mercato e dell'impresa; la diffusa insoddisfazione verso i limiti delle politiche di intervento statale e dell'espansione degli apparati amministrativi; la riduzione dell'intervento dello Stato in economia con l'introduzione di apposite misure di *deregulation*¹; la fine del *secolo socialdemocratico*, riprendendo il noto giudizio di Ralf Dahrendorf². A tali fattori devono poi aggiungersi quelli di ordine nazionale, derivanti dalla maturata necessità di ripensare la collocazione, il ruolo e le finalità della pubblica amministrazione, in modo da ridurre la spesa pubblica e da contrastare la corruzione.

Da tale ultimo punto di vista deve notarsi come l'iniziale riconoscimento del principio di sussidiarietà orizzontale sia stato introdotto in modo soprattutto contingente e necessitato; ciò ha depotenziato la discontinuità ordinamentale provocata dal suo accoglimento, privandola delle necessarie ragioni fondative e, dunque, rendendola incapace di reggere la conseguente implementazione settoriale e della prassi.

Del resto, è nota la parabola dello Stato interventista, transitato senza soluzione di continuità dalla forma di Stato liberale a quella di Stato sociale³. Si tratta di un modello che in tema di protezione sociale ha sviluppato l'impostazione della c.d. Legge Crispi del 1890, la quale gettò indiscriminatamente un "mantello pubblicistico"⁴ su un indefinito numero di organizzazioni private e religiose, trasformandole in Istituzioni Pubbliche di Assistenza e Beneficenza (IPAB) al fine di legittimare il relativo controllo da parte dello Stato. Di seguito, esso è proseguito per un intero quarantennio dopo l'avvento della Costituzione repubblicana, nonostante l'introduzione dei nuovi principi posti all'insegna della socializzazione dello Stato e non più della statalizzazione della società⁵. Infine, è stato variamente sanzionato dalla Consulta,

¹ G. DE CAPRARIIS – G. VESPERINI (a cura di), *L'Italia da semplificare. II. Le regole e le procedure* Il Mulino, Bologna, 1998; A. LA SPINA - G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000.

² R. DAHRENDORF, *Al di là della crisi*, Laterza, Bari, 1984, 11 ss., 27 ss., 112 ss. e 120 ss., intendendo con tale espressione il richiamo a "una tematica di ieri", espressiva di vocaboli (quali "crescita, uguaglianza, lavoro, ragione, Stato, internazionalismo") considerati rispondenti a ipotesi tutte ancora da formulare epperò ormai incapaci di tenersi coerentemente insieme.

³ Del resto, la formula del "non intervento" del pubblico potere è stata più declamata che realizzata dallo Stato borghese (M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1993, 36; ID., *I pubblici poteri*, Il Mulino, Bologna, 1988, 7 ss.), al punto che un complesso non piccolo di istituti di protezione sociale, una volta sviluppatosi alla fine dell'800, è poi transitato allo Stato pluriclasse del '900 (M.S. GIANNINI, *Stato sociale: una nozione inutile*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1977, 157).

⁴ F. MERUSI, *Beneficenza e sanità nella prospettiva del d.P.R. n. 616*, in *Città e Regione*, 1978, n. 11-12, 46.

⁵ N. BOBBIO, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Giuffrè, Milano, 1977, 25 ss.; ID., *La grande dicotomia*, in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977, spec. 152.

una volta ritenuti definitivamente superati i presupposti di “un sistema di pubblicizzazione generalizzato, esteso a tutte le iniziative originate dall'autonomia privata”⁶.

A ben vedere, tuttavia, l'effettiva sostenibilità di quel modello è venuta meno non tanto per i profili d'incostituzionalità rilevati dalla Corte, bensì, molto più prosaicamente, per il sopraggiungere di condizioni di fatto attestanti l'impraticabilità politica ed economica della relativa prosecuzione. Il successivo riconoscimento del principio si è realizzato – verrebbe da dire – *non per virtù, ma per necessità*, vale a dire: non già per un disegno organico di attuazione della Costituzione, bensì per rispondere in maniera contingente e ancora poco consapevole all'esigenza di sovvenire in qualche modo alle necessità proprie dello Stato sociale.

Come per una nemesi storica la più eclatante indagine giudiziaria della storia repubblicana prese avvio proprio dai riscontrati illeciti di una IPAB; ciò quasi a far concludere la parabola dello Stato interventista lì dov'era iniziata. Dagli accertamenti sulla gestione del Pio Albergo Trivulzio di Milano e dalle ammissioni del relativo presidente (quel Mario Chiesa che il segretario del Partito Socialista Italiano, Bettino Craxi, ebbe a definire come un *mariuolo isolato*⁷) prese inizio la rivoluzione giudiziaria di *Mani pulite*, la quale travolse e stravolse l'assetto politico dell'epoca, aprendo la via a una transizione mai più conclusa. Essa fece emergere la realtà di *Tangetopoli*, intesa come un sistema di corruzione talmente diffuso e radicato, da necessitare un innalzamento del costo delle opere pubbliche e un asservimento della rappresentanza politica e territoriale oramai non più sostenibili.

Il tutto, per giunta, in un contesto economico nazionale ulteriormente aggravato dall'irrompere di “fatti costituzionali” necessitanti politiche di restrizione monetaria. Il riferimento è a quella serie di eventi messa in luce opportunamente da Alessandro Mangia⁸, consistita in fatti formalmente extracostituzionali e, nondimeno, tali da provocare la *disattivazione* o la *trasformazione* di intere parti della Costituzione, pur senza agire sul piano formale della revisione. Eventi quali l'indipendenza della Banca Centrale, lo smantellamento dell'IRI e del sistema delle Banche di Interesse Nazionale, l'adesione all'Atto unico europeo e al Trattato per l'Unione europea, sono stati tali da imporre un profondo mutamento del quadro istituzionale e delle garanzie sociali sancito dalla Costituzione del '48. Sicché il sopradimensionamento dei compiti assunti dallo Stato rispetto alle condotte dettate dal mercato unificato e dalla concorrenza fra sistemi ha preso il sopravvento, provocando l'accumulazione esponenziale del debito pubblico sia pure coperto con risorse (all'epoca) ancora interne e nazionali⁹. Considerata la prevedibile imminenza di quanto puntualmente verificatosi, resta così lapidario l'allarme lanciato da Giuseppe Guarino già nel '91: “Dovendo piegarsi alle necessità derivanti dal mercato unificato, l'Italia sarà costretta a tralasciare l'ulteriore perseguimento degli

⁶ C. cost., n. 396/1988, § 6 del *Considerato in diritto*, nonché n. 466/1990 e n. 484/2000.

⁷ M. PINI, *Craxi. Una vita, un'era politica* (2001), Mondadori, Milano, 2006, 459 ss.

⁸ A. MANGIA – A. MORRONE, *Oltre il sì e il no. Dialogo sulle riforme*, a cura di G. Zanchini, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, spec. 43 ss.

⁹ G. GUARINO, *Verso l'Europa, ovvero la fine della politica*, Mondadori, Milano, 1997, 48 ss., il quale ha evidenziato come al 31.12.1991, mentre il debito pubblico corrispondeva al 101,4% del PIL, la ricchezza finanziaria delle famiglie era pari al 162,7% del debito stesso, con ciò dimostrando che il saldo a favore del risparmio era elevatissimo.

obiettivi sociali, caratterizzanti del sistema ed additati da norme costituzionali. Vedrà smantellate le istituzioni, nelle quali si esprimeva l'economia mista. Dovrà prepararsi a vedere attenuate sinanche misure di protezione sociale, che erano state faticosamente conseguite”¹⁰.

E tuttavia, tornando agli effetti dell'indagine di *Mani pulite*, la cui storia politica attende ancora una chiara ricostruzione¹¹, tali e tante sono state le equivocità e strumentalità sottese, risaltano le ragioni dell'esaurimento della parabola compiuta dallo Stato interventista: iniziata in via legislativa sulla scorta di una precisa configurazione del rapporto fra potere pubblico e iniziativa privata, essa si è conclusa per altra via: non più legislativa con la riforma di un nuovo modello sociale, bensì – per così dire - mediatico-giudiziaria. A sancire l'esaurimento di quel modello è stata soprattutto la consapevolezza politica dell'insofferenza dell'opinione pubblica verso il perdurare di un intervento diretto del potere pubblico nella gestione dei servizi, rivelatosi pervicace, incontrollabile e fonte di sprechi e di corruzione senza fine. A riscontro della necessità di un nuovo modello di Stato sociale, in altri termini, più che le relative ragioni di costituzionalità, sono valse soprattutto le deposizioni di Mario Chiesa e la rappresentazione processuale di un sistema oramai saturo e senza prospettive.

È in tale contesto, per l'appunto, che negli ultimi anni del '900 ha preso avvio il riconoscimento del principio di sussidiarietà orizzontale, inizialmente in via legislativa (art. 3, comma 5, del d. lgs. n. 267/2000; artt. 1, comma 3, e 5 della l. n. 328/2000)¹² e poi in via costituzionale (art. 118, ult. comma, Cost.)¹³. Il problema, piuttosto, è derivato dalla scarsa convinzione e consapevolezza con cui il legislatore ha attrezzato il principio nelle conseguenti discipline di settore, privandolo dei necessari presupposti operativi sino a pregiudicarne la funzionalità ed effettività.

I punti di sofferenza di quelle discipline si sono trascinati per circa un ventennio, trovando un iniziale motivo di compimento solamente da ultimo. Il paradosso, tuttavia, è che anche questa volta il legislatore si è dimostrato impreparato e condizionato dagli eventi. Il necessario intervento legislativo è avvenuto non solo sulla scorta dei medesimi presupposti di fatto impiegati nella precedente occasione (il contrasto alla corruzione e il contenimento

¹⁰ G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra costituzione ed istituzioni comunitarie*, in AA.VV., *La costituzione economica*, Atti del Convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Ferrara, 11-12 ottobre 1991, Cedam, Padova, 1997, 53.

¹¹ M. LUCIANI, *Il Parlamento negli anni Novanta*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Il Parlamento. Annali della Storia d'Italia*, 17, Einaudi, Torino, 2001, 421-422; nonché, sia consentito il rinvio a V. TONDI DELLA MURA, *Alle origini della crisi «perfetta»: dal realismo della tolleranza all'astrazione dell'intolleranza*, in *Scritti in onore di Francesco Gabriele*, Cacucci, Bari, 2016, spec. 980 ss.

¹² Inizialmente il disegno di legge della futura legge n. 59/1997 introduceva il principio di sussidiarietà in senso ampio, comprendendo sia “la eliminazione e la soppressione delle funzioni e dei compiti divenuti superflui o che possono essere utilmente attribuiti alle attività e alla autonomia privata”, sia l’“attribuzione, ove possibile, delle responsabilità pubbliche alla autorità territorialmente più vicina ai cittadini” (A.S. n. 1124/1996, art. 4, lett. a), n. 1).

¹³ Il testo approvato dalla Commissione ai sensi della l. cost. n. 1/1997 era il seguente: “Le funzioni che non possono essere più adeguatamente svolte dall'autonomia dei privati sono ripartite tra le Comunità locali, organizzate in Comuni e Province, le Regioni e lo Stato, in base al principio di sussidiarietà e di differenziazione, nel rispetto delle autonomie funzionali, riconosciute dalla legge. La titolarità delle funzioni spetta agli enti più vicini agli interessi dei cittadini, secondo il criterio di omogeneità e di adeguatezza delle strutture organizzative rispetto alle funzioni medesime” (art. 56).

della spesa pubblica), quanto, più ancora, a seguito dell'iniziativa di un'autorità indipendente, l'Autorità Nazionale Anticorruzione, "del tutto assolta da ogni rapporto di *accountability* nei confronti della collettività" ¹⁴.

E così le linee guida dell'ANAC si sono dimostrate essenziali per la definizione del rapporto fra Terzo settore ed enti pubblici disciplinato dal decreto legislativo n. 117 del 3 luglio 2017 (*Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106*) ¹⁵. Anche se emanate "con lo scopo di fornire indicazioni operative alle amministrazioni aggiudicatrici e agli operatori del settore" ¹⁶, esse hanno supplito alle carenze teoriche e decisionali del legislatore delegato, orientando la stesura del Codice del Terzo settore più per l'autorevolezza della fonte di provenienza, che non per l'incertezza della forza normativa impegnata ¹⁷.

La circostanza non è nuova. Essa, anzi, conferma per l'ennesima volta gli effetti provocati sul sistema ordinamentale dal perdurare di una crisi di regime senza fine, la cui mancata soluzione continua ad avvelenare il Paese dall'ultimo decennio del secolo scorso. La delegittimazione della politica si è tradotta nella relativa fuga dalle connesse prerogative e responsabilità decisionali ¹⁸. Le decisioni più complesse sono state dirottate dalla sede legislativa verso istanze apparentemente tecniche e imparziali, verso poteri ritenuti «neutri» in quanto estranei al circuito democratico-rappresentativo, verso gli organi giurisdizionali (il «governo dei giudici»), le autorità amministrative indipendenti, le amministrazioni pubbliche ¹⁹.

La legislazione politicamente più sensibile, di conseguenza, è stata realizzata all'insegna di una *neutralità politica* per nulla equiparabile a quella "neutralità ideologica" rinvenuta da Leopoldo Elia nei lavori dell'Assemblea costituente. Questa fu improntata allo scopo di favorire una confluenza fra correnti ideologiche e politiche irrealizzabile sul piano meramente teorico ²⁰; soprattutto in tema di diritti fondamentali rimasero "per così dire in an-

¹⁴ M. ESPOSITO, *Cantone, la strana "Autorità" che fa (volentieri) a meno della democrazia*, in www.ilsussidiario.net, 2 maggio 2017.

¹⁵ Sul disegno di legge delega presentato dal Governo, si v. il numero monografico di *Non profit*, 3/2014 appositamente curato da L. Gori ed E. Rossi.

¹⁶ AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE, Delibera n. 32 del 20 gennaio 2016, Determinazione, *Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali*, 3.

¹⁷ G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, 273 ss.

¹⁸ M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in www.rivistaaic.it, 2012, 3; ID., *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. ZANON – F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Giuffrè, Milano, 2001, 109 ss.; ma già ID., *Giurisdizione e legittimazione nello stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in *Pol. dir.*, 1998, 365 ss.

¹⁹ V. LIPPOLIS – G. PITRUZZELLA, *Il bipolarismo conflittuale. Il regime politico della Seconda Repubblica*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2007, 161.

²⁰ Valse al riguardo il paradossale suggerimento rivolto da Maritain ai colleghi estensori della Dichiarazione dei diritti dell'uomo in occasione dei lavori dell'apposito Comitato nominato dall'UNESCO: "siamo d'accordo sui diritti, ma a condizione che nessuno ci chieda perché". Cfr. M.A. GLENDON, *Knowing the Universal Declaration of Human Rights* (1998), *Conoscere la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in ID., *Tradizioni in subbuglio*, ed. it. a cura di P.G. Carozza e M. Cartabia, Rubettino, Soveria Mannelli, 2007, 53. Si v. inoltre L. BONANATE – R. PAPINI, *La democrazia internazionale. Un'introduzione al pensiero politico di Jacques Maritain*, Il Mulino, Bologna, 2006, 128.

ticamera le premesse di valore e il discorso sui presupposti di fondo”, ritenendosi “sufficiente” soffermarsi sui “concetti pratici” coinvolti²¹. La prima, al contrario, continua a essere improntata allo scopo di legittimare sul piano politico-legislativo decisioni impopolari diversamente mai realizzabili, appositamente rimesse alla decisione di autorità terze così da eludere la connessa responsabilità politica. Il tutto, ovviamente, a discapito della coerenza logica e teleologica dei testi normativi di risulta.

2. Le ragioni della sussidiarietà orizzontale in generale

La mancata coerenza disciplinare nella traduzione legislativa settoriale del principio di sussidiarietà è derivata dalla scarsa considerazione mostrata dal legislatore verso l'incidenza del *fatto materiale* nelle concrete modalità di *immedesimazione*²² della comunità sociale nella gestione delle funzioni pubbliche.

Si è trattato di un limite basilare, posto che il riferimento al fatto è consustanziale alla sussidiarietà. La costituzionalizzazione del principio, del resto, elevando il fatto materiale (e perciò le esigenze contingenti dei singoli) a parametro di validità dell'azione dei pubblici poteri²³, ha prodotto un duplice effetto, incidendo in pari modo sia sul profilo organizzativo dell'impianto ordinamentale, sia su quello contenutistico delle pretese dei singoli verso l'apparato pubblico.

2.1. (segue): le implicazioni del principio di sussidiarietà sul profilo organizzativo della forma di Stato sociale

Quanto alle implicazioni organizzative del principio, questo non sancisce tanto il mero dovere dei pubblici poteri (istituzionali, territoriali e sociali) di privilegiare a parità di condizioni l'azione privata a discapito di quella pubblica²⁴; piuttosto, esprime un ripensamento

²¹ L. ELIA, *Maritain e la rinascita della Democrazia. Schema per una ricerca*, in *Studium*, 1977, 587, ora anche in http://www.dircost.unito.it/estratti/pdf/ELIA_Maritain.pdf. Su tale prospettiva *implicita* dei diritti fondamentali, sia consentito il rinvio a V. TONDI DELLA MURA, *Il patto costituzionale fra teologia politica e teologia della politica*, in *Quad. cost.*, n. 2/2015, 492.

²² G. PASTORI, *La sussidiarietà “orizzontale” alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative*, in A. RINELLA, L. COEN, R. SCARCIGLIA (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Cedam, Padova, 1999, 174.

²³ A. RUGGERI, *Scrittura costituzionale e diritto costituzionale non scritto*, in *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti*, VIII, *Studi dell'anno 2004*, Giappichelli, Torino, 2005, 101.

²⁴ Sull'alternativa relativa alla effettiva portata della sussidiarietà nel nostro ordinamento, tra la dimensione di *criterio procedurale*, inteso quale preferenza di un soggetto territoriale o funzionale ad altro soggetto territoriale o funzionale (su cui fra gli altri: G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 5 ss.), ovvero di *principio sostanziale*, con contenuto normativo autonomo che non si esaurisce nelle singole disposizioni che lo traducono in regole specifiche (su cui fra gli altri: P. RIDOLA, *Il principio di sussidiarietà e la forma di Stato di democrazia pluralistica* in A.A. CERVATI, S. PANUNZIO, P. RIDOLA (a cura di), *Studi sulla riforma costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2001, spec. 198 ss.), si v. diffusamente A. POGGI, *Il principio di sussidiarietà e il “ripensamento” dell'amministrazione pubblica. (Spunti di riflessione sul principio di sussidiarietà nel contesto delle riforme amministrative e costituzionali)*, in *Scritti in onore di Fausto Cuocolo*, Giuffrè, Milano, 2005, 1103 ss.

dell'amministrazione e dell'assetto organizzativo dei medesimi poteri, tale da implicare un'inedita considerazione dell'interesse generale²⁵. Detto interesse è ora colto con riguardo non più solo alla fase terminale del relativo perseguimento, bensì soprattutto a quella iniziale dell'individuazione e definizione dello stesso. Compito della "Repubblica", per tale via, è di favorire l'iniziativa privata, in modo da renderla adeguata a cogliere e compiere l'interesse generale nell'esercizio delle funzioni di volta in volta interessate; ciò nei diversi livelli regolativi e applicativi implicati, tanto in fase legislativa (statale e regionale), quanto in fase amministrativa e della prassi.

Si tratta di un'evoluzione che porta a considerare il diverso ruolo cui ora è chiamato il potere pubblico, così da esprimere un assetto sociale inteso non più in modo verticistico, ma nella pluralità di forme e contenuti che caratterizzano il tessuto comunitario; un assetto volto a ricondurre a sintesi la molteplicità delle istanze avanzate dall'insieme delle realtà, private e pubbliche, costituenti la "Repubblica". Dette istanze recano esigenze di partecipazione, gestione, collaborazione e controllo nell'erogazione delle prestazioni sociali, che presuppongono adeguati moduli organizzativi; moduli collaborativi e relazionali, finalizzati a una più compiuta interpretazione dei bisogni sociali e a una pari regolazione dei relativi interventi soddisfatti.

Il ruolo che le istituzioni territoriali sono chiamate ad assumere, in altri termini, è un ruolo regolatore e sussidiario²⁶ in tutti i settori in cui è costituzionalmente garantita la concreta realizzazione dei diritti sociali, quale che sia la natura pubblica o privata dell'ente erogatore; ruolo che implica quella funzione di direzione e vigilanza del potere pubblico, già rinvenibile nelle prime letture del principio, attente a sottolineare la necessità di un compito di promozione, coordinamento e controllo da riservare al potere pubblico²⁷.

²⁵ Su tali profili, ampiamente trattati in dottrina anche prima della riforma (cfr. per tutti F. BENVENUTI, *Disegno della amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Cedam, Padova, 1996, 345 ss.; ID., *L'ordinamento repubblicano* (Ed. a cura di L. BENVENUTI), Cedam, Padova, 1996, 53 ss.), si v. fra gli altri: G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Jovene, 2005, I, 179 ss.; ID., *Cittadini attivi. Un altro modo di pensare l'Italia*, Laterza, Roma-Bari, 2006, spec. 59 ss.; A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2001, 29.

²⁶ Su cui si v. più in generale, A. LA SPINA – G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, 2000; C. MILLON – DELSOL, *Le principe de subsidiarité* (1993), tr. it. a cura di M. TRINGALLI, *Il principio di sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2003.

²⁷ Stando alla enunciazione classica del principio di sussidiarietà formulata dal Magistero della Chiesa, infatti, in tanto "l'autorità suprema dello Stato", deve rimettere "ad assemblee minori ed inferiori il disbrigo degli affari e delle cure di minor importanza, dalle quali essa del resto sarebbe più che mai distratta", in quanto potrà in tal modo "eseguire con più libertà, con più forza ed efficacia le parti che a lei sola spettano, perché essa sola può compierle; di direzione cioè, di vigilanza, di incitamento, di repressione, a seconda dei casi e delle necessità" (così la *Quadragesimo anno* di Pio XI, n. 81, corsivo non testuale; ma in senso analogo si v. GIOVANNI XXIII, *Mater et magistra*, 15/5/1961, 57-59, 122, 160; ID., *Pacem in terris*, 11/4/1963, 48; GIOVANNI PAOLO II, *Centesimus annus*, 1/5/1991, 15 e 48). Si v. per tutti F. PIZZOLATO, *La sussidiarietà nell'eclisse del bene comune: la mediazione costituzionale*, in F. PIZZOLATO – P. COSTA (a cura di), *Il lato oscuro della sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2013, 102 ss.

Con pari accenni, nel corso dei lavori in Assemblea Costituente (seduta dell'11 marzo 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Camera dei Deputati, Roma, 1971, I, 316), Giorgio La Pira affermava che "lo Stato non è tutta la società, ne è una delle forme sociali nelle quali si articola l'organismo sociale [...]. Lo Stato è l'assetto giuridico di tutta questa società, ma non l'assorbe: soltanto la dirige, la coordina, la integra e, dove è necessario, la sostituisce" (corsivo non testuale).

La funzione di direzione e vigilanza dell'ente regolatore, per tale via, non può essere intesa in senso riduttivo, quale mero controllo finale del tipo di prestazione erogata, ovvero quale semplice verifica del raggiungimento del risultato perseguito, considerato nella sua materialità e avulso da ogni legame con il contesto culturale e sociale di riferimento. Al contrario, essa deve essere assunta in senso estensivo, in modo da includere tutti gli ulteriori elementi di giudizio indispensabili per una piena soddisfazione della pretesa sociale, compresi quelli riguardanti il profilo della preferenza dell'utente verso il soggetto erogatore. Da tale punto di vista - come ha giustamente rilevato Francesco Dal Canto - i privati devono essere coinvolti nell'attuazione della sussidiarietà non soltanto nel momento tradizionale della gestione ed erogazione dei servizi, ma anche nelle fasi 'ascendenti', della definizione dei processi decisionali finalizzati alla elaborazione delle politiche e alla predisposizione dei successivi atti di programmazione, e 'discendenti', quest'ultima volta alla verifica e al controllo sia dell'operato dell'amministrazione regionale che di quello dei privati²⁸.

Del resto, come ben evidenziato da attenti studi statistico-valutativi²⁹, l'attività di misurazione degli effetti di una prestazione deve essere funzionale a valutarne non solo l'efficacia, bensì soprattutto la qualità. La fase di valutazione non dovrebbe essere limitata a cogliere il solo aspetto quantitativo della erogazione del servizio, secondo la prospettiva unidimensionale dettata dal profilo tecnico-scientifico coinvolto; dovrebbe piuttosto attenersi anche e soprattutto al relativo aspetto qualitativo, in modo da cogliere l'esito complessivo dell'attività resa. Si renderebbe così necessaria una valutazione multidimensionale, comprensiva pure del profilo della preferenza dell'utente verso il soggetto erogatore; specie in campo sociale, infatti, il coinvolgimento dell'utente (inteso come soggetto e non più solo oggetto della prestazione) è di fondamentale importanza per il buon esito del trattamento reso.

2.2. (segue): le implicazioni del principio di sussidiarietà sul profilo contenutistico delle pretese sociali dei singoli fruitori

Il discorso porta così al secondo effetto innovativo prodotto dal riconoscimento del principio di sussidiarietà. Più in generale, esso rinvia al tema della protezione accordata dalla Repubblica al contenuto dei diritti sociali e alle ragioni per cui il processo decisionale pubblico è chiamato a rendere effettivo il profilo della personalizzazione della prestazione sociale da parte dell'utente, nel rispetto delle preferenze anche socio-culturali dello stesso.

È questa un'ulteriore implicazione della strutturazione comunitaria dello Stato sociale, riassuntivamente colta nel passaggio di formule dal *Welfare state* alla *Welfare society* o an-

²⁸ F. DAL CANTO, *La conferenza permanente delle autonomie sociali*, in P. CARROZZA, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Toscana*, Torino, 2015, 184.

²⁹ R. CARABALONA e G. VITTADINI, *Indicatori ed outcome per la valutazione della qualità negli ospedali: problemi metodologici ed applicativi*, in *Non profit*, 2004, 233 ss.; E. GORI e G. VITTADINI, *La valutazione dell'efficienza ed efficacia dei servizi alla persona. Impostazione e metodi*, in ID., (a cura di), *Qualità e valutazione nei servizi di pubblica utilità*, Etas, Milano, 1999.

che *community*³⁰. E invero, il fatto che i diritti sociali siano incentrati sui luoghi e legami sociali nei quali e mediante i quali si svolge la personalità del singolo, comporta che, ove possibile, il relativo compimento rifletta tale relazionalità³¹.

Una volta svincolati dal rapporto obbligato ed esclusivo con l'azione dei pubblici poteri, i diritti sociali afferiscono a un diverso sistema di servizi; più protagonisti, istituzionali e della solidarietà, vengono parimenti chiamati a realizzare in modo pluralistico il diritto soggettivo alla prestazione, rispondendo alle diverse esigenze presenti nel corpo sociale ed egualmente meritevoli di tutela.

Inoltre, tenuto conto che i servizi sociali non possono essere considerati come *merci qualunque*³², il profilo della prestazione erogata può essere non più solo fungibile, ma anche infungibile. Nel caso in cui derivi dall'amministrazione pubblica, la prestazione deve necessariamente ripetere un modello neutrale e preconstituito, informato ai soli parametri d'imparzialità, efficacia ed efficienza, in modo da soddisfare indistintamente le svariate esigenze dei destinatari, intese globalmente in un'accezione, per così dire, *formale* dell'eguaglianza sostanziale. Per contro, nel caso in cui sia erogata dal soggetto privato, la prestazione può ben presentare le peculiari connotazioni (culturali o d'altro genere) proprie di tale organismo, in quanto rispondenti alla previa ed apposita scelta all'uopo formulata dall'utente, fra la pluralità dei servizi offerti dai diversi soggetti pubblici e privati operanti sul territorio; sicché le esigenze del destinatario questa volta sono intese singolarmente, in un'accezione, per così dire, *sostanziale* dell'eguaglianza sostanziale.

In altri termini, la protezione del diritto sociale da parte della Repubblica non può non risolversi anche nella tutela del relativo contenuto, a garanzia della libera determinazione tanto del destinatario della prestazione, quanto dell'erogatore (privato) della stessa.

E così il titolare del diritto sociale è contestualmente legittimato a esigere che la prestazione gli sia fornita in un contesto di concezione di vita che gli è propria, coerente con le specifiche esigenze esistenziali e gli orientamenti culturali assunti³³. Sicché il profilo della preferenza della prestazione si traduce nel diritto del singolo fruitore di scegliere fra la pluralità dei servizi offerti dai soggetti privati e pubblici operanti sul territorio. Analogamente, il soggetto privato chiamato a erogare il servizio in adempimento del diritto-dovere di solidarietà,

³⁰ Cfr. fra gli altri: U. ASCOLI e C. RANCI (a cura di), *Il welfare mix in Europa*, Carocci, Roma, 2003; M. BERGO, *Il diritto sociale frammentato. Principio di sussidiarietà e assistenza sociale*, Cedam, Padova, 2013, 197 ss.; F. CAFAGGI (a cura di), *Modelli di governo, riforma dello stato sociale e ruolo del terzo settore*, Il Mulino, 2002; G. VITTADINI (a cura di), *Liberi di scegliere. Dal Welfare state alla Welfare society*, Etas, Milano, 2002.

³¹ A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giuridica*, Treccani, Roma, 1990, ora anche in *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1997, 162; E. LONGO, *Le relazioni giuridiche nel sistema dei diritti sociali. Profili teorici e prassi costituzionali*, Cedam, Padova, 2012, 44 ss., 210 ss.; nonché sia consentito il rinvio a V. TONDI DELLA MURA, *Famiglia e sussidiarietà, ovvero: dei diritti (sociali) della famiglia*, in *Dir. soc.*, 2005, 523 ss.

³² M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1994, 99.

³³ L. DEGRASSI, *La razionalizzazione dello Stato sociale nell'ordinamento dei servizi alla persona e alla comunità*, Giuffrè, Milano, 2004, 365 ss.; S.A. FREGO LUPPI, *Servizi sociali e diritti della persona*, Giuffrè, Milano, 2004, 148 ss.; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002, 279 ss.

ha diritto di prestare l'attività in modo coerente con la propria specificità culturale ³⁴. L'infungibilità della prestazione, per tale via, deriva dal fatto di essere conformata tanto ai parametri eventualmente all'uopo predisposti dall'amministrazione, quanto a quelli ulteriori caratterizzanti il fornitore del servizio.

2.3. (segue): la triangolazione dei diversi interessi coinvolti dal principio di sussidiarietà

Si arriva così alla comprensione del ruolo delle istituzioni pubbliche. Queste sono tenute a *favorire* (art. 118, ult. comma, Cost.) il concretizzarsi di una pluralità di offerte da sottoporre alla preferenza degli utenti, per il compimento di un effettivo diritto di scelta degli stessi; sono chiamate a realizzare un'organizzazione pluralistica, in cui sia rinvenibile una "separazione" tra ente regolatore, soggetti erogatori dei servizi e acquirenti. Il tutto, secondo un modello capace di assumere una valenza inclusiva e regolativa della triangolazione dei diversi interessi coinvolti: quelli dell'utente, di scelta della prestazione più adeguata alle esigenze esistenziali e relazionali vantate; quelli dei gestori pubblici e privati, di partecipazione alle necessità sociali e di erogazione dei servizi soddisfattivi delle pretese sociali, secondo la rispettiva natura e configurazione culturale; infine, quelli dell'ente titolare della funzione pubblica, di garanzia dell'erogazione del servizio richiesto nel rispetto delle condizioni di efficacia e di efficienza all'uopo eventualmente predisposte ³⁵.

Si tratta, in altri termini, di fare in modo che il diritto di scelta riservato all'utente del servizio, sia effettivamente esercitato in relazione a tutte le differenti offerte rese disponibili dai soggetti appositamente coinvolti dall'amministrazione regolatrice; con la conseguenza che non possa esservi risultato finale sussidiariamente valutabile, se relativo a una prestazione sociale erogata in assenza della relativa previa scelta (o, peggio ancora, della possibilità della previa scelta) del soggetto gestore da parte del destinatario. Tanto più che è lo stesso principio di sussidiarietà a porsi quale elemento di flessibilità del sistema, per un'amministrazione di risultato improntata al soddisfacimento di esigenze unitarie secondo una vocazione dinamica e non più statica dell'amministrazione stessa ³⁶.

Il principio di sussidiarietà, del resto, "è *eversivo* in senso positivo", in quanto sposta l'attenzione dalla forma al contenuto degli atti; contenuto "il cui valore è determinato da un parametro finora reso non trasparente, perché occultato, dalle competenze e dalla procedura

³⁴ A. MATTIONI, *Scuola privata e pubblica* (1997), ora anche in ID., *Società e istituzioni. Una raccolta di scritti*, Jovene, Napoli, 2005, 695 ss.; ma già ID., "Pubblico" e "privato" nella programmazione e nella gestione dei servizi sociali. *Prime considerazioni* (1978), *ivi*, 197 ss.

³⁵ Sia consentito il rinvio a V. TONDI DELLA MURA, *Regione e sussidiarietà orizzontale*, in G. CAMPANELLI, M. CARDUCCI, I. LOIODICE, V. TONDI DELLA MURA (a cura di), *Lineamenti di Diritto costituzionale della regione Puglia*, Giappichelli, Torino, 2016, 181 ss.; ID., *La solidarietà fra etica ed estetica. Tracce per una ricerca*, in *Scritti in onore di Angelo Mattioni*, Vita e Pensiero, Milano, 2011, 666 ss.

³⁶ G. PASTORI, *Il principio di sussidiarietà fra legislazione e giurisprudenza costituzionale*, in E. DE MARCO (a cura di), *Problemi attuali della "sussidiarietà"*, Giuffrè, Milano, 2005, 53.

e non chiarito invece, come si attende che sia, dalla concreta e misurabile capacità di adempiere alle obbligazioni di risultato di cui il cittadino è titolare in base alla Costituzione”³⁷.

Nel quadro di una sussidiarietà concretamente intesa come condivisione di funzioni e responsabilità pubbliche, in definitiva, assume una diversa e inedita connotazione la prospettiva di sostegno e d'intervento offerta dal potere pubblico alle organizzazioni sociali. Questa, infatti, più che essere limitata a «favorire» solamente il mero svolgimento delle attività private, sia pure secondo le modalità organizzative disposte dal principio di sussidiarietà, è chiamata a «favorire» il buon esito delle stesse; e ciò sino a curare e salvaguardare il relativo profilo qualitativo, in quanto espressivo dell'infungibile specificità dell'organismo di provenienza. Ecco perché *sussidiarietà* (del sistema) e *qualità* (della prestazione) sono due termini che non possono essere disgiunti.

3. Le carenze della traduzione disciplinare del principio di sussidiarietà nella pregressa legislazione di settore: la legge quadro n. 328 del 2000 e i rimedi della legislazione regionale

È nel quadro delle trasformazioni ordinamentali presupposte dal riconoscimento del principio di sussidiarietà, che occorre inquadrare sia le carenze registrate dalla relativa traduzione legislativa settoriale, sia le innovazioni introdotte dal nuovo Codice del Terzo settore.

Quanto alle prime, esse certamente confermano la scarsa convinzione con cui il legislatore ha preso in conto un principio già di per sé suscettibile di diverse applicazioni, se non altro per il carattere polisemico del relativo termine; emblematico, al riguardo, è il fatto che quest'ultimo sia fra i pochi della lingua italiana a non avere sinonimi, comprendendo nel suo ambito una tale pluralità di sensi, da rendere problematica l'individuazione del relativo valore semantico³⁸.

In assenza di chiare e univoche ragioni a sostegno di una prospettiva d'inveramento del principio, sono rimaste sostanzialmente eventuali ed evanescenti le connesse modalità di raccordo fra il potere pubblico e la società civile³⁹. Ne è derivata una confusa giustapposizione fra due modelli alternativi di Stato sociale: quello precedente, di tipo interventista e assistenzialista, e quello successivo, di tipo regolatore e sussidiario.

³⁷ M. BERTOLISSI, *Il federalismo fiscale*, in AA. VV., *Sussidiarietà e riforme istituzionali. Rapporto sulla sussidiarietà 2007*, Mondadori Università, Milano, 2008, 51.

³⁸ L. VIOLINI, *Teorie e tecniche della sussidiarietà*, in ID. (a cura di), *L'attuazione della sussidiarietà orizzontale in Lombardia*, Giuffrè, Milano, 2004, 19.

³⁹ Il tema delle possibili forme di interazione dei soggetti del Terzo Settore con l'amministrazione pubblica è stato affrontato dalla dottrina variamente e a più riprese. Ai fini della presente indagine si v. fra gli altri: A. ALBANESE, *Servizi sociali*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, tomo IV, 1897 ss.; E. BALBONI (et al.) (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 2003; M. CONSITO, *Accreditamento e terzo settore*, Napoli, 2009, 33 ss.; P. DE ANGELIS, *La partecipazione dei soggetti privati, non profit e for profit, nella erogazione dei servizi sanitari*, Giappichelli, Torino, 2017, spec. 75 ss.; E. ROSSI, *Il futuro del terzo settore nei servizi alla persona*, in *Aretè*, 2010, 23 ss.; E. VIVALDI, *I servizi sociali e le Regioni*, Torino, 2008, spec. 183 ss.

La sussidiarietà, del resto, non si esaurisce nella sfera di ciò che è giuridicamente rilevante secondo teorie rigorosamente giuspositivistiche; piuttosto - riprendendo Giorgio Pastori - "investe il confine esterno delle istituzioni e coinvolge il rapporto fra queste, i cittadini, e la società, implicando non più soltanto la prossimità nell'esercizio delle funzioni rispetto al cittadino, ma l'immedesimazione dei cittadini e della società organizzata nell'esercizio delle funzioni medesime"⁴⁰.

Il problema, come prevedibile, ha riguardato la mancata *procedimentalizzazione* del principio. Non è stata adeguatamente colta e valorizzata l'importanza d'integrare i procedimenti dei pubblici poteri con adeguate fasi conoscitive, consultive, di valutazione e di controllo; ciò con la conseguenza di demandare alle amministrazioni interessate il compito di colmare le inevitabili carenze cognitive in via verticistica e - per così dire - *inaudita altera parte*.

Eppure l'esigenza era risalente. Già prima del riconoscimento del principio il *Rapporto biennale sul Volontariato in Italia* del 1998 aveva insistito sulla necessità di formalizzare una tale dinamica inclusiva. Nel richiamare la fase allora incipiente di ridefinizione del ruolo dei poteri pubblici, il *Rapporto* aveva evidenziato il diffondersi di ipotesi non più solo di delega per la gestione di attività di servizio, regolamentabile da strumenti contrattuali, ma di partecipazione nella programmazione, pianificazione di interventi, progettazione, coprogettazione e partenariato per la presentazione-realizzazione di progetti di interesse sociale; ciò per mezzo di una logica di rapporti fra enti pubblici e parti sociali orientata più nei termini della concertazione, che non della contrattazione *ex post* o della delega. In tal senso aveva sottolineato il ricorso alla realizzazione di patti territoriali con una partecipazione attiva dei vari soggetti del terzo settore, nell'intento di ridefinire possibilità, condizioni e modelli di sviluppo territoriale per un rilancio delle possibilità occupazionali e della qualità della vita⁴¹.

La questione era stata poi affrontata dalla legge quadro n. 328 del 2000 in modo sofferto e contraddittorio, ma certamente innovativo, al punto da aver segnato il traguardo culturale del primo organico tentativo di ridefinizione del ruolo del potere pubblico in campo sociale, posto in essere ben prima del riconoscimento costituzionale del principio di sussidiarietà e alla luce del medesimo principio.

La disciplina muoveva dall'assunto allora inedito, secondo cui la titolarità delle funzioni pubbliche, pur rimanendo nella responsabilità dei poteri pubblici⁴², non comporta necessariamente la relativa gestione in capo agli stessi. In tal senso disponeva la conversione della titolarità pubblica in titolarità prevalentemente di governo, da esplicarsi "in primo luogo, nell'esercizio di funzioni di regolazione"⁴³; ai singoli fruitori veniva quindi riconosciuta la garanzia del diritto di scelta fra la pluralità dei servizi offerti. L'innovazione sanciva così il supe-

⁴⁰ G. PASTORI, *La sussidiarietà "orizzontale" alla prova dei fatti*, cit., 174.

⁴¹ *Rapporto biennale sul volontariato in Italia, 1998*, Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento per gli affari sociali, Roma, 141 ss. e 367 ss.

⁴² A. NOCERINO, *Art. 1*, in E. BALBONI (et al.) (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali*, cit., 83.

⁴³ Così la Relazione della Commissione Affari sociali della Camera al testo unificato, in *Atti Camera*. Di analogo tenore è il *Documento conclusivo della Indagine conoscitiva sul terzo settore* (approvato dalla Commissione affari sociali della Camera dei Deputati - Comitato permanente per il terzo settore, in COMMISSIONE XII (AFFARI SOCIALI), *Il terzo settore*, Atti parlamentari, XIII legislatura, Roma, 2001, 305 ss.

ramento della concezione statalista dei diritti sociali in attuazione di una vera e propria filosofia solidale e sussidiaria.

Al contempo, tuttavia, la normativa presentava talune incongruenze proprie di una riforma che (finalmente) riusciva (solo) ad aprire una fase di transizione. Con riguardo al sistema dei raccordi fra enti, la legge non arrivava a realizzare quella discontinuità pure impressa nella perseguita svolta culturale. Il modulo organizzativo appariva ancora parzialmente definito da un modello culturale di amministrazione di tipo risalente e antitetico a quello introdotto; per molti versi permaneva la precedente impostazione interventista, pervicacemente programmatica e inidonea a coinvolgere attivamente le formazioni sociali nell'organizzazione del sistema; restava assente, insomma, l'*imprinting* di una programmazione "partecipata"⁴⁴, qual era quella richiesta dalla forma di Stato sociale in via di trasformazione. Al modello della "programmazione negoziata" presente nella prima parte della legge, volto a consentire una concertazione e cooperazione fra livelli istituzionali e fra questi e i soggetti sociali, veniva a contrapporsi nella parte seguente della legge il modello alternativo della "programmazione a cascata"⁴⁵.

Il profilo della preferenza dell'utente⁴⁶, per tale via, risultava nella sostanza dimidiato, dal momento che lo spettro delle offerte a disposizione dell'avente diritto veniva ristretto alla gamma ridotta di quelle al momento territorialmente disponibili. Il coinvolgimento delle autonomie sociali nel processo decisionale pubblico, infatti, era previsto solo localmente, esaurendosi nel relativo concorso a una programmazione impostata sotto forma di concertazione nell'adozione dell'accordo di programma relativo al piano di zona. Per contro, sul piano nazionale e regionale l'intervento del Terzo settore nella previa attività di programmazione non era stato nemmeno contemplato dalla legge, essendo stati respinti i due emendamenti presentati nel corso dei relativi lavori preparatori⁴⁷; la partecipazione del privato sociale, pertanto, era ridotta alla resa di un mero parere.

L'apporto privato, in definitiva, era consentito entro un ridottissimo margine d'intervento, consistente nell'elaborazione dei dettagli di un progetto già sostanzialmente predefinito. L'inadeguato coinvolgimento delle autonomie sociali impediva tanto il pieno ap-

⁴⁴ A. MATTIONI, *La legge-quadro 328/2000: legge di attuazione di principi costituzionali*, in E. BALBONI (et al.) (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali*, cit., 17; M. BERGO, *Il diritto sociale frammentato*, cit., 380 ss.; M. MASSA, *Art. 19*, *ivi*, 315.

⁴⁵ G. PASTORI, *Pubblico e privato nei servizi sociali*, in E. BALBONI (et al.) (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali*, cit., 49; ma già in senso critico B. DENTE, *Politiche pubbliche e pubblica amministrazione*, Rimini, 1989, 115 ss. Sul "successo di tipo culturale" riscontrato da tale modello, S. MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, Torino, 2002, 173.

⁴⁶ Sulla garanzia del diritto di scelta dell'utente presente nella legge, da un punto di vista tanto oggettivo (come diritto ad ottenere prestazioni secondo un determinato standard quantitativo e qualitativo corrispondente almeno ai livelli essenziali delle prestazioni), quanto soggettivo (come diritto di scegliere da chi ottenere le prestazioni), P.G. RINALDI, *Art. 6 – Funzioni dei comuni*, in E. BALBONI (et al.) (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali*, cit., spec.153.

⁴⁷ P. SABBIONI, *Art. 3 – Principi per la programmazione degli interventi e delle risorse del sistema integrato di interventi e servizi sociali*, in E. BALBONI (et al.) (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali*, cit., 108 ss.

porto conoscitivo e progettuale delle stesse, quanto, di rimando, il conseguente pieno esercizio del diritto di scelta dell'utente, il cui ambito di opzione risultava nei fatti ridotto.

Di qui, lo sforzo della dottrina di potenziare i margini partecipativi riconosciuti al Terzo settore, sostenendo le ragioni della "solidarietà partecipata" anziché quelle della "solidarietà delegata"⁴⁸; come pure, di rimando, il conseguente intervento governativo (d.P.C.M. 30 marzo 2001)⁴⁹ finalizzato a valorizzare i margini di coprogettazione e coprogrammazione tra il Comune e il privato sociale, a vantaggio di una corresponsabilizzazione di quest'ultimo sia pure – ancora una volta - secondo modalità riduttive e variamente criticate⁵⁰.

Nel medesimo senso sono pure da intendere le iniziative avviate poco prima del riconoscimento costituzionale del principio di sussidiarietà da parte di regioni diversamente caratterizzate politicamente, quali l'Emilia Romagna e la Lombardia⁵¹. Entrambe hanno ritenuto opportuno sottoporre le rispettive esperienze alla verifica di un *Osservatorio sullo stato della sussidiarietà orizzontale*, facendo emergere il differente approccio sperimentato: la prima, una volta identificato nell'ente locale il vero snodo per l'attuazione del principio, ha dato avvio a una raccolta di atti di enti locali considerati potenzialmente attuativi di un nuovo rapporto con la realtà sociale insediata nel territorio; la seconda, ha esteso il campo di osservazione oltre il confine delle pubbliche istituzioni, ritenendo di sottoporre ad analisi anzitutto la realtà sociale su cui s'innesta l'intervento dell'amministrazione.

È così emersa l'esistenza di due vie complementari per l'attuazione della sussidiarietà: l'una, consistente in un impegno diretto della Regione, capace di creare impianti legislativi innovativi e di darne autonoma attuazione senza passare dagli enti locali, sì da valorizzare in proprio le realtà sociali ritenute meritevoli di sostegno; l'altra, consistente nel rinsaldare l'importanza degli altri enti locali, specialmente dei comuni, demandando alla Regione il compito di supportare le politiche degli stessi e i loro interventi di tipo più autenticamente sussidiario.

4. Dalla sussidiarietà per abbandono alla sussidiarietà consapevole: le Linee guida dell'ANAC

Come rilevato, il ruolo riconosciuto all'ente pubblico in un impianto di tipo sussidiario è connesso alla conversione dell'esercizio della potestà decisionale in senso regolatorio, vale a dire secondo una duplice e concorrente declinazione: per un verso, quella volta a *favorire* l'emergere e il rafforzarsi di quei soggetti organizzati della società civile (famiglie, associazioni, cooperative, fondazioni, altri soggetti senza scopo di lucro, imprese *profit* e *non profit*),

⁴⁸ G. PASTORI, *Pubblico e privato nei servizi sociali*, cit., 45; nonché sia consentito il rinvio a V. TONDI DELLA MURA, *Ragioni e contenuti di una possibile sperimentazione locale in campo sociale: il ruolo della Provincia e le esigenze della sussidiarietà*, in www.federalismi.it, n. 11/2005.

⁴⁹ D.P.C.M. 30 marzo 2001 recante: "Atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona previsti dall'art. 5 della legge 8 novembre 2000, n. 328".

⁵⁰ E. BARONI, *Commento al D.P.C.M. 30 marzo 2001*, in E. BALBONI (et al.) (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali*, cit., 542 ss.; G. PASTORI, *Pubblico e privato nei servizi sociali*, cit., 50.

⁵¹ Su cui diffusamente L. VIOLINI, *Teorie e tecniche della sussidiarietà*, cit., spec. 27.

che intendano farsi carico della gestione di determinati servizi e che per tal motivo siano incoraggiati e sostenuti anche finanziariamente; per altro verso, quella tesa a incrementare lo svolgimento di quei compiti amministrativi a monte e a valle della gestione dei servizi affidati alla società civile, con specifico riguardo alla conoscenza dei dati di realtà sui quali programmare gli interventi delle attività di controllo, di verifica e di valutazione; e ciò, sia per quanto riguarda i controlli sulla gestione e sui relativi risultati, sia per quanto concerne tanto le verifiche sull'efficacia delle politiche attuate, quanto le valutazioni sul raggiungimento degli obiettivi di governo ⁵².

Il rilievo evidenzia l'importanza d'integrare i procedimenti in cui si snoda l'attività dei pubblici poteri con adeguate fasi conoscitive, di valutazione e di controllo. Del resto, in tema di sussidiarietà occorre considerare che ogni progettazione di programmi di governo e di norme applicative deve necessariamente fondarsi sulla previa *osservazione* della realtà sociale, questa essendo il luogo originante la sussidiarietà stessa. Accanto alle variegate forme di consultazione, coinvolgimento e confronto, pertanto, la progettazione dell'azione sussidiaria richiede un'approfondita attività di raccolta dati, che possa permettere di verificare nei fatti (*ex ante* ma soprattutto *ex post*) tanto l'opportunità degli interventi normativi, quanto i relativi effetti concreti.

Per contro, proprio una tale *procedimentalizzazione* dell'azione sussidiaria è mancata nella fase applicativa del principio. Nel contesto delle carenze organizzative e contenutistiche manifestate dalla relativa traduzione legislativa settoriale, ha trovato fondamento materiale un diverso modello di sussidiarietà, sviluppatosi in via di fatto in tante parti del Paese. Non che la prassi non abbia registrato affidamenti di servizi pubblici o sociali a soggetti privati; ciò, tuttavia, molto spesso e in molte regioni è avvenuto sulla scorta di una sorta di sussidiarietà residuale e *per mero abbandono*, tale da riservare all'iniziativa privata solamente gli spazi d'intervento irrimediabilmente *abbandonati* dall'intervento pubblico per motivazioni varie (economiche, organizzative, ecc.). Il tutto, con la conseguenza di rendere le iniziative private *ancillari* delle strategie pubbliche, così da lasciare spazio a correzioni e integrazioni a *favore* delle autonomie sociali per motivazioni di opportunità politica, se non proprio di clientela partitica; ciò, ovviamente, a discapito di quelle esigenze di trasparenza e qualità del risultato finale garantite da un sistema effettivamente sussidiario.

Proprio allo scopo di porre fine al radicamento dei conseguenti meccanismi concorrenziali distorsivi (si pensi alle varie indagini giudiziarie riguardanti l'accoglienza agli immigrati, molte delle quali concluse con sentenze penali di condanna) è intervenuta l'Autorità dell'Anticorruzione con le apposite *Linee guida* in tema di affidamento dei servizi agli enti del Terzo settore. L'urgenza è stata quella di non lasciare senza adeguati riferimenti lo sviluppo di "un modello economico socialmente responsabile in grado di conciliare la crescita economica con il raggiungimento di specifici obiettivi sociali, quali, ad esempio, l'incremento occupazionale e l'inclusione e integrazione sociale". Di qui, la formulazione di apposite "indicazio-

⁵² M.E. MACCARINI, *I modelli di attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale: una disamina degli spazi di autonomia gestionale e strategica per i soggetti sociali*, in L. VIOLINI (a cura di), *L'attuazione della sussidiarietà*, cit., 51 ss. e 252.

ni operative” rivolte alle amministrazioni aggiudicatrici e agli operatori del settore, al fine di favorire il rispetto sia della normativa nazionale e comunitaria in materia di contratti pubblici, sia dei principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento, libera prestazione dei servizi, nonché degli ulteriori principi coinvolti (parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza)⁵³.

Come prevedibile, la questione della prevenzione della corruzione ha motivato una più dettagliata *procedimentalizzazione* delle modalità di *immedesimazione* della comunità sociale nella gestione delle funzioni pubbliche. L’attenzione è stata posta sul necessario intervento delle amministrazioni “sia preventivamente, in fase di programmazione/progettazione degli interventi da realizzare, sia successivamente, in fase di controllo sull’esecuzione degli stessi”. L’insistenza ha riguardato la definizione dei meccanismi di concorrenza *per* il mercato e *nel* mercato in tutte quelle situazioni in cui il servizio può essere efficientemente reso da un solo operatore: i primi, finalizzati a permettere ai fruitori dei servizi sociali di rivolgersi a fornitori diversi, accreditati o autorizzati; i secondi, volti a consentire la possibilità di accesso di tutti gli operatori economici intenzionati a eseguire commesse pubbliche, evitando di introdurre eventuali barriere all’accesso⁵⁴.

E così, al fine di consentire la concorrenza nel mercato, l’innovazione ha inevitabilmente favorito la necessaria corresponsabilizzazione del privato sociale, pur mantenendo ferma in capo all’amministrazione una potestà decisionale da articolare in senso regolatorio. Ha così stabilito che “attraverso la programmazione, l’amministrazione indaga il mercato, con l’aiuto dei soggetti pubblici e privati operanti sul territorio, al fine di individuare il fabbisogno e definire le aree di intervento, nei limiti delle risorse disponibili”; nel mentre, attraverso “la co-progettazione l’amministrazione sarà adiuvata dai soggetti del terzo settore nella ricerca di soluzioni tecniche utilizzabili per l’attuazione di progetti innovativi finalizzati al soddisfacimento della domanda dei servizi predefinita dalla parte pubblica”. Il tutto, in modo da “favorire quanto più possibile la partecipazione dei cittadini e degli utenti finali”⁵⁵.

Del pari, al fine di consentire la concorrenza per il mercato, l’innovazione ha insistito sulla necessità che “gli enti affidanti non richiedano requisiti di partecipazione troppo stringenti che possano funzionare da barriere all’ingresso [...] o criteri di valutazione che premino eccessivamente determinate caratteristiche possedute solo da taluni concorrenti”⁵⁶.

⁵³ *Linee guida per l’affidamento di servizi*, cit., 3.

⁵⁴ *Op. ult. cit.*, 6.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

5. Le innovazioni di una sussidiarietà finalmente partecipata e rispettosa degli enti del Terzo settore

Come si legge nell'apposita *Scheda di lettura* predisposta dal Servizio studi delle Camere ⁵⁷, l'impostazione formulata dal d. lgs. n. 117 del 2017 sul rapporto fra enti pubblici e terzo settore è stata letteralmente *mutuata* dalle *Linee guida* dell'Anac, al punto da essere necessaria una lettura dell'uno in "combinato disposto" con le risultanze dell'altra ⁵⁸.

Il Codice ha recepito la prospettiva di *procedimentalizzazione* dell'azione sussidiaria formulata dalla delibera dell'Anticorruzione; ha fatto proprie le "diverse fasi in cui si possono concretizzare forme relazionali tra la pubblica amministrazione e gli enti del Terzo settore, dalla fase di programmazione, a quella di progettazione fino a quella di attuazione dell'intervento". Il coinvolgimento degli organismi privati, pertanto, è stato strutturato in modo da "rispondere alla duplice esigenza di favorire processi e strumenti di partecipazione che possano accrescere la qualità delle scelte finali, ferme restando le prerogative proprie dell'Amministrazione procedente in ordine a tali scelte" ⁵⁹.

Il riordino dell'intera disciplina è stato impostato secondo le esigenze proprie della sussidiarietà. E ciò anche se questa è stata valorizzata soprattutto quale strumento di "prevenzione della corruzione" ⁶⁰, piuttosto che quale condizione di sviluppo del modello di *Welfare community*; come pure, anche se i principi invocati dalla legge sono differenti da quelli richiamati dall'Anac: questi ultimi, erano stati assunti nella prospettiva del potenziamento del rapporto pubblico-privato (libera circolazione delle merci, libertà di stabilimento, libera prestazione dei servizi, nonché gli ulteriori principi coinvolti di parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza) ⁶¹; i primi, al contrario, sono stati rimarcati dall'art. 55 nella prospettiva tutta interna alla sola amministrazione pubblica (cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare).

A differenza di quanto accadeva nella precedente legislazione in tema di enti *non profit*, il principio non è stato oggetto dell'ennesima rivisitazione legislativa; né tantomeno è stato richiamato con l'insistenza di un *leit motiv* così come nella pregressa disciplina di settore. Più correttamente, esso è stato dato per *presupposto* ai sensi dell'art. 118, u. c., Cost., e non più come *posto*, al punto da essere espressamente richiamato solamente per tre volte in tutto il Codice (artt. 55, comma 1; 64, comma 5, lett. d; 89, comma 19, lett. b).

⁵⁷ *Scheda di lettura* elaborata dal Servizio studi del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati sul *Codice del Terzo settore. Atto del Governo n. 417, art. 1, co. 2, lett. b)*, L. 6 giugno 2016, n. 106, Dossier, XVII Legislatura, maggio 2017, 90.

⁵⁸ E. FREDIANI, *I rapporti con la Pubblica Amministrazione alla luce dell'art. 55 del codice del Terzo Settore*, in *Non profit*, n. 3-4/2017, in corso di pubblicazione, il quale sottolinea una tale necessità anche al fine di fare fronte a talune criticità rinvenibili nella formulazione dell'art. 55 del Codice

⁵⁹ *Scheda di lettura*, cit., 90.

⁶⁰ *Linee guida per l'affidamento di servizi*, cit., 3.

⁶¹ *Ibidem*.

Proprio perché *presupposto*, il principio ha informato di sé l'intera riforma, suggellandone le finalità e l'oggetto. L'art. 1 ha ripreso in modo quasi letterale la formula costituzionale, arricchendola tuttavia con alcune integrazioni lessicali di ordine soprattutto simbolico; queste hanno ampliato la portata semantica della formula, rendendola più adeguata alle urgenze di una realtà sociale sempre più segnata da una trasformazione globalizzata e antropologica (a proposito del senso del vivere insieme). Il riordino e la revisione organica della disciplina sono stati motivati con l'esigenza "di sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2, 3, 4, 9, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione". Così disponendo, il legislatore delegato ha attualizzato alcune delle parole-chiave della formula costituzionale, operando una contaminazione del linguaggio e del relativo portato assiologico, che ha ulteriormente innovato le finalità della riforma.

Significativa, anzitutto, è la rappresentazione dell'oggetto dell'"autonoma iniziativa dei cittadini". Questa non appare più deputata allo svolgimento di "attività d'interesse generale", come nel caso dell'art. 118, u. c., Cost., bensì è destinata a "perseguire il bene comune". Si tratta di una specificazione di ordine soprattutto letterale, destinata a meglio caratterizzare detta attività, così da caratterizzarla in relazione al *perseguimento del bene comune*; nozione, quest'ultima, da intendere in senso lato, come "il bene di quel 'noi-tutti', formato da individui, famiglie e gruppi intermedi che si uniscono in comunità sociale"⁶². Del resto, lo stesso Codice precisa che l'*attività d'interesse generale* è volta al "perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale" (art. 5).

Emerge così la rappresentazione di un modello di amministrazione condivisa, che supera il paradigma bipolare di una sussidiarietà che oppone il singolo individuo allo Stato; piuttosto, essa fa risaltare il ruolo essenziale riconosciuto ai cittadini attivi in ordine al perseguimento dell'interesse generale insieme con l'amministrazione pubblica⁶³. Non per nulla, il medesimo art. 1 aggiunge che il sostegno all'"autonoma iniziativa dei cittadini" è pure finalizzato "ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale".

Anche per tale via, di conseguenza, rileva la "portata dirimpente"⁶⁴ della sussidiarietà, capace di consentire quella "reciprocità delle attese civiche", già individuata da Habermas quale condizione per poter distinguere "la comunità liberale, integrata da una costituzione, da una comunità ideologicamente segmentata"⁶⁵. Sicché, riattivandosi i circuiti della solidarietà partecipata, emerge il modo con cui "l'ordinaria sovranità popolare garantita dalle procedure

⁶² BENEDETTO XVI, *Caritas in veritate*, 29 giugno 2009, n. 4.

⁶³ G. ARENA, *Cittadini attivi*, cit., 59; M. CONSITO, *Accreditamento e terzo settore*, cit., 89 ss. Nel medesimo senso, del resto, erano le *Linee Guida* predisposte dal Governo il 13 maggio 2014 (http://presidenza.governo.it/GovernoInforma/documenti/LINEE-GUIDA-RIFORMA-TERZO-SETTORE_20140513.pdf).

⁶⁴ A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1997, 609.

⁶⁵ J. HABERMAS, *Zwischen Naturalismus und Religion. Philosophische Aufsätze* (2005), tr. it. a cura di M. Carpitella, *Tra scienza e fede*, Laterza, Roma-Bari, 2006, 39.

democratiche [può] far fronte al tremendo carico che la realtà empirica scarica sulle nostre società: vite andate male, progetti di vita falliti, «contesti di vita sfigurati»⁶⁶.

Risulta pertanto comprensibile la preoccupazione mostrata dal legislatore delegato in ordine alla tutela delle specificità del Terzo settore. Una volta riconosciuti il valore e la funzione sociale degli enti *non profit* in ragione dell'«apporto originale» di cui sono capaci, il Codice ha condizionato il sostegno e il favore verso gli stessi alla necessità di «salvaguarda[rne] la spontaneità e l'autonomia» (art. 2).

La preoccupazione, in realtà, è risalente. Anche in occasione della stesura della prima legge nazionale in tema di enti *non profit*, la *Legge quadro sul volontariato* n. 266 del 1991, emerse una pari intenzione di evitare «per quanto possibile ogni forma di istituzionalizzazione e di ingabbiamento di un fenomeno così ricco e complesso in rigidi schemi legislativi, al fine di preservarne la spontaneità e l'autonomia»⁶⁷. Come ebbe a chiarire l'allora senatore Leopoldo Elia nella Relazione della Commissione Affari costituzionali di Palazzo Madama, si intese limitare l'intervento legislativo alla definizione dei «lineamenti normativi di carattere, per così dire, preliminare»⁶⁸ delle organizzazioni di volontariato, così da lambire le stesse secondo la suggestiva immagine formulata a suo tempo da Jemolo a proposito della famiglia, paragonata a «un'isola che il mare del diritto dovrebbe lambire, ma lambire soltanto»⁶⁹.

5.1. (segue): il modello collaborativo e relazionale degli enti del Terzo settore con gli enti pubblici quale metodo di realizzazione dello Stato sociale sussidiario

Nella prospettiva del *sostegno rispettoso* mostrato dal legislatore verso il fenomeno del Terzo settore, si colloca la principale novità del Codice. Questa consiste nella rimozione dei precedenti limiti di ordine soggettivo e oggettivo, riguardanti le «forme di collaborazione» (art. 2) dei soggetti privati con quelli pubblici.

Quanto ai requisiti di ordine soggettivo, risalta anzitutto l'ampia tipologia dei soggetti privati presi in considerazione (art. 4). La riforma ha contemplato non solo gli enti *tipici* del Terzo settore di cui al Titolo V, ma anche quelli *atipici* in forma di associazione o fondazione; ciò, come si legge nella Relazione al provvedimento, al fine di «non ingessare la libertà orga-

⁶⁶ G. BOSETTI, *Idee per una convergenza «postsecolare»*, in J. HABERMAS – J. RATZINGER, *Was die Welt zusammenhält. Vorpolitische moralische Grundlagen eines freiheitlichen Staates* (2004), tr. it. a cura di G. Bosetti, *Ragione e fede in dialogo*, Marsilio, Venezia, 2005, 313.

⁶⁷ Senatrice Tossi Brutti, Commissione Affari costituzionali del Senato, seduta del 27 settembre 1990, in *Atti Senato*, 1990.

⁶⁸ Relazione del sen. Elia al progetto di legge unificato elaborato dalla Commissione Affari costituzionali del Senato, comunicato alla Presidenza il 19 febbraio 1991. Su tali aspetti sia consentito il rinvio a V. TONDI DELLA MURA, *Rapporti tra volontariato ed enti pubblici nell'evoluzione della forma di stato sociale*, in E. ROSSI - L. BRUSCUGLIA (a cura di), *Il volontariato a dieci anni dalla legge quadro*, Giuffrè, Milano, 2002, 117 ss.; Id., voce *Volontariato*, in *Enc. Bioetica e Scienza Giuridica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, 893 ss.

⁶⁹ A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in Id., *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Giuffrè, Milano, 1957, 241.

nizzativa degli enti, soprattutto quelli di nuova costituzione, consentendo l'emersione di nuove tipologie organizzative degli enti, al momento difficilmente individuabili ma in grado, in futuro, di svilupparsi con caratteristiche originali”⁷⁰. Unica condizione richiesta dal Codice è quella dell'iscrizione degli enti nel Registro unico nazionale, cui è attribuita una funzione fortemente pubblicitaria (art. 45, comma 2).

Del pari, sono da intendere in senso egualmente omnicomprensivo anche le amministrazioni pubbliche, le quali sono tenute ad “assicurare il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore”. La formula impiegata dall'art. 55 impegna “tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale” (art. 1, c. 2, del D. lgs. n. 165/2001, richiamato dall'art. 55).

Infine, la riforma ha mostrato una portata tendenzialmente illimitata anche in ordine ai requisiti di ordine oggettivo condizionanti la collaborazione con gli enti pubblici. Le attività d'interesse generale oggetto del potenziale coinvolgimento dei soggetti privati, non sono solamente quelle riguardanti gli interventi e servizi sociali disciplinati dalla precedente legge quadro n. 328 del 2000 e dalla successiva disciplina applicativa⁷¹; più ancora, sono tutte quelle rappresentate dall'elenco dei 26 settori enumerati dall'art. 5. La disposizione ha impiegato una nozione estensiva, tale da includere fra dette attività tutte quelle svolte “per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale”, purché “in conformità alle norme particolari che ne disciplinano l'esercizio”. A queste, inoltre, il Governo può aggiungerne altre, aggiornando il relativo catalogo con un semplice d.P.C.M. (art. 5, comma 2). Per non dire che il coinvolgimento degli enti privati può riguardare anche “attività diverse” da quelle enumerate, purché “secondarie e strumentali” alle stesse (art. 6).

L'innovazione introdotta dal Codice, in definitiva, è tale che *tutti* i soggetti del Terzo settore hanno possibilità di collaborare con *tutte* le amministrazioni pubbliche per lo svolgimento di *tutte* le attività d'interesse generale. La sussidiarietà, pertanto, torna a essere valorizzata per la propria vocazione originaria: quella di fungere non più solo quale criterio ordinatore del rapporto fra pubblica amministrazione e privato, quanto, più ancora, quale principio posto a tutela della qualità delle prestazioni sociali (moltiplicandosi le offerte *favorite* dall'assetto partecipato del sistema pubblico, la scelta del fruitore è destinata a cadere finalmente sulla prestazione qualitativamente più rispondente alle necessità vantate). Sicché la tappa successiva del processo d'implementazione in atto, già prospettato dalle *Linee guida* del Governo, sarà quello di declinare in modo complementare e non antagonistico l'azione di

⁷⁰ *Scheda di lettura*, cit., 20.

⁷¹ D.P.C.M. 30 marzo 2001, cit.

operatori profit e *non profit* nei settori di attività d'interesse generale, riconoscendo a ciascuno il proprio ruolo e le proprie peculiarità ⁷².

L'innovazione è dunque tale da realizzare quella discontinuità ordinamentale già presupposta dal riconoscimento legislativo e costituzionale del principio, consistente nella trasformazione effettiva e non più solo tendenziale del modello di Stato sociale, da interventista a regolatore. Emblematica è la rappresentazione della triangolazione dei diversi interessi coinvolti nell'organizzazione sussidiaria del nuovo impianto (art. 55). In questa le singole articolazioni della "Repubblica" diventano il luogo dell'*immedesimazione* della comunità sociale nella gestione delle funzioni pubbliche.

E invero, le formazioni sociali risultano attivamente coinvolte nell'organizzazione del sistema, potendo partecipare all'individuazione delle concrete modalità di svolgimento delle attività di volta in volta ritenute meritevoli di compimento.

In secondo luogo e in senso speculare, l'attività d'interesse generale è intesa in una prospettiva procedimentalizzata, non rilevando più il solo modo con cui essa è svolta e portata a compimento, quanto, più ancora, il modo con cui è inizialmente individuata e sollecitata. Oltre a risaltare la fase terminale dell'attività privata, per come sviluppata in relazione all'obiettivo perseguito, merita ancor più la fase iniziale del relativo percorso, da programmare in relazione a tutti gli ulteriori elementi di giudizio indispensabili per una piena soddisfazione della pretesa sociale.

Infine e in senso consequenziale, le istituzioni pubbliche assumono un ruolo per molti versi inedito in ordine alla previa fase di osservazione, studio e conoscenza della realtà bisognevole d'intervento; ciò al fine di *favorire* il concretizzarsi della pluralità di offerte da sottoporre alla preferenza degli utenti e da rendere effettivo il relativo diritto di scelta. L'entità del bisogno e la meritevolezza delle relative risposte sono colte non più verticisticamente, bensì nella pluralità di forme e contenuti che caratterizzano il tessuto comunitario; sono considerate nella prospettiva del compimento di moduli collaborativi e relazionali, finalizzati a una più compiuta interpretazione dei bisogni sociali e a una pari regolazione dei relativi interventi soddisfattivi.

In particolare, spiega l'art. 55, che le amministrazioni pubbliche devono esercitare le funzioni di programmazione e organizzazione degli interventi territoriali, scandendone le fasi secondo una sequenza volta a comprendere i dati della realtà e a individuare le relative soluzioni sulla scorta del "coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore". Le amministrazioni pubbliche, infatti, sono tenute ad assicurare un tale coinvolgimento attraverso forme di co-programmazione e di co-progettazione: l'una, "è finalizzata all'individuazione, da parte della pubblica amministrazione procedente, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili" (comma 2); l'altra, "è finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di

⁷² *Linee Guida*, 13 maggio 2014, cit., su cui A. ALBANESE, *I rapporti fra soggetti non profit e pubbliche amministrazioni nel d.d.l. delega di riforma del Terzo settore: la difficile attuazione del principio di sussidiarietà*, in *Non profit*, n. 3/2014, 153 ss.

servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione di cui comma 2” (comma 3).

L’idea che emerge da tale previsione – come ha evidenziato Emiliano Frediani ⁷³ - è quella di un rapporto di necessaria consequenzialità logico-giuridica tra co-programmazione e co-progettazione: la prima, finalizzata a spostare la partecipazione degli enti del terzo settore a livello apicale, alla definizione dei bisogni stessi della PA; la seconda, attivabile sul presupposto della prima, finalizzata a condurre la partecipazione degli enti del terzo settore al livello del singolo servizio o intervento ⁷⁴, così da determinare un “dialogo procedimentale”⁷⁵ tra amministrazione e soggetti privati circa la concreta definizione e messa in opera del servizio o intervento medesimo.

Si tratta di un’innovazione, che porta a compimento la svolta avviata dalla precedente legge quadro n. 328 del 2000. Il coinvolgimento dei soggetti privati nella fase istruttoria della gestione delle funzioni pubbliche, infatti, era stato già previsto da quella legge, ma con riguardo ai soli profili di dettaglio riguardanti la sede locale, rimanendo invece estromesse le sedi più alte. Con la conseguenza che permaneva un modello di “programmazione a cascata”, che dai piani nazionale e regionale si ripercuoteva sul piano di zona, vanificando i margini di programmazione e progettazione da contrattare nei singoli territori.

Nel nuovo sistema, per contro, il modello di coinvolgimento attivo dei soggetti privati nella fase di programmazione e organizzazione territoriale si mantiene inalterato anche nei piani alti dell’impianto amministrativo. Precisa l’art. 55 che le amministrazioni pubbliche chiamate ad assicurare le forme di co-programmazione e co-progettazione sono tutte quelle contemplate dall’art. 1, c. 2, del D. lgs. n. 165/2001. Con la conseguenza che il modello collaborativo e relazionale diventa lo strumento metodologico per il compimento dello Stato sociale di tipo sussidiario.

Si tratta, ovviamente, di un percorso non facile e certamente di graduale realizzazione, tali e tante sono le cesure di ordine anche culturale presupposte dal relativo compimento. Sicché diventa essenziale il sostrato culturale delle amministrazioni pubbliche chiamate a realizzare il nuovo sistema ⁷⁶. Esso consiste nell’insieme di credenze condivise, valori, giustificazioni e comportamenti presenti sia all’*interno* (*cultura organizzativa*) che all’*esterno* (*cultura dell’amministrazione*) della pubblica amministrazione; ed è tale da condizionare l’effettiva resa delle riforme. Queste ultime, del resto, presupponendo la comune accettazione di tutti i

⁷³ E. FREDIANI, *I rapporti con la Pubblica Amministrazione*, cit. In senso parimenti positivo E. ROSSI, *Il Codice del Terzo settore: una bella occasione, in parte sprecaata*, cit. 3.

⁷⁴ Su cui da ultimo, P. MICHARA, *Contrattazione e servizi relazionali ai sensi delle direttive comunitarie 2014/23 Ue e 2014/24 Ue. Spunti per un inquadramento*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2016, 461 ss.

⁷⁵ Secondo un’espressione di M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2013, 164 ss.

⁷⁶ L’incidenza del sistema culturale di riferimento nella resa dei processi decisionali pubblici è stata ben evidenziata da recenti studi neoistituzionalistici nell’ambito delle scienze sociali, tesi ad evidenziare la connessione fra contesto politico-istituzionale e riforme amministrative, fra cui si v.: G. CAPANO, *L’improbabile riforma. Le politiche di riforma amministrativa nell’Italia repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 1992, 41 ss., 343 ss.; ID., *Cultura politica*, in G. CAPANO e M. GIULIANI (a cura di), *Dizionario di politiche pubbliche*, Roma, NIS, 1996, 78 ss. Nonché sia consentito il rinvio a V. TONDI DELLA MURA, *Primi rilievi metodologici sui fattori di condizionamento delle riforme*, in *Dir. soc.*, n. 1/2009, 47 ss.

soggetti protagonisti di un'omogenea concezione del dover essere dell'amministrazione e dei modi per riformarla, non possono prescindere dal sistema culturale di riferimento, che per tale via risulta determinante per la relativa fase applicativa.

Esemplificando, potrebbe dirsi che si ripropone nella specie, quanto verificatosi all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana a seguito dell'irrompere dei nuovi principi. All'epoca i singoli giudici si trovarono a dover interpretare la passata legislazione alla luce di parametri e precetti che, prima ancora di essere applicati, richiedevano una personale e consapevole assimilazione critica. Analogamente, anche oggi le singole amministrazioni e gli enti territoriali si trovano a dover conformare il proprio agire alla luce di una prospettiva sostanzialmente inedita, tale da presupporre una pari personalizzazione delle novità introdotte. E così, il compito di rendere effettive dette novità è affidato in special modo alla capacità creativa del personale amministrativo. Di qui, l'opportunità di incrementare iniziative varie d'aggiornamento e formazione dei singoli operatori, chiamati ad applicare le innovazioni della riforma.

E tuttavia, deve pur dirsi che il modello collaborativo e relazionale introdotto senza ulteriori delimitazioni dal Codice del Terzo settore non rappresenta una vera novità culturale nel sistema costituzionale. Esso è direttamente riconducibile all'immagine di "piramide rovesciata"⁷⁷ prefigurata dal giovane costituente, Aldo Moro, per raffigurare la "Repubblica" come una *società progressiva*, capace di partire dall'*homme situé* di Burdeau⁷⁸, dalla persona colta nel proprio contesto, per poi risalire alle formazioni sociali in cui la stessa opera, sino ad arrivare alle più alte istituzioni del sistema; un'immagine, tuttavia, che ha stentato a penetrare nell'impianto ordinamentale, intralciata com'è stata anche "dalla tradizionale impermeabilità amministrativa alle innovazioni costituzionali"⁷⁹. Ecco perché, molto più prosaicamente, la configurazione compiuta dall'Anac della sussidiarietà quale strumento di "*prevenzione della corruzione*"⁸⁰ è stata vincente.

Epperò, per sorreggere lo sforzo d'implementazione del nuovo modello nella prassi delle amministrazioni pubbliche, non bastano ragioni contingenti. Occorrerebbe tornare alle ragioni fondative della Costituzione del '48.

⁷⁷ E. CHELI, *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1978, spec. 32 ss.

⁷⁸ G. BURDEAU, *La démocratie. Essai synthétique* (1956), trad. it. a cura di V. Mazzei, *La democrazia*, Edizioni di Comunità, Milano, 1961, 25. La celebre espressione fu impiegata per indicare sinteticamente "l'uomo concreto [...], quale incontriamo nelle relazioni della vita quotidiana, quale lo caratterizzano la sua professione, il suo ambiente e i suoi mezzi di vita, i suoi gusti, i suoi bisogni, le possibilità che gli si offrono".

⁷⁹ B. SORDI, voce *Interesse legittimo*, in *Enc. dir.*, Annali II, t. 2, Giuffrè, Milano, 2007, 721.

⁸⁰ *Linee guida per l'affidamento di servizi*, cit., 3.