

PRESENTAZIONE

PRESENTAZIONE

Nelle pagine che seguono si è inteso riflettere sull'affascinante fenomeno delle società partecipate dall'ente pubblico, partendo dalle peculiarità che le contraddistinguono dalle altre società private. Esse rappresentano modelli di gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica. È proprio il nebuloso concetto di servizio pubblico il nostro punto di partenza.

Oggi più che mai il sistema di *Welfare* è in crisi, i vincoli finanziari imposti dalla politica europea e l'importanza sempre più evidente di tutelare la concorrenza nel mercato interno hanno minato le basi delle tradizionali forme di gestione del servizio di pubblico interesse. Va ripensato l'intero sistema di Stato sociale italiano.

Il rapporto tra pubblico e privato, nell'ambito dell'intervento dello Stato nell'economia, in origine non era così complesso come lo è oggi. Le forme di intervento Statale si riassumevano nel fenomeno delle aziende autonome, speciali. Ma con l'istituzione della Consob nel 1974, e la stagione del controllo pubblico sulle società, il mondo delle società partecipate ha richiesto sempre più attenzione. Nel 2014 il Procuratore generale presso la Corte dei Conti, Salvatore Nottola, sottolineava nel suo giudizio sul rendiconto generale dello Stato per il 2013 che un terzo delle 7.500 partecipate pubbliche (il numero è però "variabile, in quanto le società sono soggette a frequenti modifiche dell'assetto") era in perdita, con un costo per lo Stato di circa 26 miliardi.

S. Nottola esortava quindi il legislatore a provvedere al più presto con "un disegno di ristrutturazione organico e complessivo per questo mondo ancora poco conosciuto e poco trasparente"¹.

¹ In tal senso si esprimeva il procuratore generale presso la Corte nel 2014, le dichiarazioni sono reperibili in *ilfattoquotidiano.it*.

La più recente legislazione, ispirata dal legislatore europeo, nell'intento dichiarato di perseguire il contenimento della spesa pubblica² e di promuovere l'*Internal Market*, ha inteso realizzare la concorrenza "per" il mercato e "nel" mercato. Tutto questo ha portato ad una generalizzazione nell'ambito dei pubblici servizi dello strumento delle società pubbliche, *in house* e miste, instaurando un peculiare rapporto tra ente pubblico e soggetto gestore di un pubblico servizio.

Se la società di capitali rappresenta materia emblematicamente civilistica, per quelle partecipate dal pubblico vi sono alcune norme derogatorie al Codice civile. Queste fattispecie sono, effettivamente, di diritto privato, e i profili di deroga sono disciplinati da norme speciali, le quali sappiamo essere tassative e non soggette a interpretazione estensiva.

È proprio questa, difficile, convivenza tra diritto pubblico e diritto privato che affascina la dottrina e la giurisprudenza. Il potere pubblico ha il compito di selezionare gli interessi meritevoli di tutela, e ciò lo deve fare attraverso procedimenti a monte pubblicistici, in quanto devono soddisfare il profilo motivazionale e quello della trasparenza. Dall'altra, la presenza del pubblico non arriva al punto di distorcere la struttura giuridica societaria, quindi la gestione delle partecipazioni pubbliche e l'esercizio dei diritti sociali deve avvalersi necessariamente degli strumenti privatistici.

Oggi, quindi, questo settore è molto più complesso, eterogeneo, e il TUSPP ha cercato di porre rimedio.

Va fin d'ora messo in evidenza che l'analisi sul riparto della potestà legislativa con riferimento alla materia delle partecipazioni pubbliche, sulla base dell'articolo 117 della Costituzione, pur risultando in linea di principio riconducibile alla potestà legislativa residuale delle Regioni è sempre più

² In tal senso già il c.d. "Piano Cottarelli" del 2014, di cui la Legge di Stabilità del 2015 recava talune misure di attuazione.

spesso oggetto di una disciplina statale. Questo fenomeno si giustifica con la capacità attrattiva propria di alcune materie di potestà legislativa esclusiva dello Stato, il quale si è spinto oltre alle proprie possibilità con la legge delega n. 124/2015³.

Il processo di razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica rappresenta un nodo centrale del decreto n. 175/2016. La legge delega richiede che le condizioni per la partecipazione alle società devono essere razionalizzate “entro il perimetro dei compiti istituzionali o di ambiti strategici per la tutela di interessi pubblici rilevanti”⁴.

Le due fasi di questo processo, la revisione straordinaria e quella periodica, previste dal legislatore delegato, si fondano sul presupposto che l'estensione delle società pubbliche nel nostro ordinamento abbia raggiunto livelli inaccettabili.

Nonostante manchi tuttora un sufficiente disegno strategico unitario, che legittimi l'attuale sistema di partecipazioni pubbliche sotto il profilo economico, sociale e industriale, l'attuale TUSPP rappresenta sicuramente l'ultimo stadio evolutivo di questo *trend* restrittivo⁵, avviato con la legge finanziaria 2008 coincidente con lo scoppio dell'ultima grande crisi economica mondiale.

È chiaro che il legislatore si è espresso in termini di eccezionalità riguardo allo strumento della società partecipata, ma il pregio più grande di questo decreto è l'aver spostato l'attenzione dalla società al socio⁶.

³ Questo tema verrà svolto in occasione dell'analisi della sentenza della Corte costituzionale n.251/2016, al capitolo III.

⁴ Così l'art. 18, comma 1, legge n.124/2015.

⁵ Varia dottrina è scettica riguardo a quello che viene definito “rasoio di Occam” del settore pubblico. Particolarmente critico riguardo all'irrazionale applicazione dell'antico brocardo “*entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*” è S.FORTUNATO, *La razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica, Le nuove società partecipate e in house providing, convegno in ricordo di L.Buttaro*, Bari, 2016, 100.

⁶ Si vedrà soprattutto C.ANGELICI, nelle *Conclusioni del Convegno Le società pubbliche tra regole di diritto speciale e prospettive funzionali: quale disciplina?*, Roma, 23 maggio 2013. L'A. riteneva inadeguata la prospettiva fortemente pubblicistica che la dottrina

D'altronde, il dibattito che per anni ha avuto ad oggetto la società pubblica è arrivato solo a concordare l'impossibilità di una trattazione unitaria⁷.

La complessità della materia non si presta a soluzioni ugualmente applicabili per tutti i tipi di società, quindi il d.lgs. n. 175/2016 è un testo unico solo sul piano formale⁸, mentre sul piano applicativo sostanziale può definirsi a "geometria variabile". L'unico elemento che accomuna tutte le fattispecie è la presenza di un socio pubblico.

In queste pagine si affronterà più in particolare una specifica tipologia di società partecipata dal soggetto pubblico, la società *in house providing*. Questa si è diffusa in Italia negli ultimi tre lustri, diventando l'archetipo per la gestione dei servizi pubblici locali. Le amministrazioni locali hanno abusato per anni di questo modello di gestione, volendo mantenere l'affidamento diretto dei servizi ed eludere i procedimenti ad evidenza pubblica, assumere organico senza concorso pubblico, violare i patti di stabilità, nonché i vincoli di bilancio e le regole a tutela della concorrenza⁹.

dominante ha sempre avuto a riguardo, cioè spostare arbitrariamente i profili pubblicistici che coinvolgono la figura del socio nell'ambito della fattispecie società.

⁷ Così G.ROSSI, *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, in rivista: *Diritto Amministrativo*, n.3 del 2007, 685.

⁸ Si vedrà tra gli altri anche il pensiero di G.ROSSI, *Le nuove società partecipate e in house providing, convegno in ricordo di L.Buttaro*, Bari, 2016, 34.

⁹ In particolare vanno richiamate le pesanti denunce di A.VETRO, Presidente on. della Corte dei conti, in problematica sulla giurisdizione per danni cagionati da amministratori e dipendenti di società partecipate da enti pubblici, alla luce dell'ordinanza dalla sezione giurisdizione della corte dei conti per il lazio n. 40/2018, in rivista web: contabilita-pubblica.it. Il Presidente on. Della Corte dei conti denuncia: "il notevole abuso nella costituzione di società partecipate dalla p.a., con enorme spendita di denaro pubblico, sovente finalizzato, dietro lo "specchietto delle allodole" di una maggiore efficienza, a distribuire poltrone su base clientelare, a gonfiare indebitamente i compensi, ad assumere nuovo personale senza alcuna garanzia nel reclutamento, a distribuire consulenze superflue, ad aggirare i limiti imposti per le gare di evidenza pubblica a tutela della concorrenza, ad operare in conclusione al di fuori dei fondamentali canoni di trasparenza e buona amministrazione, garantiti da seri controlli".

L'istituto ha origini pretorie, nasce dalle riflessioni del giudice europeo e si posiziona a cavallo tra SIEG e la concorrenza¹⁰, tra la materia degli appalti e quella degli aiuti di Stato. Il testo unico dedica all'*in house* un *corpus* normativo *ad hoc*.

Uno dei preminenti problemi che ha riguardato la genesi di questa tipologia societaria è quello della sua qualificazione giuridica. L'*in house providing* rappresenta un compromesso interessante tra l'autoproduzione delle prestazioni, scelta compiuta da un'amministrazione restia ad affidarsi a terzi in un mercato in crisi, e l'utilizzo dello strumento societario, tipicamente privatistico. Il legame organizzativo che si istaura tra l'ente locale partecipante e l'*in house* è talmente stretto da non richiedere l'osservanza delle regole del Codice degli appalti. Non ci sarebbe sostanziale terzietà tra l'ente pubblico e la società.

Un altro obiettivo che questa riforma organica delle società partecipate e dei servizi pubblici locali ha tentato di realizzare, è quello di una vera liberalizzazione dei servizi pubblici d'interesse economico generale. Il nostro legislatore ha seguito gli orientamenti comunitari sui SIEG, contenuti in fonti di *soft law*.

Si vedrà come, in generale, le imprese pubbliche dovranno soddisfare, ai fini della loro legittimità, il vincolo della stretta necessarietà. In questa operazione di verifica le società *in house* rappresentano una eccezione rispetto alla concorrenza "nel" e "per" il mercato, e in quanto tali sono considerate un *extrema ratio*. La posizione assunta dal TUSPP a riguardo è molto più severa rispetto a quella che è la politica europea¹¹.

¹⁰ Il tema della concorrenza verrà ripreso più volte nel corso di questa esposizione, ma va subito fatta un'osservazione. Il principio di libera concorrenza è, a ben guardare, una conquista abbastanza recente. Nel nostro ordinamento tale principio seguirà l'adesione alla Comunità Economica Europea, nel 1957, e prenderà il posto della tradizionale politica mercantilistica e dirigista nazionale, storicamente basata su nazionalizzazioni e monopoli di Stato. Rimane traccia di questo recente passato nell'art. 43 Costituzione, il quale verrà successivamente trattato.

¹¹ Si analizzerà, nel capitolo II, il *test* di necessarietà e proporzionalità adottato dalla giurisprudenza nell'alveo della sentenza *Teckal*, oltre all'art. 106 comma 2 TFUE.

Vi è un'altra finalità che traspare dalle norme del testo unico, quella del controllo. Il legislatore ha posto al centro tale nozione, soprattutto per quanto riguarda le società a controllo pubblico. Addentrandoci nella questione della competenza della Corte dei conti, si analizzerà in particolare l'articolo 12 del TUSPP. La giurisdizione contabile non discende dal fatto che siano in gioco interessi pubblici, ma richiede una esplicita attribuzione normativa. Se le società pubbliche vanno sempre considerate società di diritto comune, dove pubblico non è l'ente partecipato ma il soggetto partecipante, e se in questa fattispecie convivono la disciplina pubblicistica e quella privatistica, allora anche le diverse giurisdizioni convivono.

Il soggetto dell'ordinamento giuridico è sempre la società di diritto comune, quindi la disciplina integrativa speciale dipenderà dalla natura del socio e dalla quantità e qualità della sua partecipazione. Le società pubbliche saranno soggette al giudice amministrativo nei settori di attività in cui vi è un preminente rilievo degli interessi pubblici, mentre saranno soggette alle regole privatistiche nell'ambito della organizzazione e del funzionamento. In quest'ultimo caso le controversie saranno sempre di competenza del G.O., dato che non è sufficiente l'interesse pubblico per l'attrazione della controversia in capo al giudice amministrativo. Quindi, per fare un esempio, l'atto di revoca degli amministratori della società da parte dell'ente pubblico partecipante è sempre un atto societario, espressione di un potere privatistico, non pubblicistico.

Al fine di individuare la giurisdizione del giudice contabile va abbandonato il criterio eminentemente soggettivo, fondato sulla natura pubblica del soggetto agente, per abbracciare un criterio oggettivo basato sulla natura pubblica della funzione societaria, sulle risorse finanziarie e sull'attività esercitata. Il pregiudizio patrimoniale degli organi delle società di diritto privato, a partecipazione pubblica, non sarà qualificabile come danno da *mala gestio* se grava direttamente solo sul patrimonio della società.

Per quanto riguarda la società *in house* è interessante notare come la giurisprudenza di legittimità, qualificando l'ente societario come una articolazione interna della P.a., ha portato a riconoscere sempre e comunque la giurisdizione del giudice contabile.

Il legislatore sembra aver recepito gli approdi a cui è giunta la Suprema Corte, ma nello stesso tempo vedremo come abbia riconosciuto l'autonomia soggettiva all'*in house*, assoggettandola alle procedure concorsuali.

Capitolo Primo

SERVIZI PUBBLICI E SERVIZI DI INTERESSE GENERALE

1. *Il servizio pubblico, un concetto fondamentale impossibile da definire.* - Ancora oggi, come affermava anni orsono Massimo Saverio Giannini, la nozione di servizio pubblico resta fra le più tormentate¹.

Se qui lo si affronta il motivo è che tale concetto è essenziale ai fini definatori del sintagma “società pubblica”². Come è stato sottolineato, la società a partecipazione pubblica rappresenta “[l’]esempio di diritto misto in cui convergono regole e principi di diritto privato e di diritto amministrativo”³. La difficoltà nel qualificarne la natura giuridica ha diviso per molto tempo dottrina e giurisprudenza. Di certo, i due profili in gioco, fine di lucro e perseguimento dell’interesse pubblico tramite l’erogazione di un servizio, non sono di facile contemperamento. Il dibattito è ancor più esasperato dalla difficoltà di dare una definizione univoca di servizio pubblico.

Nel nostro ordinamento non esiste una disciplina generale da cui trarre una nozione giuridica precisa di servizio pubblico. Parte della dottrina ritiene questo tema “un vero e proprio crocevia di problematiche amministrative”⁴, nonostante un vasto quadro normativo sul tema, e nonostante un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale sviluppatosi nel tempo.

¹ L’espressione è di M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna 1986,69.

² Si veda L. SALVATO, *Riparto della giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società in house*, in *Il Fallimento*, 2014, 38.

³ Cfr. S. CASSESE, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 2004, 909.

⁴ Cfr. E.CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017,708.

L'art. 43 della Costituzione⁵ fa solo menzione dei servizi pubblici essenziali, ma non li definisce. Qui, i costituenti vollero adottare un modello economico diverso sia rispetto al collettivismo puro⁶, basato sulla proprietà pubblica generalizzata, sia rispetto al modello di Stato regolatore di attività di produzione lasciate interamente alla concorrenza dei mercati⁷, tipico della politica di democrazia liberale. L'aver definito il servizio pubblico, nel comma 3 dell'art. 41 Cost., come quell'attività economica destinata, mediante programmi e controlli posti dalla legge, al perseguimento dei fini sociali, rendeva possibile l'esercizio delle attività di impresa da parte dello Stato imprenditore. Il principio fondamentale di libertà dell'iniziativa economica privata, oltre ad essere dichiarata passibile di limitazioni ove l'esercizio risulti incompatibile con l'utilità sociale, o possa comportare conseguenze negative in ambito della sicurezza, libertà, dignità umana, è anche suscettibile di essere annientata e sottratta al mercato, gestita tramite monopoli pubblici.

⁵ È proprio l'art.43 Cost il punto di partenza per quella che probabilmente è una delle più fruttuose elaborazioni dottrinali del concetto di servizio pubblico. Ci si riferisce a Pototschnig, che verrà trattato nel paragrafo successivo. Va comunque osservata la limitata applicazione concreta di questo "potere", infatti gli interventi previsti dall'art. 43 sono stati elaborati soltanto per imporre una riserva di sfruttamento di giacimenti petroliferi in una data area geografica e per la nazionalizzazione dell'energia elettrica. Inoltre, la sent. Corte Cost. n.63/1991 richiama un principio già più volte affermato, anche nella sent. Corte Cost.n.446/1988 esplicitamente richiamata, quello secondo cui "il potere della Corte "di giudicare in merito all'utilità sociale alla quale la Costituzione condiziona la possibilità di incidere sui diritti dell'iniziativa economica privata concerne solo la rilevanza di un intento legislativo di perseguire quel fine e la generica idoneità dei mezzi predisposti per raggiungerlo". "In numerose ipotesi la Corte ha operato questo riscontro ritenendo legittime discipline settoriali che in vario modo limitavano l'iniziativa economica privata in ragione del perseguimento di un'apprezzabile utilità sociale". In questa sentenza la Corte, per esemplificare, richiamava un'altra sentenza, la n. 20/1980, relativa ad una legge che regolamentava la produzione di paste alimentari. In quest'ultima sentenza la Corte ritenne infondata la questione di costituzionalità del divieto di produzione di pasta con farina integrale di grano duro, identificando l'utilità sociale di tale limitazione dell'iniziativa economica privata nella protezione della tipica produzione italiana, oggi diremmo la protezione del *made in Italy* con le sue specifiche qualità.

⁶ Un esempio di filosofia politica collettivista, che ispirò anche Karl Marx, è quello del Contratto sociale di Jean-Jacques Rousseau.

⁷ Si veda M.S.GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, 123.

Si anticipa fin d'ora che la presenza dello Stato nel mercato inizia a diminuire già dalla fine degli anni Ottanta, durante l'epoca delle privatizzazioni e delle liberalizzazioni volute dal diritto europeo⁸. L'esperienza storica ha infatti dimostrato come l'originario modello di Stato imprenditore ha portato ad una inefficiente allocazione delle risorse rispetto al modello di Stato regolatore, che si limita a minimi interventi nell'economia volti a normalizzare alcuni settori lasciati all'iniziativa economica privata. L'intervento, funzionale ad aumentare l'efficienza del settore, sarà più o meno invasivo a seconda degli interessi generali coinvolti⁹. Quindi la riserva in favore dello Stato cede alla regola della concorrenza.

È oramai il diritto dell'Unione a stabilire in quali casi, eccezionalmente, è ammesso il conferimento esclusivo di diritti speciali ad uno o più operatori pubblici. Per quello che qui interessa, il primo problema interpretativo che emerge, riguardo alla nozione di servizio pubblico, fu scegliere tra una concezione oggettiva e una soggettiva della categoria, ma questo tema verrà affrontato in seguito.

L'ordinamento ci fornisce un aiuto nella operazione definitoria con la L. n. 146/1990. All'art.1 co.1 della Legge che disciplina il diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, il legislatore definisce servizi quelli “volti a garantire il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla vita, alla salute, alla libertà ed alla sicurezza, alla libertà di circolazione, all'assistenza e previdenza sociale, all'istruzione ed alla libertà di comunicazione”¹⁰. Questa legge si propone di contemperare l'esercizio del diritto di sciopero col godimento dei diritti della persona, quindi delinea la

⁸ Cfr. commentario della Costituzione, art.41, A.LUCARELLI, *studiolegale.leggiditalia.it*.

⁹ Si veda G.MARINO in *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, a cura di P.BILANCIA, Milano, 2012, 39. L'A. avverte come il modello di Stato imprenditore sia evocato con crescente insistenza, ma non con altrettanta consapevolezza, nell'attualità. Infatti, la politica continua a parlare di nazionalizzazione delle banche in crisi e di intervento dello Stato nel capitale delle banche.

¹⁰ Legge, 12/06/1990 n. 146, in G.U. 14/06/1990, Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sulla salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati. Istituzione della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge.

nozione di servizi pubblici essenziali come quelli diretti a garantire il godimento dei diritti della persona costituzionalmente tutelati. L'art.1 co.2 contiene un elenco di servizi a seconda dei diritti tutelati, ma va considerato come un elenco aperto anche a nuove situazioni sociali meritevoli di essere considerate¹¹. Si comprende, leggendo questo elenco, che la categoria dei servizi pubblici essenziali è una categoria ambigua¹², non ci sono criteri condivisi e oggettivi da utilizzare per qualificare i vari servizi pubblici che potrebbero considerarsi essenziali.

Un altro problema è che la nozione di servizio pubblico essenziale viene utilizzata nel nostro ordinamento in contesti assai differenti. Sono servizi pubblici essenziali i servizi nazionalizzabili ai sensi dell'art. 43 Cost., mentre la legge n. 146/1990 contiene una definizione differente, di carattere maggiormente teleologico, che vale "ai fini della presente legge" (art. 1, comma 1). Nell'elenco del co.2 vi è un elemento che li collega, cioè il fatto

¹¹ Per ciò che concerne il diritto alla vita, alla salute, alla libertà e sicurezza personale, vengono richiamati: il servizio pubblico della sanità; l'igiene pubblica; la protezione civile; la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti urbani; le dogane; l'approvvigionamento energetico, di risorse naturali, di beni di prima necessità; il servizio di gestione e mantenimento degli impianti; l'amministrazione della giustizia, con particolare riferimento all'area del diritto penale e ai provvedimenti restrittivi della libertà personale; i servizi di protezione ambientale e di vigilanza sui beni culturali; il servizio pubblico di fruibilità di musei e luoghi di cultura. Quest'ultimo servizio è emblematico della natura aperta del co.2, infatti rappresenta l'ultima novità del decreto del 20 settembre 2015 n. 146. L'intervento si limita ad aggiungere all'elenco dei servizi pubblici essenziali, che già comprendeva "i servizi ... di vigilanza sui beni culturali", "l'apertura al pubblico di musei e luoghi della cultura, di cui all'art. 101 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, e successive modificazioni". Il legislatore si è attivato in risposta alle polemiche e al forte impatto mediatico scatenati a seguito della chiusura di alcuni musei di Roma e degli scavi di Pompei nel mese di luglio del 2015 e, successivamente, della chiusura dell'anfiteatro Flavio ed i Fori imperiali, rimasti chiusi a seguito di assemblee indette dalle rappresentanze sindacali per il mancato pagamento ai lavoratori del salario accessorio arretrato da parte del ministero per i Beni e le Attività culturali. Sempre nell'elenco troviamo i servizi pubblici a tutela della libertà di circolazione, quindi tutti i trasporti pubblici. Per quanto riguarda l'assistenza, la previdenza sociale e in generale tutto quanto è economicamente necessario al soddisfacimento delle necessità della vita: i servizi di erogazione monetaria anche a mezzo del servizio bancario. Per l'istruzione si elenca, oltre all'istruzione pubblica obbligatoria, l'istruzione universitaria con particolare riferimento agli esami conclusivi dei cicli di istruzione. Infine, per quanto riguarda il diritto alla libertà di comunicazione si richiamano i servizi pubblici delle poste, telecomunicazioni e informazioni radiotelevisiva pubblica.

¹² Cfr. O.MAZZOTTA, *Manuale di diritto del lavoro*, Padova, 2015, 163-164.

che le conseguenze negative dei conflitti collettivi non si riversano sul datore di lavoro, quanto piuttosto sugli utenti finali, gli *stakeholders*¹³, con la conseguenza che in questi settori è sempre necessario garantire quei valori costituzionali di cui l'utenza è portatrice, attraverso una definizione preventiva di un livello minimo di funzionamento del servizio¹⁴.

Anche il Codice penale da una nozione di incaricato di pubblico servizio, all'art. 358 co.2, definendo il servizio pubblico come “un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione¹⁵, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di questa ultima”, quali quelli deliberativi, autoritativi e certificativi, ”e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale”. Possiamo osservare subito che questa definizione prescinde dal rapporto di dipendenza con l'ente pubblico, ciò che viene considerato pubblico servizio è l'attività diretta alla finalità pubblica in senso oggettivo¹⁶.

Dottrina autorevole¹⁷, sostiene che, soprattutto nel caso di un'attività di impresa svolta in regime di concessione ma pur sempre regolata da norme privatistiche e non qualificabile come servizio pubblico, occorra oltre al rapporto concessorio con l'ente anche che l'attività svolta sia disciplinata da norme di diritto pubblico¹⁸.

¹³ Secondo il Libro Verde della Commissione Europea, 2001, sono definiti *stakeholders* tutti quei soggetti "portatori di interessi" nei confronti di un'iniziativa economica.

¹⁴ In tal senso M.CATINARI, *La riforma dei musei, Analisi del d.l. n. 146/2015: cause e effetti*, 08/05/2018, contributo reperibile in: webcache.googleusercontent.com.

¹⁵ Come osserva G.NAPOLITANO, *Le funzioni*, in *Corso di diritto amministrativo*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2015, 32, questa distinzione tra funzione e servizio costituisce un retaggio dello Stato liberale oggi in gran parte superato dato che la fornitura di determinate prestazioni è considerata necessaria per il funzionamento della collettività. Inoltre, anche l'esercizio delle funzioni amministrative si traduce “nell'erogazione dei servizi alla collettività in base alle disponibilità finanziarie dello Stato”. Quindi la distinzione tra funzioni e servizi non ha un valore generale ma serve solo per l'applicazione di singole previsioni normative.

¹⁶ Si veda il Codice Penale commentato in: studiolegale.leggiditalia.it.

¹⁷ Cfr. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, Padova, 1998, 43. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale Parte Speciale*, I, 2005, 175.

¹⁸ Si noti che già G.MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Archivio giuridico*, 1933, 135. L'Autore richiamava, nei primi anni Trenta, l'attenzione sugli artt. 357 e 358 per distinguere l'ambito della funzione pubblica e l'ambito del servizio pubblico.

Anche la giurisprudenza penale è concorde con la definizione oggettiva di pubblico servizio¹⁹, nozione indipendente dalla natura pubblica o privata del soggetto che svolge l'attività²⁰. Su questa linea si è ritenuto, per esempio, di riconoscere la qualifica di persona incaricata di pubblico servizio ad una s.p.a. titolare di un diritto di superficie su aree comunali per realizzare un piano di edilizia economica e popolare²¹.

Il legislatore del d.lgs. n. 267/2000, il T.U. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, all'art. 112 sembrerebbe definire il servizio pubblico come quello che ha ad oggetto la produzione di beni ed attività volte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile della comunità. Questa generalissima nozione ha carattere aperto, quindi è compito degli amministratori interpretare i bisogni della collettività e far rientrare nella nozione determinate attività, traducendosi in una scelta di carattere eminentemente politico sia per quanto riguarda la destinazione delle risorse, sia, sul piano soggettivo, riguardo al modello di erogazione²².

¹⁹ Si veda in particolare la Cass. pen, Sez. VI, n.10678/1996. In questa sentenza, avente ad oggetto la contestazione del reato di concussione ad un soggetto privato, si afferma che emerge chiaramente dal disposto del primo comma dell'art. 358 c.p. la natura oggettiva dell'attività svolta, non rilevando che la stessa sia svolta da un soggetto privato. "L'apparente tautologia della formula legislativa, che definisce l'incaricato di pubblico servizio con riferimento alla prestazione di un pubblico servizio, può superarsi considerando che la norma richiama una nozione già presente nell'ordinamento, in modo particolare nell'ambito del diritto amministrativo", questo è un ulteriore elemento a favore della tesi contraria all'autonomia della definizione penalistica. Va osservato come per una parte della giurisprudenza penale il passaggio alla nozione oggettiva di servizio pubblico sia dovuta alla modifica dell'art.358 c.p. con la L. n. 86/1990. Tra i molti esempi si veda Cass. pen. Sez. VI n. 10138/1998, dove si afferma che il "giudice di legittimità ha già stabilito (Cass. pen., Sez. VI, 23 novembre 1995, ric. Diana, m. CED 203735) che l'art. 385 c.p., nel testo modificato dall'art. 18 della legge n. 86 del 1990, intende in senso oggettivo l'esercizio del pubblico servizio, con riguardo esclusivo alla connotazione pubblicistica dell'attività concretamente svolta dal soggetto e, prescindendo, quindi, dalla natura pubblica o privata dell'ente al quale quell'attività sia riferibile".

²⁰ *Ex multis* la Cass. pen. Sez. VI, 27/01/2005, n. 11902, secondo cui l'incaricato di un pubblico servizio è anche il dipendente di una società concessionaria di opere pubbliche che abbia la disponibilità di denaro vincolato al conseguimento di scopi pubblicistici.

²¹ In tal senso la Cass. pen. Sez. V, 27/01/2000, n. 209.

²² Cfr. N. MASTROPASQUA, *linee guida della corte dei conti: le verifiche sulle società partecipate*, *Azienditalia*, 2008, commento alla normativa, studiolegale.leggiditalia.it.

Tutte queste definizioni sono tuttavia settoriali²³, da queste non è possibile arrivare ad un concetto univoco di servizio pubblico²⁴. Parte della dottrina osserva che il legislatore non ha mai avuto un'idea chiara e unitaria di servizio pubblico²⁵, questo si deve al rapido mutamento socio-economico²⁶ che obbliga il legislatore a rimanere al passo con l'attualità.

Il tentativo del legislatore della l. n. 103/1903, legge sulle c.d. municipalizzazioni, di tipizzare i servizi pubblici in un elenco si rivelò subito vano, infatti le diciannove attività elencate all'art. 1 della legge furono fin da subito considerate come una ricognizione meramente esemplificativa, non in grado di restringere l'autonomia locale nelle sue decisioni politiche²⁷.

Infine, va precisato che l'ordinamento italiano non conosce solo l'espressione "servizi pubblici" ma anche quella di "servizi di pubblica utilità" o "servizi di preminente interesse generale"²⁸. Per quanto riguarda le

²³ In senso contrario S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, in *Enciclopedia di diritto*, XLII, Milano, 1990, 360-371. Cattaneo ritiene improprio parlare di una nozione penalistica autonoma di servizio pubblico, invece considera la norma definitoria penale come un contributo alla ricostruzione unitaria del concetto. Mentre sull'utilizzabilità della nozione penalistica dell'art. 357 e 358 C.P. esclusivamente agli effetti della legge penale e sull'impossibilità di un automatico trasferimento nell'ambito del diritto amministrativo si veda la sent. TAR Lombardia, Brescia, n.673/2005, in *lexitalia.it*.

²⁴ Cfr. C. VOLPE, *Servizi pubblici, concessione, risoluzione e giurisdizione: certezze e incertezze del sistema*, in *Urbanistica e appalti*, 2005.

²⁵ Cfr. G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, *Scritti giuridici*, vol.I, Milano, 1987, 140.

²⁶ Cfr. C.VARRONE, *Stato sociale e giurisdizione sui "diritti" del giudice amministrativo*, Napoli, 2001, 54.

²⁷ In tal senso E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, 2012, in *studiolegale.leggiditalia.it*. L'elencazione comprendeva attività qualificabili come servizi pubblici, a partire dagli acquedotti, fontane e distribuzione di acqua potabile, fino allo "stabilimento e relativa vendita di semenzai e vivai di viti ed altre piante arboree e fruttifere", numero 19 dell'elenco. Su questa elencazione si veda F. FIGORILLI, *I servizi pubblici*, in F.G.SCOCA, *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, 509. L'A. afferma che proprio l'eterogeneità delle attività elencate aveva fatto nascere l'esigenza di trovare un criterio identificativo della categoria, questo fu il terreno per l'elaborazione della concezione nominalistica, "primigenia espressione della ricostruzione in chiave soggettiva del servizio pubblico".

²⁸ Si veda l'art.1 del d.lgs. 261/1999 che definisce il servizio postale come di preminente interesse generale. È difficile trovare una definizione di quest'ultimo concetto, utilizzato dalla Corte Cost., per esempio, nella sent. n.97/1996, dove afferma che l'attività di prevenzione degli incendi è qualificabile proprio come servizio pubblico essenziale di preminente interesse generale. In quanto tale rientra nell'ambito di previsione dell'art.43 Cost. In questa occasione la Consulta richiama il fine, qualificante il servizio come di

ultime due espressioni, nate in piena era di privatizzazione e di dismissione dei monopoli legali pubblici²⁹, quello che traspare chiaramente è la definitiva adozione del criterio oggettivo. La qualificazione pubblica dell'utilità dei servizi è strettamente correlata alla destinazione finale di questi, il pubblico.

Neanche la dottrina è riuscita ad elaborare una univoca nozione di servizio pubblico. Come anticipato, il problema interpretativo dell'art. 43 della Costituzione si pose in merito alla contrapposizione tra concezione oggettiva, fondata sulla doverosità intrinseca dei servizi, e concezione soggettiva del servizio pubblico, fondata sul legame dei servizi con l'ente. Potrebbe sembrare un problema di portata solo teorica, in realtà riguardava il modello di Costituzione economica, la natura e la funzione della categoria dei servizi pubblici³⁰.

Inizialmente la concezione del diritto pubblico era basata sulla centralità dello Stato³¹. La dottrina amministrativa si diresse, quindi, verso una concezione soggettiva del servizio pubblico, inteso come l'attività svolta dallo Stato a fini sociali e in forme non autoritative³². Questa concezione portava a definire come pubblico servizio molte attività riconducibili alla P.a. ma che difettavano dei caratteri autoritativi tipici dell'azione dello Stato. Infatti, questa teoria non era in grado di tenere distinti il pubblico servizio e

preminente interesse generale, di assicurare l'incolumità delle persone e la tutela dei beni materiali e dell'ambiente, un fine di certo diverso da quello che può avere il servizio postale. Si veda anche la sent. n.1206/2001 del Cons. St. sezione VI, il caso *Poste It. s.p.a. c. Ist. Poligrafico e Zecca dello Stato*. Qui il Consiglio di Stato afferma che il servizio di bancoposta, non discostandosi per struttura e funzione dai servizi bancari simili, non è considerabile come un servizio di preminente interesse generale.

²⁹ Si veda la l. del 14/11/1995, n. 481.

³⁰ In tal senso il *commentario della Costituzione*, A.LUCARELLI, in: *studiolegale.leggiditalia.it*.

³¹ Si veda O.RANELLETTI, *Scritti giuridici scelti*, I, 1992, 265. Nel 1905 Ranelletti diede la sua famosa definizione del concetto di 'pubblico' nel diritto esaltandone la persona giuridica dello Stato: "tutto il concetto di pubblico si appunta e si concentra nello Stato: è pubblico tutto ciò che direttamente o indirettamente è di Stato".

³² Cfr. M.CLARICH, *manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2015, 366. Il servizio pubblico era quindi quell'attività volta alla soddisfazione di un bisogno di interesse generale, esercitata da un soggetto formalmente pubblico e sottoposto ad un regime giuridico speciale.

le attività imprenditoriali pubbliche³³. Come abbiamo visto, ancora oggi il codice penale distingue il pubblico ufficiale, che esercita una pubblica funzione, e la persona incaricata di un pubblico servizio che esercita una attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione ma che non ha gli stessi poteri tipici. Inoltre, il principio nominalistico era un criterio valido *ex post*, consentendo di qualificare una determinata attività come servizio pubblico solo dopo che fosse stata qualificata come tale e assunta dalla P.a., era necessario un criterio che consentisse la classificazione *ex ante*³⁴.

Alla concezione soggettiva si oppose e prevalse una concezione oggettiva, in linea con il principio di sussidiarietà orizzontale dell'ultimo comma dell'art.118 Cost., dove il costituente ha previsto il coinvolgimento dei privati nelle attività di interesse generale³⁵. L'elemento principe che ha mosso il cambiamento di prospettiva è quello del procedere delle politiche di liberalizzazione. Non è più soddisfacente il contesto in cui la finalità pubblica di un servizio era di fatto coincidente con la pubblicità del soggetto detentore dei poteri di organizzazione, sta emergendo un'altra modalità per soddisfare i bisogni della collettività.

L'aspetto principale del passaggio dalla concezione soggettiva a quella oggettiva è quello della ridefinizione delle responsabilità. Per quanto riguarda quelle dei pubblici poteri, sarà più una responsabilità di regolazione

³³ In realtà anche la teoria oggettiva, definendo il servizio pubblico come ogni attività economica disciplinata *ex lege* da programmi e sottoposta a controlli, per indirizzarla e coordinarla a fini sociali, si basa su un criterio talmente ampio da non riuscire a distinguere il servizio pubblico dall'attività imprenditoriale privata.

³⁴ Si veda F. FIGORILLI, *I servizi pubblici*, in F.G.SCOCA, *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, 510.

³⁵Cfr. F. FORTE, *Ricerca sulle partecipazioni statali*, a cura di G. Cottino, Torino, Einaudi, vol. I, 1978, 284. L'A. afferma come il principio di sussidiarietà non sia un elemento essenziale della nozione di servizio pubblico. Un tempo il principio era positivizzato dalla legge per definire l'ambito di manovra degli enti pubblici, residuale rispetto ai produttori privati, il cui interesse prevale. Si veda R.C.PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998, 40.

che di diretta esecuzione, al contrario di quella dei soggetti che erogano i servizi in un quadro predeterminato di strumenti e di forme di garanzia³⁶.

Secondo autorevole dottrina la nozione nominalistica trova il vero ostacolo nell'art. 43 Cost³⁷. La Costituzione legittima il, possibile e non necessario, trasferimento di imprese che svolgono servizi pubblici allo Stato o a enti pubblici, questo significa che alcune attività vanno considerate servizi pubblici anche se non appartengono alla Pubblica amministrazione. Ulteriore conferma dell'esistenza di servizi pubblici non in mano pubblica viene dalla possibilità, sempre nell'art. 43, di un trasferimento a favore "di comunità di lavoratori e di utenti", organismi certamente privati. Questa dottrina inoltre sottolinea come ci sia uno stretto collegamento tra la nozione di servizio pubblico e la nozione di impresa *ex art. 2082 del Codice civile*³⁸. Secondo il combinato disposto 43, 41 co.3 Cost., le attività economiche, private o pubbliche che siano, possono *ex lege* venire dirette verso fini sociali, quindi l'attività economica privata non è meno idonea di quella pubblica al conseguimento di questi fini. Quindi il servizio pubblico viene definito non soggettivamente ma in termini oggettivi, facendo riferimento alla disciplina costituzionale riguardante un'attività economica, e non importa se il soggetto esercente sia pubblico o privato o se il servizio sia fruibile individualmente o collettivamente³⁹.

³⁶ Si veda G.GEROLDI, *I problemi di una nuova governance nei servizi di interesse generale*, in *Rivista delle Politiche sociali*, 2014,3.

³⁷ Si veda U.POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, 139 ss.

³⁸ In tal senso U.POTOTSCHNIG, *op.cit.*,55, afferma come il fulcro della norma costituzionale sia "l'esercizio di un'attività che può dirsi sostanzialmente e formalmente economica". Per "attività economica" l'A. si rifà all'art.41 co.3, perno di tutta la sua tesi.

³⁹ Così POTOTSCHNIG, *op.cit.*, 155, afferma:" un'impresa privata che si riferisce ad un servizio pubblico essenziale può venire trasferita allo Stato, ad enti pubblici ovvero a comunità di lavoratori o di utenti ai sensi dell'art. 43, oppure può rimanere privata ed allora viene assoggettata, per quanto concerne il servizio prestato, ad un tipo di disciplina non diverso da quello previsto per l'attività economica pubblica, art. 41, comma 3, dall'altro lato, a caratterizzare il regime giuridico dell'attività economica che realizza un servizio pubblico interviene un corpus di disciplina comune, quella di cui all'art, 41, comma 3, qualunque sia il soggetto, privato o pubblico, che la esercita". Sulla irrilevanza della fruizione *uti singuli* o *uti universi* del servizio ai fini della qualificazione del servizio come pubblico si veda il Cons. Stato, Sez. V, n. 8090/2004.

Affievolita l'impostazione statalista si pone quindi l'accento sul tipo di attività e sul fine che si vuole perseguire con essa invece del soggetto, pubblico o privato, che la svolge. Si passa da una impostazione in cui era la legge a qualificare un interesse come pubblico, e di conseguenza attribuiva il compito di erogazione ai vari livelli dell'amministrazione, a una diversa visione dove non esiste una nozione unitaria di ciò che è "pubblico interesse". In questo nuovo assetto andranno distinti gli interessi pubblici astratti e generali dagli interessi pubblici concreti e settoriali collegati a mutevoli finalità individuate di volta in volta dalle singole amministrazioni, in risposta alle varie esigenze espresse dai cittadini⁴⁰. Nel tempo la nozione vide espandersi i propri confini, diventando, durante la seconda metà del secolo scorso, "non solo un istituto giuridico in senso proprio, ma un istituto cardine dell'intero diritto pubblico"⁴¹. Negli anni Ottanta del secolo scorso anche l'attività di raccolta del risparmio e di erogazione del credito da parte degli istituti bancari era considerata servizio pubblico, oggi invece è normale attività d'impresa anche se soggetta a controlli pubblici.

I processi di liberalizzazione dei mercati degli anni Novanta e di privatizzazione, trasformando enti pubblici economici in società per azioni a totale partecipazione pubblica nella privatizzazione c.d. fredda, o cedendo

Per comprendere in che cosa consista quel "fine sociale" che fa di un'attività economica un servizio pubblico si legga POTOTSCHNIG ,*op.cit.*,102 ss., è inoltre utile D.SORACE, *La riflessione giuridica di Umberto Pototschnig*, in "Amministrare", Pavia, 2001, in: *academia.edu*.

⁴⁰ Si veda G.GEROLDI, *I problemi di una nuova governance nei servizi di interesse generale*, in *Rivista delle Politiche sociali*, 2014, 4.

⁴¹ L'espressione è di F.MERUSI, *Servizio pubblico*, in *Nuovissimo Digesto italiano*, XVII, Torino, 1970, 215. Merusi nell'approfondire il concetto di servizio pubblico ha dato molta importanza al concetto di *service public* francese, dove infatti l'argomento in esame ha ricevuto il maggior approfondimento. Infatti, come riporta anche F.G.SCOCA, *op.cit.*,508 nota 3, nell'ordinamento francese la nozione di servizio pubblico ha avuto una certa rilevanza come clausola generale per definire l'ambito di giurisdizione del Consiglio di Stato riguardo ad atti autoritativi della P.a. sottoposti a *regles exorbitants du droit commun*. Questo tipo di approfondimento sarebbe stato utile per risolvere la annosa problematica del nostro art.33 d.lgs. 80/1998. Si veda la sentenza *Blanco* del Tribunale dei conflitti del 1873, ma soprattutto si veda il pensiero di DUGUIT, il quale associa il *service public* all'idea stessa di Stato in senso costituzionale.

parte delle azioni a privati o quotandole in borsa nel caso di privatizzazione c.d. calda, segnarono il passaggio dallo Stato gestore allo Stato regolatore.

Interessante notare come la più recente dottrina sostiene che il co.3 dell'art. 41 sia in contrasto col principio di concorrenza, fondamentale nell'ordinamento europeo. Si afferma che, in via interpretativa, il co.3 sia oggetto di "un'opera di ibernazione", mentre la libertà dell'iniziativa economica privata, al co.1 dell'art.41, sia oggetto di un "risveglio"⁴². Il compito dello Stato è ora quello di garante, attraverso strumenti di regolazione, di livelli qualitativi e quantitativi adeguati di servizi pubblici che hanno acquistato una dimensione autonoma e distinta dall'organizzazione dei poteri pubblici⁴³. Questa teoria oggettiva, che definisce il servizio pubblico come l'attività subordinata a determinati programmi e controlli *ex lege*, apre al rischio di una dilatazione concettuale e ad una commistione con attività economiche private soggette allo stesso regime *ex art.41 Cost.*⁴⁴.

Parte della più recente dottrina tende a recuperare l'elemento soggettivo, ritenendo insufficiente una nozione esclusivamente oggettiva, facendo concorrere le due impostazioni⁴⁵. L'ultima soluzione adottata, in linea di tempo, per risolvere il problema definitorio, infatti, è quella di superare l'antitesi tra nozione oggettiva e soggettiva, considerando invece una necessaria intersezione tra una oggettiva doverosità del servizio e l'elemento soggettivo pubblico della titolarità. Quindi, secondo le più recenti teorie il

⁴² In tal senso M.CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: confronto tra l'esperienza italiana e tedesca*, in *Rivista trim. d. pubblico*, 2003, 111.

⁴³ Si veda M.CLARICH, *manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2015, 367.

⁴⁴ Cfr. B. DELFINO, *La responsabilità per danni alla persona nell'erogazione di servizi pubblici*, Milano, 2007, 18. Si veda anche F. FIGORILLI, *I servizi pubblici*, in F.G.SCOCA, *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, 514. Figorilli osserva che la tesi oggettiva di Pototschnig pecca da un lato per eccesso, perché non consente di distinguere un'attività economica privata soggetta ai controlli dell'art.41 Cost. da un'attività gestita da soggetti pubblici, ovvero privati, incaricati nel quadro di una specifica organizzazione. Inoltre, la tesi pecca per difetto perché non ricomprenderebbe a pieno la varietà del fenomeno dei servizi pubblici se applicata rigidamente.

⁴⁵ Si veda in particolare P.CIRIELLO, *Servizi pubblici*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1995, 4.

titolare del servizio non è il gestore, ma è quello che istituisce il servizio tramite l'atto di assunzione degli interessi generali che in un determinato periodo appaiono maggiormente meritevoli di tutela, e che ne definisce il programma, cioè con atto generale definisce i mezzi e il grado di soddisfazione⁴⁶.

Secondo tale teoria la gestione del servizio è distinta dalla sua titolarità, quindi non deve essere necessariamente pubblica. L'attività di erogazione concreta del servizio è condizionata più da fattori di carattere economico e, se svolta da privati, è condizionata dalla finalità lucrativa come tutte le attività imprenditoriali o sociali.

Ma il collegamento della gestione con il soggetto pubblico titolare del servizio non può essere superato data l'oggettiva doverosità di quest'ultimo. E quindi la nozione di servizio pubblico potrebbe essere quella di una prestazione che il "potere pubblico (locale, nel caso) ritiene debba essere messa a disposizione dei cittadini, in adempimento di uno specifico obbligo costituzionale o in attuazione di una autonoma scelta politica dell'istituzione rappresentativa della popolazione di riferimento"⁴⁷, una sintesi di attività gestoria e attività di regolamento⁴⁸.

⁴⁶ La nozione di "programma di servizio" è reperibile in R.C. PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998, 34. Cfr. E.SCOTTI, *Servizi pubblici*, 2012, in *studiolegale.leggiditalia.it*. In tal senso la titolarità del servizio pubblico è qualificabile come l'esercizio, da parte di un soggetto necessariamente pubblico e democraticamente legittimato, di una valutazione politica con cui lo Stato attua i principi di solidarietà e di uguaglianza. Inoltre, sempre il titolare del servizio definisce le forme organizzative e provvede all'affidamento dell'incarico, sempre che tali scelte non siano state anticipate dal legislatore, questo soprattutto per i servizi pubblici nazionali ma anche per quelli locali. L'art. 117 co.2 lett. m) Cost. assegna la legislazione esclusiva allo Stato per determinare i livelli essenziali delle prestazioni dei servizi pubblici che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale.

⁴⁷ Così MARZUOLI, *Gli enti territoriali e la scelta del modello per la gestione dei pubblici servizi locali*, in rivista *Munus*, 2011, 143.

⁴⁸ Il massimo esponente di questa teoria, che vede il servizio pubblico come modello organizzativo garantistico, è G. Caia. Questi ritiene che, perché si possa affermare l'esistenza di un servizio pubblico, debbano concorrere tre elementi: la titolarità del servizio alla P.a. assegnata dal legislatore; le finalità alle quali il servizio risponde; l'esistenza di una organizzazione del servizio che assicuri un certo livello di gestione. Si veda G.CAIA, *I servizi pubblici*, in L.MAZZAROLLI e AAVV, *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 146 ss. L'A.

Nei manuali il concetto viene definito come “la complessa relazione che si instaura tra soggetto pubblico, che organizza una offerta pubblica di prestazioni, rendendola doverosa, ed utenti”, e che ha ad oggetto le prestazioni di cui il primo, tramite un programma di servizio in cui individua il “ritmo”, garantisce, direttamente o indirettamente, l’erogazione. “Il servizio è dunque “pubblico” in quanto reso al pubblico degli utenti per la soddisfazione dei bisogni della collettività, nonché in ragione del fatto che un soggetto pubblico lo assume come doveroso”⁴⁹.

Altra dottrina definisce servizio pubblico come quella attività economica direttamente finalizzata alla soddisfazione di un bisogno primario di una collettività locale suscettibile di essere organizzata in forma di impresa⁵⁰, quindi sottolineando la stretta relazione con gli *stakeholders*.

Ancora, è definito pubblico quel servizio erogato all’utenza a “condizioni diverse da quelle di mercato” in base ad una disciplina legislativa che delega l’incarico all’amministrazione⁵¹.

elabora un concetto a valenza orizzontale di servizio pubblico comprensivo di tratti tipici delle funzioni amministrative, ma anche di attività private o mere attività materiali. Il suo modello si distinguerebbe soprattutto per i connotati organizzativi. Solo una normativa organizzativa rappresenta il *discrimen* fra servizio pubblico e mera attività di diritto privato dell’amministrazione. È interessante come Caia (*op.cit.*,175) ritenga che la presenza delle *Authorities* in certi settori sia un criterio soggettivo in grado di selezionare servizi pubblici e distinguerli da semplici attività economiche nell’ambito di un certo ordinamento di settore, sottoposto al controllo, appunto, di apposite Autorità. Nonostante la manualistica affronti la tesi di Caia nell’ambito della concezione soggettiva (si veda F. FIGORILLI, *I servizi pubblici*, *op.cit.*,511) qui si ritiene che debba essere concepita come una sintesi di entrambe le concezioni, oggettiva e soggettiva.

⁴⁹ Cfr. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 708. Casetta fornisce la sua definizione citando a sua volta Giuseppe Ferrari (1986).

⁵⁰ Cfr. B.MANZI, *Per un nuovo modello di governance del territorio*, 2016. L’A. riporta la definizione di M. DUGATO, del 2003.

⁵¹ Così G. NAPOLITANO, *Le funzioni*, in *Corso di diritto amministrativo*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2015, 33. L’A. chiarisce che non esiste una nozione legale di servizio pubblico, ma tante diverse nozioni funzionali a singole discipline. Il legislatore, infatti, elenca i settori e le attività considerate servizi pubblici per determinare l’ambito oggettivo di applicazione di una certa norma.

Possiamo concludere questa non certo esaustiva disamina del fenomeno affermando che la categoria di servizio pubblico è una categoria aperta, indeterminata⁵², comprendendo prestazioni e processi eterogenei non riconducibili al concetto di funzione amministrativa né alla mera attività economica⁵³.

Non manca parte della dottrina che dubita circa l'utilità giuridica di una definizione di servizio pubblico⁵⁴. Nonostante ciò vi è comunque una certa convergenza su certi aspetti qualificanti la nozione, in particolare sull'elemento della doverosità, che è oggi considerato il *quid* che distingue il servizio pubblico dalle altre attività economiche con caratteri simili⁵⁵.

Gli articoli 33 e 34 del d.lgs. n. 80/1998 rappresentano una prima applicazione del criterio di riparto di competenze giurisdizionali per materie omogenee⁵⁶. Questo decreto devolveva un'ampia tipologia di materie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ambito in cui il giudice è competente a giudicare della lesione dell'interesse legittimo e del diritto soggettivo senza differenze. Sin dalle prime applicazioni ci furono contrasti in giurisprudenza e in dottrina quanto alla ridefinizione degli ambiti della

⁵² In tal senso A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in *Primo Trattato completo di Diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, Milano, 1930, 380 ss. Secondo l'autore non dobbiamo meravigliarci se anche in Italia, come in Francia dove la categoria ha avuto più fortuna, il concetto di servizio pubblico è rimasto indeterminato.

⁵³ Così scrive R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, 1956, 2, l'eterogeneità delle tesi è tale che le nozioni di servizio pubblico sono tante quanti gli autori che se ne sono occupati. E' utile la sua opera di raccolta delle teorie della dottrina precedente, come Santi Romano, Ranelletti e Miele, per citarne alcuni.

⁵⁴ Cfr. M. NIGRO, *Lineamenti generali*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, vol. III, Bologna 1997, 7. L'A. una volta dichiarata l'estrema indeterminatezza della nozione, "dai caratteri sfuggenti", aggiunge che a questa nozione si possa assegnare un valore solo descrittivo, e "di cui servirsi con molta cautela".

⁵⁵ Cfr. A. ROMANO, in *La concessione di pubblico servizio*, a cura di G. PERICU, A. ROMANO, V. SPAGNUOLO VIGORITA, Milano, 1995, 26. In senso contrario A. PAJNO, *Servizi pubblici e tutela giurisdizionale*, in *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 568. L'A. avverte Romano che la doverosità è una mera conseguenza del fatto che quell'attività risponde ad un interesse generale.

⁵⁶ Nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo il criterio generale di riparto di giurisdizioni basato sulla *causa petendi, o petitum sostanziale*, viene sostituito con quello basato su "particolari materie", quelle a cui fa riferimento l'art. 103 Cost.

giurisdizione esclusiva. I conflitti hanno avuto, in particolare, ad oggetto la nozione di “pubblico servizio”, le cui controversie erano devolute interamente al giudice amministrativo dall’art.33 del decreto citato⁵⁷. Furono molti i conflitti di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, tanto che venne coinvolta anche la Consulta⁵⁸.

Il Consiglio di Stato e la Corte di cassazione avevano posizioni confliggenti in quanto basate su fondamenti teorici opposti. Il 30 marzo del 2000 è una data emblematica, nello stesso giorno le SS.UU. emanano le due sentenze nn. 71 e 72, mentre il Consiglio di Stato in Adunanza plenaria emana un’ordinanza riguardo all’ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, la Ordinanza n. 1 del 2000.

Il Consiglio di Stato, dopo aver osservato come “la nozione è stata tanto discussa (quale espressione rilevante per la scienza delle finanze, per il diritto costituzionale, per il diritto amministrativo ed il diritto penale) da indurre la più accreditata dottrina a constatare come ogni impostazione dipenda da considerazioni proprie di chi l’abbia formulata”, afferma che non importa la “qualità formale di concessionario di pubblico servizio, in quanto rileva la qualità di ‘gestore’ del servizio pubblico, senz’altro da riconoscere al titolare di una farmacia, ai sensi dell’art. 33, comma 1”. Quindi l’Adunanza Plenaria ritiene irrilevante la presenza di una formale concessione in favore del gestore perché la nozione di servizio pubblico non dipende dal rilascio di questa. Ciò è, sempre secondo l’Adunanza Plenaria, confermato dal diritto europeo, secondo il quale il principio di non discriminazione e di libera concorrenza stanno sempre più eliminando i monopoli, e a volte escludono la

⁵⁷ Cfr. F.G.SCOCA, *Giustizia amministrativa*, VI edizione, Torino, 2014, 117ss..

⁵⁸ Si vedano le sentt. della Corte Cost. nn.204 e 281/2004, in cui è dichiarato incostituzionale l’art. 33 del d.lgs.80/1998 nella parte in cui il legislatore ha previsto materie dove non opera la pubblica amministrazione come autorità. Inoltre, ha ritenuto incostituzionale il co. 2 del medesimo articolo dove si elencava esemplificativamente materie in cui era assente il profilo della pubblica amministrazione-autorità. Anche l’art. 34 del d. cit. è stato dichiarato incostituzionale nella parte in cui estendeva la giurisdizione esclusiva amministrativa ai meri comportamenti della p.a. in materia urbanistica ed edilizia, salvo che tali comportamenti siano riconducibili all’esercizio di un pubblico potere (C.Cost. sent. n. 191/2006).

stessa possibilità di ravvisare un'amministrazione concedente. Quindi il legislatore delegante fa uso della nozione di servizio pubblico nel suo significato giuridico più vasto, inteso come una attività finalizzata ad interessi collettivi e svolta indifferentemente da soggetti pubblici o privati, consentendo al legislatore di farvi rientrare tutto quello che attiene all'azione della amministrazione⁵⁹.

Passando alle due pronunce della Cassazione, queste innanzitutto esprimono la preoccupazione che la qualità, pubblica o privata, di una parte non vada a condizionare eccessivamente la questione di giurisdizione. Le Sezioni Unite di Cassazione avevano elaborato due interpretazioni, entrambe accettabili in astratto dato il carattere polisenso della nozione "pubblico servizio", una di tipo pubblicistico e una di tipo privatistico. Ma in seguito hanno affermato che solo una di esse fosse conforme a Costituzione. Le SS.UU. affermano che l'interpretazione estensiva del Consiglio di Stato sull'art. 33 del d.lgs. 80/1998 fa nascere seri problemi di incostituzionalità, riguardo all'art.103 Cost⁶⁰. Va precisato però che l'art. 103 Cost. non definisce il servizio pubblico, questo lo ha affermato la stessa Cassazione concludendo che il significato preciso della nuova materia dell'art. 33 del decreto va tratto dal contenuto di questa norma⁶¹, che non si è ispirata ad una nozione soggettiva di servizio pubblico ma ad una nozione oggettiva, in quanto il servizio pubblico può essere svolto anche da soggetti privati.

⁵⁹ Così il Cons.St. Ad. Plen., Ordinanza 30 marzo 2000 n.1.

⁶⁰ Nella sent. SS.UU. n. 72/2000 si afferma: "In questa prospettiva, non sfugge allora come la lettura pubblicistica dell'articolo 33 d.lgv. n. 80, in parte qua - comportando una estensione della giurisdizione amministrativa a controversie di carattere e contenuto esclusivamente patrimoniale, non direttamente ed effettivamente connesse ad interessi generali,... ponga seri dubbi di compatibilità con il precetto dell'art. 103 Cost".

⁶¹ Nella sent. SS.UU. n. 71/2000 si legge che "...il significato preciso della nuova materia di giurisdizione esclusiva indicata dal citato art. 33 come "pubblici servizi" debba essere tratto soprattutto dal contenuto di questa disposizione normativa, attraverso un processo di astrazione concettuale che, dalle previsioni esemplificative contenute nei primi due commi dell'articolo, risalga alla nozione di tale materia. Peraltro, per pervenire ad un risultato giuridicamente corretto, è necessario che l'indagine si muova nell'ambito dell'art. 103, primo comma, della Costituzione".

La diversità di impostazione tra G.O. e G. A. si legge chiaramente nel fatto che per la Cassazione non è sufficiente la nozione oggettiva di servizio pubblico, ma l'attività deve essere istituzionalmente indirizzata al pubblico, resa direttamente a terzi privati⁶².

La posizione delle SS.UU. del 2000 è confermata anche nel 2013, nella sentenza n. 22317, dove si nota come le infrastrutture previste in concreto per la gestione del servizio rifiuti non sono direttamente a servizio della generalità dei cittadini, "ma devono realizzarsi in via esclusiva e funzionale a servizio dell'attività economica e imprenditoriale svolta nel settore specifico che la normativa della Regione intende promuovere e far sviluppare". Quindi si afferma la giurisdizione del G.O. perché la realizzazione delle infrastrutture per l'esercizio dei servizi di gestione dei rifiuti non è in sé una gestione dei rifiuti e non ricade nella giurisdizione esclusiva del G.A.⁶³ La giurisprudenza quindi tende a definire il concetto come un'attività che si concretizza nella produzione di beni o servizi in funzione di un'utilità sociale per una comunità locale e resa, anche indirettamente, tramite un ente pubblico. Perciò, come accennato, non

⁶² Sempre nella sent. SS.UU. n.71 si afferma che: "il citato art. 33 non ha seguito la nozione c.d. soggettiva di servizio pubblico, ritenendo che esso possa essere svolto anche da soggetti privati ... ed ha quindi recepito la nozione c.d. oggettiva, non deriva da ciò che sia definibile come servizio pubblico ogni attività privata soggetta "a controllo, vigilanza o a mera autorizzazione da parte di un'amministrazione pubblica", perché così inteso il servizio pubblico finirebbe con il coincidere con ogni attività privata rilevante per il diritto amministrativo. Il servizio si qualifica come "pubblico" perché l'attività in cui esso consiste *si indirizza istituzionalmente al pubblico*, mirando a soddisfare direttamente esigenze della collettività in coerenza con i compiti dell'amministrazione pubblica.... Il servizio pubblico è, cioè, caratterizzato da un *elemento funzionale* (soddisfacimento diretto di bisogni di interesse generale) che non si rinviene nell'attività privata imprenditoriale, anche se indirizzata e coordinata a fini sociali" [corsivo mio]. Quindi, non rientrano nel novero dei servizi pubblici, *ex art. 33 del d.lgs. 80/1998*, i c.d. servizi privati resi all'amministrazione, che le amministrazioni chiedono di ricevere da prestatori privati per proprie esigenze di funzionamento. Cfr. F.G.SCOCA, *Giustizia amministrativa*, VI edizione, Torino, 2014, 118. Qui l'A. da una sua soluzione al problema giurisdizionale che non contrasta con le posizioni assunte dal G.O. e dal G.A., e afferma che la giurisdizione esclusiva non deve distinguere tra diritto pubblico e diritto privato, tra diritto soggettivo e interesse legittimo, quindi il criterio distintivo sarà verificare se i servizi sono resi nell'interesse pubblico o sono resi nell'interesse proprio dell'amministrazione.

⁶³ Si veda Cass. civ. Sez. Unite, Sent., 30-09-2013, n. 22317.

sarebbe un servizio pubblico quell'attività alla quale non corrisponde una pretesa degli utenti, come il servizio di pulizie o di manutenzione in generale degli immobili⁶⁴. Tra gli elementi caratterizzanti il servizio pubblico la giurisprudenza amministrativa indica anche l'effettiva produzione *ex novo* di beni e attività⁶⁵.

Va da ultimo affermato che l'assunzione del servizio pubblico da parte del soggetto pubblico, con legge o atto generale, è espressione di una scelta politica. Questo comporta anche che la valutazione dei bisogni è variabile nel tempo, come è variabile la nozione di servizio pubblico⁶⁶.

⁶⁴ Secondo il Cons. Stato Sez. V, 10/03/2003, n. 1289: Il servizio per la gestione del calore degli edifici di competenza comunale non può annoverarsi tra i servizi pubblici, perché il servizio non viene svolto dal comune a favore della collettività, ma viene erogato in senso inverso, cioè a favore del comune. Inoltre, mancano quelle connotazioni "sociali" che contraddistinguono il servizio pubblico. Il commento è di DUGATO, *Giornale Dir. Amm.*, 2003, 9, 929.

⁶⁵ Si veda: T.A.R. Lazio Roma Sez. II Sent., 11 maggio 2007, n. 4315, dove si afferma che tra gli elementi caratterizzanti il servizio pubblico figura anche quello dell'effettiva produzione *ex novo* di beni ed attività, dapprima non esistenti. Il commento è di GIANNELLI, *Urbanistica e appalti*, 2007, 10, 1276.

⁶⁶ A riguardo E. Casetta propone un interessante esempio, la nota vicenda *Uber*. Il Consiglio di Stato che si è espresso sul caso ha rilevato l'incompletezza della disciplina vigente e la necessità da parte del legislatore di intervenire aggiornando la materia, questo per la continua evoluzione della società. Si veda CASETTA, *op.cit.*, 709. Il quesito posto dal Ministero dell'interno al Consiglio di Stato aveva ad oggetto l'applicabilità o no della legge n. 21 del 1992, che detta la disciplina quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea, alle nuove forme di organizzazione e gestione telematica del trasporto di persone mediante autoservizi (*Uber*). La sezione afferma che la "disciplina quadro del servizio pubblico di trasporto non di linea, di fronte alle nuove caratteristiche di mobilità che si sono affermate, *mostra i segni del tempo e dello sviluppo dell'innovazione tecnologica*, per cui si pone il problema di verificare se, ora come allora, le nuove tipologie di trasporto di persone non di linea, siano ammesse o vietate e, nella prima ipotesi, se siano ad esse applicabili i principi della legge quadro – con le relative sanzioni – oppure se esse siano espressione della libertà contrattuale delle parti". Tale incertezza perdurerà sino a quando il legislatore non interverrà con una disciplina che sia realmente in grado di ricomprendere sotto la propria vigenza tutta la possibile gamma di servizi di trasporto, siano essi da qualificare come pubblici o privati, in relazione alle proprie concrete modalità di svolgimento. In tal senso l'Adunanza di Sezione del 25 novembre 2015, n. 00757/2015, [corsivo mio].

2. *La soluzione alternativa del legislatore europeo: il servizio di interesse generale.* - Il quadro regolatorio dei servizi pubblici è “permeato”, al contempo, dalla disciplina dell'Unione europea e dagli orientamenti della Corte di giustizia che ne costituiscono il punto di riferimento⁶⁷. Pertanto, quando analizziamo il settore dei pubblici servizi dobbiamo evitare di cadere nell'errore metodologico di considerare il diritto europeo come “normativa di settore”⁶⁸, dobbiamo invece fare riferimento al diritto UE globalmente considerato, ad un ordinamento dal quale ricavare principi generali. Le norme comunitarie sono state assunte nel tempo dalla dottrina a sostegno ora della concezione soggettiva, ora di quella oggettiva, fino a concludere per la sostanziale neutralità del diritto europeo rispetto ad un problema definitorio che è solo di diritto interno⁶⁹.

Nel TFUE il termine “pubblico servizio” compare solo all'art. 93⁷⁰, dove si afferma la compatibilità col trattato degli aiuti erogati in favore del coordinamento dei trasporti o al rimborso di servitù inerenti alla nozione di servizio pubblico. L'art.57 parla in maniera più generica di “servizi”, concetto non identificabile con quella di servizio pubblico.

Il termine “servizi pubblici”, sebbene sia ancora attualmente utilizzato nell'ordinamento italiano, è oramai superato nel diritto europeo, dove viene utilizzata la più ampia locuzione di “servizi di interesse generale”. La nozione di servizio pubblico è, secondo la Commissione⁷¹, utilizzato spesso in

⁶⁷ Si riporta l'intervento di M. SERENI, in un convegno tenutosi a Roma: *A proposito di società partecipate dai pubblici poteri e di servizi pubblici locali: regimi d'impresa e diritti della collettività*, 1 febbraio 2017. La registrazione è consultabile in: [youtube.com](https://www.youtube.com).

⁶⁸ In tal senso G.BARBETTI, *Dai servizi di interesse generale europei ai servizi pubblici nazionali: la compatibilità dei SIEG con la Costituzione italiana*, iusinitinere, 15 ottobre 2017.

⁶⁹ In tal senso F. FIGORILLI, *I servizi pubblici*, in F.G.SCOCA, *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, 515.

⁷⁰ Art. 93 TFUE, ex art. 73 del TCE, secondo cui: “Sono compatibili con i trattati gli aiuti richiesti dalle necessità del coordinamento dei trasporti ovvero corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio”.

⁷¹ Si veda la Comunicazione della commissione al parlamento europeo, al consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni una disciplina di qualità per i servizi di interesse generale in Europa” COM /2011/0900. [lex.europa.eu](https://eur-lex.europa.eu).

maniera ambigua perché può riferirsi a volte ai destinatari del servizio, a volte all'interesse pubblico, altre volte ancora si riferisce all'ente erogatore.

La Commissione europea ha tentato fin da subito di fare chiarezza dal punto di vista terminologico⁷². In particolare, tramite una comunicazione del 2011⁷³, la quale aveva il fine principale di chiarire il concetto e di darne chiarezza giuridica avendo acquisito i SIG (Servizi di interesse generale) una certa rilevanza nel nuovo contesto *post* Lisbona. Infatti, oltre all'art. 14 del TFUE che ne sottolinea l'importante ruolo promozionale della coesione sociale e territoriale⁷⁴, oltre al protocollo n. 26 del TFUE⁷⁵ rubricato proprio

⁷² Si veda la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 20 novembre 2007, che accompagna la comunicazione "Un mercato unico per l'Europa del XXI secolo". E si veda anche la "Guida relativa all'applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali di interesse generale, delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato, di appalti pubblici e di mercato interno", 29 aprile 2013.

⁷³ Ci si riferisce alla Comunicazione della commissione al parlamento europeo, al consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni, "una disciplina di qualità per i servizi di interesse generale in Europa" COM /2011/0900, *lex.europa.eu*.

⁷⁴ L'art. 14 TFUE, *ex art.* 16 TCE, afferma: "in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti..". Quindi l'UE può legiferare nell'ambito SIEG stabilendo principi e condizioni economiche e finanziarie che consentano l'erogazione. Ovviamente la Commissione ha repentinamente dichiarato che un regolamento quadro in materia di SIEG non è una questione centrale.

⁷⁵ L'articolo 1 del protocollo n.26 afferma che: "I valori comuni dell'Unione con riguardo al settore dei servizi di interesse economico generale ai sensi dell'articolo 14 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea comprendono in particolare:

- il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti;
- la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse;
- un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente".

L'articolo 2: "Le disposizioni dei trattati lasciano impregiudicata la competenza degli Stati membri a fornire, a commissionare e ad organizzare servizi di interesse generale non economico". Come si può notare il protocollo non fornisce una definizione di servizio di interesse generale, però per la prima volta stabilisce i principi fondamentali applicabili ai SIG, non secondo un approccio universale ma adattandoli ai vari tipi di servizio. Inoltre, lasciando impregiudicata la competenza degli Stati membri riguardo l'organizzazione e la

“sui servizi di interesse generale”, il Trattato di Lisbona ha attribuito lo stesso valore giuridico dei Trattati alla Carta dei diritti fondamentali, in particolare al suo art. 36⁷⁶.

Secondo il preambolo della comunicazione della Commissione, le riforme che hanno investito la materia di aiuti di Stato e la materia degli appalti vanno verso una maggiore flessibilità e semplificazione in sede di erogazione dei servizi da parte degli Stati. Queste riforme sono strettamente collegate, dato che se il servizio è di natura economica può anche incidere sulla concorrenza che è il tema centrale della politica europea, inoltre sono dirette a soddisfare il medesimo fine, cioè garantire maggiormente ai soggetti portatori di interesse l'accesso ai servizi fondamentali e di qualità.

La Commissione, nella sua opera di chiarificazione terminologica, ammette fin da subito che i concetti per i quali i soggetti portatori di interessi chiedono di fare luce sono “dinamici e in evoluzione”. Detto ciò, definisce i SIG come quei servizi che le amministrazioni dei vari Stati membri reputano di interesse generale e oggetto di obblighi di servizio pubblico (OSP). Tali Servizi possono essere privi di rilevanza economica, non soggetti alla disciplina del mercato interno e della concorrenza.

I Servizi di interesse economico generale (SIEG), invece, sono quelle attività economiche che rappresentano un fallimento per il mercato. Un intervento statale è necessario per la non appetibilità dell'attività per i privati, che non la intraprenderebbero o, svolgendola, sarebbero inevitabili le disuguaglianze fra fruitori.

fornitura dei servizi non economici, diventa di fondamentale importanza poter distinguere la natura economica da quella non economica.

⁷⁶ L'art. 36 della Carta di Nizza dichiara: per “promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente al trattato che istituisce la Comunità europea”.

Diversamente, i Servizi sociali di interesse generale (SSIG) non si distinguono a seconda della natura economica o no⁷⁷. Questi coprono i “rischi fondamentali dell’esistenza e una gamma di altri servizi essenziali forniti direttamente al cittadino” aventi ruolo di coesione e di inclusione sociale⁷⁸.

Nel *genus* degli obblighi di servizio pubblico (OSP) troviamo la *species* di obblighi di servizio universale (OSU). Questi ultimi sono una componente essenziale nella liberalizzazione del mercato, in quanto stabiliscono le condizioni minime per assicurare a tutti gli *stakeholders* uno *standard* uniforme di servizio, a prescindere dalla localizzazione geografica, e ad un prezzo finale accessibile.

È sempre la Commissione ad osservare che i processi di deregolamentazione, i cambiamenti delle politiche dei governi e l’evolversi delle esigenze degli utenti hanno modificato notevolmente le modalità di erogazione dei servizi. Le imprese che gestiscono il servizio, esternalizzato,

⁷⁷Si veda le Cause riunite C-180/98 a C-184/98, *Pavlov e altri contro Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, Racc. 2000, pag. I-6451. La prima questione sollevata dal giudice a quo era capire se un fondo pensioni complementare istituito da un’organizzazione rappresentativa di lavoratori fosse un’impresa ai sensi del Trattato. La Corte *in primis* afferma che l’iscrizione obbligatoria a questo regime pensionistico complementare ha di certo una funzione sociale fondamentale dato che la pensione legale dei Paesi Bassi, in esame, era irrisoria. Quindi il fondo pensioni di categoria gestiva un pubblico servizio, quello della previdenza sociale. In secondo luogo, la Corte afferma che il fondo pensioni di categoria non avrebbe fini di lucro. Infine, la Corte afferma che il funzionamento del fondo pensioni sarebbe fondato sul principio di solidarietà, manifestantesi nell’obbligo di accettare tutti coloro che esercitano quella specifica professione senza esame medico preliminare e a prescindere dall’età e dai contributi già versati, oltre ad una serie di altri elementi. Sulla base di ciò si confermava che la natura dell’ente incaricato della gestione del regime previdenziale era quella di impresa. In particolare, e ciò che a noi interessa, al punto 118 si legge: “Certo, il perseguimento di una finalità sociale, gli elementi di solidarietà citati e le restrizioni o i controlli sugli investimenti realizzati dal Fondo potrebbero rendere il servizio fornito dal Fondo stesso meno competitivo rispetto all’analogo servizio fornito dalle società assicurative. Tali vincoli, pur non essendo di impedimento a che l’attività svolta dal Fondo sia considerata attività economica, potrebbero giustificare il diritto esclusivo di tale ente di gestire un regime pensionistico complementare”.

⁷⁸ Si veda in particolare la COM della Commissione del 26 aprile 2006, *Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d’interesse generale nell’Unione europea*. Si afferma sin dalle prime righe di introduzione che “la modernizzazione dei servizi sociali rappresenta oggi una delle principali sfide europee: da un lato questi servizi svolgono una missione fondamentale di coesione sociale, dall’altro la loro trasformazione e il relativo potenziale occupazionale li rendono parte integrante della strategia di Lisbona”.

di natura economica devono osservare le norme in materia di mercato interno del Trattato, in particolare quelle sulla concorrenza, ma entro rigidi confini delimitati dalla normativa europea sono ammesse deroghe. Infatti, la Commissione ritiene che il rispetto delle procedure di appalto aperte o ristrette, aggiudicate sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa, possa comportare l'aggiudicazione dell'appalto al "costo minore per la collettività"⁷⁹. Uno dei temi più importanti per il rispetto della concorrenza è la possibilità di ricevere finanziamenti pubblici a titolo di compensazione, ma nei limiti in cui ciò sia strettamente necessario, in caso contrario sarebbe violato il divieto di aiuti di Stato⁸⁰.

⁷⁹ L'espressione è della Commissione, Comunicazione della commissione al parlamento europeo, al consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni una disciplina di qualità per i servizi di interesse generale in europa" com/2011/0900. Cap.1 par.2, *lex.europa.eu*. Si osservi anche la diversità di prospettive: l'UE considera il Codice degli appalti come strumento per garantire concorrenza di mercato, per tutelare profili sociali come il contratto di lavoro, per tutelare l'ambiente, come strumento di anticorruzione, oltre a considerarlo uno strumento di incentivazione dell'innovazione (l'UE soffre di un deficit di innovazione rispetto ai grandi competitor USA e Cina). Il Codice n.50/2016 è invece impostato su di una diversa prospettiva di politica criminale e anticorruzione, questa limitazione di vedute ha conseguenze importanti sul lato applicativo.

⁸⁰ Si veda *ex multis* la sent. Corte di Giustizia del 24 luglio 2003, causa C-280/00, ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte dal *Bundesverwaltungsgericht*, nella causa "*Altmark*". La Corte afferma che sovvenzioni pubbliche volte a consentire l'esercizio di servizi di linea urbani, extraurbani o regionali non ricadono nella sfera di applicazione dell'art. 92 TCE (sugli aiuti concessi dagli Stati, ora artt. 107, 108 TFUE) qualora debbano essere considerate una compensazione atta a rappresentare la contropartita delle prestazioni effettuate dalle imprese beneficiarie per adempiere obblighi di servizio pubblico. Incombe sul giudice a quo il compito di verificare se la compensazione non ecceda quanto necessario per coprire tutti o parte dei costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto degli introiti relativi agli stessi nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento.

Da una prima analisi, il principio di economicità⁸¹ potrebbe sembrare un criterio valido per distinguere tra servizi con una rilevanza economica, per i quali si pone un problema concreto di compatibilità con le disposizioni europee in materia di concorrenza, e servizi di interesse generale non vincolati alla normativa a tutela del mercato interno. In realtà è la stessa Commissione che afferma l'impossibilità di distinguere la natura dei servizi a priori, senza cioè un'analisi del singolo caso⁸². La conseguenza è che i criteri per distinguere i servizi pubblici economici finiscono per essere demandati alla Corte di giustizia. L'aver delegato il compito di fornire i criteri ordinamentali distintivi a singole situazioni concrete, oltre ad aver dotato l'ambito normativo di qualificazione dei SIG di una certa "fluidità", comporta l'aumento della mole di contenzioso, alimentata dalle discordanze interpretative. Un altro problema è quello della difficoltà di disegnare un modello tipico di gestione del servizio pubblico⁸³.

⁸¹ Oggi l'art. 1 della L.241/1990 afferma chiaramente che l'attività amministrativa è retta dai criteri di economicità, oltre a quelli di efficacia, imparzialità, pubblicità (aggiunta nel 2009) e trasparenza (aggiunta nel 2005). Il principio di economicità ha una prima accezione procedurale che consiste nel conseguire gli obiettivi legislativamente stabiliti col minor dispendio di risorse, una seconda accezione riguarda l'uso di risorse di personale e finanziarie. Tutti questi principi rappresentano l'applicazione dell'art. 97 Cost., il principio del buon andamento dell'amministrazione. Questo principio è stato inizialmente oscurato dal principio di imparzialità, in seguito, grazie al Rapporto Giannini sulle criticità principali dello Stato, ha acquistato un posto d'onore nel flusso di riforme amministrative ispirate dalla *New Public Government*. È anche richiamato dalla Carta di Nizza, art. 41, come diritto ad una buona amministrazione.

⁸² Si veda COM della Commissione CE (2007) 725, 20/11/2007, che accompagna la comunicazione "*Un mercato unico per l'Europa del XXI secolo*". Qui la Commissione afferma che la Corte di giustizia, per determinare se le attività del soggetto siano economiche o no, non osserva il settore, né lo *status* del soggetto esercente il servizio, ma analizza la natura dell'attività. Un soggetto potrebbe essere impegnato in attività economiche, svolgendo operazioni finanziarie o immobiliari con scopo di lucro, e nello stesso tempo svolgere attività non economiche come un ente di beneficenza. Quindi deve essere analizzata separatamente ogni attività. Si veda in tal senso la giurisprudenza: Causa C-222/04 *Cassa di Risparmio di Firenze*, 2006, e la Causa C-118/85 *Commissione c. Repubblica italiana*, 1987.

⁸³ Secondo G.GEROLDI, *I problemi di una governance...*, *op.cit.*,4, anche riferendoci alla "più elastica" nozione di impresa del diritto europeo, rimarrebbe comunque il problema se sia essenziale ai fini qualificatori che l'impresa abbia come obiettivo la vendita in senso stretto del servizio. Da ciò poi l'ulteriore questione se occorra una controprestazione, assolta anche tramite imposte o contributi. Per la nozione di impresa si veda la sent. della Corte di giustizia n.35/96, del 18/06/1998, dove si legge che "la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta

Nell'impostazione della Commissione europea, inoltre, sembra che siano i decisori pubblici a dover esprimere, tradurre, i bisogni da fornire ai cittadini. Infatti, la Commissione afferma che i SIEG si distinguono perché sono le autorità pubbliche che, per mezzo di una valutazione politica, devono garantire quei servizi che il mercato non è incentivato a provvedervi.

Quindi possiamo concludere dicendo che non esiste una vera distinzione tra servizi di interesse generale gestiti secondo logiche di mercato in senso stretto e servizi gestiti senza scopo di lucro. Il principio di economicità, nelle condotte manageriali, deve rappresentare un elemento qualificante ogni specie di attività, nel rispetto dell'art. 97 Cost., e non è criterio utilizzabile per distinguere tra gestione di mercato e gestione fuori dalle logiche di mercato.

La nozione di servizio di interesse economico generale ha, secondo la Corte Costituzionale⁸⁴, contenuto omologo a quella, di diritto interno, di servizio pubblico locale a rilevanza economica. Anzi, secondo la Consulta vi sarebbe evidente equivalenza tra i due istituti, entrambi avendo in comune sia una rilevanza economica sia una finalità sociale. La nozione di servizio pubblico locale di rilevanza economica rimanderebbe quindi al *genus* SIEG. Inoltre, come già affermato nel 2004⁸⁵, la rilevanza economica utilizzata nell'art. 113 *bis* TUEL è espressione omologa a quella nozione oggettiva di interesse economico generale, presente nel Libro verde sui servizi di interesse generale che la Commissione ha pubblicato nel maggio 2003⁸⁶, riferita alla

entità e dalle sue modalità di finanziamento (sentenze 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Höfner e Elser*, Racc. pag. I-1979, punto 21; 16 novembre 1995, causa C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurances* e a., Racc. pag. I-4013, punto 14, e 11 dicembre 1997, causa C-55/96, *Job Centre*, Racc. pag. I-7119, punto 21), e che costituisce un'attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato (sentenza 16 giugno 1987, causa 118/85, *Commissione/Italia*, Racc. pag. 2599, punto 7).

⁸⁴ Così afferma la Corte cost., sent. 17 novembre 2010 n. 325.

⁸⁵ Si veda la sentenza Corte cost. n. 272 del 2004.

⁸⁶ Si fa riferimento alla COM (2003) 270, in Gazzetta ufficiale C 76 del 25.03.2004, il Libro verde voleva aprire un dibattito sul ruolo dell'Unione europea nella promozione della fornitura di servizi d'interesse generale e nella definizione degli obiettivi di interesse generale

possibilità di immettere una specifica attività nel mercato corrispondente, reale o potenziale.

Parte della dottrina osserva però che solo il servizio pubblico fa nascere un dovere di garantire un'offerta, mentre il servizio d'interesse generale presuppone la conformazione di un mercato ma non configura necessariamente una posizione di mercato⁸⁷.

Oggi il nuovo T.U. disciplinante le società a partecipazione pubblica, il d.lgs. del 19 agosto 2016, n. 175, ormai fa riferimento soltanto alla nozione comunitaria di servizi di interesse generale⁸⁸.

Il Consiglio di Stato ha avuto modo di confrontarsi con questo problema, in particolare in una sentenza del 2014 con ad oggetto il fenomeno di *housing sociale*. In questa occasione elenca “tutti gli indici che sono stati ritenuti, nel tempo, come qualificanti una concessione di servizio pubblico locale, di rilievo economico e a domanda individuale”. Tra questi indici vi è “l'autentico servizio pubblico locale”, un servizio di interesse economico generale che secondo gli artt. 16 e 86 del TFUE svolge una “funzione essenziale nell'ambito della costituzione economica di tutti i Paesi membri, dovendosi intendere per tale quello rivolto all'utenza, capace di soddisfare interessi generali e di garantire una redditività, del quale i cittadini usufruiscono *uti singuli* e come componenti la collettività”⁸⁹.

Un'ultima osservazione che possiamo fare è che la normativa europea non si pone in maniera totalitaria nell'ordinamento nazionale, infatti la direttiva sulle liberalizzazioni dei servizi nel mercato interno 2006/123 CE non incide in maniera diretta sulle concessioni dei servizi pubblici⁹⁰. Anche

perseguiti da tali servizi, nonché sul modo in cui tali servizi sono organizzati, finanziati e valutati.

⁸⁷ Così si esprime CASETTA, *op.cit.*, 713, e aggiunge che la conformazione del mercato non è in funzione della concorrenza, altrimenti sarebbe una regolazione del mercato.

⁸⁸ L'art. 2 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 definisce alla lettera h) i servizi di interesse generale, alla lettera i) quelli con interesse economico generale.

⁸⁹ Si veda: Cons. Stato Ad. Plen., Sent. n. 7 del 30 gennaio 2014,

⁹⁰ Si veda i paragrafi 45 ss. della sentenza della Corte di giustizia, sezione V, del 14 luglio 2016, cause riunite: C-458/14 e C-67/15. In occasione di un rinvio pregiudiziale proposto dai

la direttiva sugli appalti del 2014, del resto, lascia liberi gli Stati di organizzare i propri servizi pubblici.

3. *Stato sociale e principi di solidarietà.* - Il rapporto fra Stato e cittadino, con il progressivo avanzare del pluralismo e dello Stato sociale di diritto verso la fine del XIX s., ha assunto una nuova dimensione⁹¹. Infatti, una nuova e più autentica applicazione, concreta, della democrazia porta con sé un crescente coinvolgimento di diversi ceti sociali alla vita delle istituzioni. È questo lo Stato interventista, lo Stato sociale o *Welfare State*⁹², e i primi interventi di legislazione sociale li troviamo nella Germania bismarckiana e nell'Italia giolittiana⁹³.

TAR lombardo e sardo riguardo al rinnovo di alcune concessioni demaniali, la Corte afferma che le disposizioni della direttiva 2014/23 UE non si applicano ai contratti di fornitura di un servizio che, secondo il parere del giudice di rinvio, rientrano nella disciplina degli appalti pubblici. Quindi gli accordi aventi ad oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, mediante i quali lo Stato fissa unicamente le condizioni generali d'uso dei beni o delle risorse in questione, senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come «concessione di servizi» ai sensi di tale direttiva.

⁹¹ In tal senso G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, XIV ed., Padova, 2017, 120.

⁹² Queste qualificazioni sono in larga parte fungibili. Non esiste una definizione universalmente accettata di Stato sociale, una forma di stato che presuppone alla base lo Stato di diritto, l'economia di mercato e la proprietà privata, ma che integra anche le libertà fondamentali con altri diritti sociali e interviene sulle forze di mercato tramite mezzi finanziari e prestazioni. Si veda P. FLORA, A. HEIDENHEIMER, *Lo sviluppo del welfare state in Europa e in America*, Bologna, 1983, 5. A parere dei due autori il concetto di *welfare state* è difficile da definire in quanto può essere concettualizzato soltanto in una visione evolutiva, dato che il termine storicamente ha subito molti cambiamenti, oltre ad essere diverso nei vari Paesi. M. FERRERA, *Modelli di solidarietà*, Bologna, 1993, 49, da una sua definizione: "il welfare state è un insieme di interventi pubblici connessi al processo di modernizzazione, i quali forniscono protezione sotto forma di assistenza, assicurazione e sicurezza sociale, introducendo tra l'altro specifici diritti sociali nel caso di eventi prestabiliti nonché specifici doveri di contribuzione finanziaria". J. LOGUE, *Lo stato del benessere: vittima del suo successo?*, 1980, lo definisce: "il welfare state fornisce sicurezza economica alla stragrande maggioranza della popolazione attraverso un vasto settore pubblico ed un notevole senso di solidarietà sociale". Infine, M.S. GIANNINI, *Stato sociale: una nozione inutile*, in Scritti in onore di Costantino Mortati, Milano, 1977, 139. Secondo Giannini l'espressione Stato sociale è solo descrittiva, non qualificativa della forma di Stato in senso giuridico, preferiva quindi l'espressione "Stato pluriclasse".

⁹³ Lo snodo è rappresentato dalla Costituzione di Weimar del 1919, la quale rappresenta una continuazione logica, una *folgerichtige Fortführung*, tra la democrazia politica e la democrazia economico-sociale. Si veda anche HELLER, *Stato di diritto o dittatura? E altri scritti*, Napoli, 1988, 48. L'A. osserva come i diritti previsti nel capo V della Costituzione,

Questa coesione sociale è però precaria, in quanto poggia su di un delicato equilibrio: da un lato un'economia liberale, fondata sulla libertà di iniziativa economica e sul terribile diritto di proprietà⁹⁴; dall'altra su correttivi idonei⁹⁵ a ridurre la diseguaglianza sociale e a redistribuire le risorse⁹⁶.

In Italia già nel 1865, in occasione della redazione del Codice civile, si discusse a lungo sulla proprietà e gestione dei beni e dei servizi pubblici. La cultura giuridica dell'epoca ha ritenuto che tali servizi dovessero appartenere alla collettività. Tuttavia, la proprietà pubblica dei beni e delle reti non ha significato necessariamente che la proprietà degli strumenti di erogazione dei servizi e delle strutture che li forniscono dovesse essere pubblica. Infatti, il passaggio dal modello di Stato liberale a quello di Stato sociale ha reso necessario l'apporto di soggetti privati che, svolgendo alcuni servizi di pubblica utilità, vengono attratti nell'organizzazione pubblica. A livello comunale, soprattutto, ebbe fortuna il modello di socialismo

intitolato alla "vita economica", prefigurano un nuovo regime politico qualificato appunto Stato sociale di diritto. Secondo l'opinione di MORTATI, *Raccolta di scritti*, IV, Milano, 1972, 325, la Costituzione di *Weimar* "fa...epoca" perché rappresenta la massima espressione del "superamento del principio individualistico e dell'affermazione della priorità del sociale". Si veda anche PERGOLESI, *Scritti minori*, I, Sala bolognese, 1948, 50. L'A. osserva come l'ascrizione di nuovi diritti di ordine economico-sociale in capo allo Stato è caratteristico di tutte le nuove carte costituzionali del primo Novecento, questo per la nuova consapevolezza dell'uomo quale entità concreta e differente nelle diverse classi. In realtà è in Gran Bretagna che il termine *Welfare policy* inizia ad essere utilizzato per la prima volta, dall'economista liberale J.A. Hobson, non nel senso di assistenza della fascia povera della popolazione ma della classe operaia. Cfr. D BENASSI, *William Beveridge e il piano del 1942: alle origini del Welfare State*, in AA.VV. *Saggi*, Milano, 2013, 17. In seguito, il termine *Welfare* fu adoperato dall'arcivescovo di *York* e futuro arcivescovo di *Canterbury*, *William Temple*, in un momento storico particolare. All'epoca il Governo inglese aveva propagandato la realizzazione di un *Welfare State* per vincere lo scontro ideologico, prima che militare, contro lo Stato-protettore della Germania nazista.

⁹⁴ È questa l'opinione di S.RODOTA', *il terribile diritto*, Milano, 1990.

⁹⁵ Si veda F.L.NEUMANN, *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*, Bologna, 1983, 136. Neumann afferma che: "il non-intervento dello stato in una società capitalistica equivale ad intervento a favore della classe dominante; equivale al riconoscimento che chi è più forte economicamente può dettare le condizioni di vita di chi è economicamente più debole". Altro interessante esempio storico del tentativo di costituzionalizzare il *welfare* nell'economia è quello della Costituzione spagnola del 1931, che all'art. 1 dichiara: "la Spagna è una Repubblica democratica dei lavoratori di tutte le classi".

⁹⁶ Si veda anche l'introduzione della tesi di dottorato di M.BRASSON, *I servizi pubblici locali tra in house providing e liberalizzazione*, Padova, 2015, 20.

municipale, consistente nell'assunzione da parte dei poteri locali di alcuni servizi pubblici.

Sull'esempio della Germania bismarckiana la riforma voluta da Crispi nel 1890 trasforma le opere pie e gli istituti di beneficenza, che il Paese aveva ereditato dalla tradizione cattolica, in "Istituzioni pubbliche di beneficenza" sotto il controllo statale. Una prima disciplina dell'assunzione diretta dei servizi pubblici in capo ai comuni è stata fortemente voluta dal Ministro dell'Interno Giovanni Giolitti, con la legge del 29 marzo 1903, n. 103⁹⁷. In quell'occasione si volle regolamentare quanto gli enti locali governati da liberali, cattolici e socialisti, avevano intrapreso spontaneamente da ormai un ventennio⁹⁸.

La svolta autoritaria⁹⁹ e la crisi economica degli anni Trenta¹⁰⁰ favorirono una forte espansione della presenza dello Stato. Si affermò il modello di Stato imprenditore, gestore diretto di aziende, e la variante dello Stato finanziatore.

⁹⁷ Se la legge Crispi segna il passaggio all'assistenza di diritto, con Giolitti si può parlare di "legislazione sociale". Si veda E.BRESSAN, *Lo Stato sociale in Italia dal fascismo al secondo dopoguerra*, 2014, 1, contributo pubblicato in *docenti.unimc.it*. Pensiamo anche all'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni del 1898, all'assicurazione volontaria di vecchiaia e di malattia per alcune categorie di lavoratori. Come osserva Bressan è evidente una "dialettica destinata a durare a lungo" nel sistema di *welfare* italiano, dove un interventismo statale era necessario dato che il paese si affacciava ad un "decollo industriale" in un periodo in cui era ancora molto arretrato.

⁹⁸ Si veda A. PALETTA, *Il Governo avvia la riforma delle società partecipate*, pubblicato sul *Sole24*, 10 febbraio 2016, consultabile in: *diritto24.ilsole24ore.com*. L'Italia fu uno dei primi Paesi sulla scena europea ad adottare una legislazione in materia. L'esigenza nacque per rispondere alle crescenti esigenze della popolazione che dalle campagne si andava concentrando verso le città nel periodo della prima industrializzazione nazionale. Vedasi V. ZAMAGNI, *La distribuzione commerciale in Italia tra le due guerre*, Franco Angeli, Milano, 1981, 80-82.

⁹⁹ L'anno *horribilis* 1925 trasformò lo Stato liberal-democratico in Stato dittatoriale. La concezione totalitaria estese l'influenza, soprattutto diretta ma anche indiretta, dello Stato su tutte le principali espressioni della società civile e dell'economia.

¹⁰⁰ Interessante notare come il Governo Von Papen, verso la fine della Repubblica di *Weimar*, per screditare lo Stato del benessere, equiparato al socialismo di Stato, utilizzò in maniera negativa la Legge di *Wagner* del 1879, secondo la quale la spesa pubblica tende ad aumentare più che proporzionalmente rispetto all'aumentare del reddito pro-capite.

Oltre Oceano la crisi del 1929 aveva modificato nel profondo l'atteggiamento politico nell'economia. Nel 1932 il Presidente degli Stati Uniti F.D. Roosevelt lanciò il programma “*New deal*”, consistente in una massiccia politica sociale keynesiana volta all'incremento dell'occupazione. Lo seguì dieci anni dopo W.H. Beveridge riorganizzando il sistema di assicurazioni sociali¹⁰¹, sulla base del noto *Report of the Inter-Departmental Committee on Social Insurance and Allied Services*, o più comunemente "Rapporto Beveridge", iniziò la riforma dello Stato sociale britannico messa in atto dal governo laburista. La libertà non si limita all'aspetto individuale della rivendicazione, ma si estende a quello della promozione sociale.

Nel 1923 il Regno d'Italia assume l'assistenza fra i suoi compiti primari, la denominazione di “Istituzioni pubbliche di beneficenza” della legge Crispi cambia in “Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza” (Ipab), in un quadro di forte accentramento burocratico¹⁰². La spesa statale destinata ai fini sociali aumenta sensibilmente dal 1927¹⁰³ in poi. Soprattutto in risposta alla crisi economica il Partito nazionale fascista diventa uno strumento di politica sociale, assistenziale, guadagnando un'immagine salvifica nell'opinione pubblica. Il regime, basato su di uno statalismo marcato, aumenta però il divario fra il povero e il lavoratore, infatti questi sono inseriti in due diversi circuiti assistenziali¹⁰⁴. Siamo ancora lontani dal

¹⁰¹ Il Ministro del lavoro britannico Arthur Greenwood incaricò l'economista Beveridge a questo più modesto incarico, cioè la ricognizione del sistema frammentato e disomogeneo di assistenza inglese, nel giugno del 1941. Beveridge non si limiterà a questo e pubblicherà quello che oggi è considerato il manifesto del *Welfare State*, il Rapporto Beveridge. Da notare che lo stesso A. contestava l'uso del termine *Welfare State*, preferendo parlare di *Social service state* per non allontanare troppo la sfera dei diritti da quella dei doveri. Cfr. J.HARRIS, *William Beveridge biography*, Oxford, 1977, 448.

¹⁰² Vengono soppresse le Commissioni provinciali e il Consiglio superiore dell'assistenza e beneficenza pubblica istituite da Giolitti nel 1904. Nel 1928 le Congregazioni di carità, da amministrazioni elettive a livello locale, diventano di nomina esclusivamente statale.

¹⁰³ Dal 3,9 per cento del bilancio nel 1922 al 5,5 per cento nel 1927 e al 14,4 per cento nel 1941. Anche il grado di copertura dell'assicurazione relativa alla disoccupazione passa dal 12 per cento al 19 per cento della forza lavoro tra il 1920 e il 1925, per salire al 37 per cento nel 1940.

¹⁰⁴ Secondo E. BRESSAN, *op.cit.*,4, emblematica di questo divario è la vicenda riguardante l'assicurazione obbligatoria di malattia. Secondo la XXVI Carta del lavoro “la previdenza è

superamento dell'impostazione mutualistica e dal positivo diritto all'assistenza concreta.

Caduto il regime e a seguito della scelta repubblicana, l'Assemblea costituente, esemplare per la qualità dei membri e per l'alto livello di saggezza politica e giuridica¹⁰⁵, eletto Enrico De Nicola Capo provvisorio dello Stato, approvò il testo della Costituzione nel 22 dicembre 1947¹⁰⁶. L'articolo 38 della Costituzione, in particolare, fu il frutto di un compromesso difficilmente raggiunto tra diverse posizioni dei partiti, e rappresenta il riconoscimento dei diritti sociali intesi come diritti della persona.

Il periodo successivo è caratterizzato dallo scontro tra Partito comunista italiano e la Democrazia cristiana, tra due modi diversi di intendere lo Stato e le relazioni internazionali¹⁰⁷. L'influenza delle ideologie collettivistiche favorì la nazionalizzazione di vari settori economici strategici¹⁰⁸.

un'alta manifestazione del principio di collaborazione", "lo Stato, mediante gli organi corporativi e le associazioni professionali, procurerà di coordinare e unificare quanto più possibile il sistema e gli istituti di previdenza". Anche la molto propagandata "Casa della madre e del fanciullo", con compiti di assistenza sanitaria oltre che di distribuzione di latte artificiale, farine, medicinali, era indirizzata alle "madri operaie".

¹⁰⁵ Così M.BERTOLISSI e R. MENEGHELLI, *op.cit.*, 420.

¹⁰⁶ Come nella maggior parte delle costituzioni del secondo dopoguerra, anche nella Costituzione italiana lo Stato sociale è il risultato di un dialogo e un accordo fra le principali forze politiche, non una scelta ideologica unilaterale. Cfr. S. BONFIGLIO, *Il contributo di Mortati nella fase costituente attraverso la prospettiva teorica e storica della costituzione in senso materiale*, Nomos, 2017, 21, in: *nomos-leattualitaneldiritto.it*.

¹⁰⁷ Il primo aveva una concezione totalitaria dello Stato, infatti non poteva dirsi democratico escludere la pluralità dei partiti. La Democrazia cristiana fu per qualche tempo partito di notabili ma poi si adeguò al nuovo clima politico puntando sulla forza oggettiva dell'organizzazione. Lo scontro delle elezioni del 1948 fu vinto dalla Democrazia cristiana. Una vittoria del totalitario Partito comunista avrebbe portato ad una forma di Stato, appunto, totalitaria.

¹⁰⁸ Va ricordato come, nonostante la disciplina costituzionale dell'economia fosse aperta alle diverse interpretazioni, quindi a diversi sviluppi, la maggior parte dei costituenti era critico nei confronti del "*laissez-faire*", ben consci dei fallimenti del mercato. È per tale ragione che la Costituzione prevede un largo intervento dello Stato nell'economia. Gli studiosi hanno coniato la nozione di Stato pianificatore per definire questo periodo, caratterizzato dalla elaborazione a livello centrale di programmi settoriali e dalla subordinazione dell'attività imprenditoriale privata al rilascio di atti autorizzativi. Il piano *Beveridge* non era realizzabile nel nostro Paese, a causa di insufficienti mezzi finanziari e della mancanza di strumenti tecnici adeguati in mano agli Istituti assicurativi, ma non si poteva rinunciare ad una "offensiva contro la miseria degna della nuova Italia". Questa espressione è di G.

Nei primi passi di realizzazione del *Welfare State* italiano si procede per gradi, lasciando una certa autonomia alle strutture sanitarie. Prevale un'idea di sistema previdenziale e sanitario su base occupazionale, ma aumentano le coperture assicurative e il numero delle categorie protette, raggiungendo quasi la totalità della popolazione attiva.

La trasformazione del sistema sociale continua dopo la crisi politica del 1959-1960. La Democrazia Cristiana abbraccia un piano di riforma legata all'intervento pubblico¹⁰⁹, che viene coltivato dai governi di centro-sinistra presieduti da Aldo Moro. Nel 1968 si arriva alla legge ospedaliera voluta dal Ministro socialista Mariotti, che rappresenta una importante premessa della riforma sanitaria del 1978. In generale a partire dagli anni Sessanta le finalità sociali degli istituti pubblici e privati si specificano, e l'ambito di assistenza sanitaria si specializza.

La presenza massiccia dello Stato nell'economia determinò una crescita esponenziale della spesa pubblica, che provocò a sua volta una crisi finanziaria¹¹⁰. La crisi del modello di *Welfare* era legata non solo all'impossibilità di rispondere ad aspettative crescenti, ma anche all'eccesso di interferenze politiche¹¹¹. In questo scenario acquista sempre maggior

SARAGAT, *Prefazione*, in E. VIGORELLI, *L'offensiva contro la miseria. Idee e esperienze per un piano di sicurezza sociale*, Milano, 1948, 6. Nasce quindi un laboratorio politico-sociale guidato da Ezio Vigorelli, deputato e presidente della Commissione parlamentare d'inchiesta sulla miseria del 1951, poi divenne Ministro del Lavoro e della Previdenza sociale.

¹⁰⁹ Si veda la linea di politica riformatrice enunciata in occasione del convegno di San Pellegrino Terme, 15 settembre 1961.

¹¹⁰ La crisi fiscale dello Stato che ne scaturì fu una delle spinte al riordino dello stato sociale, insieme alla nuova sfida della globalizzazione e ai vincoli delle politiche di bilancio della zona UEM. Lo Stato, infatti, non può innalzare la pressione fiscale a piacimento perché ciò determinerebbe la fuga dei capitali e le organizzazioni di impresa all'estero. Dall'altro, l'Unione monetaria europea impone, tra i vincoli, il rispetto di finanze pubbliche sane, evitando quindi disavanzi eccessivi (per il disavanzo la soglia è del 3% del PIL e del 60% per il debito pubblico). Il Patto di stabilità e crescita concordato ad Amsterdam nel 1997, con l'impegno al pareggio di bilancio nel medio termine, ha imposto un'opera di risanamento finanziario frenando la crescita incontrollata all'indebitamento. Questo equilibrio è messo profondamente in crisi dai recenti movimenti populisti che avanzano in Europa.

¹¹¹ Lo Stato interventista vide minate le sue fondamenta dalle ideologie antistataliste già presenti nei primi anni Ottanta. Si pensi all'orientamento di politica economica neoliberista

importanza il volontariato, favorita da alcune Regioni che per la prima volta prevedono un ruolo attivo del c.d. terzo settore nell'attività assistenziale.

Come la Consulta ha più volte affermato, i diritti sociali sono “finanziariamente condizionati”¹¹², quindi sono il frutto di un *balancing test* tra l'interesse tutelato e altri interessi, come il pareggio di bilancio¹¹³. L'esigenza di trasformare lo Stato sociale in uno Stato competitivo nel panorama internazionale¹¹⁴ ha portato al fenomeno della razionalizzazione¹¹⁵. Politiche di liberalizzazione, privatizzazione di società pubbliche, superamento dei regimi di monopolio legale furono promosse in Europa da numerose direttive europee di liberalizzazione alla concorrenza transfrontaliera del mercato unico. Lo Stato imprenditore si era trasformato in regolatore, a imitazione del modello statunitense, limitando il proprio intervento nel mercato concorrenziale alla predisposizione di una cornice di regole e di strumenti di controllo a tutela degli interessi pubblici rilevanti¹¹⁶.

che si propone di riaffermare il vecchio liberismo, o ancora al mercatismo, ossia quella fiducia assoluta al principio della concorrenza perfetta smithiana. Per un approfondimento della prima teoria si veda l'opera dell'allievo di Menger, E. VON BÖHM-BAWERK, *Storia e Critica delle Teorie dell'Interesse*, 1884.

¹¹² Vedi R.BIN, G.PITRUZZELLA, *diritto costituzionale*, Torino, 2013, 58ss.

¹¹³ Ricordo che la riforma dell'art.81 Cost., avvenuta con la legge costituzionale n.1/2012, piuttosto che per il “pareggio” ha optato per l'“equilibrio” di bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico.

¹¹⁴ Cfr. P. BARUCCI, *Economisti alla Costituente*, in *La cultura economica nel periodo della ricostruzione*, a cura di G. MORI, Bologna, 1980, 45. Barucci afferma che la globalizzazione economica, favorita dalle politiche di Reagan e della Thatcher che fondono conservatorismo e liberismo, ha minato seriamente la nostra “costituzione economica” (con ciò intendo non solo quella risultante dalla Cost. del 1948 ma anche quella che risulta dal diritto dell'UE), oltre ad aver destabilizzato lo stesso principio democratico e il pluralismo politico.

¹¹⁵ Una nuova strategia, sviluppatasi prima nella Gran Bretagna del governo Margaret Thatcher, poi negli USA di Ronald Reagan, muoveva nella direzione di ridurre l'ambito di azione dei pubblici poteri. Il successivo abbandono, da parte dello Stato, del ruolo interventista e di primo attore in ambito economico, sostituito dal ruolo di soggetto regolatore, ha aperto le porte alle amministrazioni indipendenti e alla privatizzazione degli enti. Così E.CASSETTA, *manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 93 ss.

¹¹⁶ Cfr. M.CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2015, 27.

La recente crisi finanziaria del 2008¹¹⁷ ha infine portato a rivalutare il c.d. fondamentalismo di mercato, espressione con cui *l'American business model*¹¹⁸ definisce l'intervento sociale e politico nei mercati come, sempre, indesiderabile. Si è parlato di rinascita dello Stato interventista, ma nella sua variante di Stato "salvatore", riguardo alle massicce misure di intervento pubblico, diretto e indiretto, nell'emergenza di evitare il crollo del sistema finanziario internazionale¹¹⁹.

¹¹⁷ La crisi del 2008, che dagli Usa si è trasferita in Europa, ha investito non solo i mercati finanziari ma anche i debiti sovrani degli Stati membri, quindi le loro finanze pubbliche. Come osserva S.BATTINI, *l'Unione europea quale originale potere pubblico, in Diritto amministrativo europeo*, a cura di M.CHITI, Milano, 2018,11. L'A. osserva che, in ragione degli squilibri dei loro conti pubblici, alcuni Stati non furono più in grado di reperire risorse a tassi di interesse sostenibili. Il problema che deriva dall'interdipendenza generata dalla condivisione della stessa moneta è che la crisi del debito di alcuni singoli paesi rappresenta una minaccia per la stabilità finanziaria dell'intera zona Euro, generando una crisi di *governance* dell'UEM. Ma non va dimenticata un'altra crisi che ha colpita l'Europa, quella dell'incremento dei flussi migratori. L'interdipendenza generata dalla libera circolazione di *Schengen* ha preoccupato gli Stati, i quali hanno reintrodotti controlli alle loro frontiere interne, generando una crisi dei confini. Queste "crisi multiple", come le definisce Fabbrini, hanno generato una profonda crisi politica che ha allontanato i paesi membri e ha istillato negli europei un sentimento antieuropeista. Si veda anche S. FABBRINI, *Sdoppiamento. Una nuova prospettiva per l'Europa*, Roma, 2017. Per rispondere alla crisi l'UE ha tentato di salvare il sistema finanziario privato tramite l'armonizzazione della disciplina prudenziale che vincola le banche e la costruzione di una "unione bancaria". Inoltre, l'UE ha previsto, come meccanismo di assistenza finanziaria, il Meccanismo europeo di stabilità. Questa organizzazione internazionale autonoma serve per concedere prestiti ai paesi dell'euro zona in difficoltà, sarà destinata a diventare un Fondo Monetario Europeo e incorporato nel diritto UE.

¹¹⁸ È interessante notare che l'idea caratterizzante il modello, cioè mantenere le aliquote fiscali più basse possibili, sono legate ad una politica di redistribuzione dei redditi e della ricchezza, ma vista non più come un reale compito dello Stato. E' utile anche osservare che per i sostenitori di questa teoria l'intervento statale nelle questioni economiche equivale ad un uso improprio del potere coercitivo dello Stato, invece per l'efficienza dei mercati è necessario uno Stato minimale e una bassa imposizione fiscale. Si veda J.KAY, *Il fondamentalismo del libero mercato e l'American Business Model*, in rivista *Italianieuropei*, 2/6/2003, *italianieuropei.it*. L'A. descrivendo il comportamento umano a fondamento del modello di *business* americano non obietta che i valori egoistici siano immorali ma che non sono realmente i valori dominanti nella vita economica.

¹¹⁹ Va osservato che a fronte dei fatti relativi alla bolla speculativa dei mutui *subprime* americani e le conseguenti aggressioni dei mercati finanziari riversatesi nell'economia reale, sono state in generale le politiche internazionali di crisi ad essersi dimostrate inadeguate. L'UE per esempio ha voluto sostenere una politica economica di contenimento dell'indebitamento degli Stati, ma così ha favorito l'economia finanziaria e non l'economia reale. Questa visione, fortemente criticata dagli ultimi movimenti politici non solo europei ma mondiali, non considera la spesa sociale un investimento, ma solo un debito. Per adeguarsi alla politica dei Trattati internazionali gli Stati hanno operato grossi tagli alla spesa

Possiamo concludere osservando che l'individuazione dei limiti delle attività statali è strettamente legato al mutare delle percezioni collettive e delle ideologie del periodo storico di riferimento. Negli ultimi anni, infatti, abbiamo assistito ad una rapida evoluzione della globalizzazione economica e le società private multinazionali sono cresciute talmente da diventare soggetti sovrani globali, produttori indirettamente di diritti, attori globali più forti degli Stati¹²⁰.

I tratti costitutivi dello Stato sociale sono oggi cristallizzati nell'art. 3 della Costituzione. Più che nel primo comma, espressione del concetto di uguaglianza formale e, come tale, possibile fondamento anche della forma di Stato di diritto, è il secondo comma l'autentica espressione dello Stato

del *welfare* per ridurre il deficit di spesa, sottraendo più fruitori possibili dai benefici dello Stato sociale. E da notare che l'applicazione di rigide norme di bilancio come quelle sul pareggio, secondo i più grandi economisti come il premio Nobel Kenneth Arrow, in un periodo di forte recessione e di disoccupazione, quindi di minor gettito fiscale, è da considerare una politica restrittiva inadeguata. Meglio sarebbe ricorrere a strumenti di sostegno dei redditi e dei consumi per le fasce più deboli, anche attraverso l'indebitamento. Si veda un'interessante riflessione sul punto nella tesi di laurea di R.ETTORRE, *Welfare e la lotta alla povertà*, Aquila, 2013.

¹²⁰ Vi sarebbe in atto un adeguamento da parte degli Stati nel senso di collaborazione con questi colossi mondiali che si esaurisce in una svendita dei beni comuni. Questa è l'opinione di U. MATTEI, *Beni comuni, Un manifesto*, Bari, 2012,7. Si veda N. KRISCH, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010. in: *researchgate.net*, concorda che, in questo scenario internazionale, il futuro del costituzionalismo è seriamente compromesso dal pluralismo e dal primato della politica sul diritto, base questo per un futuro *global constitutionalism*. Questa tesi è molto affascinante, anche se qui non è possibile affrontarla. Secondo la ricostruzione storica di R.CAR sotto il nome di *global constitutionalism* sono accomunate due diverse proposte: una di tipo normativo volta ad un'evoluzione del tradizionale diritto internazionale in un diritto costituzionale della "nuova comunità internazionale"; l'altra è di taglio empirico e afferma l'esistenza di un processo di costituzionalizzazione sociale nell'ambito della *world society*. Questi dibattiti rispondono agli effetti che l'interconnessione globale sempre più pregnante sta generando sul piano politico, della c.d. *global governance*, sia sul piano giuridico, cioè sul nuovo diritto internazionale profondamente mutato rispetto al sistema di Westphalia, oltre alla sempre maggior aleatorietà delle frontiere degli ordinamenti statali. In senso contrario BONFIGLIO, *op.cit.*,21, secondo il quale questa tesi trascurerebbe il forte impatto che hanno le regole economiche sulle costituzioni politiche. Bonfiglio concorda sull'immensa potenza economica e politica degli attori globali, ma osserva anche come non si possa affermare una crisi generalizzata di tutti gli Stati, infatti gli Usa, la Cina, l'India e la Russia non sembrano schiacciati dalla globalizzazione. Conclude l'A. affermando che per contrastare questa tendenza a subordinare i diritti sociali alle libertà economiche l'unica via è quella di trasformare l'UE in una realtà politica, attraverso la formazione di partiti transeuropei.

sociale, il principio di uguaglianza sostanziale. Infatti, l'art.3 co.2 della Costituzione legittima l'intervento dello Stato in quel campo dei diritti sociali privi di rilevanza economica, non appetibili per il mercato, ponendosi come l'unico strumento di realizzazione dei diritti sociali e delle libertà incompressibili dei singoli¹²¹.

La macroeconomia ci spiega come i beni pubblici, per i quali le esternalità sono talmente maggiori rispetto ai benefici privati che nessun imprenditore privato li produrrebbe, si distinguono dai beni privati per la loro non rivalità, il che li rende non profittevoli dal punto di vista privato. Inoltre, sono caratterizzati dalla loro non escludibilità, infatti nessuno può essere escluso dall'istruzione, per esempio. Anche questa caratteristica fa sì che l'impresa privata non abbia alcun incentivo a produrre il bene. Quindi un bene pubblico che apporta benefici superiori al costo necessario per produrli costituisce un fallimento del mercato e sarà ignorato dal libero mercato, quindi non sarà mai prodotto, solo le imprese pubbliche possono essere disposte a produrre dei beni pubblici¹²².

¹²¹ In tal senso G. CAIA, *Compiti, servizi e strumenti della pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, IV edizione, Milano, 2005, 845. Una conferma di ciò la leggiamo in una interessante sentenza dalla Corte Cost., con ad oggetto i servizi privi di rilevanza economica. La Consulta è intervenuta con sent. 272/2004 dichiarando incostituzionale l'art. 113 bis del T.U. enti locali. In base all'art. 113 bis dlgs. 267/2000 gli affidamenti diretti potevano avvenire a favore di: un'istituzione, di un'azienda speciale o di una società a capitale interamente pubblico secondo il modello *in house providing*. L'art. 113-bis in tema di servizi pubblici non economici, è illegittimo perché detti servizi non toccano la materia della tutela della concorrenza, non esiste un mercato concorrenziale in tema di servizi pubblici non economici, quindi non riguardano alcuna materia di competenza statale ai sensi dell'art. 117 della Carta Fondamentale. Il problema che crea questa pronuncia, però, è che affidando la disciplina a fonti regionali e locali si crea una differenziazione e un ampliamento delle forme di gestione. Non si può comunque escludere uno spazio di intervento del legislatore statale, in base al 117 co.2 lett. m) Cost, così ritiene E.CASSETTA, *manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2017,711.

¹²² Cfr. M. POMINI, *introduzione all'economia pubblica*, Padova, 2012, 186. La teorizzazione di un intervento statale nell'economia, per riequilibrare l'erogazione di determinate prestazioni, non è così recente. Keynes infatti proponeva l'abbandono del *laissez-faire* a favore di una "socializzazione di una certa ampiezza dell'investimento", quindi di un ampio intervento dello Stato per finanziare investimenti in opere pubbliche, servizi sociali, beni di interesse collettivo. A suo avviso soltanto un massiccio intervento statale nell'economia avrebbe potuto garantire livelli alti e stabili della domanda effettiva,

4. *La crisi del Welfare State e la sua necessaria razionalizzazione.* - La breve analisi del problema di razionalizzazione dello Stato sociale che qui si vuole affrontare è diretta a scoprirne i fondamenti e le forme, analizzando principalmente la Costituzione¹²³. Va subito affermato che al fine di razionalizzare lo Stato sociale si tende, in primo luogo, a superare l'universalità di alcuni servizi erogati dallo Stato, tramite forme di concorso alla spesa in relazione al reddito¹²⁴. Si fa anche leva sul principio di responsabilità individuale, per esempio tramite fondi pensione privati¹²⁵ che

scongiurando in questo modo le crisi tipiche del capitalismo, afflitto da una domanda effettiva molto instabile in quanto fortemente condizionata dai cambiamenti nelle aspettative sul futuro. Per una miglior comprensione del modello keynesiano consiglio S. D'ACUNTO, *lezioni di macroeconomia*, Torino, 2010, 81ss. Si veda anche J.M. KEYNES, *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta e altri scritti*, Torino, 1994, 543. Qui Keynes afferma che "i difetti più evidenti della società economica nella quale viviamo sono l'incapacità a provvedere la piena occupazione e la distribuzione arbitraria e iniqua delle ricchezze e dei redditi". Si veda E. BRANCACCIO, *appunti di economia politica*, III versione, Università del Sannio, 2012.

¹²³ Questo punto di vista è giustificato in quanto, se è vero che la dottrina concorda sul fatto che le basi giuridiche dello Stato sociale siano cristallizzate nell'art. 3 co.2 Cost., meno chiaro è se dalla stessa Costituzione, così come modificata dalla legge costituzionale n. 3/2001, siano rinvenibili elementi razionalizzati in grado di governare lo Stato sociale. La relazione che qui viene considerata, fra costituzionalizzazione dei diritti sociali e sistemi di *welfare*, è per L. Torchia solo "eventuale". Infatti, esistono sistemi di *welfare* anche in assenza di alcun diritto costituzionale, o addirittura in assenza di una Costituzione scritta, e di converso esistono costituzioni che cristallizzano formule come "Stato sociale" ma con finalità distinte da quelle di un sistema di *welfare*. Cfr. L. TORCHIA, *Welfare, diritti sociali e federalismo*, in: *astrid-online.it*, 2003.

¹²⁴ Emblematica è la sentenza del T.A.R. Lazio, Sez. III Sent., 10/05/2007, n. 4222. Qui si legge chiaramente come le "insopprimibili esigenze di equilibrio finanziario e di razionalizzazione della spesa pubblica" obbligano le Regioni a fissare limiti di spesa anche nella sanità. Soprattutto nel settore sanitario opera un *balancing test* tra la garanzia costituzionale del diritto alla salute, che necessita di un apparato organizzativo per l'erogazione diretta o indiretta delle prestazioni, e la limitatezza delle risorse economiche che, da una parte, obbligano l'amministrazione ad orientare le politiche di spesa osservando i vincoli europei (c.d. patto di stabilità economica e finanziaria) e, dall'altra, pongono di fronte il problema della complessità delle relazioni giuridiche tipiche dello Stato sociale (plurimi interessi pubblici concorrenti e spesso antagonisti). La stessa sentenza richiama il Cons. Stato Sez. V, 31 gennaio 2003, n. 499, dove si afferma che la funzione programmatica della regione, in tema di limiti della spesa sanitaria, deve garantire la corretta gestione delle risorse disponibili, inoltre la fissazione dei limiti di spesa è obbligatorio e necessario per poter accedere alle risorse per la remunerazione delle prestazioni.

¹²⁵ Lo snodo della previdenza, in questo contesto di annunciata revisione della politica sociale italiana, è uno dei temi cruciali, forse più importante di quello sanitario per il confronto politico. La crisi funzionale ed economica dell'impianto ordinamentale e normativo

andranno a integrare con una rendita vitalizia il regime pensionistico ordinario. Infine, si ricorre al principio di sussidiarietà, che a sua volta si sviluppa in: sussidiarietà verticale¹²⁶, trasferendo la gestione dei servizi pubblici agli enti locali per la loro vicinanza ai cittadini; e sussidiarietà orizzontale¹²⁷, che consiste nell'avvalersi di alcune formazioni sociali senza scopo di lucro, il c.d. terzo settore.

Se, *ut supra* evidenziato, il compito sostanziale e principale dello Stato sociale è quello di riequilibrare il rapporto tra singoli all'interno della società, “distribuendo sacrifici sociali e benefici” in modo da correggere il risultato del “semplice operare dei rapporti economici del mercato”¹²⁸, esso dovrà predisporre gli strumenti per la partecipazione libera e in condizione di uguaglianza del singolo nella società¹²⁹, esercitando le varie attività pubbliche idonee a soddisfare i diversi bisogni sociali¹³⁰, dipendenti dalle diverse

pensionistico ha portato al D.Lgs. 30 dicembre 1993, n. 585, questo completa un intervento sistematico di tutta la materia della previdenza complementare.

¹²⁶ La Cost., all'art. 118, sembra considerare questa forma organizzativa come il normale strumento di delegazione dei poteri dello Stato. La delegazione tradizionale, quella interorganica, si occupa della distribuzione tra organi della pubblica amministrazione, mentre la delegazione intersoggettiva si occupa della relazione tra enti pubblici.

¹²⁷ Si pensi alle Università, anche qui si afferma il principio di sussidiarietà dato che l'intervento del legislatore è limitato ai casi in cui l'obiettivo cristallizzato all'art. 33 Cost., che i Costituenti hanno denominato come libertà, non possa essere pienamente conseguito e quindi lo Stato interviene in sfregio dell'autonomia universitaria. Il principio di sussidiarietà orizzontale è enunciato nell'ultimo comma dell'art. 118 Cost.

¹²⁸ Cfr. R.BIN, G.PITRUZZELLA, *diritto costituzionale*, Torino, 2013, 52. Si veda anche L. TORCHIA, la quale osserva come la “responsabilità pubblica per la soddisfazione dei diritti sociali non abbia sempre la stessa ampiezza”, *Welfare, diritti sociali e federalismo*, in: *astrid-online.it*. In effetti osservando il piano della messa in opera della politica di *welfare*, analizzando il vantaggio comparato dell'intervento pubblico diretto o indiretto, si può osservare come in certi casi non si possa ricorrere a meccanismi tipici di mercato. Per fare un esempio: non possiamo coprire il rischio di disoccupazione per mezzo di un'assicurazione privata, questo per colpa delle troppe asimmetrie informative. Ancora, nel caso della previdenza possiamo avvalerci del meccanismo assicurativo ma a condizione di inquadrarlo in una disciplina pubblicistica che ne imponga l'obbligatorietà, sempre per evitare il *moral hazard*. In tal senso la riforma “*Obamacare*” del 2014 ha introdotto negli Usa l'obbligo di dotarsi di un'assicurazione sanitaria. È possibile, invece, per alcuni servizi rimettere la produzione e l'erogazione tutta nelle mani del mercato, il ruolo pubblico in questo caso è limitato a garantire qualità e accessibilità tramite l'imposizione di alcune regole.

¹²⁹ Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969, 134.

¹³⁰ Cfr. S.ZAMAGNI, *Bisogni*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol.I, Roma, 1991, 534. L'economista osserva come la scienza economica si sofferma in particolare sulla nozione di

intensità dei bisogni che si registrano a seconda del benessere di quel momento storico. *Rebus sic stantibus* inevitabile è il sorgere di problemi: dall'estensione dei compiti pubblici all'individuazione dei portatori dei bisogni e titolari di eventuali pretese; dall'individuazione dei servizi più utili per raggiungere l'obiettivo alla predisposizione di un apparato organizzativo pubblico idoneo; infine, la previsione in bilancio di adeguate risorse finanziarie poste a carico della società¹³¹.

Secondo la dottrina, nella stessa Costituzione è previsto che questa forma di democrazia insuperabile, tale che “da esso non si torna indietro”¹³², si organizzi secondo dei criteri di razionalizzazione per aumentarne l'efficienza. Va subito risolto un equivoco che si è soliti fare affrontando il tema, cioè ritenere che il problema della razionalizzazione si identifichi con il problema del contenimento della spesa pubblica¹³³. In realtà questo è solo

basic need, distinto dai meri voleri o preferenze. È la distinzione che riporta anche D. SORACE, *Servizi pubblici locali e iniziativa privata*, 1993, 12. L'A. afferma che a seconda che sia la legge a prevedere la gestione dei servizi pubblici locali o che si tratti di una scelta autonoma dell'ente pubblico, si distinguono sempre i “bisogni indispensabili” e quelli “necessari”.

¹³¹ Cfr. L. DEGRASSI, *La razionalizzazione dello stato sociale*, Milano, 2004, 4.

¹³² L'espressione è di CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale*, Padova, 1984, 75. Va ricordata l'espressione ancora più emblematica di A. BALDASSARRE, *Lo Stato sociale: una formula in evoluzione*, in AA.VV., *Critica dello Stato sociale*, Bari, 1982, 26. L'A. afferma che “dopo lo Stato sociale non si intravede altro che lo Stato sociale”, considerandolo come uno stadio evolutivo irreversibile.

¹³³ Il contenimento della spesa pubblica è stato il *leitmotiv* della politica europea degli ultimi dieci anni. La *Spending Review* ha avuto proprio il compito di ridurre la spesa pubblica mediante tagli mirati in vari settori dell'economia, il d.l. n. 95/2012 recante “*Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini*” aveva come obiettivi l'accorpamento o la dismissione di enti non più necessari insieme ad una progressiva riduzione degli organi funzionali, tutto questo tramite una razionalizzazione complessiva del settore pubblico. Anche il settore delle società pubbliche e *in House* fu oggetto di razionalizzazione: dal numero dei componenti dei CDA allo scioglimento delle società a totale partecipazione pubblica, dall'apertura al mercato privato dei servizi pubblici di qualsiasi tipo all'estensione delle procedure concorrenziali del codice degli appalti anche alle P.a.. Va osservato, infine, l'opposta direzione del nuovo Governo insediatosi nel giugno 2018. Il Ministro dell'economia e delle finanze Giovanni Tria, nell'audizione sulle linee programmatiche del MEF, svolta presso la Commissione riunita di Bilancio il 3 luglio 2018, notava come sul fronte degli investimenti pubblici fosse necessario contrastare con forza le dinamiche negative degli ultimi anni. Ricordava il Ministro che il “quadro dei pagamenti per investimenti fissi lordi nel settore pubblico nel triennio 2015-2017 mostra una significativa contrazione, passando da 25 a 20 miliardi di euro nel 2017”, ma la contrazione è ancora più

una variabile del governo della *res publica* che, se virtuoso e fedele al modello di democrazia sociale delineato in Costituzione, migliorerà sicuramente anche “il rapporto di compatibilità finanziaria tra capacità economico-finanziarie dello Stato ed entità e qualità dei servizi erogati”¹³⁴.

Iniziamo allora dall'art. 3 co.2 Cost., dove troviamo il primo criterio fondativo del modello di razionalizzazione, quello del “compito di rimozione” della Repubblica che muta a seconda del tipo di pretesa dei destinatari. L'obiettivo è quello di perseguire il principio personalista di uguaglianza sostanziale garantendo a ogni individuo le stesse condizioni materiali, culturali e sociali di partenza¹³⁵ per poter condurre un'esistenza libera e dignitosa¹³⁶.

significativa riferendoci ad un orizzonte più ampio, gli investimenti, soprattutto quelli degli enti territoriali, hanno subito una contrazione quasi del 50 per cento dal 2008 al 2017, scendendo a 11 miliardi di euro dai 21,8 del 2008. Il Ministro concludeva il suo intervento con questa lapidaria affermazione:” Ritengo che liberare e mobilitare la spesa in conto capitale sia uno dei compiti prioritari del Ministero dell'economia e finanze, d'intesa con altri Ministeri, e che sia un obiettivo prioritario nella gestione del bilancio e della composizione della spesa pubblica... *il Governo è quindi determinato a invertire il calo degli investimenti pubblici* in atto dall'inizio della crisi ... nella consapevolezza che gli ostacoli alla spesa pubblica per investimenti sono essenzialmente tre (la perdita di competenze tecniche e progettuali delle amministrazioni pubbliche, la difficile interazione tra le amministrazioni sia centrali che territoriali, *gli effetti non voluti dell'applicazione del recente Codice degli appalti*), l'istituzione all'interno del Governo di una task force che affronterà questo tema come volano di crescita è diretta ad aggredire questi ostacoli”. L'intervento è reperibile in: mef.gov.it/ufficio-stampa, [corsivo mio]

¹³⁴ Così E.S.MUSSO, *Note per un approccio giuridico alla crisi dello Stato sociale*, in AA.VV., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà*, Padova, 1990, 191. L'A. conclude dicendo che gli strumenti necessari per attuare l'obiettivo sono quelli dello Stato di diritto, quindi l'aumentare dei controlli giuridici, ma soprattutto il controllo di gestione dell'ente.

¹³⁵ Questo è uno degli obiettivi fondamentali del diritto costituzionale europeo del secondo dopoguerra, obiettivo proprio dell'amministrazione di prestazione. È interessante notare come il tema sia oggetto in questi anni di un fremente dibattito filosofico, uno dei teorici liberali contemporanei più celebre, R.Dworkin, afferma che la morale di fondo del liberalismo contemporaneo richiede che gli uomini siano trattati come uguali, con le stesse *chance*, da parte dei rispettivi governi, e “questo non perché nella morale politica non vi siano giusto e sbagliato, ma perché proprio questo è ciò che è giusto”. R.DWORKIN, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986, 441.

¹³⁶ Detto in altri termini, garantire a ogni individuo le condizioni per poter concretamente esercitare tutti i diritti di libertà e di partecipazione all'organizzazione economica, politica e sociale del Paese, e questo è il principio partecipativo, che lo stesso diritto costituzionale gli riconosce all'art. 2, e che dovrebbe consentirgli di realizzare nella maniera più piena lo sviluppo della propria persona. Si veda A.GIORGIS, *Commentario dell'art.3 Cost.*, in: studiodiennale.leggiditalia.it. L'Assemblea Costituente ha quindi aderito alla concezione

Un'altra riflessione, particolarmente utile al nostro scopo, ha ad oggetto il significato dell'espressione "Repubblica". Il punto su cui riflettere è se essa vada intesa come comprensiva, oltre al legislatore e all'amministrazione, anche dell'"autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale". Alla prima lettura parrebbe evidente che, oltre agli enti territoriali pari ordinati dell'art. 114, il soggetto passivo sia anche il cittadino indicato nell'ultimo comma dell'art. 118, e in tal senso la dottrina ha elaborato il concetto di Stato-comunità¹³⁷. In realtà, non è possibile ravvisare una piena parificazione dato che l'art.3 co.2 prevede la responsabilità politica finale della rimozione degli ostacoli, di fronte alla quale le due entità, pubblico e privato, non sono uguali¹³⁸. Inoltre, va osservato come la comunità sociale, essendo molto

giusnaturalista dell'uomo che preesiste allo Stato e quindi, non essendo solo un'entità da rispettare, va aiutata a sviluppare la propria esistenza. In tal senso A.BARBERA, *Commento all'art.2*, a cura di G.BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, 51. Secondo l'A. l'art. 2 esprime una sintesi tra la carica fortemente ideologica propria delle posizioni cattoliche e le posizioni della sinistra socialista e comunista più interessata a raggiungere conclusioni "politicamente e socialmente concrete", quindi la vera attuazione dei fini sociali dell'art.2 richiede necessariamente interventi dei pubblici poteri. Va anche notato come per l'A., *op.cit.*,84, questa sia una fattispecie aperta che va aggiornata "ai valori e agli interessi nuovi che vanno emergendo ad opera delle forze politiche e culturali prevalenti, delle forze politiche, cioè, che determinano la costituzione materiale". Si veda anche T. MARTINES, *Diritto Costituzionale*, a cura di G. SILVESTRI, Milano, 2011, 136. Secondo l'A. dall'art.2 risulta come l'elemento umano sia posto in primo piano, sia che venga considerato come singolo, sia come una componente di una formazione sociale, cioè una società intermedia tra singolo e Stato.

¹³⁷ In senso contrario T.MARTINES, *op.cit.*, 102, secondo il quale il termine Stato non è idoneo per un'entità così eterogenea, costituita da soggetti pubblici e privati, da cittadini e da non cittadini, da società intermedie e da una realtà sociale in continua mutazione. Mancano i presupposti di organizzazione unitaria per poter parlare di Stato-comunità, invece dovremmo parlare più correttamente di comunità statale caratterizzata dalla varietà e dalla contrapposizione dialettica delle parti che la compongono.

¹³⁸ Va evidenziato che, anche se l'art. 2 della Costituzione, prevedendo una solidarietà sociale in capo al cittadino, potrebbe in astratto aver previsto tra i doveri inderogabili anche i "compiti di rimozione degli ostacoli", le conseguenze giuridiche di un'omissione sono diverse. La solidarietà sociale ha natura spontanea, mentre la solidarietà istituzionale è doverosa. Si veda F.GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano,2002, 185. L'A. specifica come il passaggio dalla solidarietà sociale a quella istituzionale non significa che le persone non siano più tenute ai doveri inderogabili di solidarietà, quegli stessi doveri che Giuseppe Mazzini considerava strettamente collegati ai diritti. Per un approfondimento sul tema si consiglia U.VINCENTI, *Etica per una Repubblica*, Padova, 2015.

eterogenea, è affetta da un'asimmetria informativa sia dal punto di vista della conoscenza dei bisogni in capo ai vari soggetti, sia dal lato organizzativo¹³⁹. Questo *gap* formativo può essere colmato solo dalla pubblica autorità.

Un secondo elemento da considerare riguarda il finanziamento. Il passaggio dalla solidarietà sociale alla solidarietà istituzionale, quindi dalla comunità di prossimità fondata sulla mutua solidarietà alla società complessa caratterizzata da un'elevata personalizzazione, deve contare su una seria politica di sviluppo economico¹⁴⁰.

È quindi per questi motivi, asimmetria informativa e esigenza di un'entrata di risorse certa, che il Costituente affida alla responsabilità pubblica il compito di assolvere il dovere solidaristico, col combinato disposto articoli 2 e 3 co.2 della Costituzione. Tutto ciò comporta che, se il legislatore nazionale¹⁴¹ e regionale non avesse provveduto ad organizzare una minima articolazione amministrativa finalizzata al perseguimento di uno degli obiettivi sociali previsti in Costituzione, si potrà argomentare una

¹³⁹ Una posizione molto critica è stata sostenuta da A.ZOPPINI, nel suo intervento, *Il diritto privato nella trasformazione dei processi allocativi delle risorse pubbliche*, presso il convegno del 26/04/2002 presso il Grand Hotel Des Iles Borromees, promosso dal Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale-Onlus, dal titolo: *Verso nuove forme di Welfare*. in: *radioradicale.it*. Zoppini dubitava fortemente della bontà, dal punto di vista redistributivo, di un passaggio dal welfare pubblico alle regole privatistiche. Aggiunge anche che i rimedi del diritto privato non dipendono dal benessere delle parti o dall'assetto del mercato.

¹⁴⁰ Si veda L.DEGRASSI, *op.cit.*, 15. Solo una programmata politica di stanziamenti economici pubblici è in grado di sostenere con continuità i bisogni di prossimità.

¹⁴¹ Il quale ha il dovere di garantire un livello essenziale di uguaglianza sostanziale secondo l'art. 117 let.m).

responsabilità dello Stato-soggetto¹⁴², ed eventualmente una condanna al risarcimento¹⁴³.

Il compito di rimozione degli ostacoli si estrinseca in un “dovere promozionale” e in un “obbligo erogativo”¹⁴⁴. Il primo è un criterio di razionalizzazione dello Stato sociale perché il compito della Repubblica, in questo caso, si limita esclusivamente all’iniziativa di promozione. Il sistema promozionale consente, relativamente al *quomodo*, alla fase attuativa, una più elevata integrazione della sussidiarietà orizzontale e una maggiore condivisione delle responsabilità tra pubblico e privato¹⁴⁵. Per quanto riguarda l’obbligo erogativo, questo è indubbiamente uno dei compiti primari qualificanti la forma di Stato come sociale. In questo secondo caso ci troviamo nell’ambito di beni giuridici assoluti connessi ai bisogni, o alla *species* dei bisogni fondamentali. Quindi, siamo nel campo dei doveri tipici della solidarietà istituzionale, che ricadono totalmente nella sfera della responsabilità pubblica. Il soggetto portatore del bisogno gode di una pretesa, avente ad oggetto un diritto soggettivo.

¹⁴² Cfr. A.GIORGIS, *Commentario art. 3 Cost.*, in *studiolegale.leggiditalia.it*. Lo Stato-soggetto può essere considerato parte in quanto reale soggetto passivo o in quanto soggetto che non ha eseguito i suoi doveri costituzionali per il tramite dei propri organi legislativi, a riguardo si pensi alla rivoluzionaria sentenza della C. Giust. CE, 13-11-1991, C-6/1990 e C-9/90, *Francovich*. In questa sentenza la Corte ha riconosciuto la responsabilità civile dello Stato nei confronti dei cittadini per la mancata attuazione di una direttiva se questa attribuisca diritti ai singoli, se la violazione della normativa europea sia di una certa gravità e, infine, sussista un nesso di causa tra violazione e danno subito dal singolo.

¹⁴³ Non è questa la sede per un approfondimento, si rinvia a L.PRINCIPATO, *I diritti costituzionali e l'assetto delle fonti dopo la riforma dell'art. 117 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 2002, 1179 ss.

¹⁴⁴ Queste due categorie distinte rappresentano il fulcro della teoria della Degrassi, la quale ritiene che queste categorie siano capaci di ricomprendere tutte le attività dello Stato sociale razionalizzato. Dal punto di vista dei destinatari la Degrassi distingue diverse posizioni: preferenze, bisogni, bisogni-fondamentali.

¹⁴⁵ Il dovere promozionale rappresenta il fondamento costituzionale generale delle preferenze (vedi nota *supra*), cioè quei bisogni umani che sono il risultato di valutazioni soggettive, fruibili da chi liberamente li scelga. Un esempio del “dovere di promozione” è quello relativo alla promozione della cultura, art.9 co.1 Cost., qui è evidente la mancanza di quella dimensione pretensiva tipica dei diritti dell’individuo.

Il secondo criterio di razionalizzazione è strettamente collegato al valore assoluto dei beni oggetto dell'obbligo erogativo, mi riferisco al problema relativo alla copertura della spesa diretta a reggere finanziariamente i diritti sociali essenziali. Questo criterio è soddisfatto dalla fiscalità generale prevista all'art. 53 Cost. e dal suo duplice principio della capacità contributiva e della progressività fiscale¹⁴⁶. È quindi il criterio di progressività a rappresentare un criterio di razionalizzazione del sistema fiscale, in quanto va a graduare la capacità contributiva.

Un terzo criterio di razionalizzazione dello Stato sociale è quello relativo al costo dei servizi pubblici. Abbiamo osservato come lo Stato sociale, superando il principio dello scambio, non faccia mai pagare il prezzo di mercato al destinatario del bene sociale¹⁴⁷, ma questo non significa che la responsabilità pubblica sottesa all'obbligo di erogazione si risolva automaticamente in una gratuità del servizio. L'obbligo erogativo in capo allo Stato non è strettamente correlato alla gratuità del servizio, come se fosse una relazione matematica. I beni gratuiti elencati in Costituzione¹⁴⁸, infatti, a loro volta si distinguono in beni che non richiedono una verifica delle condizioni

¹⁴⁶ Ciò significa che in astratto è fondato sul principio solidaristico dell'art. 2 e quindi universale, in concreto però è governato dalla capacità contributiva del singolo secondo il principio di progressività, che soddisfa il compito di redistribuzione della ricchezza. Tale principio permette, finalmente, di superare quello tipico dello Stato liberale, cioè il principio della controprestazione del beneficio, così evolvendo nello Stato sociale. Si veda il discorso in Assemblea Costituente di E. VANONI, oltre a: *Natura ed interpretazione delle leggi tributarie*, Padova, 1932. Per Vanoni il principio dello scambio è assolutamente incompatibile con l'articolazione dei moderni ordinamenti tributari, che si fondano sul diverso principio della capacità contributiva e del beneficio, nel quale è confluita la parte ragionevole e più moderna della teoria dello scambio.

¹⁴⁷ Cfr. G.U. RESCIGNO, *Stato sociale e principio di sussidiarietà*, Genova, 2002. Secondo Rescigno lo Stato sociale è tale in quanto crea, dal lato della domanda, dei meccanismi che vanno ad escludere il mercato. Tali meccanismi possono essere diretti, di prestazione dei beni o servizi totalmente fuori dal mercato, o indiretti, quindi beni o servizi prodotti da privati a prezzi di mercato ma la cui spesa è coperta in tutto o in parte dallo Stato. In quest'ultimo caso si osserva una triangolazione dato che il lato della domanda si scinde in: richiedente il bene o servizio e ultimo beneficiario, e dall'altra il soggetto pubblico che paga il bene. Anche se quest'ultimo meccanismo incide meno sulla limitazione del mercato, è comunque osteggiato dagli "amici del mercato" perché fa lievitare i tributi e diminuisce i ricavi netti sul mercato.

¹⁴⁸ Art. 32 le cure gratuite agli indigenti, art.34 la scuola dell'obbligo, art.38 l'assistenza sociale per gli inabili al lavoro e sprovvisti dei mezzi necessari per la sopravvivenza.

economiche del singolo richiedente, come per esempio la scuola dell'obbligo, e beni che richiedono un accertamento riguardo la soglia della povertà¹⁴⁹. Per gli altri beni è richiesta una compartecipazione al costo da parte del destinatario.

In origine mancava un ultimo importante criterio di razionalizzazione, in grado di selezionare le prestazioni ed i servizi in base al bisogno personale. La legge costituzionale n. 3/2001 introduce il quarto criterio dei "LEA¹⁵⁰", cioè la "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale", art.117 co.2 let. m)¹⁵¹Cost. È considerata una clausola di razionalizzazione in quanto rientra nella competenza esclusiva dello Stato selezionare le prestazioni e i servizi volti a soddisfare i diritti sociali¹⁵², questo al fine di garantire il godimento di un medesimo diritto di cittadinanza

¹⁴⁹ Fra i criteri di razionalizzazione dello Stato sociale, quindi, va considerato il "criterio della gratuità selettiva dei beneficiari", cioè il metodo di selezione dei richiedenti in base alla loro condizione economica, gli indigenti dell'art. 32 o la generale gratuità dell'art. 34 Cost. Si veda L. DEGRASSI, *op.cit.*, 31. L'accertamento del reddito delle persone fisiche si distingue in analitico, disciplinato dai commi 2 e 3 dell'art.38 del d.p.r. 600/1973, e sintetico, disciplinato dai successivi commi della stessa norma. Quest'ultimo metodo di accertamento è basato sulle spese, che possono essere desunte anche dalla *species* accertamento redditometrico.

¹⁵⁰ I LEA sono stati introdotti già col d.lgs. 502/92 e sono utilizzati soltanto in ambito di integrazione socio-sanitaria. I LEPS sono stati introdotti con la L.328/2000 e si riferiscono ai piani di intervento nei servizi sociali. Infine, i LIVEAS sono i livelli essenziali di assistenza in ambito sociale, riguardanti i livelli minimi garantiti di prestazioni e servizi a carattere sociale. Questi ultimi ancora oggi non sono stati definiti in concreto da nessuno strumento giuridico.

¹⁵¹ Qui ci si riferisce a quello che, secondo una terminologia proveniente dalla prima regolazione dei servizi telefonici in America, viene definito "servizio universale". Si veda a riguardo l'art. 1 lett. II) d.lgs. n.259/2003, Codice delle comunicazioni elettroniche, dove si definisce servizio universale l'"insieme minimo di servizi di una qualità determinata, accessibili a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e, tenuto conto delle condizioni nazionali specifiche, offerti ad un prezzo accessibile; va specificato che anche le Regioni a Statuto speciale soggiacciono a questa potestà normativa trasversale statale". Sul punto di confronti anche la Corte cost., sentt. nn. 134/2006 e 162/2007.

¹⁵² Secondo G.U. RESCIGNO, *op.cit.*, proprio i diritti sociali sono la principale caratteristica dello Stato sociale, ma il numero e la qualità di questi devono essere significativi altrimenti, se ragionato in modo meramente formalistico, per qualificare uno Stato come sociale basterebbe un qualunque diritto sociale.

sostanziale¹⁵³ su tutto il territorio nazionale. L'imputazione unitaria, in capo allo Stato, della responsabilità pubblica e il conseguente accentramento delle risorse finanziarie¹⁵⁴ rappresentano un'operazione di razionalizzazione in grado ottenere una migliore efficienza, efficacia ed economicità nelle politiche di spesa.

L'autonomia degli enti territoriali¹⁵⁵ garantisce sempre la possibilità per ogni Regione di erogare ulteriori servizi e prestazioni¹⁵⁶, oltre quelli garantiti dai livelli essenziali, con un conseguente aggravio di spesa.

Per riassumere: lo Stato, in base alla solidarietà istituzionale, trova un primo criterio di razionalizzazione nel dovere promozionale e nell'obbligo erogativo. Un secondo criterio di razionalizzazione dello Stato sociale è

¹⁵³ Si veda E.BALBONI, *Il concetto di "livelli essenziali e uniformi" come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2001, 1103. L'A. sostiene che il concetto di "livello essenziale" non è volto ad individuare semplicemente uno *standard* tecnicamente garantibile sulla base di una determinata struttura organizzativa e una altrettanto determinata dotazione finanziaria, ma significa molto di più. Infatti, questo concetto svolgerebbe un importante ruolo per conseguire "quell'uniformità del tenore di vita che è il vero contenuto del principio di eguaglianza sostanziale" dell'art.3 co.2 Cost. Quindi questo concetto, nel nuovo Titolo V, ha acquisito autonomia rispetto alle esigenze di natura finanziaria, diventando il parametro di riferimento in materia di diritti sociali e civili.

¹⁵⁴ Più volte è stato affermato che un sistema di finanziamento basato su fondi centralizzati assicura una più efficiente politica di bilancio. Si veda la *Nota preliminare al bilancio di previsione della Presidenza del Consiglio dei Ministri per l'anno 2018*, dove l'impegno del consolidamento e della sostenibilità delle finanze pubbliche realizzabile tramite la razionalizzazione e il contenimento della spesa è ribadita più volte. Al cap. 3 della Nota è confermata la politica gestionale in forma accentrata di "alcune tipologie di spesa relative al personale e all'acquisizione di beni e servizi". È probabile che in corso di legislatura quel "alcune" sia destinato ad aumentare.

¹⁵⁵ A seguito della riforma del Titolo V della Costituzione, che ha riconosciuto ampia autonomia a Regioni, Province e Comuni, è aumentata l'importanza, per la Ragioneria Generale dello Stato, di monitorare le dinamiche finanziarie locali. Queste sono particolarmente importanti nel contesto dei conti pubblici nazionali, per il rispetto dei parametri dell'UEM.

¹⁵⁶ Le incertezze che scaturirono con l'introduzione della lett. m) furono due: la definizione di quel generico concetto di essenzialità e la conciliazione tra competenza esclusiva dello Stato in materia di livelli essenziali e competenza concorrente in materia di tutela della salute. Fu compito della Corte Costituzionale chiarire gli elementi basilari del nuovo impianto costituzionale tramite varie sentenze, la prima è la sent. 282/2002 dove si chiarisce la natura trasversale della competenza esclusiva statale. Un'altra tappa fondamentale fu raggiunta con la sent. 88/2003, che afferma il rispetto del principio di leale collaborazione, ripreso nella sent. 134/2006, escludendo la possibilità per lo Stato di fissare limiti organizzativi alle Regioni in violazione della procedura di determinazione dei livelli di assistenza stabilita dalla legge.

rappresentato dalla progressività dell'imposizione fiscale. Un terzo criterio è quello della selezione dei beneficiari dei servizi in base alla loro condizione economica. Un quarto criterio è rappresentato dalla clausola generale relativa ai livelli essenziali. Tutti questi criteri sono cristallizzati nella Costituzione italiana.

La realizzazione dello Stato sociale italiano ha retto almeno fino agli anni '70 del secolo scorso, anni di maggior sviluppo economico del Paese. Le condizioni e lo stile di vita della popolazione è profondamente mutata negli ultimi decenni, discostandosi molto dalla tipologia di società del *welfare* universalistico o bismarckiano originaria¹⁵⁷. I sistemi di *welfare* tradizionali sono inadeguati e non riescono a far fronte alle nuove esigenze e ai costi crescenti, senza contare la generale sfiducia del concreto funzionamento del *welfare*, visto sempre meno come uno strumento di redistribuzione verticale e sempre più come mezzo, per le burocrazie, di collusione e favoritismi tra gli stessi gruppi sociali. Questa forma di Stato, però, nonostante sia in crisi non è più discutibile, le sue basi costituzionali sono rimaste integre, la dottrina quindi suggerisce una sua riorganizzazione finalizzata alla miglior applicazione dei criteri di razionalizzazione esaminati¹⁵⁸.

¹⁵⁷ L'età media si è alzata così come la speranza di vita, le nascite sono in calo. Secondo le ultime stime dell'Istat, pubblicate il 13 giugno 2018, sullo scenario futuro demografico il *trend* negativo non si arresta. Si stima che la popolazione residente nel 2045 diminuirà di 1,6 milioni, contestualmente l'età media è destinata ad aumentare. Si veda: *istat.it*. Inoltre, le donne che escono dalla famiglia per entrare nel mondo del lavoro remunerato sono sempre più in crescita, il mercato dei servizi è in continua espansione mentre il settore industriale tradizionale si riduce sempre più.

¹⁵⁸ Si veda la posizione di E. S. MUSSO, Note per un approccio giuridico alla crisi dello Stato sociale, in AA.VV., Nuove dimensioni nei diritti di libertà, Scritti in onore di Paolo Barile, Padova, 1990, 190. Lo Stato sociale ormai non è più smantellabile in quanto costituzionalizzato all'art.3 co.2 Cost. Per fare un esempio dell'uso improprio dei criteri, pensiamo a quello relativo alla selezione dei beneficiari dei servizi in base alla loro condizione economica. Nei primi anni di applicazione del testo costituzionale si preferì utilizzare il modello di sicurezza sociale basato sul principio universalistico bismarckiano, quindi sulla generalizzazione della distribuzione dei servizi e prestazioni. Giustificata dal fatto che in tal modo il povero non si sarebbe sentito discriminato, questa politica di welfare ha portato la dottrina a coniare il termine di "Stato assistenziale". Per un'analisi di quest'ultimo termine giuridico si veda M.S.GIANNINI, L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo, op.cit, 101.

Il criterio originario su cui si reggeva l'intera politica di *welfare* italiana era quella della redistribuzione della ricchezza, che ad un certo punto raggiunge livelli di inefficienza e iniquità talmente elevati da portare alla crisi dello Stato fiscale¹⁵⁹.

In tutto questo andava ripensato il ruolo del pluralismo istituzionale dell'art. 5 Cost., implicito anche in quella "Repubblica" dell'art.3 co.2. Era in particolare necessario rivalutare le formazioni istituzionali intermedie. Urgeva una riassegnazione del posto costituzionalmente dovuto alle autonomie territoriali, però accompagnato da una revisione del rapporto Stato-società civile¹⁶⁰. Quindi, il nuovo moto razionalizzatore doveva agire su tre fronti: depotenziare le competenze dello Stato, rivalutare quelle delle autonomie territoriali¹⁶¹ e della società civile¹⁶². Con questa redistribuzione dei poteri si sarebbe mirato ad una destatalizzazione dei servizi a favore delle autonomie locali¹⁶³, le istituzioni intermedie, oltre alla depubblicizzazione dei

¹⁵⁹ Si veda L.TORCHIA, *Welfare, diritti sociali e federalismo*, in: *astrid-online.it*. L'A. ritiene che siano due i fattori di crisi dei sistemi di welfare nel mondo: una nuova percezione dei rischi e dei bisogni che necessitano garanzie di sicurezza; la messa in discussione delle regole di distribuzione o redistribuzione delle risorse disponibili. Per quanto riguarda il welfare italiano, dopo aver ribadito che le cause di crisi sono di tipo fiscale e di politica clientelare, afferma che l'orientamento quasi esclusivo alla protezione del lavoratore, quindi il lavoro come condizione per le misure e i vari interventi, ha portato all'incompletezza del sistema. Infatti, il sistema non copre i rischi o bisogni che non siano direttamente connessi alla posizione della persona sul mercato del lavoro.

¹⁶⁰ Cfr. L.DEGRASSI, *op.cit.*,39.

¹⁶¹ Secondo L.TORCHIA, *op.cit.*,16, la "determinazione dei livelli essenziali di prestazione richiede la preliminare identificazione dei diritti civili e sociali che non ammettono differenziazione di riconoscimento, tutela e soddisfazione in ragione o conseguenza della collocazione territoriale del titolare del diritto. Il livello essenziale di prestazione coincide con un tantum di tutela, garanzia e soddisfazione che non è disponibile per scelte diverse e deve essere, invece, comunque disponibile per il titolare del diritto, pena la violazione, è da presumere, del diritto stesso. Si tratta di una condizione mai raggiunta in Italia, dove sperequazioni e disuguaglianza nella resa dei servizi sul territorio sono caratteristica costante del passato come del presente". Del resto, questa "aterritorialità" dei diritti è l'assunto base della clausola dei livelli essenziali, la chiave di volta del rapporto tra welfare e federalismo.

¹⁶² V. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2018, 506. L'A. osserva come la sussidiarietà stia diventando un principio cruciale per lo sviluppo del diritto amministrativo verso un'organizzazione decentrata.

¹⁶³ Si veda R.BIFULCO, *Commentario della Costituzione art.5*, in *Leggiditalia.it*. Secondo ESPOSITO,1954,72, "gli organi legislativi, anche in veste costituente, non debb(o)no e non poss(o)no stabilire la divisione dell'Italia segnando la morte dell'Italia", con ciò intendendo

servizi¹⁶⁴ incoraggiando l'esercizio da parte della società civile, puntando con ciò alla effettiva realizzazione dei criteri di razionalizzazione dello Stato civile italiano.

che, se l'"unità" genera un limite elastico, l'indivisibilità rappresenta un limite assoluto, non derogabile neanche con legge costituzionale.

Più chiaramente M.CAMMELLI, *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Regioni*, 2001, 1287, nota che l'Unità politica permea l'intera costituzione ed è quindi presupposto irrinunciabile, ma una più moderna opinione va verso l'affermazione di un'unità politica non più affidata all'unità amministrativa dello Stato. La realizzazione del principio unitario, dopo la riforma del Titolo V, non è più in mano alle leggi e amministrazione dello Stato ma è l'esito di interazioni tra più livelli di governo secondo i principi di sussidiarietà e leale collaborazione. Strumento principe per mantenere l'equilibrio tra unità e autonomia locale è il sistema delle conferenze. Va ricordato anche che in Italia il principio di sussidiarietà viene introdotto con la L.439/1989 di ratifica della Carta europea delle autonomie locali del 1985. Questa Carta riconosce alle autorità più vicine ai cittadini l'esercizio delle responsabilità pubbliche. In seguito, il principio di sussidiarietà verrà cristallizzato quale principio fondamentale nel Trattato di Maastricht.

¹⁶⁴ Affidare la produzione diretta dei servizi ai soggetti pubblici crea inevitabilmente situazioni di monopolio che non sono economicamente convenienti e soprattutto ostacolano l'innovazione. Gary Reback, l'avvocato che ha difeso il browser Netscape nella causa contro *Microsoft* vincendo, afferma: "i monopoli ostacolano l'innovazione. La priorità non è la regolamentazione di internet, ma la lotta contro i monopoli. Bisogna favorire la competizione. Io preferisco il termine antitrust al termine regolamentazione". Intervista di F. MARTEL, *Smart. Inchiesta sulle reti*, traduzione di M.SCHIANCHI, Milano, 2015.

Il primo vero¹⁶⁵ tentativo di rinnovare il sistema amministrativo avvenne a Costituzione invariata, la legge del 15 marzo 1997 n. 59 recante “delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed Enti Locali, per la riforma della Pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa”¹⁶⁶. Ne derivò una pioggia di interventi normativi sotto forma di decreti delegati. Questo processo di riforma ha subito la positiva influenza del processo di europeizzazione, che ha sicuramente

¹⁶⁵ Negli anni cinquanta il legislatore ha realizzato limitati interventi di decentramento burocratico, ma furono tutti interventi estemporanei. Nella seconda metà degli anni sessanta si è intrapreso un primo tentativo di riforma della P.a. con la L.79/1970, rimasta però inattuata. Con gli anni settanta, in epoca di attuazione dell’ordinamento regionale, una serie di leggi delega e successivi decreti legge hanno tentato un decentramento autonomistico dallo Stato alle regioni. Purtroppo nemmeno questa stagione di riforme ha saputo rispondere in modo adeguato all’esigenza di un riordino generale dello Stato, il famoso “rapporto Giannini” del 1979 evidenziava la necessità di completare l’opera di riordino dell’assetto degli apparati statali, dei poteri locali e l’organizzazione interna degli apparati amministrativi. Gli anni Ottanta furono caratterizzati da una sorta di centralismo di ritorno. Solo alla fine degli anni Ottanta un nuovo progetto di decentramento burocratico fu oggetto della l. 400/1988. Solo con gli anni Novanta assistiamo ad una decisa politica di riforma a carattere regionalista. La l.142/1990 ha avuto ad oggetto il raccordo fra Regioni ed enti locali, mentre la l. 241/1990 ha disciplinato il procedimento amministrativo in attuazione dei principi fondamentali di efficienza, efficacia, trasparenza ed economicità. Nel 1993 sono stati soppressi alcuni Ministeri (Partecipazioni statali, Turismo e spettacolo), convertiti in Ministeri di coordinamento altri (Agricoltura), fusi in un unico ministero altri (Trasporti e Marina fusi in Ministero dei trasporti e della navigazione). Da quest’anno la riforma amministrativa ebbe un posto fisso nell’agenda dei governi, collegata al tema delle politiche di bilancio. Fu merito di Sabino Cassese se la riforma amministrativa non venne più considerata come un mero intervento di settore, ma come intervento strategico per l’intero risanamento finanziario. Come osserva G. MELIS, *La pubblica amministrazione: una riforma mancata*, *Giornale Dir.Amm.*, 2012, la bussola di questa nuova impostazione fu la centralità del cittadino e il suo diritto di godere dei servizi pubblici. Non va dimenticata la razionalizzazione dell’apparato amministrativo attuata tramite la privatizzazione del pubblico impiego, tramite il d.lgs. 29/1993. Dal 1993 in poi le leggi finanziarie operarono significativi interventi in materia di riassetto organizzativo dell’amministrazione, questo collegando il piano nazionale di risanamento della finanza pubblica alla riforma della P.a. Con la l. 20/1994 il sistema generale dei controlli sull’azione amministrativa viene profondamente modificato, superando anche la precedente concezione di amministrazione per atti. Si veda L.FERRARIS, *Decentramento amministrativo*, 2000, *ledditalia.it*.

¹⁶⁶ A questa è poi seguita la legge n.127/1997, strettamente collegata alla prima, recante “misure urgenti per lo snellimento dell’attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo”, la c.d. Bassanini bis. Ad integrazione dell’assetto programmatico della c.d. l. Bassanini I è intervenuta la l.n.191/1998 recante “modifiche e integrazioni alle leggi 15-3-1997, n. 59, e 15-5-1997, n. 127, nonché norme in materia di formazione del personale dipendente e di lavoro a distanza nelle pubbliche amministrazioni. Disposizioni in materia di edilizia scolastica”, la c.d. Bassanini ter.

stimolato l'evoluzione del ruolo delle pubbliche amministrazioni nei vari ordinamenti degli Stati membri dell'UE¹⁶⁷.

Le linee di fondo di questa riforma riguardano la legittimazione ed il riconoscimento dell'autonomia della P.a. tramite la separazione dal potere politico e la titolarità di poteri di gestione, conseguentemente viene riconosciuta anche la responsabilità ai vari livelli dirigenziali. L'esteso decentramento di funzioni e compiti amministrativi dallo Stato agli enti territoriali avviene per mezzo di una progressiva riduzione della concentrazione amministrativa dello Stato, attraverso vari meccanismi di cessione delle competenze, e una conseguente assegnazione alle regioni dei compiti di regolazione e coordinamento sia nelle materie di competenza legislativa regionale, sia in quelle delegate.

Il regime di diritto privato viene esteso anche ai dirigenti generali, di conseguenza le relative controversie vengono devolute al giudice ordinario¹⁶⁸. Viene abbandonato il meccanismo di controllo preventivo di legittimità a favore dei controlli interni.

Un'altra caratteristica della riforma è quella di aver riconosciuto la natura multiorganizzativa e multifunzionale del sistema amministrativo.

Quello che traspare dalla c.d. "riforma Bassanini" è che il principio di sussidiarietà¹⁶⁹ rappresenta il faro dell'intera riforma, nella sua duplice veste di sussidiarietà istituzionale e sociale. Dal punto di vista della

¹⁶⁷ In tal senso V.FRANCHINI, *L'organizzazione amministrativa italiana, Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, diretto da CHITI e GRECO, 1997, Milano, 469. Per Franchini: "l'evoluzione del sistema comunitario ha favorito il processo di integrazione europea, il quale, a sua volta, ha determinato conseguenze estremamente importanti sui sistemi amministrativi degli stati membri".

¹⁶⁸ In particolare, la delega delle controversie di lavoro alla giurisdizione ordinaria, oltre ad aver istituito un ruolo unico della dirigenza, ha conferito al corpo burocratico un profilo di professionalità e responsabilità più moderna. Si veda L.FERRARIS, *Decentramento amministrativo*, 2000, leddiditalia.it.

¹⁶⁹ Secondo l'art. 1 co.2 della l.59/1997 "Sono conferite alle regioni e agli enti locali, nell'osservanza del principio di sussidiarietà... tutte le funzioni e i compiti amministrativi relativi alla cura degli interessi e alla promozione dello sviluppo delle rispettive comunità, nonché tutte le funzioni e i compiti amministrativi localizzabili nei rispettivi territori in atto

razionalizzazione dello Stato sociale la redistribuzione dei poteri e la condivisione della responsabilità politica che ne è strettamente collegata, non è altro che l'attuazione dell'originale disegno costituzionale previsto all'art.5¹⁷⁰ della Costituzione. La Repubblica chiamata a “promuovere le autonomie locali” deve incentivare l'auto-decisione di quest'ultime ed evitare il più possibile coartazioni politiche¹⁷¹. Quindi, con la c.d. ”riforma Bassanini” è stato tendenzialmente rovesciato il criterio di allocazione delle funzioni amministrative prevedendo che la residualità volgesse a favore degli enti territoriali, inoltre la riforma ha indicato come criteri guida per i conferimenti di funzioni i principi di differenziazione, sussidiarietà e adeguatezza¹⁷².

Il primo problema di una riforma a costituzione invariata è che il nuovo assetto federalista amministrativo rischiava di andare oltre quanto consentito dall'assetto della Costituzione del 1948. Inoltre, confrontando il

esercitati da qualunque organo o amministrazione dello Stato, centrali o periferici, ovvero tramite enti o altri soggetti pubblici”.

¹⁷⁰ Tutti i membri della seconda Sottocommissione, che iniziò i lavori nel 26/7/1946, concordavano sulla pregiudizialità del tema delle autonomie e quindi sulla necessità che fosse esaminato in via prioritaria. La discussione generale aperta da Ambrosini e Perassi, e soprattutto la successiva discussione, vide confrontarsi posizioni molto eterogenee: chi era favorevole ad una forma confederale, chi per un federalismo più moderato, chi ancora vedeva l'istituzione delle regioni come uno strumento di decentramento autarchico. Nella seduta del 1/8/1946 veniva approvato l'ordine del giorno Piccioni che stabiliva le caratteristiche fondamentali del nuovo assetto regionalista, a cui fece seguito il progetto di Regione e delle autonomie territoriali del “misterioso”, in quanto manca una relazione dei lavori svolti, Comitato dei dieci. Un elemento di particolare importanza è il fatto che inizialmente la norma era prevista all'art.106, all'inizio del Titolo V. Il fatto che la norma sia stata anticipata all'interno dei principi fondamentali conferma la natura di norma di principio, prima che quella di norma di organizzazione. Si veda R.BIFULCO, *Commentario della Costituzione art.5, leggiditalia.it*. Si veda C.ESPOSITO, *La Costituzione italiana, Saggi*, Padova, 1954, 73. Esposito conferma che l'aver collocato il principio tra quelli fondamentali della Costituzione accentua il “significato politico-costituzionale attribuito a queste autonomie”.

¹⁷¹ Va sottolineato come non siano Enti autonomi quelli che “possano emettere in qualche caso sporadico atti normativi o costitutivi dell'ordinamento giuridico”. Autonomia significa titolarità di un ampio potere normativo tale da consentire “di disciplinare in concreto tanta materia e in maniera tanto organica che ne sorgano ordinamenti particolari entro l'ordinamento territoriale dello Stato”. In tal senso C. ESPOSITO, *op.cit.*, 78. L'A. conclude che l'originario art.117 non concretizza il principio di autonomia delle regioni perché gli conferisce forza di legge o perché parifica il controllo di costituzionalità delle leggi regionali a quelle statali, ma perché attribuisce alle regioni il potere di disciplinare numerose materie.

¹⁷² Cfr. L. ANTONINI, *Commentario della Costituzione art.117, leggiditalia.it*.

modello di rapporti Stato-Regioni del Titolo V pre-riforma, nonostante il combinato disposto art. 3 co.2 e art. 5, era chiara la posizione preminente dello Stato, questo per la clausola residuale rovesciata dell'art. 117 nel caso delle materie non nominate espressamente.

Solo la riforma del Titolo V, legge costituzionale n. 3/2001¹⁷³, con cinquant'anni di ritardo ha adeguato il sistema autonomistico ai principi della Costituzione. Questo ha permesso di realizzare il fine ultimo della Parte seconda della Costituzione, cioè l'inserimento delle istituzioni intermedie tra Stato e società civile. L'inversione del criterio tradizionale della residualità all'art.117 co.4 Cost. ha attribuito alla competenza legislativa regionale, estesa a tutte le materie innominate, una capacità espansiva massima¹⁷⁴.

Questo nuovo riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni non è altro che l'attuazione del modello costituzionale originario di ripartizione delle responsabilità politiche, relative al compito di rimozione degli ostacoli all'eguaglianza sostanziale, tra tutte le istituzioni territoriali dotate di potere legislativo¹⁷⁵. Del resto, la riforma del titolo V ha operato soltanto una esplicita costituzionalizzazione del principio¹⁷⁶, infatti era già desumibile

¹⁷³ La riforma fu anche sottoposta ad un referendum confermativo scarsamente partecipato, il numero di votanti superava di poco il 34%.

¹⁷⁴ Rappresentativo è l'intervento di PANUNZIO, *Audizione alla Commissione affari costituzionali del Senato della Repubblica*, in *senato.it*. In questo intervento si afferma che l'elenco delle materie riservate alla competenza esclusiva dello Stato rappresenta una "deroga al principio generale della competenza regionale".

¹⁷⁵ Secondo L. DEGRASSI, *op.cit.*, 44, la riprova di ciò è che a fronte della responsabilità politico-legislativa esclusiva dello Stato, art.117 co.2 Cost., corrisponde una responsabilità regionale politico-legislativa residuale del co.4 e una eventuale differenziata dell'art.116 co.3. Il nuovo quadro costituzionale quindi riproporziona la distribuzione dei poteri, questo alla luce del principio di sussidiarietà istituzionale che opera proprio nell'ambito del principio autonomistico. Infatti, quest'ultimo principio concreta il contenuto dei poteri e funzioni allocate, così da rendere effettive le autonomie territoriali e permettere loro di svolgere il compito tipico degli enti intermedi, essere cioè filtro tra istanze particolari della società e istanze generali riassunte nello Stato. L'aver condiviso maggiormente la responsabilità gestionale ha anche favorito il principio di sussidiarietà, con specifico riferimento alla variante sociale dell'ultimo co. dell'art. 118.

¹⁷⁶ In tal senso F. PIZZOLATO, *Il principio di sussidiarietà*, in *La Repubblica delle autonomie*, a cura di GROPPi e OLIVETTI, Torino, 2001, 151.

dall'art. 2 dove si indicano le “formazioni sociali”, e dove viene svolta la personalità del singolo.

In conclusione, sia il principio di sussidiarietà che il principio autonomistico rappresentano criteri di razionalizzazione dello Stato sociale che, ben lontani dal voler annullare il ruolo dello Stato, sono invece diretti a far avvicinare lo Stato e la società prescindendo dai corpi sociali intermedi¹⁷⁷.

Un altro criterio di razionalizzazione dello Stato sociale riguarda la riorganizzazione dell'offerta pubblica di prestazioni e servizi in termini di efficienza, efficacia ed economicità. Il problema della funzionalizzazione dell'organizzazione sociale è strettamente collegato all'articolo 97 della Costituzione, tanto che in dottrina si parla di “diritto all'efficienza della pubblica Amministrazione”¹⁷⁸.

La connessione tra bisogni/diritti dell'individuo e forme organizzative degli apparati erogatori del servizio si comprende facendo un semplice esempio: se un servizio è svolto in forma imprenditoriale, perché ha rilevanza economica, significa che tale servizio implica una certa remuneratività. Diverso è un servizio privo di imprenditorialità e di rilevanza economica, questo è un servizio che sarà accessibile sottocosto, perché parzialmente o totalmente a carico della fiscalità generale.

È attraverso la riscoperta del principio autonomistico, la valorizzazione del principio di sussidiarietà e la riorganizzazione delle strutture produttive pubbliche, che può essere portato a compimento quel disegno di razionalizzazione del *Welfare State* già previsto dai padri costituenti.

¹⁷⁷ Così conclude L. DEGRASSI, *op.cit.*, 50. L'A. ritiene che il legislatore costituzionale della l. Cost. 3/2001 abbia voluto favorire *in primis* la produzione e gestione dei servizi da parte dell'autonoma iniziativa dei cittadini e in subordine da parte dell'istituzione pubblica. Comunque la Degrassi sottolinea come il principio autonomistico assicuri risultati certi, invece il principio di sussidiarietà orizzontale no, i risultati che mira ad ottenere sono solo possibili e mai certi.

¹⁷⁸ In tal senso già C. ESPOSITO, *op.cit.*, 250.