
*Principio di sussidiarietà e regolazione
dell'iniziativa economica privata.
Dal controllo statale a quello delle
autorità amministrative indipendenti**

SOMMARIO: 1. Sussidiarietà e diritto privato. – 2. La sussidiarietà come principio e la sua emersione costituzionale e comunitaria. – 3. Contenuto ed articolazioni del principio di sussidiarietà sociale. – 4. Principio di sussidiarietà sociale e iniziativa economica privata. – 5. Precettività del principio e sindacato giurisdizionale. – 6. Autorità amministrative indipendenti, sussidiarietà sociale e normazione.

1. Sussidiarietà e diritto privato

Il tema istituisce un confronto tra due regole costituzionali: quelle, risalenti, sull'iniziativa economica privata (artt. 41 e 43 Cost.), e quelle, recenti, che alludono al principio di sussidiarietà (artt. 118 e 120, comma 2°, Cost.): alludono perché non definiscono ma richiamano il principio¹, di cui persistono aporie e

* È il testo della relazione tenuta al Convegno sul *Diritto privato comunitario*, svoltosi a Camerino dal 3 al 7 settembre 2007. Pubblicato in *Studi in onore di Nicola Lipari*, Milano, 2008, e in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 257.

¹ Cfr., tra i molti, G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *D. pubbl.*, 2002, p. 7 ss., il quale fa leva, ai fini definitivi, sull'art. 5, comma 2°, del Trattato della Comunità Europea, oggi art. 5, par. 3, TUE.

dilemmi². L'attività delle autorità amministrative indipendenti rappresenta un modello di intervento sull'iniziativa economica privata; ed istituirne un collegamento col principio di sussidiarietà richiede di stabilire il senso da attribuire al principio nella prospettiva del diritto privato. Tanto il principio di sussidiarietà quanto le autorità indipendenti hanno – sul piano positivo – una matrice pubblicistica: il primo, iscritto nel titolo quinto della seconda parte della Costituzione e formulato nell'art. 5, comma 2°, del Trattato istitutivo della Comunità europea, oggi art. 5, par. 3, TUE e nell'art. B, comma 2°, del Trattato sull'Unione Europea, esprime, almeno nella sistematica, un criterio di espletamento dell'attività amministrativa degli organi comunitari, dello Stato e degli enti pubblici territoriali; le seconde³ sono pubbliche amministrazioni concepite come centri di regolamentazione e gestione di determinati interessi, con accentuata autonomia dal potere esecutivo e degli enti pubblici territoriali, che descrivono, sostanzialmente, altrettanti ordinamenti sezionali⁴. Ma la matrice pubblicistica non pone certo un

² V., da ultimo, G. VETRITTO, *Dilemmi della sussidiarietà*, in *Queste istituzioni*, 2005, nn. 138/139, p. 24 ss.; M. BARBERIS, *Sussidiarietà: una replica allo specchio*, *ivi*, 2007, n. 144, p. 57 ss.

³ L'espressione "autorità amministrative indipendenti" si rintraccia, per la prima volta, a quanto mi risulta, in una norma sul contenzioso amministrativo, l'art. 23 *bis*, lett. c, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dall'art. 4 della legge 21 luglio 2000, n. 205.

⁴ Cfr. Cons. St., sez. VI, 16 marzo 2006, n. 1397, che ne esclude la riconducibilità "ad un non meglio definito potere paragiurisdizionale"; analogamente già Cass., sez. un., 29 luglio 2003, n. 11632, in *F. it.*, 2004, I, c. 131, secondo cui esse "non sono titolari di funzioni giurisdizionali, né può configurarsi nei loro confronti una «riserva di amministrazione», pertanto i loro atti, pur quando siano emessi a seguito di procedimenti contenziosi, sono soggetti al sindacato dell'autorità giurisdizionale ordinaria o del giudice amministrativo, secondo le rispettive competenze"; sottolinea l'"accentuata autonomia rispetto al potere esecutivo" Cass., sez. un. (ord.), 23 giugno 2005, n. 13446. Evoca una "funzione amministrativa di garanzia in ragione della quale è configurata l'indipendenza dell'organo" Cons. St., sez. comm. spec., 29 maggio 1998, n. 988, in *F. amm.*, 1999, p. 414; vi ravvisa "un modo di organizzazione in funzione dei servizi che lo Stato rende alla comunità" C. Conti, sez. contr., 23 dicembre 1994, n. 150, in *Cons. St.*, 1995, II, p. 748. In dottrina, tra i molti contributi, P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001, pp. 27 ss., 87 ss.

limite alla qualificazione giuridica: ad una piena percezione della teoria delle fonti è necessario un approccio senza preconcetti, che esamini la portata di regole e principi sulla scorta della funzione che essi esprimono.

Questo criterio non vuole prescindere dal senso che può imprimere ad una regola la sede in cui essa è posta, ma intende avvertire l'inadeguatezza di un approccio che, nel costruirne l'attitudine applicativa, si chiuda su tale aspetto. In altri termini una contrapposizione radicale tra "materia" pubblica e disciplina di diritto privato è erronea quando porta ad una contrapposizione radicale.

Se questo criterio scaturisce, senza sforzi, da una compiuta intelligenza della normazione secondaria delle autorità indipendenti sulle relazioni di diritto privato, non altrettanto può dirsi per il principio di sussidiarietà del quale, dunque, occorre ricercare la portata nell'ottica del diritto privato, per stabilire se la sua emersione, sul piano costituzionale (e comunitario), ne abbia o meno innovato le categorie ordinanti. Occorre, perciò, saggiarne il contenuto per stabilire se esso si risolva in un nuovo capitolo della teoria delle fonti, senza incidenza sui criteri che presiedono alle esplicazioni dell'autonomia privata, o se, invece, ne comporti qualche innovazione.

Il primo interrogativo da porsi è se il suo significato sia da circoscrivere a quello ricavabile dal dettato costituzionale (mentre sul piano comunitario esso rivela un sapore eminentemente pubblicistico). Sebbene, infatti, il principio sia, per effetto della revisione costituzionale adottata nel 2001 (l. 3/2001), sancito dall'art. 118 e dall'art. 120, comma 2°, Cost., e dunque sia di diritto positivo, la sua matrice e la sua portata precedono di gran lunga il suggello normativo, ed hanno assunto valenze multiformi per genesi e significato.

Al contempo eccessivo ed insufficiente sarebbe cercare di enunciarne in questa sede tutti i profili. Perciò mi limiterò a

Per un primo approccio al tema nell'ottica privatistica mi permetto di rinviare al mio *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, in *R. d. priv.*, 2001, p. 515 ss.; una rassegna di questioni è in AA.VV. (a cura di G. Gitti), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Bologna, 2006.

pochi riferimenti. Nella prospettiva privatistica, la radice della sussidiarietà è insita nella funzione del diritto espressa in una dimensione democratica: la legge formale interviene solo là dove se ne avverte l'esigenza; non è impedito ai privati di discostarsi da modelli precostituiti per foggare rapporti funzionali ai propri interessi; il diritto opera nel silenzio degli interessati o per precludere l'esercizio dell'autonomia su materie o vicende per le quali è dettata una disciplina inderogabile.

In questa logica, possono additarsi a parametro della sussidiarietà nel diritto privato l'autonomia sindacale e la stessa autonomia contrattuale (art. 1322 c.c.), e più specificamente ne costituisce una esplicazione la facoltà di definire le controversie mediante arbitri (art. 806 c.p.c.), cioè mediante un modello decisorio diverso dalla giurisdizione statale.

Il principio di sussidiarietà, dunque, esprime la tendenziale funzione vicaria del diritto oggettivo rispetto all'autonomia dei privati. Questo nocciolo ne ispira le esplicazioni in tutte le articolazioni della giuridicità: esso impone, in sintesi, "che gli interventi pubblici siano svolti al livello più appropriato"⁵.

L'unitarietà del criterio non è scalfita dalla constatazione che, sul terreno semantico ed operativo, la sussidiarietà comprende anche l'intervento normativo cogente, il quale sarà giustificato quando rispecchi un interesse primario: così come indica una regola di non ingerenza dello Stato nell'attività dei privati (e, sul terreno pubblicistico, degli enti pubblici territoriali), essa vuol giustificare l'intervento normativo quando appaia necessario. Ma è su questo piano che l'emersione della sussidiarietà come principio di rango costituzionale dispiega la sua maggior efficacia, in quanto pone un criterio di valutazione – sulla scorta della ragionevolezza e della proporzionalità – dell'esigenza e della misura di un intervento normativo in ragione degli interessi che esso intende presidiare e perseguire. Per questo il principio presenta una forte attitudine conformativa dell'attività di normazione che merita di essere indagata per sondarne le potenzialità.

⁵ Così, Cons. St., 12 maggio 2006, n. 2676.

Se, quindi, la funzione sussidiaria è il naturale atteggiarsi del diritto nei confronti dell'agire sociale, essa, elevata a principio, fornisce un modello ispiratore delle scelte normative.

2. *La sussidiarietà come principio e la sua emersione costituzionale e comunitaria*

Dunque la stessa normazione ha una funzione sussidiaria: ed in ciò è l'essenza del diritto, testimoniata dalla storia, che ci rivela un costante intersecarsi di autorità e libertà, da un diritto ridotto al rango della volontà del sovrano a quello in cui si traducono le istanze dell'uomo e della società.

Se vuol rintracciare l'emersione del principio di sussidiarietà nel quadro normativo, il giurista positivo delimita lo sguardo a tempi recenti e ne coglie le esplicazioni essenzialmente nel regime dell'organizzazione dello Stato nella prospettiva della teoria delle fonti. Non a caso se ne scorge una significativa espressione nei lavori di Adolf Merkl, che, nel reinterprete in chiave assiologica il pensiero di Hans Kelsen (e con ciò allontanandosi dalla concezione imperativistica della *reine Rechtslehre*)⁶, ha analizzato la portata della enciclica sociale della Chiesa *Quadragesimo anno* (1931)⁷. Il collegamento, sovente richiamato⁸, del principio alle encicliche sociali innesta sul terreno della normazione un ordine valutativo che porta a plasmare la forza conformativa della legge, e che permane anche prescindendo dai valori espressi dalle encicliche sociali.

È opinione diffusa che il principio di sussidiarietà, nella ac-

⁶ Come rileva V. LATTANZI nell'introduzione al volume (p. IX) da lui curato, menzionato nella nota seguente.

⁷ Cfr. A. MERKL, *Il contenuto giuridico statale dell'enciclica «Quadragesimo anno»*, ora in A. MERKL, *Dottrine di diritto pubblico nelle encicliche sociali*, a cura di V. Lattanzi, Roma, 1999, p. 41 ss. (il saggio apparve nel 1934 su *Zeitschrift für öffentliches Recht*).

⁸ Cfr. V. CERULLI IRELLI, voce "Sussidiarietà (dir. amm.)", in *Enc. Giur. Trecani*, XXX, Roma, s.d. (1993), p. 1 s.; L. MELICA, voce "Sussidiarietà", in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. CASSESE, VI, Milano, 2006, p. 5836 s.

cezione della c.d. sussidiarietà sociale o orizzontale, fosse già implicito nel testo costituzionale del 1948, e precisamente negli artt. 2 e 3⁹ e nell'art. 29.

Più recente è l'esplicita emersione della sussidiarietà come principio al livello comunitario, avvenuta, nel 1992, con l'approvazione del Trattato di Maastricht, il cui art. B, ult. comma, vi fa espresso richiamo, così come l'art. 5, comma 2°, del Trattato istitutivo della Comunità europea nel testo modificato dal Trattato di Maastricht, oggi confluito nell'art. 5, par. 3, TUE. Ma in sede comunitaria il principio si esprime nel modello della sussidiarietà c.d. istituzionale o verticale¹⁰.

Quest'ultima – che si risolve essenzialmente nel diritto pubblico, mentre nel diritto privato trova un modello omologo nell'efficacia della contrattazione collettiva sui rapporti di lavoro – ha le sue prime basi nella legge 15 marzo 1997, n. 59 (c.d. Bassanini), là dove (art. 1) ha fissato l'attribuzione di funzioni e compiti amministrativi «all'autorità territorialmente e funzionalmente più vicina ai cittadini interessati».

Ho menzionato i due atteggiamenti del principio di sussidiarietà: quello istituzionale o verticale, e quello sociale o orizzontale. Il primo definisce le relazioni tra autorità amministrative; il secondo tra queste ultime e la comunità sociale; entrambi descrivono, in sintesi, il criterio secondo cui le determinazioni debbono essere assunte al livello più vicino agli interessati. E tuttavia si riferiscono a fenomeni assai distanti, perché solo il primo attiene all'esercizio di poteri autoritativi.

Con la revisione costituzionale del 2001 il principio di sussidiarietà ha avuto un suggello nel nuovo testo dell'art. 118 Cost., il quale, nel comma 1°, lo contempla nel modello istituzionale

⁹V. L. MELICA, *op. cit.*, p. 5839 s., il quale, nel riferire il dibattito svoltosi in sede costituente, riporta significative espressioni pronunciate da Dossetti; Q. CAMERLENGO, *sub art.* 118, in *Comm. Bifulco-Celotto-Olivetti*, Torino, 2006, p. 2351, dove ulteriori riferimenti.

¹⁰Cfr. S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *F. it.*, 1995, V, p. 373 ss.; L. MELICA, *op. cit.*, p. 5837 s.; L. SICO, voce "Sussidiarietà (principio di) (diritto comunitario)", in *Enc. dir., Aggiornamento*, V, Milano, 2001, p. 1062 ss.; V. GUIZZI, voce "Sussidiarietà (dir. CE)", in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, p. 1 ss.

(o c.d. verticale), affiancandolo ai principi di differenziazione ed adeguatezza, mentre, nel comma 4°, stabilisce che gli enti tra i quali opera la sussidiarietà istituzionale (Stato, Regioni, Città metropolitane, Province, Comuni), a loro volta «favoriscono l'autonomia iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà»: con ciò enunciando la sussidiarietà sociale (o c.d. orizzontale)¹¹, cioè, in definitiva, la presa d'atto dell'esistenza «di ordinamenti di base muniti di una intrinseca capacità di gestione di interessi con rilievo sociale»¹², ed il conseguente primato del "privato" sul "pubblico".

Il principio esprime un criterio procedimentale per individuare la competenza alle decisioni; esso ha un contenuto unitario, in negativo ed in positivo. In negativo: limitare lo Stato in favore dei corpi amministrativi minori; favorire le libere esplicazioni dei corpi sociali; limitare gli enti pubblici territoriali in favore dei privati. In positivo esso pone, a carico dell'ente individuato in ragione degli interessi implicati, l'obbligo di intervenire ove necessario.

Si tratta, perciò, di una elastica restrizione di competenze, retta dalla discrezionalità e parametrata sulla proporzionalità. La valutazione sulla definizione delle competenze costituisce il nocciolo del principio di sussidiarietà: la cui funzione è di «legiferare meglio»¹³ e di imporre che «gli interventi pubblici siano svolti al livello più appropriato»¹⁴; una funzione che, nella pro-

¹¹ Un antecedente è nell'art. 3, comma 3°, ultima parte, del d. legisl. 18 agosto 2000, n. 267 (già art. 2 della legge 3 agosto 1999, n. 265), secondo cui "i comuni e le province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali". Per Cons. Stato, sez. cons. per gli atti normativi, 3 settembre 2003, n. 1440 (in *G. it.*, 2004, p. 716 ss., con nota di G. RAZZANO, *Il Consiglio di Stato, il principio di sussidiarietà orizzontale e le imprese*) "tali norme (soprattutto l'articolo 4 c. 3 della legge n. 59 del 1997) rappresentano l'antecedente logico o, forse meglio, il precetto sostanziale poi inserito a livello fondamentale nella gerarchia delle fonti".

¹² Così Cons. St., 3 settembre 2003, n. 1440, cit.

¹³ Questo è il titolo delle relazioni annuali della Commissione europea: cfr. V. GUIZZI, voce "*Sussidiarietà (dir. CE)*", cit., p. 7.

¹⁴ Così Cons. St., 12 maggio 2006, n. 2676.

spettiva comunitaria, in concomitanza col principio di trasparenza, pare una reazione al prorompere disarticolato degli interventi normativi sovranazionali.

Il principio si risolve in un criterio di interpretazione che porta a stabilire la competenza decisionale in base alla dimensione degli interessi: la sua portata si commisura agli obiettivi, e perciò è espressa in chiave funzionale. Ciascuna regola rispecchia la sussidiarietà quando risulti indispensabile in relazione al principio di proporzionalità, il quale rappresenta il criterio di misura del principio di sussidiarietà.

In sede comunitaria esso esprime un criterio di risoluzione di conflitti di competenze virtualmente concorrenti non precisamente ripartite, là dove non se ne individua una espressa attribuzione o c'è una coattribuzione¹⁵. Non vale, tuttavia, nel diritto interno, a superare il principio di legalità nell'azione amministrativa¹⁶.

3. *Contenuto ed articolazioni del principio di sussidiarietà sociale*

Possiamo, a questo punto, osservare più attentamente il principio di sussidiarietà sociale (art. 118, comma 4°, Cost.). Il suggello costituzionale della prevalenza del privato sul pubblico pone alcuni interrogativi da sciogliere per fissarne, o almeno descriverne, il contenuto.

La prima impressione sta nel collegamento dell'art. 118, comma 4°, con l'art. 2 Cost.: l'obbligo di favorire «l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale» descrive un diritto pubblico soggettivo del privato nei confronti dello Stato e degli altri enti pubblici territoriali, il cui contenuto è di ammettere ingerenze ed iniziative dell'autorità solo se necessitate. Dal principio di

¹⁵ Cfr. L. SICO, voce "Sussidiarietà (principio di) (diritto comunitario)", cit., p. 1063; V. GUIZZI, *op. cit.*, p. 8.

¹⁶ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, p. 3.

sussidiarietà sociale si ricava il riconoscimento del carattere prioritario del ruolo della persona nella società¹⁷. Il “pubblico” deve favorire l'intervento privato sussidiandolo, ma deve intervenire là dove l'iniziativa privata non si concretizzi.

Tuttavia l'inserimento nel titolo V della Costituzione, anziché tra i principi fondamentali, ne ferma il contenuto nel razionalizzare l'allocazione delle funzioni amministrative ponendo una condizione di esercizio e, di riflesso, un limite di legittimità costituzionale della legge¹⁸.

La prima novità della sussidiarietà sociale si coglie, appunto, sul piano dell'azione amministrativa: le «attività di interesse generale non sono monopolio dei pubblici poteri, ma possono essere svolte anche da privati»¹⁹; e che i pubblici poteri debbano favorirne l'esercizio costituisce l'innovazione.

Ma l'intervento normativo sul modo in cui i privati possono esercitare le attività di interesse generale è tendenzialmente legittimo, mentre l'intervento autoritativo sulle stesse, così come la concorrenza di enti pubblici, appare tendenzialmente illegittimo se non sia giustificato dall'inadeguatezza dell'iniziativa privata al soddisfacimento dell'interesse generale²⁰. L'impostazione “paritaria” del rapporto privato-pubblico che deriva dalla sussidiarietà sociale tende, infatti, ad impedire momenti autoritativi generali e normativi al di fuori di una legge che la rispecchi.

Ma quali sono le «attività di interesse generale» a cui si riferisce la sussidiarietà sociale?

¹⁷ Cfr. Q. CAMERLENGO, *op. cit.*, p. 2351; nella prospettiva comunitaria, P. DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2000, p. 14. Il modello della “demarchia”, in cui esso si risolve, porta a rinnovare il senso della sovranità del popolo espressa dall'art. 1 Cost., attribuendo ai cittadini la facoltà di intervenire direttamente in attività di interesse generale: cfr. V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, p. 6.

¹⁸ Cfr. G. SCACCIA, *Le competenze legislative sussidiarie e trasversali*, in *D. pubbl.*, 2004, p. 461 ss., spec. p. 463, dove ulteriori riferimenti.

¹⁹ V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, p. 4 s.

²⁰ Segnala che tale accertamento rappresenta “il vero momento di tensione” Q. CAMERLENGO, *op. cit.*, p. 2355, che ravvisa una soluzione appropriata per “evitare abusi di potere sussidiario” “quella di definire a priori, in via consensuale e paritaria, i parametri per accertare l'inadeguatezza sociale”.

Il richiamo unanime è a quelle attività in cui si esprime l'azione amministrativa: ad esempio, assistenza e servizi sociali, conservazione di beni pubblici e culturali, attività culturali in genere, tutela dell'ambiente, organizzazione di manifestazioni e di ricerche²¹; a prescindere dalla lucretività o meno dell'esercizio delle stesse.

Un indice nel senso che il principio operi per le attività proprie della funzione amministrativa si trae anche dal fatto che destinatari delle attribuzioni rette dalla sussidiarietà sociale sono i "cittadini", per quanto si dubiti della portata discriminante della cittadinanza²².

Si tratta, tuttavia, di un novero aperto e non limitato alle attività già determinate *ex lege*; la previsione normativa attesta che esse devono avere interesse generale, ma non ne circoscrive l'ambito.

Con ciò siamo arrivati alla constatazione che le attività a cui si riferisce il principio di sussidiarietà sociale, sebbene iscritte costituzionalmente nel contesto delle funzioni amministrative – ma in ragione dei destinatari dell'obbligo, cioè gli enti territoriali, in cui il principio si traduce –, sono altrettante attività private, che si espletano mediante strumenti privatistici. Ma il fatto che si tratti di attività «a contenuto amministrativo» determina l'applicazione della disciplina sul procedimento amministrativo (l. 7 agosto 1990, n. 241) nella parte in cui non detta norme strumentali al procedimento, e dunque dei criteri di «economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza» (art. 1, comma 1°), in quanto essi sono imposti, in via generale, anche ai «privati preposti

²¹ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, p. 4; Q. CAMERLENGO, *op. cit.*, p. 2352, il quale porta la funzione dell'attività di polizia come esempio delle ragioni (nella specie la prevenzione e repressione di reati e la strumentalità all'esercizio della funzione giurisdizionale) che portano ad escludere determinate attività dal novero di quelle per le quali opera il principio di sussidiarietà sociale; da ultimo, D. SICLARI, *Modelli di sussidiarietà orizzontale. La centralizzazione delle informazioni sui rischi di pagamento*, Padova, 2006, *passim*.

Nella giurisprudenza v. Cons. St., sez. cons. atti normativi, 1 luglio 2002, n. 1354, in *F. amm.*, 2002, p. 2607, relativamente allo schema di d.m. recante il regolamento in materia di fondazioni bancarie.

²² V. Q. CAMERLENGO, *op. cit.*, p. 2351, dove riferimenti ulteriori.

all'esercizio di attività amministrative» (art. 1, comma 1°-ter, aggiunto dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15)²³. Ne segue l'applicazione del principio di parità di trattamento.

Si tratta, in definitiva, di autonomia privata funzionalizzata, e perciò suscettibile di controllo amministrativo²⁴.

4. *Principio di sussidiarietà sociale e iniziativa economica privata*

Si ritiene che siano escluse dalla sussidiarietà sociale quelle attività attribuite, al livello costituzionale, allo Stato²⁵, e quelle che, sebbene costituenti servizi pubblici o comunque aventi interesse generale, hanno esclusivamente carattere industriale o commerciale, perché qui le relazioni tra il settore pubblico e l'autonomia privata sono rette dagli artt. 41 e 43 Cost. e dalla normativa comunitaria (si pensi alle telecomunicazioni e all'energia)²⁶. In sintesi l'attività di impresa sarebbe estranea alla sussidiarietà sociale²⁷.

²³ L'escludeva, ma prima della novella del 2005, V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, p. 6.

²⁴ In proposito è significativa la contrastata esperienza delle fondazioni bancarie: in argomento mi permetto di rinviare, per ulteriori riferimenti, ai miei *Fondazioni bancarie e categorie civilistiche*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2002, I, p. 739 ss., e *Persone giuridiche e fondazioni bancarie*, *ivi*, 2004, I, p. 678 ss., nonché, con specifico riferimento al principio di sussidiarietà, a Cons. St., sez. consult. per gli atti normativi, 1 luglio 2002, n. 1354, in *F. amm.*, 2002, p. 2607, Cons. St., sez. consult. per gli atti normativi, 26 marzo 2004, n. 2680, ed a C. Cost. 29 settembre 2003, n. 301.

²⁵ Così G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, *cit.*, p. 35 ss.; L. MELICA, *op. cit.*, p. 5842, il quale richiama gli artt. 33, comma 2°, 34, comma 1°, 38, commi 2°, 3° e 4° Cost.

²⁶ Così V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, p. 4, che richiama anche gli artt. 43 e 117 Cost.; Q. CAMERLENGO, *op. cit.*, p. 2353.

²⁷ L'afferma a chiare note Cons. St., sez. consult. per gli atti normativi, 3 settembre 2003, n. 1440, *cit.*, secondo cui «è evidente come le imprese (e gli eventuali aiuti alle stesse) nulla abbiano a che fare con il fenomeno della sussidiarietà orizzontale». Nel parere, reso in merito ad ausili finanziari pubblici, si precisa, però, che questi ultimi possono essere riferiti «anche ai fenomeni tipici della sussidiarietà orizzontale purché sussistano tutte le condizioni che sono poste dai precetti (costituzionali e ordinari): sussistenza di una attività a

Qui sorge l'interrogativo che è al fondo del rapporto tra sussidiarietà sociale e iniziativa economica privata: la cui soluzione conduce a orizzonti diversi a seconda che si neghi o si ammetta il collegamento tra le due regole costituzionali, e che pone, nel caso in cui si istituisca quel collegamento, la difficoltà data dal fatto che l'area coperta dal principio di sussidiarietà è connotata teleologicamente e non per fattispecie.

Ma occorre intendersi circa il senso e l'ambito di incidenza dell'interrogativo. Esso ha ragione di porsi per quelle iniziative economiche private che si risolvono in «attività di interesse generale», e serve a stabilire, in questo contesto, se possa essere introdotto un sindacato circa le modalità con cui la legge determina programmi e controlli «opportuni perché l'attività economica (...) privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali» (art. 41, comma 3°, Cost.).

Attività di interesse generale possono anche essere esercitate per scopo di lucro, mentre la carenza di tale scopo non esclude il carattere economico dell'attività²⁸. Ne segue che la lucratività non impedisce di comprendere un'attività nell'area del principio di sussidiarietà sociale, e che, in tal caso, l'avvocazione dell'attività al settore pubblico potrà ritenersi giustificata solo là dove consenta di fornire i servizi o comunque le utilità in cui essa si traduce ad un costo inferiore per la collettività²⁹.

cura e iniziativa dei cittadini, famiglie, associazioni, comunità che si riveli adeguata e di interesse generale, tipicità della stessa attività e sua riferibilità esclusiva a quei soggetti, giudizio da parte dell'ente pubblico della necessità che il servizio o l'attività possano continuare per beneficio della comunità di riferimento, erogazione dell'ausilio quale forma di concorso per l'implicita utilizzazione dei benefici dall'intera collettività, anche politica, di riferimento».

Così posta la questione, tuttavia, non mi pare che la sola imprenditorialità dell'attività debba portare ad escludere la possibilità di fruire di ausili pubblici: ciò che rileva, invece, è che l'attività non sia funzionale ad un lucro per chi la esercita.

²⁸ La lucratività, infatti, vuole esprimere lo scopo di produrre un utile da attribuire agli artefici dell'attività; non, invece, che l'attività in sé produce un utile. Dunque la destinazione dell'utile traccia la demarcazione.

²⁹ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, p. 6.

5. Precettività del principio e sindacato giurisdizionale

Dunque il principio di sussidiarietà sociale delinea una norma di sfondo anche là dove interferisce con materie già regolate a livello costituzionale, e può essere impiegato in funzione del sindacato di costituzionalità di leggi ordinarie incidenti su quell'area dell'iniziativa economica privata che si espleta mediante attività di interesse generale³⁰. Ciò ne rivela la dimensione giurisdizionale: sebbene supponga leggi ordinarie di attuazione – come depone l'uso del termine «favoriscono» – esso contiene un nocciolo di immediata precettività, che porta a privilegiare, tra possibili opzioni interpretative della disciplina esistente, quella che ne appare espressione, ed a questa stregua consente il sindacato di atti amministrativi³¹, specifici od aventi efficacia normativa.

Non solo, dunque, al livello costituzionale, ma anche nella giurisdizione amministrativa così come in quella ordinaria, il

³⁰ Cfr., per una esplicazione relativamente alla sussidiarietà c.d. verticale, C. Cost., 14 ottobre 2005, n. 283. Di recente, in tema di sussidiarietà “orizzontale”, C. Cost., 19 giugno 2007, n. 220, la quale ha escluso che, in tema di svolgimento degli esami di Stato presso le scuole paritarie, la sussidiarietà orizzontale possa “consentire una interpretazione dell’art. 33, quarto comma, Cost., che induca a ritenere le scuole paritarie senz’altro legittimate ad eseguire sempre esami di Stato a beneficio di chiunque, senza esserne «alunno», chieda di svolgerli presso di esse”.

³¹ Cfr. Cons. St., sez. VI, 28 giugno 2007, n. 3792; in correlazione col principio di proporzionalità e con specifico riguardo a sanzioni amministrative inflitte dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato, Cons. St., sez. VI, 17 aprile 2007, n. 1736; Cons. St., 26 agosto 2002, n. 1794, in *F. amm.*, 2002, p. 3017; T.A.R. Puglia, Lecce, 5 aprile 2004, n. 1847, in *Ambiente e secur.*, 2005, 14, p. 103, che ha ravvisato in favore delle associazioni di protezione degli animali, “riconosciute mediante iscrizione in apposito albo regionale quali portatori di un interesse qualificato alla raccolta e mantenimento degli animali d’affezione vaganti (...) l’interesse ad impugnare l’inerzia delle amministrazioni comunali in ordine all’adozione di provvedimenti relativi alla realizzazione dei canili sanitari e dei rifugi per cani”; sempre in tema di interesse ad impugnare determinazioni amministrative in materia di ambiente T.A.R. Liguria, 18 marzo 2004, n. 267.

Ad esempio, sarà onere dell’amministrazione motivare le ragioni per cui viene assunta in via diretta un’attività di interesse generale in presenza di privati che la svolgono.

sindacato dovrà commisurare sul principio di sussidiarietà i criteri di ragionevolezza e razionalità delle determinazioni: legislative, nel primo caso³², di normazione secondaria o espresse mediante atti amministrativi generali o particolari, nel secondo³³.

6. *Autorità amministrative indipendenti, sussidiarietà sociale e normazione*

Al peso della normazione originata dalle autorità amministrative indipendenti ho dedicato un'altra riflessione³⁴. In essa ho scorto nella forte espansione di queste discipline secondarie e sezionali due criteri di orientamento. Il primo è dato dall'esigenza di ricostruire il diritto privato senza il condizionamento della preventiva qualificazione delle fonti in senso formale, superando – su questo piano – la demarcazione dal diritto pubblico: il diritto privato è il regime delle relazioni intersoggettive anche quando esse sono veicolate e vincolate da potestà pubblicistiche. Il secondo è dato dal primato della legge: la normazione delle autorità indipendenti opera nella cornice della disciplina primaria che istituisce l'autorità, e va interpretata nella prospettiva dei principi costituzionali e della normazione primaria, interna e comunitaria, che reggono l'autonomia dei privati. In altri termini, poiché la norma primaria delimita l'ambito della disciplina secondaria, questa vige solo se coerente a quell'ambito, mentre la configurazione di poteri normativi o autoritativi privi di copertura legislativa è inficiata da incostituzionalità.

³² Nonostante il rischio di accrescere il contenzioso costituzionale, la materia della sussidiarietà sociale si prestava ad arricchire, mediante accesso diretto, il novero dei soggetti legittimati ad adire la Corte costituzionale: ma la revisione costituzionale del 2001 ha preferito non toccare il punto.

³³ Ritiene, invece, che "l'attività amministrativa di 'regolazione' (...) non appare inclusa nel raggio d'azione della sussidiarietà sociale" Q. CAMERLENGO, *op. cit.*, p. 2353, per il quale "la vulnerabilità del modello informato alla sussidiarietà discende anche dall'intrinseca conformazione dei parametri di giudizio" (p. 2356).

³⁴ Mi sia concesso di rinviare al mio *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, cit.

Un'altra constatazione è data dall'assorbimento da parte della normazione secondaria cogente di fattispecie e materie originariamente coperte dagli usi.

Dunque, se si attribuisce alla sussidiarietà quel significato ampio, che oltrepassa il dettato costituzionale, di cui riferivo all'inizio, la normazione delle autorità indipendenti ne esprime la negazione, perché sottrae all'iniziativa dei privati la compiuta disciplina delle loro relazioni. Ma si tratta di scelte normative la cui invasività si giustifica, in prevalenza, con l'esigenza di incidere su rapporti tra soggetti aventi istituzionalmente posizioni disomogenee per salvaguardare l'interesse della parte meno organizzata e perciò tendenzialmente priva del potere di foggare il regime del rapporto direttamente o mediante la formazione di una prassi.

Da una prospettiva diversa la normazione delle autorità indipendenti, per la specialità degli interessi che esse sono chiamate a regolare, si atteggia, invece, come un modello di sussidiarietà, in quanto la normazione primaria crea istituzioni specializzate per reggere – nelle forme della vigilanza, dell'autorizzazione, della normazione, dell'esercizio di poteri paragiurisdizionali – determinate materie, istituendo altrettanti ordinamenti sezionali³⁵. Ma anche in questa accezione la sussidiarietà esula dal dettato costituzionale, perché non opera tra enti territoriali, cioè verticalmente, né a vantaggio dell'autonomia dei "cittadini", cioè orizzontalmente. Qui la sussidiarietà è data dalla devoluzione del potere normativo ad un ente svincolato, almeno formalmente, dal potere esecutivo e dagli enti territoriali minori. Si tratta, quindi, di una forma di "delegificazione", cioè di riduzione dell'ambito di operatività della legge ordinaria – che pone la cornice di riferimento – a vantaggio della normazione secondaria³⁶.

³⁵ Del resto si nega che il principio di sussidiarietà si applichi alla distribuzione della funzione legislativa: cfr. G.U. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 23.

³⁶ Sulle cui sfaccettature v. A.A. CERVATI, voce *Delegificazione*, in *Enc. Giur. Treccani*, X, Roma, s.d. (1997); con specifico riguardo alle autorità indipendenti P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, cit., p. 75 ss. Cfr., nell'ottica della sussidiarietà verticale, C. Cost. 1 ottobre 2003, n. 303; C. Cost. 12

In entrambe le prospettive i principi costituzionali di riferimento, rispetto all'iniziativa economica privata, vanno attinti dagli artt. 41 e 43 Cost., che forniscono gli elementi per plasmarle, nell'ottica della sussidiarietà, le relazioni tra le istituzioni pubbliche ed i privati.

Un punto di raccordo va, quindi, ricercato nello stesso ambito coperto dal principio di sussidiarietà sociale: che tocca, in particolare, le autorità per i servizi di pubblica utilità³⁷. Abbiamo detto che il principio pone un parametro costituzionale di valutazione della normativa primaria ed, in ragione di quest'ultima, di quelle secondarie. Le regole sono conformi al dettato costituzionale quando pongono meccanismi di controllo e vigilanza sull'esercizio dell'autonomia privata funzionali all'interesse generale.

Si dubita che l'attività amministrativa di rango normativo sia compresa nel raggio d'azione della sussidiarietà sociale³⁸: ma in contrario depone il riconoscimento di un nocciolo di precettività al principio, che pone un criterio di sindacato di tutti gli atti con portata normativa, articolato, sul terreno della tutela, in ragione dei mezzi di censura.

Con ciò vengono in rilievo i criteri a cui deve attenersi la normazione delle autorità indipendenti, sicché l'ipotesi circa il modo in cui queste ultime possono occupare lo spazio della sussidiarietà sociale si risolve in una riflessione di carattere generale sulla produzione delle relative discipline sezionali, ed, al contempo, consente di ricavare principi applicabili, in assenza di altre previsioni, agli interventi di normazione secondaria nelle attività comprese nell'ambito della sussidiarietà.

Sovente l'attività di regolazione è attribuita dalla legge all'autorità amministrativa indipendente fissandone l'ambito in cor-

aprile 2005, n. 151, in *G. cost.*, 2005, p. 1244 ss., con nota di G. SCACCIA, *Presupposti per l'attrazione in via sussidiaria della funzione legislativa ed esercizio della funzione regolamentare*.

³⁷ Quelle per l'energia elettrica, per il gas e per le telecomunicazioni istituite dalla l. 14 novembre 1995, n. 841 in vista della privatizzazione delle imprese che li gestivano.

³⁸ In questo senso Q. CAMERLENGO, *op. cit.*, p. 2353.

rispondenza con la materia per la quale è istituita l'autorità, senza determinazione di altri criteri³⁹: si tratta di una forma intensa di delegificazione, tale da risolversi in una vera e propria dismissione del potere normativo da parte del legislatore ordinario⁴⁰. Ciò impone di ricercare un criterio di sindacato della conseguente normazione.

Il fatto che le autorità indipendenti siano estranee alla tradizionale tripartizione dei poteri e siano sottratte «al circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 Cost.», nel determinare una «caduta del valore della legalità sostanziale»⁴¹ porta a sopperirvi mediante la creazione di un obbligo a carico dell'autorità avente ad oggetto la partecipazione consultiva degli interessati alla costruzione della disciplina. Questo è il corretto approdo della giurisprudenza amministrativa⁴².

³⁹ Cfr. l'art. 2, comma 5°, della l. 14 novembre 1995, n. 481: "Le autorità operano in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione; esse sono preposte alla regolazione e al controllo del settore di propria competenza".

⁴⁰ Mi permetto di rinviare in proposito, per un quadro più ampio, al mio *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, cit., p. 523 ss.

⁴¹ Così Cons. St., sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2004.

⁴² Cons. St., sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2004: "L'esercizio di poteri regolatori da parte di Autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione, è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative.

In assenza di responsabilità e di soggezione nei confronti del Governo, l'indipendenza e neutralità delle Autorità può trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurate le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale.

Del resto, non è pensabile che l'attività di *regulation* venga svolta senza la necessaria partecipazione al procedimento dei soggetti interessati: nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema preciso e completo di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio (la dottrina ha sottolineato che si instaura una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: quanto meno è garantita la prima, per effetto dell'attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi non compiutamente definiti, tanto maggiore è l'esigenza di po-

Esso costituisce un modello partecipativo⁴³ da applicare agli interventi di normazione secondaria nelle materie rette dal principio di sussidiarietà sociale, nella sua accezione costituzionale, e che, più in generale, deve operare, in assenza di regole predefinite, per tutte le forme in cui la sussidiarietà si manifesta. Con ciò si conforma l'ambito della discrezionalità e si viene ad innestare, nell'elaborazione della disciplina secondaria, il concorso degli interessati⁴⁴. Ma resta il fatto che il volume della partecipazione non misura il valore di una norma⁴⁵.

tenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un impatto così rilevante sull'assetto del mercato o degli operatori).

Uno strumento essenziale per arricchire la base conoscitiva dell'attività di regolazione è costituito dalla consultazione preventiva, volta a raccogliere il contributo informativo e valutativo dei soggetti interessati”.

Nello stesso senso: Cons. St., sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5105; Cons. St., sez. VI, 16 marzo 2006, n. 1398; Cons. St., sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2003; Cons. St., 11 aprile 2006, n. 2007; Cons. St., sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2201; Cons. St., sez. VI, 2 maggio 2006, n. 2444; Cons. St., sez. VI, 29 maggio 2006, n. 3272; Cons. St., sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972.

⁴³Un importante riscontro si rintraccia nel rinvio ai codici deontologici promossi, “nell'ambito delle categorie interessate” dal Garante per la protezione dei dati personali in materia di protezione dei dati personali (cfr. in particolare l'art. 12 nonché gli artt. 102, 106, 111, 117, 118, 122, 133, 134, 135, 139 e 140 del d. legisl. 30 giugno 2003, n. 196): per un approccio pubblicistico al tema dell'autoregolazione v. G. DE MINICO, *Regole, comando e consenso*, Torino, 2004, p. 125 ss.

⁴⁴In questo può scorgersi un germe del principio di proporzionalità: ne afferma, di recente, la portata generale in quanto “investe lo stesso fondamento dei provvedimenti limitativi delle sfere giuridiche del cittadino”, Cons. St., sez. VI, 17 aprile 2007, n. 1736, secondo cui il principio “assume nell'ordinamento interno lo stesso significato che ha nell'ordinamento comunitario”.

⁴⁵Solo gli interessati meglio organizzati sapranno far valere la loro opinione.

*Il principio di precauzione nel diritto privato: spunti**

SOMMARIO: 1. Emersioni normative e contenuto. Portata pubblicistica. – 2. Dimensione privatistica: nella responsabilità. – 3. (*Segue*): fuori della responsabilità. Autonomia della precauzione. – 4. Dimensione giurisdizionale del principio e tutela preventiva.

1. Emersioni normative e contenuto. Portata pubblicistica

Non cercherò di approfondire i contenuti del principio di precauzione e le sue articolazioni: inizierò a considerarlo – tra le molte versioni disponibili¹ – nella sua espressione normativa per saggiarne la portata nelle relazioni tra privati. Questa espressione – il cui precedente internazionale è nella c.d. “Dichiarazione di Rio” del 1992 – si rintraccia nell’art. 174 Tr. CE, oggi art. 191, par. 2, TFUE, dettato in tema di tutela dell’ambiente, secondo cui «la poli-

* Pubblicato in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, I, Milano, 2008, 545.

¹ Cfr. la Comunicazione della Commissione Europea sul principio di precauzione del 2 febbraio 2000, in COM/2000/1, la quale esclude che «la mancanza di definizione si traduca in incertezza giuridica», in quanto «la pratica acquisita in materia di ricorso al principio di precauzione dalle istanze comunitarie e il controllo giurisdizionale consentono di attribuire una portata sempre più pregnante a tale nozione».

tica della Comunità (...) mira a un elevato livello di tutela» ed «è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio "chi inquina paga"».

Essa non è che un'allusione, in quanto enuncia la precauzione senza descriverne il contenuto². Ciò, sul piano stilistico, rispecchia il naturale atteggiarsi della legiferazione per principi nell'indicazione di clausole generali; nella sostanza riflette una scelta obbligata poiché sarebbe arduo, e probabilmente limitativo, chiudere la precauzione entro fogge e caratteri normativi circoscritti³.

L'ordine espositivo, che pone la precauzione al primo posto, consente di risalire il flusso delle tutele: il risarcimento, da ultimo, preceduto dalla attuazione in forma specifica, la prevenzione e la precauzione; il risarcimento presuppone il danno, la prevenzione affronta un rischio certo per evitarlo, la precauzione opera quando non c'è certezza del rischio. Essa, dunque, diviene la regola dell'agire in un contesto di ignoto tecnologico, ed esprime un criterio creativo di concrete regole di azione⁴: un criterio che, pur enunciato nel contesto della tutela dell'ambiente, ne travalica, per la sua intrinseca portata, i confini⁵.

La formulazione comunitaria del principio pone una norma che non è rivolta soltanto ai legislatori ma anche alle articola-

² Per un'efficace sintesi del processo di formazione e della portata del "principio" v. F.D. BUSNELLI, *Il principio di precauzione e l'impiego di biotecnologie in agricoltura*, in AA.VV. *Regole dell'agricoltura e regole del cibo* (a cura di M. Goldoni e E. Sirsi), Pisa, 2005, 115 ss.; ID., *Le nuove frontiere dell'assicurazione e il principio di precauzione*, in *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità* (a cura di G. Comandé), Milano, 2006, 1 ss.

³ Ma nell'art. 174 Tr. CE – come osserva F.D. BUSNELLI, *Il principio di precauzione*, cit., 118 – «l'assenza di una definizione si accompagna ad una miscelanea che per un verso restringe il campo, per altro verso lo banalizza».

⁴ I limiti e le risposte delle scienze giuridiche dinanzi alla civilizzazione tecnica sono efficacemente trattati da F. STALLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3^a ed., Milano, 2003, *passim*.

⁵ Cfr., per una ricognizione, G. GALASSO, *Il principio di precauzione nella disciplina degli OGM*, Torino, 2006, 31 ss.; D. DI BENEDETTO, *Biotecnologie, principio di precauzione e responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 591 ss.