

Clara Napolitano*

*L'amministrazione Condivisa:
Note Sparse Su Co-Progettazione Ed Enti Del Terzo Settore*

SOMMARIO: 1. Riflessioni per un dialogo sulla co-amministrazione – 2. Il “polo privato” delle collaborazioni con la p.A.: la categoria degli ETS in una recente pronuncia della Consulta – 3. Co-progettazione ed ETS – 4. Sussidiarietà orizzontale quale esplicazione del principio solidaristico – 5. Soggetti privati preposti alle pubbliche funzioni: considerazioni di natura organizzativa – 6. (Segue). ETS e interesse generale, ragioni e requisiti di un sottoinsieme – 7. Conclusioni.

1. Riflessioni per un dialogo sulla co-amministrazione

Lo studio sui beni comuni urbani presente in questo volume¹ adotta sul tema, al contempo, una prospettiva di ampio respiro – concernente il progressivo acquisto di consapevolezza da parte dei cittadini e delle Amministrazioni locali circa le sinergie utili per il recupero di un *droit à la ville* – e un angolo visuale più squisitamente tecnico – afferente alla natura giuridica delle fonti che regolano detto acquisto di consapevolezza nelle sue applicazioni fattive – che indagano sul ruolo della c.d. società civile nella gestione di beni urbani asserviti a funzioni d’uso e di godimento generalizzate.

Tra le fonti regolatrici dei rapporti tra Amministrazioni territoriali e società civile, grande attenzione è dedicata a quella che più da vicino ne detta la cifra, cristallizzando reciproci diritti e obblighi: il patto di collaborazione, ovvero quel «patto attraverso il quale Comune e cittadini attivi definiscono l’ambito degli interventi di cura o rigenerazione dei beni comuni urbani»².

* Ricercatore di Diritto amministrativo, Dipartimento di Giurisprudenza Università del Salento.

¹ Mi riferisco a G.A. PRIMERANO, *L'amministrazione condivisa dei "beni comuni" urbani*, *supra*, in questo volume.

² Si v. l’analisi di M.F. ERRICO, *Modelli di gestione dei beni comuni: i patti di collaborazione*,

Si tratta di uno strumento che – pur nella sua configurazione consensualistica quale *pactum* – nondimeno contiene elementi di autoritatività, stante la sua funzionalizzazione a fini sociali e d’interesse generale. Il dibattito sulla sua natura giuridica oscilla tra la sua riconduzione al *genus* degli accordi *ex art. 11, l. n. 241/1990*, e il suo inquadramento nella categoria dei contratti cui applicare il codice civile. Dalla rilevazione delle criticità di entrambi gli orientamenti sorge la terza ipotesi, secondo la quale i patti di collaborazione s’inquadrerebbero in atti amministrativi di natura non autoritativa³, pur nella difficoltà d’incasellare rigidamente lo strumento, di per sé atipico e flessibile (tanto da assumere, in taluni casi, sfumature maggiori d’autorità rispetto a quelle del consenso).

Non v’è chi non abbia peraltro ricondotto la natura dei patti di collaborazione al *genus* dei «provvedimenti attributivi di vantaggi economici», *ex art. 12, l. n. 241/1990*⁴, nei quali possono farsi rientrare le concessioni di beni, laddove il patto di collaborazione sia preceduto dalla scelta del soggetto col quale l’Amministrazione intende, appunto, collaborare, cedendogli il diritto d’uso del bene a fini d’utilità sociale.

Ciò in quanto quella disposizione si limita a richiedere la «predeterminazione [...] dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi» nella scelta del concessionario in applicazione dei principi generali sull’azione amministrativa. Segnando, così, un *discrimen* con la disciplina degli appalti pubblici, che invece deve attenersi al codice dei contratti pubblici. La disposizione si candida, dunque, a fonte di

in *Il Foro amm.*, n. 12/2019, pp. 2197 ss.

³ V. lo stesso Primerano, nonché il già citato M.F. ERRICO, *Modelli di gestione*, cit., come anche P. MICHARA, *I patti di collaborazione e il regolamento per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani. L’esperienza del Comune di Bologna*, in *Aedon*, n. 2/2016, ed E. FIDELBO, *Strumenti giuridici di valorizzazione del rapporto tra patrimonio culturale e territorio: il caso dei patti di collaborazione tra amministrazioni locali e cittadini*, in *Id.*, n. 3/2018.

⁴ V. la vicenda della Sala Troisi - Cinema Induno di Roma, oggetto di un lungo e consistente contenzioso giurisdizionale. Tra le pronunce che ne hanno risolto alcuni aspetti, si segnala Tar Lazio, II, 6 aprile 2016, n. 4157. La vicenda concerneva la cessione del bene da parte del Comune di Roma solo a «soggetti giuridici senza scopo di lucro», decisa con delibera di Giunta Capitolina del 23 luglio 2014, n. 219. In quella occasione, il Giudice amministrativo confermò la legittimità della delibera poiché l’oggetto della concessione era irrilevante per il mercato: si trattava, piuttosto, «di una modalità di incentivazione di fini, di rilievo anche pubblicistico, liberamente perseguiti dalle formazioni sociali presenti sul territorio, attraverso la messa a disposizione di spazi pubblici a canone agevolato, per favorire sia la realizzazione di progetti di carattere sociale, artistico o culturale, sia lo sviluppo della socialità e della cultura nell’ambito della cittadinanza», E. FIDELBO, *Il caso della Sala Troisi di Roma. Quali insegnamenti trarre dalle sue vicende giudiziarie*, in *Labsus.org*, 18 marzo 2018.

legittimazione, idonea a fornire copertura legislativa ai regolamenti per l'amministrazione condivisa e dei susseguenti patti di collaborazione tra cittadini e Amministrazione, là dove essi riguardino la concessione di vantaggi economici a privati per fini di interesse generale⁵.

V'è da notarsi che, secondo le recenti Linee guida ministeriali, i patti di collaborazione possono configurarsi quali attuazioni di una scelta puramente politica dell'Amministrazione locale⁶: esercizio di ampio potere discrezionale, come confermato dalla giurisprudenza⁷.

V'è un aspetto che, peraltro, merita attenzione a parer di chi scrive, al quale lo stesso scritto che ispira questo contributo ha dedicato un denso passaggio: nella gestione dei beni comuni da parte dei cittadini – associati o singoli – in collaborazione con l'Amministrazione, costoro «condividono» con essa «la funzione amministrativa». Co-amministrano: in via integrativa rispetto all'apporto delle pp.AA., si specifica.

Ora, questa *administratio* condivisa implica il sorgere di una relazione tra l'Amministrazione e i privati che, nel solco di un'attività pubblicistica per il bene comune della collettività, può far uscire quei privati dalla loro sfera di autonomia, almeno in parte, riservando loro un regime *para-pubblicistico*.

Nondimeno, non tutti i soggetti privati contribuiscono alla co-amministrazione allo stesso modo: come si vedrà, è ragionevole pensare che – in effetti – l'amministrazione condivisa non si realizza semplicemente laddove tra privato e p.A. sorga una qualche forma di collaborazione, bensì quando il legame relazionale sia formalizzato in un *pactum* e quel privato risponda a caratteristiche precise che lo rendano in qualche misura imparziale rispetto alle esigenze di mercato o a quelle puramente pubblicistiche. In altre parole, *terzo*.

⁵ Così, sempre E. FIDELBO, *Il caso della Sala Troisi*, cit.

⁶ D.m. 31 marzo 2021, n. 72, *Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore negli artt. 55-57 del D.lgs. n. 117/2017 (Codice del Terzo Settore)*, là dove affermano che «la concreta scelta [fra l'attivazione di rapporti collaborativi con ETS e l'affidamento di appalti e concessioni di servizi] potrebbe essere la conseguenza di un'opzione politica propria della P.A.», pag. 5, par. 1.1).

⁷ Si pensi al caso dell'affidamento del servizio di gestione di una spiaggia attrezzata comunale destinata a persone disabili, deciso da TAR Campania, Salerno, I, 19 gennaio 2021, n. 158. L'Amministrazione comunale aveva riservato la partecipazione alla procedura comparativa a enti del terzo settore attraverso il ricorso allo strumento della co-progettazione. Il Giudice ha consacrato la legittimità di questa scelta. V. in proposito il commento di E. FIDELBO, *L'affidamento dei servizi di interesse generale agli enti del Terzo settore. Affidamenti di servizi di interesse generale riservati ad enti del Terzo settore: "pieni" e "vuoti" di una recente pronuncia del giudice amministrativo*, in *Labsus.org*, 1 ottobre 2021.

È allora opportuno soffermarsi sulle relazioni organizzative che si instaurano tra la p.A. e questa categoria di soggetti privati – denominati Enti del Terzo Settore (o ETS) – e le conseguenze di questo legame sulla loro autonomia giuridica.

2. Il “polo privato” delle collaborazioni con la p.A.: la categoria degli ETS in una recente pronuncia della Consulta

Una prospettiva particolare su questo punto può esser offerta guardando – più ampiamente – al tema della co-progettazione e dei soggetti ai quali la medesima è riservata, ovvero gli Enti del Terzo settore, i quali – non di rado – sono chiamati a gestire beni comuni fornendo servizi alla collettività.

In proposito, può assumersi quale punto di partenza dell’esame una nota e abbastanza recente pronuncia della Consulta⁸ in merito alla legittimità costituzionale di una disposizione della Regione Umbria⁹ la quale, nel disciplinare a livello regionale le «cooperative di comunità», le includeva nel novero dei soggetti che possono partecipare alle attività di co-programmazione, co-progettazione e accreditamento con le Amministrazioni pubbliche ai sensi della disposizione statale, l’art. 55, d.lgs. n. 117/2017, c.d. Codice del Terzo Settore.

La norma regionale era stata impugnata per violazione dell’art. 117, co. 2, lett. l), Cost. perché avrebbe previsto una estensione indebita delle attività *ex art. 55, Codice Terzo Settore* alle cooperative di comunità, non

⁸ Corte cost., 26 giugno 2020, n. 131. Per qualche commento a questa pronuncia si v., tra gli altri, G. ARENA, *L’amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo Settore*, in *Giur. cost.*, n. 3/2020, pp. 1449 ss.; A. FICI, L. GALLO, F. GIGLIONI (a cura di), *I rapporti tra pubbliche Amministrazioni ed enti del terzo settore. Dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020*, Napoli, 2020, Quaderno dell’Associazione Terzjus - Osservatorio di Diritto del terzo settore, della filantropia e dell’impresa sociale, scaricabile da www.terzjus.it; M. GALDI, *Riflessioni in tema di terzo settore e interesse generale. Osservazioni a C. cost. 26 giugno 2020, n. 131*, in *Federalismi.it*, n. 32/2020, pp. 88-121.

⁹ Art. 5, co. 1, lett. b), l.r. Umbria, 11 aprile 2019, n. 2, ai sensi del quale la Regione «riconoscendo il rilevante valore sociale e la finalità pubblica della cooperazione in generale e delle cooperative di comunità in particolare [...] b) disciplina le modalità di attuazione della co-programmazione, della co-progettazione e dell’accreditamento previste dall’articolo 55 del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo settore, a norma dell’articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106) e le forme di coinvolgimento delle cooperative di comunità e adotta appositi schemi di convenzione-tipo che disciplinano i rapporti tra le cooperative di comunità e le stesse amministrazioni pubbliche operanti nell’ambito regionale».

contemplate dal legislatore dello Stato¹⁰: secondo le censure¹¹, l'art. 5, l.r. Umbria cit., prevedendo il coinvolgimento (anche) delle cooperative di comunità nell'attività di cui all'art. 55 Cod. terzo settore, avrebbe contrastato proprio con quest'ultima disposizione, non costituendone corretta applicazione. Secondo lo Stato ricorrente, la norma statale limitava il coinvolgimento ai soli ETS, «tra i quali, *pacificamente*, non sono ricomprese le cooperative di comunità»¹². Sicché, l'indebito ampliamento del novero dei soggetti ammessi alle attività di co-programmazione, co-progettazione e accreditamento avrebbe costituito invasione della competenza legislativa esclusiva dello Stato nella materia dell'ordinamento civile¹³.

Secondo la Corte la censura è pertinente e astrattamente fondata: gli Enti del Terzo Settore sono disciplinati da stringenti regole d'individuazione, legate all'esistenza di specifici requisiti giuridici e relativi sistemi di controllo

¹⁰ La l.r. Umbria citata riconosce e promuove il ruolo e la funzione delle cooperative di comunità, tali intendendosi quelle società cooperative, costituite ai sensi del codice civile e iscritte al relativo albo, che «anche al fine di contrastare fenomeni di spopolamento, declino economico, degrado sociale urbanistico, perseguono l'interesse generale della comunità in cui operano, promuovendo la partecipazione dei cittadini alla gestione di beni o servizi collettivi, nonché alla valorizzazione, gestione o all'acquisto collettivo di beni o servizi di interesse generale»; quelle medesime società cooperative hanno come obiettivo «la produzione di vantaggi a favore di una comunità territoriale definita alla quale i soci promotori appartengono o eleggono come propria nell'ambito di iniziative a sostegno dello sviluppo economico, della coesione e della solidarietà sociale volte a rafforzare il sistema produttivo integrato e a valorizzare le risorse e le vocazioni territoriali e delle comunità locali nonché a favorire la creazione di offerte di lavoro» (cfr. art. 1).

¹¹ Il testo completo del ricorso è pubblicato in G.U., 1° serie speciale – Corte costituzionale, n. 32 del 7 agosto 2019.

¹² Secondo l'art. 4, co. 1, cod. terzo settore, «Sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore».

¹³ A tal proposito, il ricorso cita Corte cost., n. 185/2018, che annette gli enti del terzo settore, la loro conformazione specifica, la loro organizzazione e le regole essenziali di correlazione con le autorità pubbliche, alla materia dell'ordinamento civile e dunque alla competenza legislativa esclusiva dello Stato per ovvie esigenze di uniformità di trattamento sull'intero territorio nazionale in ossequio al principio di uguaglianza sostanziale *ex* art. 3, co. 2, Cost.

dell'attività. Pertanto, se la disposizione regionale mirasse effettivamente all'ampliamento delle attività *ex art. 55*, d.lgs. n. 117/2017, anche alle «cooperative di comunità», non contemplate dal legislatore statale, si verificherebbe una indebita omologazione di questi soggetti giuridici agli enti del terzo settore.

Tuttavia, il Giudice ha preferito offrire una interpretazione costituzionalmente orientata della norma impugnata.

La legge regionale infatti non assimila in alcun modo le cooperative di comunità agli ETS: l'art. 2 di quella legge fa riferimento più in generale alle «società cooperative», le quali possono essere costituite in uno dei loro sottotipi quali *a)* la cooperativa sociale, *b)* la cooperativa a mutualità prevalente ovvero *c)* una cooperativa che non contempra una clausola di non lucratività nel suo statuto.

Le cooperative sociali *sub lett. a)*, nello specifico, possono essere peraltro qualificate come «imprese sociali» ove rispettino i requisiti dettati dal d.lgs. n. 112/2017.

Soltanto in quest'ultima ipotesi – nella quale appunto la cooperativa di comunità sia costituita quale cooperativa sociale *sub lett. a)*, ovvero qualificabile come impresa sociale – la cooperativa di comunità potrà essere qualificata come ETS e trattata come tale anche ai fini dell'art. 55, Codice Terzo Settore.

Laddove invece la cooperativa di comunità sia differentemente costituita (perché gli statuti non contemplano la clausola di non lucratività di cui all'art. 2514 cod. civ.) o qualificata (perché essa non ritenga di acquisire la qualifica di impresa sociale), rimane fermo che alla stessa non sarà riferibile alcuna delle forme di coinvolgimento attivo disciplinate dall'art. 55, Cod. Terzo Settore.

Questa interpretazione così orientata ha consentito alla Corte di ritenere che la norma regionale umbra impugnata prevede che le Amministrazioni pubbliche possano, per un verso, coinvolgere nelle attività *ex art. 55*, Cod. Terzo settore, gli ETS tra i quali possono essere ricomprese le cooperative di comunità costituite quali imprese sociali, e per altro verso, disciplinare *altre* forme di coinvolgimento – *diverse* da quelle proceduralizzate nel citato art. 55 – per le cooperative di comunità in quanto tali.

La questione di legittimità costituzionale è, pertanto, dichiarata non fondata con sentenza interpretativa di rigetto.

3. Co-progettazione ed ETS

La pronuncia rivela alcuni profili d'indubbio interesse circa le relazioni intercorrenti tra pubbliche Amministrazioni ed Enti del Terzo Settore. Ciò in quanto – oltre a salutare finalmente le forme di co-programmazione, co-progettazione, convenzione e accreditamento come formule attuative del principio di sussidiarietà orizzontale¹⁴ – la Consulta ha tracciato con una certa nettezza un confine definitorio degli ETS quali soggetti “privilegiati” nel rapporto con l'Amministrazione.

Questa operazione interpretativa dell'elenco dei soggetti giuridici inclusi nel novero degli ETS da parte della norma statale, l'art. 4 CTS, è fatta alla luce del dettato di cui all'art. 118, co. 4, Cost., ai sensi del quale – come noto – «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 pedissequa citazione del testo è necessitata dall'esigenza di isolare i termini di quella disposizione che guidano l'ermeneusi della Consulta: «*favoriscono*» e «*autonoma*».

L'importanza ai nostri fini di queste due locuzioni è presto spiegata, utilizzando la lente di lettura dell'«interesse generale», pure presente nell'ordito normativo. La scelta del legislatore costituzionale di utilizzare il verbo *favorire* e l'aggettivo *autonoma* poggia, infatti, sulla distinzione che v'è da farsi – a monte – tra interesse pubblico e interesse generale.

La nozione di «interesse pubblico», pur centrale nel nostro Diritto amministrativo, non compare mai in Costituzione, lasciando piuttosto

¹⁴ «Il citato art. 55, che apre il Titolo VII del CTS, disciplinando i rapporti tra ETS e pubbliche amministrazioni, rappresenta dunque una delle più significative attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale valorizzato dall'art. 118, quarto comma, Cost.»; e ancora «È in espressa attuazione, in particolare, del principio di cui all'ultimo comma dell'art. 118 Cost., che l'art. 55 CTS realizza per la prima volta in termini generali una vera e propria procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria» (entrambe citazioni del punto 2.1. in diritto). È storia nota che il principio di sussidiarietà orizzontale *ex art. 118, co. 4, Cost.*, sia rimasto dormiente e inattuato per molti anni, almeno fino all'introduzione del dibattito sui cc.dd. beni comuni derivanti dal disegno di legge Rodotà, che profilava finalmente la cittadinanza attiva quale vettore della funzione amministrativa in collaborazione con le pp.AA.: ne derivò il primo Regolamento comunale sull'amministrazione dei beni comuni del Comune di Bologna nel 2014, che ha fatto da modello a centinaia d'altri regolamenti simili in altri comuni. Sia consentito in proposito il rinvio a C. NAPOLITANO, *Un "terzo paesaggio" per le periferie: abbandono, rammendo, pianificazione*, in *Nuove auton.*, n. 2/2020, pp. 499 ss.

spazio a quella di «interesse generale», presente in tre articoli¹⁵. Il rapporto tra queste due espressioni è stato tradizionalmente inquadrato in una sostanziale omogeneità¹⁶ e sinonimia, sebbene lo stesso potrebbe pensarsi in termini di estraneità, per cui l'interesse generale sarebbe una sorta di interesse pubblico appartenente a una collettività indeterminata e tuttavia non inquadrabile in una posizione giuridicamente azionabile; una posizione infine differente, più mediata, alla quale peraltro qui si aderisce, vede nell'interesse generale qualcosa di *più ampio* rispetto all'interesse pubblico: qualcosa che va inteso – esattamente come l'interesse pubblico – d'interesse della società, della collettività (sia essa organizzata o meno), ma *non* connotato dalla doverosità che invece imbeve di sé soltanto la *species* dell'interesse pubblico.

In altre parole, l'interesse generale fa capo a tutti i componenti di una collettività, è più ampio dell'interesse pubblico perché può essere perseguito *anche* da soggetti privati, e non soltanto dalle pubbliche Amministrazioni. Tuttavia, proprio perché esso può essere perseguito anche da privati, quel medesimo perseguimento è soggetto all'iniziativa *autonoma* – intesa come *non eteronoma* – e dunque spontanea e soprattutto disponibile.

D'altra parte, quella iniziativa *autonoma* dev'essere *favorita* dalle pubbliche Amministrazioni: le quali non possono – e non devono – farsene carico, attenendo essa a interessi generali e non pubblici, ma al contrario sono tenute a creare le migliori condizioni perché i privati la assumano.

Il perseguimento degli interessi generali va dunque visto come operazione condotta da due differenti “polmoni” dell'ordinamento: uno è quello dell'apparato pubblico, delle pp.AA.; l'altro è quello degli ETS. Questi “polmoni” devono lavorare insieme, senza che l'uno si sovrapponga all'altro: garantendo le rispettive soggettività e appartenenze a due apparati diversi – pubblico l'uno, privato l'altro – ma *funzionando* in coordinamento.

Nel “polmone” privato si collocano, dunque, tutti quei soggetti giuridici privati i quali possono assumere autonoma iniziativa per la cura

¹⁵ Precisamente nell'art. 42 Cost. sulla proprietà, per cui al co. 3 la proprietà privata può essere espropriata «per motivi d'interesse generale»; nell'art. 43 Cost. sulle imprese da riservarsi allo Stato che abbiano «carattere di preminente interesse generale»; nonché nel citato art. 118, co. 4, Cost.

¹⁶ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, XXVI, 56, 1972; T. MARTINES, *L'interesse nazionale come limite alle leggi regionali*, in G. MARANINI (a cura di), *La regione e il governo locale: atti del symposium «Problemi della regione e del governo locale»*, Fondazione Adriano Olivetti, Istituto di diritto pubblico comparato della Facoltà di scienze politiche Cesare Alfieri, Milano, 1965, pp. 182 ss., spec. p. 188, e anche in *Id.*, *Opere*, Milano, 2000, pp. 375 ss.

di interessi generali: tra questi, v'è poi un insieme più ristretto perimetrato proprio dal Codice del Terzo Settore, quello degli ETS. I quali hanno un *quid pluris* rispetto al resto dei soggetti privati dell'ordinamento: per usare le parole della Corte, essi devono possedere specifici «requisiti giuridici», che devono essere «garantiti» e soggetti a «relativi sistemi di controllo». Vi sono, cioè, requisiti essenziali ai fini della qualificazione degli ETS e che, se posseduti da questi enti, consentono loro di entrare in una relazione privilegiata con la p.A., la quale – se ne deduce – prima d'instaurare questo legame (co-programmando, co-progettando o convenzionandosi o accreditando), è tenuta al rispetto di rigorose procedure di controllo e di garanzia dell'esistenza di questi requisiti.

Solo così – questo è il principio che si può leggere (neanche troppo) tra le righe della sentenza della Consulta – si può giungere a quella «amministrazione *condivisa*» espressione del principio di sussidiarietà orizzontale.

Nello specifico, la Corte usa una formula di significativo rilievo: parla di «condivisione della funzione pubblica». La co-programmazione è, dunque, esercizio della funzione pubblica in maniera condivisa.

Il che non implica che stia parlando di una forma di pubblicizzazione di quegli enti, i quali restano certamente privati, ma consente di immaginare quella funzione come un *pattern* a cerchi concentrici: la funzione pubblica in sussidiarietà può essere svolta dalla c.d. società civile (cerchio grande); all'interno della società civile vi sono poi gli ETS (cerchio più piccolo), ovvero soggetti privati che hanno connotati e requisiti particolari che ne incarnano la *terzietà* rispetto allo Stato e al mercato.

Che cosa s'intenda con «terzietà», la Corte non lo chiarisce. Ma, se la *terzietà* è requisito perché l'ETS possa esercitare una pubblica funzione, a parer di chi scrive, questo requisito non potrebbe essere molto differente da quello dell'imparzialità che si richiede a una p.A.¹⁷. La garanzia di imparzialità dell'ETS ne giustifica – sempre nelle parole della Consulta –

¹⁷ D'altra parte, secondo l'art. 1, co. 1-ter, l. n. 241/1990, «I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge». I soggetti privati cui si riferisce la norma sono istituzionalmente titolari *non* di funzioni, bensì di mere *attività* amministrative, e sono tenuti quindi a rispettare tutti i principi, tra cui quello di imparzialità. V. in proposito R. DIPACE (a cura di), *IX. I privati e il procedimento amministrativo*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, pp. 226 ss.; sul principio di imparzialità v. anche L. ANTONINI (a cura di), *Il principio di imparzialità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2015, pp. 53 ss.

quella «specifica attitudine a partecipare insieme ai soggetti pubblici alla realizzazione dell'interesse generale».

4. *Sussidiarietà orizzontale quale esplicazione del principio solidaristico*

La pronuncia della Consulta si colloca nel solco di una rinnovata¹⁸ attenzione per il principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, co. 4, Cost.: la cui comparsa nel testo costituzionale in seguito alla riforma del 2001 ha innescato sin da subito ripensamenti del rapporto¹⁹ tra gli apparati pubblici e la cittadinanza²⁰, all'epoca fortemente insoddisfatta della carente gestione pubblica dei compiti di solidarietà²¹.

È fatto notorio che le forme di collaborazione tra società civile e statualità complessivamente intesa sono state per lunghi anni relegate nel perimetro della contrattazione pubblica avente per oggetto l'erogazione di servizi pubblici da parte di soggetti privati. Una lenta evoluzione del principio di sussidiarietà orizzontale si è rivelata tuttavia quanto mai necessaria per attuare lo spirito della Costituzione, nella quale – in una lettura coordinata tra gli artt. 2 e 3, co. 2, Cost. – si può riconoscere una

¹⁸ Rinnovata rispetto all'attenzione sorta in coincidenza con la riforma del Titolo V: A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, n. 1/2001, pp. 13 ss., si riferisce alla sussidiarietà definendola «principio alla moda», p. 13.

¹⁹ La sussidiarietà è raffigurata quale principio relazionale dallo stesso A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 3-4/1997, pp. 603 ss.: tra i diversi livelli territoriali di Governo (Stato, regioni, province e comuni), tra gli enti territoriali e gli enti funzionali (come – per esempio – le Università), tra la statualità (complessivamente considerata) e la società civile (in quest'ambito si iscrive il tema dei rapporti tra lo Stato ed il mercato).

²⁰ Per G. PASTORI, *Istituzioni pubbliche e società civile nelle riforme recenti*, in *Vita e Pensiero*, 1999, p. 228, la sussidiarietà orizzontale è volta «alla realizzazione di un diverso dosaggio ed equilibrio fra istituzioni, cittadini e società», al fine della «immedesimazione dei cittadini nell'esercizio delle funzioni pubbliche, sia a titolo individuale sia attraverso le formazioni sociali in cui essi si organizzano, con correlativa responsabilizzazione in proprio». V. in proposito anche E. CASTORINA, *Le formazioni sociali del terzo settore: la dimensione partecipativa della sussidiarietà*, in *Rivista AIC*, n. 3/2020, www.rivistaaic.it, e relativi riferimenti bibliografici.

²¹ La parabola del principio di sussidiarietà è ben descritta, nel quadro storico-istituzionale che l'ha connotata, da V. TONDI DELLA MURA, *Della sussidiarietà orizzontale (occasionalmente) ritrovata: dalle linee guida dell'ANAC al codice del terzo settore*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018, www.rivistaaic.it.

«precedenza sostanziale»²² della persona-individuo rispetto allo Stato, sul quale gravano «doveri inderogabili» di assicurarne i diritti inviolabili come singolo e nelle formazioni sociali.

All'individuo la Costituzione riconosce l'attributo della socialità, e impronta le relazioni tra (lo Stato e) i cittadini a un principio di solidarietà che si declina in politica, economica e sociale. Dalla socialità deriva una intima correlazione tra i diritti e i doveri di cui all'art. 2 Cost.²³. Gli individui sono cioè destinati – in quanto animali sociali – a relazionarsi tra loro, in modo proattivo, sì da «perfezionarsi a vicenda»²⁴. La Costituzione conferisce rilievo primario alle comunità – le «formazioni sociali», per citare il dettato della nostra *Grundnorm* – quali sistemi che consentono all'individuo di ramificare le proprie conoscenze ed evolversi spiritualmente, per realizzare ciò che è già *in nuce*, ovvero un essere destinato a incontrare e a instaurare relazioni con gli altri. Le cellule di comunità crescono gradualmente, occupando diversi ambiti della vita di ciascuno: la famiglia, la scuola, la comunità religiosa, quella sportiva, quella professionale, *etc.*²⁵. È, dunque, la Repubblica a dover garantire che l'individuo possa sviluppare la propria relazionalità in senso proattivo per sé e per gli altri.

²² Sono le parole di G. Dossetti riportate nei lavori preparatori alla Costituzione, appendice all'art. 2 Cost., pag. 23 de *La Costituzione della Repubblica Italiana illustrata con i lavori preparatori da Vittorio Falzone, Filippo Palermo, Francesco Cosentino del Segretariato generale della Camera dei Deputati*, Roma, Colombo in Roma via Campo Marzio, 1949.

²³ «Poiché l'uomo è "animale sociale" e non può essere giuridicamente considerato se non in quanto tale, ai diritti naturali fanno riscontro, nell'articolo, i correlativi doveri, senza il rispetto dei quali non è possibile l'umana convivenza; e anche questi doveri non sono soltanto quelli specificati nei successivi articoli della Costituzione; sono doveri naturali, al pari dei diritti (rispetto della vita altrui, della libertà di movimento altrui, dell'onore altrui, ecc., ecc.): così spiega l'art. 2 la pagina dei lavori preparatori di cui alla Costituzione, cfr. pag. 24. V'è da sottolineare che i diritti di cui all'art. 2 sono stati qualificati «inviolabili» per una scelta politico-filosofica. La scelta aggettivale era assai ampia: «imprescrittibili, insopprimibili, irrinunciabili, incancellabili, fondamentali, essenziali, eterni, sacri, originari, naturali. Dal punto di vista giuridico, quest'ultimo aggettivo sarebbe stato il più indicato, poiché è ben chiaro il concetto di diritto naturale; ma la sottocommissione fu unanime nell'attribuire all'articolo un significato più filosofico, storico e anche finalistico, che giuridico: tanto è vero che essa lo approvò *nella convinzione che i concetti contenutivi dovessero essere successivamente trasferiti in un preambolo alla Costituzione*. Il preambolo non fu poi deliberato, e l'articolo rimase» (corsivo originale), p. 23 dei *Lavori preparatori*.

²⁴ Sempre A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, cit., p. 14.

²⁵ Nel concetto di «formazione sociale» può comprendersi anche la pubblica Amministrazione: v. in proposito l'impostazione di M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Pol. dir.*, 1975, pp. 579 ss., spec. p. 582.

La stessa Consulta riconosce la «profonda socialità» che connota la persona umana²⁶ e la possibilità per questa di realizzare una «azione positiva e responsabile»²⁷: l'individuo è collocato all'interno di un contesto sociale composto da più appartenenze, più nuclei, sicché la Costituzione prende le distanze tanto dall'individualismo di matrice illuministica, quanto dallo statalismo e dal collettivismo. La persona è insomma indipendente dai condizionamenti derivanti dalla società, ma, proprio in quanto naturalmente socievole, essa è comunque parte di molteplici relazioni che la coinvolgono su piani diversi.

E, se l'art. 2 attribuisce la garanzia dei doveri inderogabili di solidarietà alla Repubblica, è stato precisato in un recente studio²⁸ che il lemma «Repubblica» va inteso come comprensivo dell'apparato statale, delle Amministrazioni territoriali, del settore pubblico più in generale, nonché dei cittadini, associati o *uti singuli*: è da considerarsi «aperto», insomma, il catalogo dei soggetti chiamati direttamente dalla norma costituzionale ad adempiere ai doveri inderogabili di solidarietà²⁹.

²⁶ Corte cost., 16 luglio 2004, n. 228, per la quale le virtualità del principio di solidarietà espresso nell'art. 2 della Costituzione, «trascendono l'area degli «obblighi normativamente imposti», chiamando la persona ad agire non solo per imposizione di una autorità, ma anche per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa» (la sentenza concerneva il servizio civile).

²⁷ 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».

²⁸ Ci si riferisce al denso saggio di M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'Amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, n. 2/2020, pp. 543 ss.

²⁹ Proprio M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili*, cit., assume come punto di partenza del suo studio il postulato – che giunge poi a sconfessare – per il quale il termine «Repubblica» di cui all'art. 2 Cost. si riferirebbe solo ai privati, singoli o associati, e non invece alle Amministrazioni, le quali sarebbero titolari di «funzioni» e non di «doveri». La dottrina costituzionalistica di riferimento per questo orientamento – tra cui Lombardi, Barbera,

Assumendo l'individuo quale centro di un sistema concentrico, questi doveri diventano gradualmente più estesi man mano che ce ne si allontana, e dunque all'ampliarsi delle formazioni sociali nelle quali egli è inserito. Questa sembra dunque essere l'impostazione di principio fatta propria dal Costituente e posta a base dell'edificio costituzionale; da questo presupposto, poi, che si riflette sulla lettura dei principi fondamentali, discendono – di logica consequenzialità – tutte le disposizioni contenute nei titoli successivi, quelle riguardanti i diritti e i doveri dei cittadini nei loro reciproci rapporti, nonché quelle relative all'organizzazione dello Stato e ai limiti delle attività delle Istituzioni. Le quali – anche se si volesse aderire alla lettura³⁰ per la quale esse non sono destinatarie di doveri inderogabili di solidarietà – devono ritenersi comunque tenute, proprio alla luce del principio solidaristico espresso all'art. 2 Cost., a porre i cittadini in condizione di adempiere spontaneamente ai doveri che la Costituzione intesta loro in quanto parti delle diverse formazioni sociali ch'essa riconosce.

Ciò posto, questo archetipo costituzionale trova una sua specificazione nel principio di sussidiarietà orizzontale espresso all'art. 118, comma 4, Cost.: la Repubblica deve tutelare l'individuo e incoraggiarne lo sviluppo

saggiamente citati dall'Autore – parte cioè dall'idea che “funzione pubblica” e “dovere inderogabile” siano concetti distanti e non sovrapponibili; viceversa, deve darsi atto di quella parte di dottrina – costituzionale, v. De Maria, ma anche amministrativistica, v. G. Rossi e D. Pappano e Tuccillo e Goggiamani – che radica nella funzione amministrativa e pubblica, prima ancora che il concetto di potere, quello di dovere: per cui il potere può essere esercitato solo se v'è un dovere di farlo e solo in ragione di esso.

³⁰ G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967; ID., voce *Doveri pubblici (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, 2002, pp. 358 ss., nella quale rileva che l'art. 2 Cost. contiene una «clausola generale di doverosità»: mutatone il significato più profondo nel passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale, essa oggi può considerarsi quale clausola in grado di funzionalizzare i diritti in favore della comunità; secondo l'A., per evitare che questa lettura consenta indebite invasioni del potere pubblico nella sfera di libertà dei singoli, quella clausola dovrebbe avere una efficacia orizzontale, «analogamente alla cosiddetta *Drittwirkung* dei diritti fondamentali, che li vede operare da e verso soggetti formalmente privati ma, a causa degli art. 2 e 3 comma 2 Cost., con rilevanza costituzionale sul piano dei rapporti di promozione e di garanzia». Tuttavia, una espansione dei doveri inderogabili in carico ai soggetti pubblici è comunque leggibile negli *officia*: «Questa configurazione dei doveri corrisponde alla accresciuta complessità dello Stato ed al suo trasformarsi e perdere, per così dire, spessore, nell'ambito della sempre più rapida evoluzione dei rapporti economici, sociali e politici e delle sempre più complesse esigenze che, maturando sul piano dei diritti, ne determinano la struttura della prestazione dovuta, costruita anche come pretesa non soltanto più verso il potere pubblico ma altresì verso quello che da tempo abbiamo individuato – con una espressione presto entrata nell'uso comune – come “potere privato”».

nelle diverse comunità di appartenenza (familiare, territoriale, professionale che siano); lo Stato favorisce le condizioni per cui gli individui creino cellule di comunità e contribuiscano così allo sviluppo sociale e spirituale, individuale e comune; lo Stato, infine, potrà intervenire solo al fine di sopperire alle inadeguatezze di queste comunità, «per tutto ciò in cui quelle comunità non bastino»³¹.

Attenzione al principio di sussidiarietà: corvivamente inteso come incoraggiamento alla privatizzazione, e dunque alla dismissione di funzioni da parte dell'apparato statale, in realtà esso sta a indicare una nuova funzionalizzazione degli interventi del pubblico, ammettendoli per tutto ciò in cui il privato non sia sufficiente. Il pubblico è – e resta, pertanto – necessario e imprescindibile.

Questa lettura suggerisce già un verso, una direzione della sussidiarietà orizzontale³²: dal pubblico nei confronti del privato, inteso quale primo attributario di funzioni di cura dell'interesse *generale*. Laddove il privato non riesca, interviene il pubblico. Ciò esclude la dicotomia oppositiva tra «pubblico sì» e «pubblico no»: la sussidiarietà orizzontale sta a indicare il viatico per una *diversa* forma di pubblico, che gradua attentamente il suo intervento per rapportarsi al privato solo laddove sia necessario il suo intervento³³.

La riflessione sulla necessità dell'intervento pubblico in sussidio del privato è quanto mai attuale in un sistema ordinamentale – quale il nostro – pervaso dalla crisi del rapporto tra Stato e società civile, o – per utilizzare termini forse non più *à la page* – tra governanti e governati. È il tempo della crisi dei cc.dd. corpi intermedi: i partiti politici, anzitutto³⁴; i gruppi parlamentari; gli enti rappresentativi più in generale. Tutti quei

³¹ Queste le parole di Dossetti in Assemblea costituente, cfr. Lavori preparatori.

³² Come osservato da P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021, p. 142 s., a differenza del suo omonimo in senso verticale, il modello relazionale della sussidiarietà orizzontale non pare connotato da alcuna specifica decisione di preferenza, rendendo la disposizione di cui all'art. 118, comma 4, Cost. «pavida».

³³ A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, cit., p. 29.

³⁴ A. RUGGERI, *I malati gravi (e incurabili?) degli Stati costituzionali: i partiti politici*, in *Federalismi.it*, n. 22/2017, individua i grandi malanni nei partiti nel populismo e nell'assenteismo nelle consultazioni elettorali. Per l'A., un modo per sconfiggere quest'ultimo è l'introduzione di un premio di maggioranza «legandone tuttavia l'assegnazione non soltanto al raggiungimento di una certa soglia di consensi riscossi ma anche (e prima ancora) alla condizione che si sia recata a votare una consistente porzione del corpo elettorale» (p. 3).

bodies che avevano la specifica funzione di filtrare, coagulare e portare al livello governativo e legislativo le istanze dei cittadini: decretandone la rappresentatività in Parlamento.

Questo modello è andato progressivamente disgregandosi: tra le cause più discusse, la crisi delle *élites* dirigenziali³⁵, le quali hanno perso le loro funzioni di guida e si sono chiuse nella più ferrea autoreferenzialità; e l'avvento degli algoritmi e della digitalizzazione del consenso³⁶, non più di una grande illusione³⁷ dell'immediatezza della relazione tra società e

³⁵ F. PATRONI GRIFFI, *Élite e partiti politici in Europa: à la recherche di una classe dirigente tra crisi e nuovi modelli di democrazia e di integrazione europea*, in *Federalismi.it*, n. 16/2018. Le élites hanno tre caratteri distintivi: merito, conoscenza, capacità di guidare e al tempo stesso di porsi al servizio della società nel proprio ambito di appartenenza (p. 2). Senza questi elementi, «l'élite si chiude in una autoreferenzialità "insulare" e realmente si trasforma in casta, incapace di servire il Paese ma destinata anche inevitabilmente, prima o poi, a dissolversi» (p. 3). Quando questa perdita colpisce i partiti, essi dismettono la funzione tradizionalmente loro attribuita, ovvero quella di intermediazione tra corpo sociale e Stato, cadendo in una "crisi di riposizionamento": «I partiti "pigliatutto", privati della funzione di rappresentanza e mediazione, tendono a rivolgersi a tutti, attenuano le distanze tra loro ma tendono ad allontanarsi dal collegamento con la società e con la rete delle formazioni sociali apolitiche che nei partiti si riconoscono (sindacati, associazioni religiose e culturali), a spostarsi dal radicamento sul territorio, a quello con le istituzioni, vanno verso l'alto e lasciano un vuoto verso il basso; si trasformano in "partiti-cartello", la cui competizione – in linea con la concezione di Manin di "democrazia del pubblico" – si focalizza, più che sulla differenza nelle politiche, "sull'intenzione di offrire spettacolo».

³⁶ La questione investe anche le nuove piattaforme di raccolta di consenso di partiti che assumono le forme del "MoVimento": cfr. A. STERPA, *Come tenere insieme la "disintermediazione" istituzionale e la rappresentanza della Nazione?*, in *Federalismi.it*, n. 24/2018, per il quale «La democrazia costituzionale rappresentativa, infatti, parrebbe pretendere un impianto normativo che punti non sull'elettore istantaneo, quotidiano, di una democrazia perennemente da legittimare, ma sull'elettore consapevole chiamato con scadenze regolari ad esprimersi in una democrazia del pensiero e della decisione che presuppone il tempo come fattore di costruzione della scelta. Il tempo e la libertà: il primo garantito al Parlamento dalla previsione costituzionale sulla durata del mandato parlamentare con l'eccezione dello scioglimento anticipato e garantito all'elettore dal radicamento parlamentare della funzione legislativa; la seconda, ossia la libertà, tutelata in particolare (ma non solo) dagli artt. 67 e 68 della Costituzione e dagli artt. 48 e 49 della Costituzione sia per l'eletto che per l'elettore. Se uno dei due non è libero, infatti, difficilmente può esserlo l'altro: la libertà della Nazione e dell'elettore passa per la libertà del rappresentante della Nazione e viceversa. Ciò comporta che ogni innovazione istituzionale e normativa di impronta "direttista" è tenuta ad innestarsi a livello istituzionale compatibilmente con questo assunto proprio della democrazia costituzionale».

³⁷ C. DEODATO, *La crisi (del settantesimo anno) della Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, n. 2/2018: «L'idea di contenere o annullare le spinte dell'anti-politica con l'immediatezza della relazione verticale tra governanti e governati e con l'uso (soprattutto, se non solo) mediatico della comunicazione politica si rivela, peraltro, illusoria, se non pericolosa» (p. 5).

apparato governante.

Sicché se, per un verso, la Costituzione parrebbe avere un volto *agé* rispetto alle attuali istanze sociali, per altro verso invece esiste al suo interno una norma vivificatrice del sistema dei rapporti Stato-società che può rispondere alle insufficienze del sistema democratico³⁸ in essa delineato: l'art. 118, comma 4, appunto³⁹.

Non v'è dubbio, invero, che questa disposizione abbia offerto un fondamento giuridico esplicito al fenomeno del Terzo Settore: ancor più di quanto avesse fatto, forse, il principio personalistico e solidaristico di cui all'art. 2 Cost.⁴⁰. Se in quella norma emergeva netta la dimensione centrale della persona nella Costituzione⁴¹ – non soltanto *uti singula*, ma

³⁸ L'insufficienza del modello democratico attuale e la conchiusa autoreferenzialità dei partiti sono identificati nella causa principale dell'emersione dei populismi che illudono perché portatori di una identità tra governanti e governati, in realtà irraggiungibile. Come sottolinea il già citato Patroni Griffi, questo concetto d'identità era già stato delineato in Carl Schmitt, il quale tuttavia non riteneva affatto che ciò comportasse l'inutilità e la dismissione dei partiti quali corpi intermedi.

³⁹ Per F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. amm.*, n. 1/2020, pp. 3 ss., v'è un legame nettamente enucleabile tra il ritorno in voga della sussidiarietà e la disintermediazione quale causa della crisi della democrazia rappresentativa: «se all'origine della crisi sta la progressiva “disintermediazione” del sistema, il rimedio sta nella revitalizzazione e nell'espansione del ruolo delle “comunità intermedie”», p. 3, nota 1.

⁴⁰ «Il fondamento del Terzo Settore va rinvenuto in quella “libertà sociale” che la Corte costituzionale ha ricavato – e secondo alcuni in realtà “inventato” – da alcune disposizioni costituzionali quale valore che permea l'ordinamento costituzionale (come affermato nelle sentenze n. 50 del 1998 e n. 300 del 2003). Qualificando la “socialità della persona” come un “bene protetto da una molteplicità di disposizioni costituzionali” – non solo le libertà collettive garantite dagli artt. 17 e 18 della Costituzione, ma specialmente l'art. 2 della Costituzione – il giudice costituzionale ha inteso valorizzare quella “vocazione sociale dell'uomo”, che già in altra occasione aveva indicato quale tratto che connota la libera scelta di chi agisce in nome di un “vincolo insopprimibile di appartenenza attiva che lega l'individuo alla comunità degli uomini” (così, la sentenza n. 75 del 1992, che rappresenta il *leading case*, a cui hanno fatto seguito varie altre decisioni): G. TIBERI, *La dimensione costituzionale del Terzo Settore*, in *www.astrid-online.it*, p. 8.

⁴¹ G. TIBERI, *La dimensione costituzionale*, cit., p. 7: «È infatti l'accoglimento del principio personalista e del pluralismo sociale nell'art. 2 della Costituzione, quali suoi principi fondamentali (“La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale”) che introduce la supremazia della “persona” rispetto allo Stato e a qualsiasi altro potere pubblico, a rappresentare il presupposto ineliminabile per la realizzazione di un assetto istituzionale democratico in cui non è soltanto garantito il rispetto dell'individuo, isolatamente considerato, ma – per usare le parole dell'on. Aldo Moro all'Assemblea Costituente – “dell'uomo associato secondo una libera vocazione sociale”».

anche quale parte di formazioni sociali di stampo non necessariamente associativo⁴² – il principio di sussidiarietà orizzontale ha fornito lo strumento relazionale che decreta quella centralità imponendo ai pubblici poteri un obbligo⁴³ di *favorire* l'autonoma iniziativa dei cittadini nel curare interessi generali. Il ricorso alla sussidiarietà diventa, dunque parametro di validità dell'azione dei pubblici poteri⁴⁴.

Il quadro costituzionale restituisce, insomma, l'immagine di un ordinamento complessivamente orientato alla compartecipazione alla cura della *res communis omnium* di apparato pubblico e soggetti privati: scardinando la polarità che vede tradizionalmente opposti pubblico e privato e sancendo l'attualità perdurante di un paradigma⁴⁵ che li vuole – piuttosto – sinergici e convergenti verso un obiettivo comune.

Ora, l'apertura dell'apparato pubblico nei confronti dei privati a fini cooperativi – letta nella cornice del combinato disposto di cui all'art. 2 e all'art. 118, comma 4, Cost. – può apparire indiscriminata: la centralità del cittadino quale terminale primario delle funzioni amministrative e della cura del bene comune, se per un verso vira per la qualificazione di ciascun singolo come attuale o potenziale amministratore, per altro verso dev'essere bilanciata con l'esigenza di perimetrare e individuare le "categorie" di cittadini che condividano con le Amministrazioni un ruolo proattivo ma anche delle responsabilità.

Entrano qui in gioco gli Enti del Terzo Settore quali interlocutori privilegiati dell'Amministrazione nella cura del bene comune. Questi – che possono costituire una sorta di sottoinsieme della società civile – condividono con la p.A. la funzione pubblica. Il che significa, per un verso, una spiccata prerogativa nella gestione dei cc.dd. interessi generali (sì ampia da concorrere a individuarli *prima* dell'avvio di attività

⁴² Il concetto di «formazioni sociali» è infatti scevro dalla necessità del vincolo associativo: P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 67 ss.

⁴³ Torna il discrimine sulla precettività o meno del dettato costituzionale di cui all'art. 118, comma 4: per l'immediata forza precettiva dell'art. 118, ultimo comma, si vedano G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c., della Costituzione*, in *Studi in onore di G. Berti*, vol. I, Napoli, 2005, p. 180 ss.; V. CERULLI IRELLI, voce *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. Giur., Agg.*, 2003, p. 5. Sostenitori della natura programmatica della disposizione sono invece G.Ù. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 30; Q. CAMERLENGO, *Art. 118*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 2354.

⁴⁴ V. TONDI DELLA MURA, *Sussidiarietà ed enti locali: le ragioni di un percorso innovativo*, in *Federalismi.it*, n. 20/2007, p. 5.

⁴⁵ S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 602.

programmatiche); per altro verso, una sottoposizione a oneri e controlli di diritto pubblico che li differenzino dalla società civile, organizzata o meno in forme predeterminate dal diritto comune.

5. Soggetti privati preposti alle pubbliche funzioni: considerazioni di natura organizzativa

Si è inteso sottolineare più sopra che il principio di sussidiarietà orizzontale non spinge verso una privatizzazione selvaggia: al contrario, esso va letto in un'ottica di integrazione tra apparato pubblico e soggetti privati nel perseguimento d'interessi comuni.

Il tema degli interessi pubblici curati da soggetti privati è di origine risalente: ne costituisce peraltro – sotto il profilo procedimentale – attuazione il già citato art. 1, comma 1-ter, l. n. 241/90, riferito ai «soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative».

Costoro assumono nell'ordinamento la qualifica di autorità pubblica pur senza essere pubbliche Amministrazioni, in ragione del fatto che non può stabilirsi una necessaria corrispondenza tra la titolarità e l'esercizio di funzioni amministrative e l'esistenza di un'organizzazione pubblica⁴⁶: tuttavia, ciò non implica che si determini un affievolimento delle garanzie dei cittadini nei confronti degli atti da essi adottati, poiché la loro attività è procedimentalizzata⁴⁷ e sottoposta a quella trama di principi che definisce

⁴⁶ A. MALTONI, *Condizioni che consentono di 'equiparare' un'organizzazione privata ad una organizzazione pubblica nell'esercizio di funzioni amministrative e condizioni etero-imposte da cui conseguono effetti conformativi dell'organizzazione di enti privati per la salvaguardia di interessi pubblici 'essenziali'*, in *P.A. Pers. e amm.*, n. 1/2020, pp. 161 ss.: per l'A. quelle condizioni sono da individuarsi nell'obbligo di mantenere inalterato il livello delle garanzie procedimentali dei cittadini; nella conformazione dei poteri amministrativi agli indirizzi degli organi politici si da garantirne la necessaria legittimazione democratica. A questo l'A. aggiunge ancora un fenomeno diverso, ovvero quello della parziale conformazione – etero-imposta – della struttura di organizzazioni private a fini di interesse generale: ne è esempio il *golden power* statale di modifica della *governance* di società concessionarie esclusive di servizi pubblici.

⁴⁷ Secondo Cons. Stato, VI, 11 luglio 2016, nn. 3042 e 3043: «quando un ente viene dalla legge sottoposto a regole di diritto pubblico, quell'ente, limitatamente allo svolgimento di quell'attività procedimentalizzata, diviene, di regola, "ente pubblico", a prescindere dalla sua veste formale», e lo diviene «non in maniera statica ed immutabile, ma dinamica e mutevole, perché dismette quella veste quando svolge altre attività non procedimentalizzate».

lo statuto del cittadino rispetto all'attività amministrativa⁴⁸.

La cessione delle funzioni amministrative dall'apparato pubblico a questi soggetti privati ha non di rado provocato il problema di una ridefinizione del concetto di Amministrazione, tanto da imporre un interrogativo sulla perimetrazione dell'organizzazione amministrativa⁴⁹, vale a dire su quali *figurae* debbano ritenersi intranee o estranee al concetto di Amministrazione pubblica.

La questione sul *se* – e, in caso di risposta affermativa, *in che misura* – debbano ritenersi afferenti all'apparato pubblico organizzazioni aventi natura giuridica privata che svolgono funzioni amministrative accomuna tutti quei soggetti relazionati in modo più o meno stabile con gli enti pubblici⁵⁰: concessionari di pubblico servizio, società pubbliche istituite *ex lege*, società ausiliarie, *etc.*

Ciò consente di transitare logicamente dai soggetti di cui all'art. 1, comma 1-ter, citato, agli Enti del Terzo Settore, poiché accomunati ai primi da una questione di tipo organizzativo, ossia se debbano questi tenere e mantenere standard di organizzazione *funzionali* alle attività di interesse generale che devono svolgere: se cioè gli ETS abbiano un obbligo giuridicamente sanzionato di organizzarsi rispettando un nucleo minimo di principi pubblicistici.

A questo proposito si devono dare per presupposti due passaggi logico-argomentativi.

Anzitutto, si aderisce qui a una dottrina che funzionalizza l'organizzazione amministrativa *non* a interessi pubblici predeterminati dall'indirizzo

⁴⁸ Il rapporto tra cittadino e pubblica Amministrazione è regolato da uno statuto i cui cardini sono contenuti nella Costituzione – anzitutto all'art. 97 – e che si concretizzano in imparzialità e buon andamento quali precipitati della democraticità dell'ordinamento. V. per un'ampia analisi G. CORSO, *Il cittadino e l'amministrazione pubblica: nuove tendenze del sistema italiano*, in *Reg. gov. loc.*, n. 1/1989, pp. 5 ss. e in *Quad. Ist. Fed.*, n. 2/2010, pp. 197 ss., nella quale il Maestro profila le assonanze tra sistema democratico e principi dell'organizzazione e dell'attività amministrative: esse sono rintracciabili nel principio di uguaglianza *sia* tra cittadino e p.A., *sia* tra cittadini dinanzi alla p.A.; ruolo centrale ha il procedimento amministrativo e il principio di partecipazione quale strumento di controllo dell'operato pubblico.

⁴⁹ Tanto che se ne riconosce una qualificazione “al plurale”: D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, 9° ed., Bologna, 2018.

⁵⁰ È una questione che si pone una dottrina, alla quale qui si aderisce, di recente emersione, la quale considera intranee alla p.A. – seppure con graduazioni diverse a seconda del rapporto tra organizzazione e attività – tutte quelle figure soggettive chiamate a perseguire interessi (non necessariamente pubblici bensì) appartenenti a una collettività: M. MONTEDURO, *L'organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, in *P.A. Pers. e amm.*, n. 1/2020, pp. 545 ss., al quale fanno richiamo molti dei passaggi qui esposti.

politico, *bensi* a interessi – anche privati – non qualificati formalmente ma meritevoli comunque di tutela⁵¹ da parte dell’ordinamento⁵². Questo primo passaggio, che di per sé parrebbe ovvio o sin troppo generico, ha una origine carsica che prende le mosse dalla considerazione per la quale per “organizzazione amministrativa” deve intendersi quel complesso di apparati – pubblici o privati – che svolgono in qualche misura una funzione “amministrativa”⁵³. Questa nozione consente di allargare il perimetro del concetto di organizzazione amministrativa, applicandolo *non solo* alle relazioni tra enti pubblici *ma anche* alle relazioni tra enti pubblici e privati preposti allo svolgimento di attività amministrative: la pubblicità di questa tipologia di relazione, peraltro, è graduabile a seconda dell’intensità del legame intersoggettivo⁵⁴. Ciò che accomuna queste relazioni è la *strumentalità* dell’organizzazione: non più intesa solo come «macchina» che concretizza l’indirizzo politico promanante dal soggetto pubblico (e dunque come strumento di realizzazione di interessi pubblici), ma anche quale apparato *servente* il compito di garantire altresì quegli interessi privati pure meritevoli di tutela, i quali – dunque – diventano cellule dell’unico organismo “interesse pubblico” non alieno – né asseritamente superiore – rispetto agli interessi dei singoli⁵⁵. Ecco, dunque, emergere un

⁵¹ Sulla complessità del filtro di meritevolezza della tutela sia consentito il rinvio a P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff*, Napoli, 2020, spec. pp. 107 ss.

⁵² M. MONTEDURO, *L’organizzazione amministrativa*, cit., p. 560: «Sono le persone in carne ed ossa, infatti, ad essere titolari, in forma singola o associata, di quegli interessi privati sostanziali che, qualificati o meno come interesse pubblico formale, si fronteggiano sul piano “atomistico” dell’esistenza, e che l’organizzazione amministrativa è deputata a curare e garantire sul piano “molecolare” della co-esistenza, massimizzandone per quanto possibile il godimento concomitante in condizioni di eguaglianza sostanziale».

⁵³ Si tratta del concetto di amministrazione oggettiva espresso da Domenico Sorace nel suo *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, esaminato in modo approfondito da M. MONTEDURO, *L’organizzazione amministrativa*, cit., spec. p. 549 ss.

⁵⁴ M. MONTEDURO, *L’organizzazione amministrativa*, cit., p. 552, applica qui il gradualismo di una nota dottrina: «In altri termini:

- nell’*an*, l’intraneità al perimetro dell’organizzazione oggettivamente amministrativa determina una (parziale, ma ineludibile) conformazione/limitazione dell’autonomia organizzativa dei citati enti privati per effetto dell’applicazione di principi, come quello dell’imparzialità, propri dell’organizzazione amministrativa;

- nel *quomodo* e nel *quantum*, il grado di conformazione/limitazione dell’autonomia organizzativa degli enti privati attratti all’interno del perimetro dell’organizzazione amministrativa, lungi dal porsi in misura uniforme e rigida, varia in base ai diversi possibili modelli di relazioni organizzative tra soggetto pubblico e soggetto privato».

⁵⁵ Il pensiero di Sorace, come richiamato da Monteduro, delinea insomma una doppia anima dell’interesse pubblico, inclusiva degli interessi privati “frontisti” rispetto al bene

fondamento delle prossime osservazioni: l'organizzazione amministrativa è strumentale all'affermazione del primato della persona, dei diritti sociali, è un precipitato pratico dell'art. 2 Cost. e in esso trova diretto fondamento. Questo implica l'esistenza di *doveri* amministrativi – anche di solidarietà – non solo nell'attività ma anche nell'organizzazione: doveri che sono strumentali *non* a quella fetta di collettività che incarna e rappresenta la maggioranza politica del momento⁵⁶, bensì alla collettività interamente considerata, i cui componenti sono *tutti* ugualmente accomunati da diritti sociali e pretese a che questi siano soddisfatti e garantiti.

In secondo e conseguente luogo. Questa prospettiva dev'essere coniugata con una lettura razionale del principio di sussidiarietà orizzontale onde, per un verso, evitare estremizzazioni per le quali *chiunque* svolga una funzione che abbia un rilievo d'interesse comune assurgendo ad Amministrazione; per altro verso, affermare comunque il valore della cittadinanza attiva quale forma di amministrazione condivisa.

Questo perché bisogna evitare che le funzioni di rilievo comune diventino una sorta di *Re Mida*: se così fosse, qualunque cittadino attivo e di buona volontà andrebbe incontro *non soltanto* al privilegio di esser amministratore e dunque di esercitare il potere (cosa che non esiste), ma addirittura al *dovere* di organizzarsi in un determinato modo⁵⁷ per garantire

comune, che non s'identifica con l'interesse pubblico tradizionalmente inteso; di rimando, la tesi fa risuonare l'eco ranellottiana di quel concetto di “interesse occasionalmente protetto” che invece imbeve di sé l'interesse legittimo del privato nei confronti del potere amministrativo, anch'esso dotato di una commistione tra aspirazione personale e bene comune. V. in proposito P.L. PORTALURI, *La cambiale*, cit., p. 127.

⁵⁶ Così M. MONTEDURO, *L'organizzazione amministrativa*, cit., p. 561: «la strumentalità dell'organizzazione amministrativa viene considerata servente innanzitutto al primato del “pieno sviluppo della persona umana”, singola e associata, nelle relazioni in cui “si svolge la sua personalità” (cfr. artt. 2 e 3 Cost.), in termini di “servizio esclusivo della Nazione” (art. 98 Cost.) ossia del “popolo” cui appartiene la sovranità (art. 1 Cost.), intendendosi per popolo la “molteplicità” di cittadini “viventi” e per nazione la medesima “collettività, in tutta la sua pienezza”, dunque tutte le persone in carne ed ossa che, nel loro insieme, al di là della “distinzione di opinioni politiche” (art. 3 Cost.) costituiscono il popolo».

⁵⁷ M. MONTEDURO, *L'organizzazione amministrativa*, cit., p. 569: «Qualora, infatti, siano già presenti ed attive in un medesimo bacino territoriale varie strutture di soggetti privati, che operino in modo adeguato a servizio di determinati diritti consentendone la piena realizzazione, il principio di sussidiarietà preclude (pena l'illegittimità della scelta contraria) un esercizio della discrezionalità organizzativa che espanda le strutture dei soggetti pubblici, aumentandone le dimensioni o elevandone i costi, al fine di sovrapporre o sostituirle alle esistenti ed adeguate strutture organizzative private. Ma vale anche l'opposto: i titolari dei diritti a prestazioni, ove manchino nel loro bacino territoriale strutture organizzative di soggetti privati in grado di garantire in modo adeguato i medesimi diritti, potranno agire

l'assolvimento di un *munus publicum* che in realtà egli non ha, perché la sua azione è spontanea e lasciata dunque all'autonoma iniziativa.

In compenso, la sussidiarietà orizzontale – laddove ampiamente valorizzata – consente alla cittadinanza attiva in qualunque forma di farsi amministrazione in senso lato e tutrice di interessi generali, e dunque d'instaurare anch'essa relazioni con la p.A., le quali non possono tuttavia dirsi prettamente relazioni organizzative.

Il baricentro di questa lettura tra strumentalità dell'organizzazione amministrativa rispetto ai diritti inviolabili della persona e sussidiarietà orizzontale potrebbe collocarsi proprio negli ETS: soggetti privati, facenti capo alla società civile, dotati di autonoma iniziativa nella scelta statutaria di perseguire interessi generali ma che – a un certo punto – si distinguono *tanto* dalla società civile *quanto* dall'Amministrazione pubblica per diventare interlocutori privilegiati della p.A. soggetti a specifici regimi di controllo, anzitutto di tipo organizzativo.

Ce lo dimostra proprio il Codice del Terzo Settore, che all'art. 56 subordina il convenzionamento con la p.A. allo scrupoloso ossequio, da parte di questi enti, di precisi doveri organizzativi⁵⁸ riferiti alle risorse umane e finanziarie ivi coinvolte, all'attitudine professionale, alla capacità tecnica, alla formazione e all'aggiornamento dei volontari che vi operano.

in sede giurisdizionale contro le pubbliche amministrazioni competenti se queste ultime, violando il principio di sussidiarietà, omettano di intervenire attraverso la predisposizione di proprie strutture organizzative in supplenza sussidiaria, per rimediare a quelle carenze che, manifestatesi in concreto nell'auto-organizzazione della società civile, pongano a rischio la realizzazione di diritti».

⁵⁸ Art. 56, CTS: «Le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale devono essere in possesso dei requisiti di moralità professionale, e dimostrare adeguata attitudine, da valutarsi in riferimento alla struttura, all'attività concretamente svolta, alle finalità perseguite, al numero degli aderenti, alle risorse a disposizione e alla capacità tecnica e professionale, intesa come concreta capacità di operare e realizzare l'attività oggetto di convenzione, da valutarsi anche con riferimento all'esperienza maturata, all'organizzazione, alla formazione e all'aggiornamento dei volontari».

6. (Segue). *ETS e interesse generale, ragioni e requisiti di un sottoinsieme*

Perché, allora, limitare la platea dei soggetti che possono avere un dialogo “privilegiato” con l’Amministrazione nel perseguimento d’interessi generali?

La scelta si può anzitutto spiegare ricorrendo proprio alla nozione di “interesse generale”. La quale – come accennato in apertura di questo lavoro – non coincide con quella d’interesse pubblico, indubbiamente più familiare per il giurista di diritto amministrativo.

Il concetto d’interesse pubblico – peraltro, come detto, del tutto assente in Costituzione, dove pure sono dettati i principi che guidano l’organizzazione e l’attività amministrativa⁵⁹ – è differente rispetto a quello d’interesse generale, non potendo essere qualificato a mo’ di sinonimo di questo⁶⁰.

È stato sottolineato che – nella sua accezione tecnica – l’interesse è pubblico quando «soggettivato in un ente pubblico che ne ha cura»⁶¹; manca, invece, del requisito della soggettivazione l’interesse generale, la cui appartenenza alla sfera pubblica o privata è impregiudicata e che, per questo, può essere soddisfatto e perseguito sia dall’apparato pubblico sia da quello privato.

L’interesse pubblico, ancora, è determinato dalla fonte legislativa che – in quanto deliberata dal Parlamento legittimato dai cittadini – riconduce i fini eteronormati al concetto di democrazia: il legislatore, infatti, non è libero di predeterminare il fine pubblico che l’Amministrazione deve perseguire. I fini individuati dalla Costituzione richiedono al legislatore di creare gli apparati amministrativi necessari per il loro conseguimento: ciò implica che la Costituzione, per un verso, riferisce i fini pubblici al

⁵⁹ Si può parlare di una sorta di statuto della p.A. in Costituzione o – per usare le parole di F. CORTESE, *Costituzione e nuovi principi di diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 2/2020, pp. 329 ss. – di una «Costituzione amministrativa». Per l’Autore i Costituenti hanno infatti introdotto nella Legge fondamentale principi che progressivamente sono stati a ragione utilizzati per una apertura dell’Amministrazione rispetto a tutto ciò che essa si trovi ad affrontare nel suo ruolo istituzionale: «Per effetto del *cantiere nazionale delle riforme* [...] i principi costituzionali sulle pubbliche amministrazioni si sono rapidamente riempiti di un contenuto più chiaro e operativamente concreto, capace come tale di condizionare, in una sorta di “effetto retroattivo”, positivo o negativo a seconda delle tesi, anche le interpretazioni propriamente effettuabili sulle disposizioni della Costituzione [...]».

⁶⁰ A dispetto di una prassi corruva, la sinonimia dev’essere esclusa per ragioni di teoria generale: secondo l’insegnamento di D. SORACE, *Un’idea di amministrazione pubblica*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2016, p. 459, l’interesse pubblico è «incorporato in una norma, in una politica, o in una misura pubblica (dei pubblici poteri)».

⁶¹ F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica*, cit., p. 29.

legislatore, per altro verso li impone direttamente all'Amministrazione. Così, «quando sono riferiti alla pubblica amministrazione i fini stabiliti dal legislatore sono definiti in termini di interesse pubblico»⁶².

L'interesse pubblico, insomma, rispetto a quello generale, ha un elemento formale in più: la giuridificazione⁶³, che ne comporta l'attrazione nella sfera del potere pubblico⁶⁴. L'interesse generale, finora considerato

⁶² G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, 3° ed., Milano, 2020, p. 44, il quale prosegue: «Ne offre un esempio ancora una volta la Costituzione quando dice che la proprietà privata può essere espropriata per motivi di interesse generale (non quindi al solo scopo di incrementare la proprietà pubblica, art. 42, commi 3 e 1) o quando richiama l'utilità sociale con la quale non può porsi in contrasto l'iniziativa economica privata (art. 41, comma 2), o menziona l'utilità generale che legittima, in presenza di particolari presupposti, la nazionalizzazione o la riserva originaria di imprese (art. 43)». Non si può fare a meno di notare che, in realtà, la costruzione dell'interesse pubblico del Maestro si rifà al lemma "interesse generale" in Costituzione: quando, dunque, quell'interesse generale è riferito all'Amministrazione pubblica, esso diventa interesse pubblico. Non si può prescindere quindi dalla soggettivazione di questo.

⁶³ Il concetto di giuridificazione è ben condensato – pur se ivi riferito al settore alimentare – da M. RAMAJOLI, *La giuridificazione del settore alimentare*, in *Dir. amm.*, n. 4/2015, pp. 657 ss., per la quale, con esso, «s'allude alla sottoposizione di una serie di attività umane — in precedenza libere, oppure soggette soltanto a convenzioni sociali — a regole formali, sia quanto a fonte, sia quanto a contenuto prescrittivo».

⁶⁴ V. in proposito le osservazioni di A. CIOFFI, *Intérêt général et intérêt public en droit administratif. Rapport sur la France et l'Italie*, in *Jus publicum*, n. 2/2014, pp. 1 ss., www.jus-publicum.it, nonché, ID., *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, n. 4/2015, p. 839, per il quale l'interesse pubblico è tradizionalmente formalizzato nelle disposizioni di legge che assegnano poteri all'Amministrazione ma deve altresì essere «oggettivato» in concreto, in modo da essere criterio di valutazione del corretto esercizio del potere. La sua oggettivazione consente non solo di rileggere istituti del diritto amministrativo sostanziale nel solco della loro funzione concreta, ma anche di distinguerlo da categorie affini quali – per esempio – l'interesse generale. E invero, «L'interesse generale, difatti, è il riflesso di una valutazione politica, è opera della legge, s'identifica con la volontà generale. Così l'interesse generale dovrebbe darsi per tutti e verso tutti e dovrebbe essere universale. L'interesse pubblico amministrativo invece si configura diversamente. È l'interesse di uno solo dei soggetti dell'ordinamento generale ed è definito nell'ordinamento amministrativo». La valutazione degli interessi nelle decisioni pubbliche quale frutto del dialogo con i privati è delineata da ultimo da F. SCIARRETTA, *La dimensione inclusiva dei processi decisionali pubblici quale forma di legittimazione dei poteri pubblici*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, p. 23, per il quale «la moderna concezione dell'amministrazione vuole che l'identificazione dell'interesse pubblico quale scopo dell'attività amministrativa non sia più riservata alla legge e al potere amministrativo (soggettivamente inteso), ma richiede percorsi decisionali aperti alla comunità e ai singoli». D'altronde, queste osservazioni rimandano al più ampio e generale tema della partecipazione dei privati ai processi decisionali, i quali – anche laddove unilaterali per definizione – devono aprirsi all'apporto di questi perché il baricentro di forza (economica o di risorse o di *know-how*) è sito nel polo privato: v. in

come metagiuridico⁶⁵, è stato invece qualificato e riempito di contenuto proprio con il CTS, il quale ha individuato, all'art. 5, i casi in cui esso è perseguito⁶⁶ e vi ha ricondotto conseguenze circa il regime giuridico dei soggetti che lo perseguono e gli strumenti con i quali la loro realizzazione è possibile. Questo aspetto induce ad accogliere un modello di disciplina degli Enti del Terzo Settore che li differenzia dagli altri soggetti – pure privatistici – del libro I del codice civile: aprendo loro, invece, la possibilità di essere regolati sui profili più sensibili – per esempio la *governance* – dal diritto amministrativo⁶⁷.

L'interesse generale oggettivato muove il reticolo delle funzioni e dei requisiti degli Enti del Terzo Settore. Gli ETS sono infatti soggetti costituiti apposta per perseguire una delle finalità tipiche elencate nell'art.

proposito il fondamentale studio di P.L. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali: studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998. Assumono dunque fondamentale importanza – indubbiamente adombrata negli ultimi lustri – gli istituti partecipativi formali al procedimento: v. in tal senso A. DE SIANO, *Le forme della decisione della p.A.*, in R. URSI, M. RENNA (a cura di), *La decisione amministrativa*, Napoli, 2020, pp. 11, ss., spec. p. 32, per il quale le formalità del procedimento amministrativo – necessarie e ineludibili per il farsi della decisione – «per un verso, sono collegate alla teleologia dell'attività amministrativa (art. 1, co. 1, L. 241); per altro verso, fungono da limiti alla capacità della P.A. di fronteggiare la complessità e di ridurla unilateralmente in sintesi, assolvendo ad una funzione tanto garantistica, quanto collaborativa».

⁶⁵ V. le puntuali osservazioni di M. GALDI, *Riflessioni in tema di terzo settore*, cit., spec. p. 100.

⁶⁶ «Da questo punto di vista, si può affermare che l'attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, di cui all'art. 118, comma 4 Cost., operata dal d.lgs. n. 117/17 (e dal d.lgs. n. 112/1748), ha determinato l'emersione della categoria dell'interesse generale da una dimensione meramente metagiuridica ad una dimensione propriamente giuridica, consentendo di distinguere un "interesse generale aspecifico", come presupposto delle scelte dei pubblici poteri, ed un "interesse generale specifico", come ragione fondante e giuridicamente rilevante dell'intervento sussidiario dei cittadini singoli o associati, sostenuto dai pubblici poteri ex art. 118, comma 4, Cost.»: così M. GALDI, *Riflessioni in tema di terzo settore*, cit., p. 100; v. anche A. FUSARO, *Spunti per un'ermeneutica della Riforma del Terzo settore e dell'Impresa sociale*, in *Federalismi.it*, 10/2020.

⁶⁷ Per A. FUSARO, *Spunti per un'ermeneutica*, cit., p. 231, sono «preziosi» i suggerimenti di G.P. Cirillo (*Sistema istituzionale di diritto comune*, Cedam, Padova, 2019, il quale aspira alla fondazione di un diritto comune fondato su basi non già privatistiche, ma pubblicistiche), «rivolti ad assecondare il trasferimento di regole e procedimenti del diritto amministrativo. La proposta riesce particolarmente appropriata rispetto all'affidamento a soggetti privati, quali sono associazioni e fondazioni, del perseguimento di obiettivi di utilità sociale, poiché consentirebbe di ovviare all'inadeguatezza del loro corredo normativo, della *governance*. Merita, dunque, condivisione l'invito ad estendere ad associazioni e fondazioni categorie e modelli dal diritto amministrativo, regole e modelli mutuati dal regime normativo degli enti pubblici incentrati sul procedimento».

4 e che svolgono una delle attività di interesse generale elencate nell'art. 5, e sono pertanto iscritti in apposito registro, il Registro unico del Terzo settore (Runts). La compresenza di questi elementi deve essere garantita nel tempo, pena la cancellazione dal Runts e quindi la perdita della correlata qualifica.

Ciò non toglie che tutti i soggetti giuridici collettivi possano svolgere le attività elencate nell'art. 5 anche senza essere iscritti nel Runts; in mancanza dell'iscrizione si applica loro la disciplina comune e non quella speciale disposta dal Codice del Terzo Settore. Laddove – si badi – per disciplina comune s'intende quella civilistica attinente alla *governance* e quella della contrattualistica pubblica laddove i soggetti *non* qualificabili come ETS svolgano funzioni d'interesse pubblico o generale.

Ciò in quanto, appunto, solo gli ETS, con i loro specifici requisiti, accedono alle attività di co-programmazione e co-progettazione con le Amministrazioni: attività che, pur se disciplinate con evidenti lacune⁶⁸, mostrano un chiaro intento del legislatore di coinvolgere questi specifici Enti in procedimenti volti alla rilevazione dei bisogni sul territorio e al loro soddisfacimento concreto con criteri analoghi a quelli che il legislatore applicherebbe a una p.A. nell'esercizio delle sue funzioni istituzionali.

⁶⁸ Ben descritte da A. GUALDANI, *Il rapporto tra le pubbliche amministrazioni e gli enti del Terzo settore alla luce dei recenti interventi normativi*, in *Federalismi.it*, n. 21/2021.

7. Conclusioni

Il saggio sulla gestione dei beni comuni urbani ha consentito di soffermarsi, come detto in apertura, sullo strumento che consente la cooperazione tra Amministrazione e privati in modo istituzionale a tal fine.

Ne è derivata una riflessione di respiro più generale sulle nuove frontiere del rapporto organizzativo tra p.A. ed enti, di natura giuridica privata, che svolgono funzioni e attività d'interesse generale: enti che, nelle parole della Consulta, condividono con l'apparato pubblico la funzione amministrativa.

Ebbene, la condivisione della funzione – che sfocia in una vera e propria co-amministrazione – ha delle ricadute significative sia sugli strumenti deputati a istituirla e disciplinarla in concreto, sia sulle relazioni organizzative tra i soggetti che, appunto, la condividono.

Ne sono testimonianza le vicende che negli ultimi anni hanno interessato il Codice del Terzo Settore e precipuamente i rapporti dei soggetti *non profit* con le pubbliche Amministrazioni, che rivelano una costante tensione tra concorrenza e sussidiarietà, tanto da sollecitare l'ANAC, intervenuta con le sue Linee guida, e poi il Consiglio di Stato, espressosi sul Codice con il parere nel 2018.

L'intervento della Consulta, tuttavia, resta la guida di questi rapporti: ribadendone il valore, fondato sulla fattiva collaborazione tra p.A. ed ETS, e soprattutto qualificando questi Enti che «in quanto rappresentativi della 'società solidale' [...] 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'»⁶⁹.

L'attenzione prestata agli ETS ne qualifica la speciale natura giuridica, “privata ma non del tutto”: disvelata nella sua complessità da un reticolo normativo in costante evoluzione che, di fatto, impone controlli stringenti che assicurino l'idoneità di questi Enti a prestare attività d'interesse generale in forma imparziale e *para*-amministrativa, a garanzia ancora una volta che – pur beneficiando dell'intervento privato – la cura del bene comune non può prescindere da un'impronta disciplinare pubblicistica.

⁶⁹ Corte cost., n. 131/2020, cit.