

Materiali del Panel
“Coesione economica, sociale e territoriale nella società civile in trasformazione”
Chair, Giuseppe Caia e Maria Giulia Roversi Monaco

nell’ambito della
IV Conferenza annuale Icon-S Italian Chapter
“Politica e istituzioni tra trasformazioni e riforme”
Università Bocconi, Milano 13 e 14 ottobre 2023

Il presente scritto è stato realizzato nell’ambito delle attività di ricerca della SP.I.S.A. – Scuola di Specializzazione in Studi sull’Amministrazione Pubblica – Università di Bologna

LA TIPICITÀ DEGLI ENTI PUBBLICI E LE SFIDE DELLA SUSSIDIARIETÀ ORIZZONTALE

DOTT. FRANCESCO SAVO AMODIO
Dipartimento di Scienze Giuridiche Università di Bologna

SOMMARIO: 1. L’originaria tipicità dell’ente pubblico quale soggetto affidatario della funzione di cura del benessere collettivo – 2. I tentativi di razionalizzazione degli enti pubblici e il superamento del *principio di pubblicizzazione generalizzata* – 3. La fine del monopolio pubblico e l’affermazione del Terzo settore – 4. Conclusioni. La valorizzazione della concezione funzionale di pubblica amministrazione quale strumento per la promozione del pluralismo nell’ottica della sussidiarietà orizzontale

La riflessione che si intende qui sviluppare mira ad analizzare brevemente l’evoluzione del rapporto tra enti pubblici e soggetti del Terzo settore, al fine di evidenziare come il progressivo riconoscimento del ruolo di questi ultimi nel perseguimento dell’interesse generale solleciti il definitivo superamento della tradizionale dicotomia tra la sfera organizzativa pubblica e il mondo dell’autonomia privata. Alla risalente concezione di tipicità degli enti pubblici deve oggi sostituirsi, invero, una nozione dinamica e adattiva di pubblica amministrazione, funzionale alla promozione degli innovativi modelli partenariali, anche di tipo istituzionale, in cui si realizzano i principi costituzionali del pluralismo e della sussidiarietà orizzontale.

1. L’originaria tipicità dell’ente pubblico quale soggetto affidatario della funzione di cura del benessere collettivo

Il concetto di tipicità dell’ente pubblico, inteso quale titolare esclusivo della funzione di cura dell’interesse generale, dal quale muove il presente intervento, trova il suo fondamento in quell’assioma ottocentesco della separazione tra sfera pubblica e mondo privato che, sebbene inizialmente radicato nell’ideologia individualistica propria dello Stato liberale, trovò la sua piena affermazione con il decisivo ampliamento della sfera di azione amministrativa intervenuto tra la fine del XIX e l’inizio del XX secolo¹.

¹ Sul punto, si v., *ex multis*, A. BARAGGIA, *I vincoli normativi sul settore non profit*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 3, 2010, pp. 736-737.

In quegli anni, infatti, la disponibilità di risorse finanziarie e la possibilità di utilizzare strumenti giuridici speciali e derogatori consentirono ai poteri pubblici di assumere un ruolo determinante nello sviluppo della nascente società pluriclasse, gli stessi risultando ben più in grado, rispetto alla libera iniziativa privata, di rispondere efficacemente alle grandi problematiche derivanti dalle trasformazioni economiche e sociali allora in corso².

Se, per quanto concerne le realtà imprenditoriali, tali tentativi di ovviare alle disfunzionalità del mercato portarono, tra le altre misure, alla municipalizzazione dei servizi locali e alla costituzione di monopoli pubblici in settori industriali ritenuti all'epoca lontani da un effettivo confronto concorrenziale, per quanto concerne le attività di carattere mutualistico, l'adozione della legge 17 luglio 1890, n. 6972, cd. *Legge Crispi*, diede avvio ad un processo di sostanziale pubblicizzazione del sistema di assistenza sociale che, sebbene non portò mai alla compiuta organizzazione in senso burocratico di quest'ultimo, ebbe come indubbio risultato principale quello di consacrare lo Stato quale "*autore unico del cambiamento sociale*"³.

Qualificando come pubblici tutti gli enti aventi finalità di beneficenza e – per effetto della novella introdotta dal r.d. 30 dicembre 1923, n. 2841 – di assistenza, l'intervento legislativo crispino finì, infatti, per canonizzare la concezione dell'interesse generale come monopolio dell'organizzazione pubblica, il cui perseguimento non poteva che essere affidato direttamente all'Amministrazione o assicurato mediante la sottoposizione delle eventuali istituzioni mutualistiche di origine privata ad una disciplina speciale e a pervasive forme di controllo e vigilanza statali⁴.

D'altra parte, sin dai primi commenti al sistema così creato, la dottrina non ha mai mancato di sottolineare la natura indiscutibilmente pubblica della personalità giuridica assunta all'epoca anche dagli enti mutualistici di origine privata, in virtù dell'impossibilità per questi ultimi di sottrarsi – ai sensi dell'art. 103 della legge del 1890 – al significativo potere di sorveglianza e tutela esercitato su di essi dal Governo e volto ad assicurare la piena armonizzazione delle finalità assistenziali da loro perseguite con "*l'indirizzo generale della beneficenza*" dallo stesso delineato⁵.

Si venne così ad escludere radicalmente la configurabilità, nel settore in esame, di fondazioni o associazioni di diritto comune, dovendosi piuttosto ricondurre anche tali soggetti a una figura assolutamente tipica e speciale di ente pubblico, contraddistinta dalla convivenza di forti poteri di vigilanza e di tutela pubblica con il ruolo, comunque ineliminabile, della volontà dei privati, fossero essi i fondatori, gli amministratori o la base associativa di tali istituzioni.

Più in generale, d'altronde, proprio in quegli stessi anni, si assistè all'affermazione della promozione del benessere della collettività quale obiettivo primario dell'Amministrazione all'interno del nuovo paradigma dello "Stato interventista", con la conseguente crescita esponenziale del numero e della varietà dei soggetti di natura pubblica attivi in Italia.

In particolare, l'inizio del Novecento fu caratterizzato da una vera e propria proliferazione degli enti pubblici funzionali, che vide il proprio apice nel periodo compreso tra le due guerre mondiali, complice anche l'avvento del corporativismo di matrice fascista. A mero titolo di esempio, risale infatti all'età giolittiana l'istituzione dell'INA, mentre proprio tra gli anni Venti e Trenta vennero fondati, tra i tanti, l'ISTAT e l'INPS⁶.

La scelta di tale modello istituzionale, di certo più snello di quello ministeriale e dotato di ampia autonomia operativa e finanziaria, consentì dunque all'amministrazione italiana di intervenire

² Così, G. VECCHIO, *Le istituzioni della sussidiarietà. Oltre la distinzione tra pubblico e privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2022, p. 29.

³ L. VIOLINI, *Associazioni non profit, diritti sociali e processo costituzionale europeo. Riflessioni de constitutione ferenda*, in C. CATTANEO (a cura di), *Terzo settore, nuova statualità e solidarietà sociale*, Giuffrè, 2001, p. 100.

⁴ Sulle finalità e le conseguenze dell'intervento legislativo in esame, si v., *ex multis*, P. BATTILANI, *I protagonisti dello Stato sociale italiano prima e dopo la legge Crispi*, in V. ZAMAGNI (a cura di), *Povertà e innovazioni istituzionali in Italia: dal Medioevo ad oggi*, Il Mulino, 2000, pp. 639-670.

⁵ Come, d'altra parte, evidenziato dalla stessa Corte costituzionale nella pronuncia 7 aprile 1988, n. 396.

⁶ Quest'ultimo, a seguito della trasformazione della Cassa nazionale di previdenza per l'invalidità e la vecchiaia degli operai, istituita nel 1898. Sul punto, si v. la completa ricostruzione di G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Il Mulino, 1991; e, per un'attenta analisi del rapporto tra le spinte politiche e la proliferazione degli enti pubblici funzionali, le storiche pagine di D. SERRANI, *Il potere per enti. Enti pubblici e sistema politico in Italia*, Il Mulino, 1978.

attivamente in ogni ambito quotidiano, non rinvenendosi, almeno sino ai primi tentativi di riforma degli anni Settanta, alcuna attività o interesse umano – fosse esso di natura assistenziale, artistica, culturale, scientifica o financo religiosa – che non fosse curato da un apparato organizzativo pubblico⁷.

D'altra parte, la devoluzione a ciascun ente pubblico di funzioni a vario titolo identificabili come di utilità generale giustificava, se non addirittura imponeva, la soggezione dello stesso ad un regime normativo di tipo pubblicistico, contraddistinto da obblighi e facoltà specifiche, esorbitanti rispetto a quanto generalmente previsto per le persone giuridiche di diritto privato⁸.

Per tutta la prima metà del Novecento, quindi, il modello dell'ente pubblico non economico si affermò quale modulo organizzativo tipico della cura degli interessi sociali e mutualistici, in coerenza con quella dicotomia ontologica all'epoca dominante e che vedeva contrapposti lo "Stato", quale unico responsabile del perseguimento dell'interesse generale, per il tramite di modelli istituzionali e operativi speciali, e il "Mercato", inteso come spazio dell'autonomia e della libera iniziativa privata, soggetto a regole comuni, ma naturalmente volto al solo perseguimento delle utilità economiche individuali e alla cura di interessi egoistici⁹.

2. I tentativi di razionalizzazione degli enti pubblici e il superamento del *principio di pubblicizzazione generalizzata*

Tra il finire degli anni Sessanta e i primi anni Settanta si assisté, tuttavia, ad una progressiva inversione della tendenza espansiva del settore pubblico appena descritta.

In particolare, l'emergenza finanziaria che colpì le economie occidentali di *welfare state* a seguito della crisi petrolifera del 1973 disvelò, infatti, tutta la fragilità del modello istituzionale di governo delle relazioni economiche e sociali che, superato il corporativismo fascista, aveva caratterizzato la prima fase repubblicana; si impose, così, la necessità di una completa messa in discussione della logica dell'universalismo e di quella concezione dei diritti sociali quali aspettative illimitate, ancorché di incerta tutela, che avevano animato i decenni precedenti. Al contempo, apparve sin da subito indispensabile compiere una revisione dell'apparato statale, alla ricerca di una maggiore efficienza istituzionale¹⁰.

Invero, a partire dall'adozione della cd. *Legge sul parastato*, nel 1975¹¹, sono state molteplici le iniziative che, al fine di contenere l'oramai ipertrofica e disordinata diffusione degli enti pubblici non economici, hanno a più riprese tentato di compiere una razionalizzazione dei cd. "enti inutili", imponendone la trasformazione, la soppressione o l'accorpamento¹².

Attraverso l'art. 4 della l. n. 70/1975, appena richiamata, fu imposta una riserva legislativa per l'istituzione o il riconoscimento di nuovi enti pubblici, in modo da scongiurarne la proliferazione incontrollata e, soprattutto, riaffermare l'esclusiva titolarità in capo allo Stato-apparato dei poteri di individuazione e qualificazione delle soggettività giuridiche operanti al suo interno¹³.

Similmente, anche le leggi di decentramento regionale, intervenute negli anni immediatamente successivi, disposero la soppressione o il ridimensionamento di diversi enti pubblici non economici nazionali, operanti in materie in cui vi era stato un trasferimento di funzioni amministrative alle

⁷ Così, S. TARULLO, *Manuale del diritto e del processo amministrativo*, Zanichelli, 2023, p. 10.

⁸ Come messo in luce da C. CONTESSA nel capitolo dedicato a *Figure organizzative e rapporti giuridici. Controlli, rapporti di impiego e responsabilità*, in C. CONTESSA, A. LALLI, *Manuale di diritto amministrativo*, La Tribuna, 2021, pp. 329-320.

⁹ Così, G. VECCHIO, *Le istituzioni della sussidiarietà. Oltre la distinzione tra pubblico e privato*, cit., pp. 13-14.

¹⁰ Sul punto, si v. S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Giuffrè, 2010, pp. 477 ss.

¹¹ L. 20 marzo 1975, n. 70, che reca *Disposizioni sul riordinamento degli enti pubblici e del rapporto di lavoro del personale dipendente*.

¹² Un'ampia ricostruzione di tali trasformazioni è offerta da E. Freni, *Le trasformazioni degli enti pubblici*, Giappichelli, 2004.

¹³ Come ben sottolineato da C. CONTESSA nel capitolo dedicato a *Figure organizzative e rapporti giuridici. Controlli, rapporti di impiego e responsabilità*, cit., p. 322.

Regioni¹⁴. Tuttavia, né gli interventi appena descritti né quelli che ad essi fecero seguito, promossi all'interno di alcune successive leggi finanziarie, portarono a traguardi davvero soddisfacenti, risultando, per di più, tutti quasi unicamente volti al conseguimento del solo obiettivo del risparmio di spesa e non anche ad un – quantomeno parziale – ripensamento di quella netta preferenza dell'intervento pubblico rispetto all'autonomia privata che, come si è visto, costituiva la ragione profonda della crescita dell'apparato statale.

Anzi, a ben vedere, proprio i tentativi di razionalizzazione appena descritti furono interpretati, negli anni Settanta, come l'esaltazione della separazione istituzionale – prima ancora che concettuale – del mercato dalle funzioni sociali, con la soppressione di tutti quegli enti non strettamente indispensabili allo svolgimento di queste ultime¹⁵.

Tuttavia, come si è detto, l'aggravarsi della crisi inflazionistica e del debito pubblico finì ben presto per minare definitivamente quella cultura politica ancora attestata sulla pubblicizzazione dell'assistenza sociale, facendo emergere, sul finire del decennio e in modo oramai inconfutabile, tanto l'insostenibilità di un simile modello di *welfare* quanto la necessità di sostenere lo stesso con risorse private¹⁶.

Lungo tutto il corso degli anni Ottanta iniziò pertanto a svilupparsi una nuova consapevolezza critica in merito al coinvolgimento della società nell'attuazione degli obiettivi di solidarietà previsti dalla Costituzione, nell'ottica della costruzione di un ordinamento plurale e democratico¹⁷.

Non a caso, dunque, proprio sul finire del decennio, il superamento del *principio di pubblicizzazione generalizzata* nella cura degli interessi sociali fu formalmente sancito dalla Corte Costituzionale che, con la pronuncia 7 aprile 1988, n. 396, rilevò l'illegittimità del sistema di monopolio pubblico dell'assistenza realizzato dalla legge crispina n. 6972/1890, in quanto volto a limitare eccessivamente – e ingiustificatamente – la libertà dei privati di contribuire alle attività di sostegno sociale, espressamente riconosciuta, invece, dall'ultimo comma dell'art. 38 della Costituzione¹⁸.

Rifiutando la tradizionale qualificazione dei fini mutualistici “*come esclusivi delle strutture pubbliche*”, il Giudice delle leggi intese così riaffermare il carattere democratico della “*pluralità di forme e modi in cui l'attività assistenziale viene prestata*” quale espressione di un vero e proprio “*diritto dei privati di istituire liberamente enti di assistenza e, conseguenzialmente, di vedersi riconosciuta, per tali enti, una qualificazione giuridica conforme alla propria effettiva natura*”.

3. La fine del monopolio pubblico e l'affermazione del Terzo settore

La pronuncia appena ricordata consacrò, dunque, il definitivo superamento di quella impostazione – ontologica prima ancora che istituzionale – che presupponeva che “*tutti i fini di interesse generale fossero, di per sé stessi, pubblici e pertanto potessero essere perseguiti esclusivamente da soggetti pubblici*” e secondo regole pubblicistiche¹⁹, aprendo così all'impiego di moduli e strumenti privatistici anche nella realizzazione di attività non economiche e di finalità sociale.

Tale evoluzione si tradusse, innanzitutto, in un complesso processo di trasformazione legislativa di numerosi enti pubblici, economici e non, in persone giuridiche di diritto privato. Invero, dopo i primi

¹⁴ Si v., in particolare, gli interventi di riordino realizzati tramite il d.p.r. 24 luglio 1977 n. 616 e, venti anni dopo, con la legge 15 marzo 1997, n. 59.

¹⁵ Ancora, G. VECCHIO, *Le istituzioni della sussidiarietà. Oltre la distinzione tra pubblico e privato*, cit., p. 40.

¹⁶ Sul punto, si v. G. CAZZETTA, *Legge e Stato sociale. Dalla legislazione operaia ai dilemmi del welfare “senza legge”*, in Quaderni fiorentini Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, XLVI, *Giuristi e Stato sociale*, 2017, pp. 103-140. Sulle criticità della cultura politica degli anni Settanta, si v. G. AMATO, *Economia, politica e istituzioni in Italia*, Il Mulino, 1976.

¹⁷ Le prime testimonianze di questo percorso di trasformazione si rinvencono, tra gli altri, nella riforma del sistema sanitario conclusasi con la l. 23 dicembre 1978, n. 833.

¹⁸ Come ricordato dalla stessa Corte costituzionale, l'opportunità del superamento del principio di pubblicizzazione generalizzata delle attività di assistenza era già stata dalla stessa evidenziata nella precedente sentenza 30 luglio 1981, n. 173.

¹⁹ S. LA PORTA, *L'organizzazione delle libertà*, Giuffrè, 2004, p. 8.

interventi di privatizzazione delle principali imprese pubbliche (tra le quali l'Iri, l'Eni, l'Ina)²⁰, trasformate in società per azioni – anche in vista della loro successiva dismissione –, nel più ampio contesto delle riforme amministrative degli anni Novanta²¹ anche vari enti pubblici operanti in gran parte nel settore della cultura (quali gli enti lirici-sinfonici, la Biennale di Venezia, la Triennale di Milano e l'Istituto nazionale per il dramma antico) vennero tramutati in associazioni o fondazioni privatistiche, secondo i modelli organizzativi previsti nel Libro I del codice civile²².

Negli anni successivi, poi, suddetta trasformazione investì progressivamente anche organizzazioni pubbliche di natura prevalentemente autoritative e dotate di più marcate funzioni di governo, tra le quali l'Anas, la Sace o l'Agenzia del demanio²³. Anche molti enti previdenziali alimentati da contribuzioni obbligatorie a carico degli appartenenti a categorie professionali furono trasformati in persone giuridiche di diritto privato senza scopo di lucro; nel 2012, infine, ha trovato compimento anche il progetto di riorganizzazione in senso privatistico della Croce Rossa Italiana, dopo il fallimento di un primo tentativo in tal senso, risalente addirittura all'inizio degli anni Ottanta²⁴.

D'altronde anche nella legislazione più recente si rinviene una chiara preferenza per il conferimento, ai soggetti di nuova costituzione, di una veste giuridica privatistica, in ossequio a esigenze di contenimento della spesa pubblica e di razionalizzazione organizzativa, sulla base all'assunto della maggiore idoneità delle forme di diritto comune – rispetto a quelle proprie del diritto pubblico – a garantire l'efficienza, la flessibilità e l'economicità dell'azione amministrativa²⁵.

Malgrado la loro natura privata, tuttavia, tali enti – siano essi creati *ex novo* o il risultato dei processi di trasformazione appena descritti – risultano ugualmente titolari di compiti e funzioni pubbliche, affidate loro in virtù di concessioni o convenzioni con le autorità ministeriali o con gli altri enti locali o funzionali competenti e in coerenza con quella moderna concezione oggettiva del potere amministrativo che tende a legittimare l'azione dei pubblici poteri (anche) in base alle peculiari modalità del suo esercizio e non soltanto in ragione della sua riferibilità all'apparato burocratico in senso tradizionale²⁶.

Anche dal diverso punto di vista dell'autonomia privata, il superamento del monopolio pubblico dell'assistenza sancito dalla Corte Costituzionale e, soprattutto, il conseguente affermarsi – anche in dottrina – della scissione tra l'attività di perseguimento dell'interesse generale e l'esercizio di funzioni amministrative hanno dato un forte impulso alla proliferazione, negli ultimi tre decenni, di formazioni sociali che intervengono in molteplici ambiti dell'esperienza umana per finalità diverse dalla realizzazione di profitto e secondo una chiara logica solidaristica²⁷. Si è andata così sviluppando una nuova forma di organizzazione della solidarietà o, meglio, di una sua *auto-organizzazione*, fondata sull'impegno privato piuttosto che sul *munus* pubblico, che ha progressivamente affiancato, sovente

²⁰ Realizzati, inizialmente, mediante il d.l. 5 dicembre 1991, n. 386, convertito con l. 29 gennaio 1992, n. 35, e il d.l. 11 luglio 1992, n. 333, convertito con l. 8 agosto 1992, n. 359.

²¹ In gran parte, ma non esclusivamente, legati all'attuazione della delega contenuta nell'art. 11, comma 1, lett. b), l. 15 marzo 1997, n. 59. Per la trasformazione degli enti lirici in fondazioni private, si v. la delega contenuta nell'art. 2, comma 57, della l. 28 dicembre 1995, n. 549, attuata con l'adozione del d.lgs. 29 giugno 1996, n. 367.

²² Sul punto, nuovamente, si v. la completa ricostruzione di E. FRENI, *Le trasformazioni degli enti pubblici*, cit.

²³ Come sottolineato da V. CERULLI IRELLI, *Le fondazioni lirico-sinfoniche come organizzazioni pubbliche in forma privatistica*, in Aedon, 3, 2012, disponibile online <http://www.aedon.mulino.it/archivio/2012/3/cerulli.htm>.

²⁴ Come ricostruito da L. CAIANIELLO, *La sussidiarietà aiuta la trasformazione definitiva della Croce Rossa italiana*, in Labsus. Laboratorio per la sussidiarietà, 22 giugno 2019, disponibile online <https://www.labsus.org/2019/06/la-sussidiarieta-aiuta-la-trasformazione-definitiva-della-croce-rossa-italiana/>.

²⁵ Sul rapporto tra amministrazione e diritto privato, si v., *ex multis*, V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, in ID., *L'amministrazione costituzionalizzata e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Giappichelli, 2019, pp. 105 ss.; B. MARCHETTI, *Diritto privato e amministrazione pubblica: problemi e spunti di diritto comparato*, in Giustamm, 12, 2012; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, 2003.

²⁶ Come sottolineato da E. ZAMPETTI, *Riflessioni in tema di soggettività e attività amministrativa di diritto privato e principio di sussidiarietà orizzontale*, in P.A. Persona e Amministrazione, 2, 2019, p. 346.

²⁷ Sulla distinzione tra attività di interesse generale e funzione amministrativa si v. D. DONATI, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensioni e garanzie*, Il Mulino, 2013, pp. 139, 271-272; D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale. Terzo settore e amministrazione condivisa*, Giappichelli, 2022, pp. 181-182. Sulla diffusione degli enti del Terzo settore, si v. *ibidem*, pp. 8 ss.

anche sostituendole, le strutture di uno Stato sociale oramai in endemica crisi di risorse nel rispondere in modo efficace ai bisogni, sempre più complessi e differenziati, della società civile²⁸.

D'altra parte, poiché proprio l'ampliamento delle sfide al *welfare state* ha imposto – e tutt'ora richiede – una radicale revisione di tale modello istituzionale a favore di una nuova idea di *welfare society*, ove l'azione dei poteri pubblici si arricchisce e si completa con le risorse dei privati, si è andata nel tempo affermando la necessità da parte dei primi di supportare la realizzazione di quelle attività che si pongono come strumentali rispetto al progetto di trasformazione sociale sancito dalla Costituzione, in coerenza con quel principio di sussidiarietà orizzontale che, nel 2001, ha finalmente ricevuto la sua piena consacrazione normativa²⁹.

Coerentemente, dunque, la diffusione degli enti *non-profit* è stata accompagnata, negli anni, da una significativa legislazione di favore, volta a formalizzare – sia pure in modo a lungo puntiforme e frammentato – un ambito sociale, quello del cd. Terzo settore, che, non essendo riconducibile ai tradizionali poli dello Stato e del Mercato, sembrava destinato – a ragione, secondo alcuni – a rimanere nella sfera dell'irrilevante giuridico³⁰.

Solo più di recente, però, tale disciplina composita e disorganica ha trovato un primo tentativo di sistematizzazione nel d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, recante il *Codice del Terzo settore*, che, introducendo un vero e proprio “*micro-sistema ordinamentale*”³¹, ha avuto il merito di innovare significativamente il modo in cui il Terzo settore era stato inteso sino a quel momento, consentendone finalmente una definizione “in positivo”, come categoria giuridica – e non solo economica o sociologica – autonoma e non più esclusivamente quale mero “*spazio intermedio tra individuo, percepito attraverso la realtà giuridico-economica indicata nel mercato, e Stato*”³².

In questa nuova prospettiva istituzionale, il settore dell'autonomia privata senza scopo di lucro è riuscito così finalmente ad affrancarsi dalla precedente qualificazione quale fenomeno residuale ed esito del fallimento dello Stato e/o del Mercato, per affermare, invece, la sua natura di strumento chiave per la realizzazione dei valori costituzionali e di rilevante fattore di coesione sociale³³.

4. Conclusioni. La valorizzazione della concezione funzionale di pubblica amministrazione quale strumento per la promozione del pluralismo nell'ottica della sussidiarietà orizzontale

Le innovazioni introdotte, innanzitutto sul piano simbolico, dalla riforma del Terzo settore appaiono, dunque, mettere ulteriormente in crisi quella rigida – e perciò stesso riduttiva – identificazione tra individuo e interesse egoistico, affermatasi agli inizi del Novecento e che configurava l'Amministrazione come l'esclusivo garante dell'interesse generale.

La valorizzazione, nel Codice del 2017, degli istituti di co-programmazione e di co-progettazione consacra l'affermazione di un nuovo modello istituzionale che, superando la prospettiva dei poteri pubblici quali unici attori della promozione sociale, comporta un sempre più significativo ricorso alle risorse della società civile, non più in un'ottica di mera esternalizzazione delle prestazioni, ma di vera e propria cooperazione tra apparati pubblici e soggetti privati in vista del perseguimento dell'interesse generale³⁴.

²⁸ Così, S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Editori Laterza, 2014, pp. 64-65.

²⁹ Sul punto, si v. G. ARENA, *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 2017, p. 47.

³⁰ *Ex multis*, F. GIGLIONI, *Principi e ricadute sistemiche di diritto pubblico nella recente riforma del terzo settore*, in *Munus*, 2, 2019, p. 500

³¹ Come sottolineato in M. V. DE GIORGI, *Terzo settore. Il tempo della riforma*, in ID., *Enti del primo libro e del terzo settore*, Pacini Giuridica, 2021, p. 358.

³² A. BARBA, *Il 'principio di libertà sociale' nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Autonomia privata individuale e collettiva*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 332

³³ D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale. Terzo settore e amministrazione condivisa*, cit., pp. 14-15.

³⁴ Sulla cooperazione tra cittadini e amministrazione, si v. le fondamentali pagine di F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Marsilio, 1994.

La chiave interpretativa fondamentale per ricostruire tale relazione tra Terzo settore e Amministrazione deve quindi individuarsi nel più ampio fenomeno dell'amministrazione condivisa³⁵, quale nuovo “*paradigma pluralista, paritario e relazionale*”, fondato su di una concezione pervasiva e collaborativa del principio di sussidiarietà orizzontale, nella quale la convergenza degli obiettivi e l'aggregazione delle risorse pubbliche e private elevano i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, “*secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico*”³⁶.

Nel contesto di questo nuovo modello istituzionale, anche la distinzione tra personalità pubblicistica e privatistica, già posta in discussione dal frequente ricorso a forme e strumenti di diritto comune nell'esercizio delle funzioni amministrative e dalla diffusione di moduli di partecipazione dei privati all'agire autoritativo, necessita dunque di un più ampio ripensamento. Pur senza negarne in radice l'utilità classificatoria, appare infatti quanto mai opportuno auspicare un parziale superamento di tale dicotomia, dovendosi riconoscere, già oggi, la significativa presenza nell'ordinamento di ipotesi di ibridazione tra queste due figure soggettive³⁷.

In tale ottica, già da tempo la migliore dottrina ha prospettato la possibilità di individuare nella categoria degli *enti privati di interesse pubblico* una fattispecie intermedia tra le persone giuridiche pubbliche e quelle private, che trova la sua origine nel riconoscimento della piena adeguatezza delle forme di diritto comune all'assolvimento delle funzioni tradizionalmente pubblicistiche e quindi alla cura degli interessi generali e che, al contempo, rappresenta il prodotto di tale de-tipizzazione dell'amministrazione e del suo agire³⁸.

Il venir meno di una rigida distinzione tra enti pubblici e privati trova conferma, d'altronde, anche nel più recente tentativo della giurisprudenza di sostituire ad una nozione “statica” di pubblica amministrazione, basata sul riconoscimento di alcune caratteristiche tipiche della matrice pubblicistica, una qualificazione “dinamica” e funzionale dei soggetti a vario titolo coinvolti nella cura dell'interesse generale e che, prescindendo da un ontologico e definitivo inquadramento di questi ultimi in una delle due sfere ordinamentali, valorizza piuttosto il momento dell'individuazione del regime normativo di volta in volta agli stessi applicabile in concreto, in virtù dello specifico profilo, organizzativo o operativo, considerato³⁹.

Risulta, dunque, finalmente ribaltata la concezione pan-pubblicistica di inizio Novecento a favore di un nuovo disegno istituzionale che ricollega al perseguimento degli interessi collettivi l'imposizione di obblighi specifici, connessi alla finalità perseguita, ma in alcun modo idonei ad alterare la natura dei soggetti coinvolti.

Proprio tale de-tipizzazione dell'organizzazione amministrativa costituisce il presupposto per la piena realizzazione del paradigma pluralista, collaborativo e sussidiario sancito dall'art. 118, comma 4, della Costituzione, permettendo il consolidarsi di modelli di cooperazione sempre più intensi tra l'Amministrazione e il Terzo settore e la promozione, accanto alle più tipiche iniziative negoziali, di vere e proprie forme di partenariato istituzionalizzato, nelle quali il perseguimento dell'interesse condiviso si realizza attraverso la costituzione di un ente autonomo, gestito congiuntamente e affidatario di compiti di utilità generale⁴⁰.

³⁵ Sull'amministrazione condivisa, si v. G. ARENA, *Cittadini attivi*, Editori Laterza, 2011; G. ARENA, M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Editoriale Scientifica, 2022.

³⁶ Così la Corte costituzionale nella sentenza 26 giugno 2020, n. 131, § 2.1 del *Cosiderato in diritto*; per un commento a tale pronuncia, si v. G. ARENA, *L'amministrazione condivisa e i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo settore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2020, pp. 1449 ss. Il rapporto tra Terzo settore e sussidiarietà orizzontale è affrontato anche nell'ulteriore pronuncia della Corte 15 marzo 2022, n. 72.

³⁷ Sul punto, si v. S. CASSESE, *Diritto privato/diritto pubblico: tradizione, mito o realtà?*, in AA. VV., *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, RomaTre Press, 2018, pp. 54-55.

³⁸ Un'interessante riflessione sulla categoria degli enti (privati) di interesse pubblico si rinviene in V. SESSA, *Gli enti privati di interesse generale*, Giuffrè, 2007; cfr. G. MARASÀ, *Imprese sociali, altri enti del Terzo settore, società benefit*, Giappichelli, 2019.

³⁹ Sul punto, si v. la fondamentale pronuncia del Consiglio di Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660.

⁴⁰ F. CORTESE, *Tipologie e regime delle forme di collaborazione tra pubblico e privato*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Giappichelli, 2011, pp. 35 ss.

