
Principio di sussidiarietà orizzontale e regole di diritto privato

Marco Olivi

*Professore associato di Diritto amministrativo
nell'Università Ca' Foscari Venezia*

SOMMARIO: 1. Introduzione. Principio di sussidiarietà e regole dell'attività privata. - 2. Per *incidens*, brevi cenni ad un concetto sociologico e problemi di importazione nel linguaggio e nel mondo del diritto. - 3. Alla ricerca del "capitale sociale" nel mondo del diritto. - 4. Il cosiddetto "terzo settore". Gli istituti del libro primo al servizio del *non profit*. - 5. Tratti tipologici degli enti *non profit* e disciplina formale della solidarietà. - 6. Dal *non profit* al modello dell'impresa sociale. Gli istituti del libro quinto al servizio del sociale. - 7. Breve commento del d.lgs. n. 155/2006. - 8. Capitale sociale e codici etici. - 9. La dimensione sostanziale della sussidiarietà orizzontale. - 10. L'inserimento del principio di sussidiarietà. - 11. Conclusioni. Ipotesi di un criterio fondato sulla distinzione tra diversi piani di svolgimento del principio di sussidiarietà.

1. Introduzione. Capitale sociale e regole dell'attività privata

Il principio di sussidiarietà orizzontale esprime il *favor* per l'autonoma iniziativa dei cittadini singoli e associati per lo svolgimento delle attività di interesse generale.

Senza ripercorrere le definizioni che ne sono state date e senza approfondire il tema del rapporto tra principi e regole, ma solo al fine di indicare la prospettiva delle osservazioni che seguono, ci si limita a richiamare la tendenza che hanno i principi a relativizzarsi di fronte a istituti giuridici dotati di forti tratti di compiutezza, i quali da un lato subiscono per così dire la *vis expansiva* dei primi ma dall'altro li costringono entro i limiti, potremmo dire fisiologici, della positivizzazione.

Il fenomeno può essere descritto come contrapposizione di forze: da un lato i principi spingono l'interprete al superamento delle regole, dall'altro la specificità delle discipline di settore, comprime la *vis expansiva* dei principi entro i confini delle regole.

Per quanto riguarda in particolare il principio di sussidiarietà la misura di questa contrapposizione di forze emerge dalla constatazione di due aspetti.

Dal lato del principio, la *vis expansiva* è evidente innanzitutto se lo si ricollega all'art. 2 della Costituzione⁽¹⁾.

In questa prospettiva, l'autonoma iniziativa dei cittadini singoli o associati per lo svolgimento di attività di interesse generale ha il peso del diritto fondamentale colto tra i principi supremi dell'ordinamento.

Ma soprattutto la *vis expansiva* dipende dal fatto che, prima di essere un principio giuridico, quello della sussidiarietà è un principio politico filosofico⁽²⁾.

In altre parole, esso esprime la traduzione giuridica, o forse meglio l'inserimento nel mondo giuridico di un modo di intendere il rapporto tra individuo e società⁽³⁾.

Per contro, dal lato delle regole, l'autonoma iniziativa dei cittadini, "favorita" per lo svolgimento di attività di interesse generale, non può che rinviare anche agli istituti del diritto privato nei quali appunto esse si declinano⁽⁴⁾.

Queste ultime non nascono come traduzione diretta di un principio

(1) Per il dibattito e le diverse posizioni degli studiosi sul rapporto tra l'art. 2 Cost. ed il principio di sussidiarietà cfr. A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. Pubbl.*, 2002, p. 69 ss. In una prospettiva più ampia il principio di sussidiarietà l'art. 118 u.c. Cost. può essere messo in relazione anche con l'art. 114 Cost. conducendo ad una lettura che vede *la Repubblica* obbligata a favorire l'iniziativa dei cittadini; con l'art. 3, co. 2, Cost.; con l'art. 32 Cost., con l'art. 98 Cost., e condurre ad un nuovo paradigma nei rapporti tra amministrazione e cittadini, cfr. G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Napoli, 2005, p. 182.

(2) Sia l'origine del vocabolo, sia l'origine del concetto sul piano politico sociale e filosofico sono noti. Per un sintetico ma puntuale excursus nonché per la letteratura sul tema, cfr. T.E. FROSINI, *Sussidiarietà (Principio di) (diritto costituzionale) (voce)*, in *Enc. dir. - annali - II*, Milano, 2008, p.1134.

(3) Sull'accesa disputa relativa all'affermazione dell'esistenza di un valore giuridico di tale principio, in contrapposizione alla tesi, propugnata da molti studiosi, che esso costituisca soltanto un principio di tipo etico-politico e di come molti di questi problemi si ritrovano oggi nel dibattito sul principio di sussidiarietà cfr. A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 53.

(4) L'indagine sul rapporto tra principio di sussidiarietà e le norme che ne costituiscono lo svolgimento e l'attuazione è stata affrontata prevalentemente con riferimento ad istituti pubblicistici. Per un'indagine che vede più direttamente affrontati istituti del codice civile cfr. S. LA PORTA, *L'organizzazione delle libertà sociali*, Milano, 2004; D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004; *Autonomia e sussidiarietà. Vicende e paradossi di una riforma infinita*, a cura di L. Ventura, Torino, 2004. Per un'indagine rivolta al rapporto tra sfera economica e sfera sociale L. BRUNI e S. ZAMAGNI, *Economia civile. Efficienza, equità, felicità pubblica*, Bologna, 2007.

politico filosofico, ma sono essenzialmente il frutto di sintesi di diversi principi, di concetti, di ideologie, di stratificazione di soluzioni elaborate nel tempo essenzialmente al fine di risolvere problemi concreti, superare incidenti di percorso, indirizzare comportamenti sociali etc.

Dunque da un lato un concetto non giuridico, dall'altro puntuali regole giuridiche organizzate in istituti che danno luogo ad un sistema compiuto, facendo pensare che il primo abbia ingresso nel mondo del diritto come se fosse posto sui binari di una ferrovia.

Si vuole allora indagare in questa sede non fino a che punto il principio giuridico può condizionare il sistema ma, viceversa, fino a che punto risulta esserne condizionato.

In questa prospettiva dunque si tenterà di evidenziare alcuni possibili riflessi di questa contrapposizione a partire dal basso, cioè dalle regole, guardando al concetto attraverso di esse.

E poiché, come detto, il principio di cui si tratta rinvia ad un concetto di natura non giuridica, appare utile partire dalla nozione sociologica di capitale sociale che, in tema di sussidiarietà orizzontale, potrebbe forse ascrivere tra ciò che si definisce "liminale", o quanto meno può essere considerato un punto importante in quella linea di confine o meglio di passaggio tra sociologia e diritto.

2. Per incidens, brevi cenni ad un concetto sociologico e problemi di importazione nel linguaggio e nel mondo del diritto

Nel suo senso specificamente sociologico, la nozione di capitale sociale allude ad un certo modo di guardare all'organizzazione sociale «a partire dall'analisi del rapporto tra il funzionamento di un sistema sociale e gli attori che lo compongono». L'assunto di partenza è quello per il quale ciascun individuo, in quanto attore sociale *razionale*, si muove all'interno della struttura in cui opera tenendo conto di tutta una serie di relazioni materiali e/o simboliche dalle quali potrà anche trarre benefici personali, nel medio lungo periodo; sì che tali sue azioni si considerano alla stregua di veri e propri «investimenti relazionali»⁽⁵⁾.

Di qui una serie di definizioni, che colgono uno piuttosto che un altro aspetto del rapporto individuo/sistema sociale dal punto di vista indicato. Sì che il capitale sociale è definito ora «come insieme delle risorse che ineriscono alle relazioni familiari e all'organizzazione so-

(5) F. LO VERDE, *Capitale sociale*, in <http://www.aggiornamentisociali.it/03>.

ziale della comunità e che sono utili per lo sviluppo»; ora come «rete delle relazioni personali e sociali che un attore (...) possiede e può mobilitare per perseguire i propri fini»; ora come «qualità di una relazione sociale che ne fa una risorsa per l'azione razionale, individuale o scorporata, e assume varie forme (...): obbligazioni e aspettative reciproche (fiducia), canali informativi, norme sociali»; ora infine come insieme di «norme e valori che promuovono un comportamento cooperativo fra individui e gruppi sociali. La fiducia, le reti sociali, la società civile, non sono capitale sociale, ma nascono dal capitale sociale che è primariamente un'obbligazione simbolico-religiosa». Mentre, in base ad un primo elementare approccio classificatorio, si distingue tra capitale sociale primario (la famiglia e le reti informali primarie) e capitale sociale secondario (associazioni e reti civiche, comunità politiche, civili, ecc.)⁽⁶⁾.

Non si intende procedere ad approfondimenti in questa direzione, ma ci si limita a riportare queste definizioni perché appaiono utili a presentare il capitale sociale nella sua accezione sociologica come il contesto nel quale dovrà trovare svolgimento il principio di sussidiarietà.

Per riprendere quanto si diceva all'inizio, si potrebbe dire che il principio di sussidiarietà orizzontale impone norme adeguate a produrre capitale sociale e per converso, partendo dal basso, che l'estensione del principio è determinata dalla potenziale idoneità delle norme a produrre capitale sociale.

Ma le stesse definizioni appena riportate sono anche sufficienti per porre una prima questione che deriva dall'inserimento del concetto di capitale sociale nel mondo giuridico.

Appare infatti che nessuna di esse può essere trasposta puramente e semplicemente dal piano sociologico a quello giuridico.

In primo luogo e fondamentalmente per la disomogeneità strutturale delle definizioni giuridico-normative rispetto a quelle sociologiche.

Le prime, come noto, rappresentano pur sempre un enunciato linguistico funzionale alla comunicazione di una regola vincolante (un dovere di comportamento), di una prescrizione formulata in astratto e costituente un imperativo rigidamente formulato nei termini di una fattispecie (secondo lo schema formale «se è A, allora è B»). In quanto norme, le definizioni giuridiche appartengono dunque alla sfera del dover essere e costituiscono modelli generali di comportamento per la collettività di riferimento.

Le seconde viceversa non esprimono una regola vincolante afferente

(6) G. ROSSI, *Il capitale sociale*, in <http://www.assodemos.it>.

alla sfera del dover essere; al contrario, descrivono tipi di comportamento propri della sfera dell'essere, in quanto desunti dalla realtà e mai da essa definitivamente separabili. Da questo primo punto di vista dunque, come i giuristi affermano, i due tipi di definizione manifestano la irriducibilità della distinzione tra essere e dover essere.

In secondo luogo, e di conseguenza, perché, a fronte del contenuto prescrittivo astratto della definizione giuridica, la definizione sociologica descrive accadimenti, comportamenti e relative motivazioni, le quali seppur possono talvolta considerarsi espressivi di regole, di norme sociali (si pensi ai comportamenti reiterati socialmente e condivisi), tuttavia non potranno reputarsi norme in senso giuridico, a meno che non si incorra nel complesso fenomeno della cosiddetta *consuetudine*. Pertanto la normatività eventualmente espressa dai comportamenti sociali non potrà essere equiparata al dover essere in senso giuridico e il giurista certamente non ne potrà parlare in tal senso.

In che senso allora si può parlare di una dimensione giuridica del capitale sociale senza tradire le premesse teorico-metodologiche del discorso del giurista, che è un discorso “sulle” norme giuridiche?

Si può farlo a partire da una prospettiva che non chiami in causa la struttura logica delle proposizioni giuridiche e le relative definizioni, e che piuttosto consideri le norme giuridiche – in tutt'altra dimensione analitica – dal punto di vista degli effetti complessivi sul sistema nel quale operano; ovvero, con altre parole, come alternative di comportamento destinate ad incentivare o disincentivare talune condotte piuttosto che altre.

Si tratta di una prospettiva non del tutto estranea storicamente agli interessi della scienza giuridica, allorché la stessa venga a ciò sollecitata dai frequenti problemi di adattamento dei sistemi normativi alla mutevole problematica sociale, ovvero dal mutamento stesso dei caratteri della legislazione e delle modalità con le quali la tecnica legislativa assume come propri, per regolarli, quelli che si chiamano “i problemi del mondo”.

I sistemi giuridici moderni, infatti, costituiscono potenti e sofisticati fattori di ingegneria e composizione sociale dei rapporti e/o conflitti interpersonali e in tal senso – ed anche in quanto competono nella funzione regolatoria con altri sistemi normativi *anche* non giuridici – sviluppano tecniche evolutive interne rivolte a potenziare e perfezionare la funzione regolatoria in ragione degli input ricevuti dal sistema sociale. Quanto più i problemi del mondo diventano complessi, tanto più i sistemi giuridici ne rielaborano la “visione” e le soluzioni, attraverso tecniche propriamente legislative o prettamente interpretative. Ed in tale complesso fenomeno di evoluzione delle tecniche giuridiche è dato cogliere con sempre più netta evidenza quelle scelte, quelle preferenze politiche nelle quali ve-

rificare poi l'incentivazione o disincentivazione di taluni piuttosto che altri comportamenti⁽⁷⁾.

In una prospettiva di questo tipo si muove - ad esempio - la scuola dell'analisi economica del diritto, la quale assume i postulati dell'economia del benessere e dell'efficienza delle relazioni di mercato per valutare e interpretare in questa chiave le norme giuridiche, individuando, come si usa dire «non la regola giusta, ma la migliore regola giusta».

Ad assumere pertanto una definizione stipulativa di capitale sociale, costruita in senso fortemente relazionale con riferimento all'insieme delle risorse immateriali (fiducia, reciprocità, partecipazione, condivisione, ecc.) che sono in grado di sollecitare un comportamento cooperativo virtuoso fra individuo e gruppi sociali, la rilevanza del capitale sociale sul piano giuridico assume una dimensione tipicamente trasversale. Nel senso che è possibile rilevare in una pluralità di discipline e/o istituti operanti in diversi settori del diritto privato e pubblico norme e tecniche di organizzazione dell'attività giuridica che tendono ad incentivare scelte, decisioni e comportamenti rilevanti sul piano di quelle relazioni e/o di quei valori immateriali che costituiscono il capitale sociale.

La produzione di capitale sociale sarebbe effetto di norme adeguate alle seguenti funzioni:

- fornire gli strumenti attraverso i quali consolidare questi progetti di azione nell'ambito di strutture giuridiche adeguate a garantirne lo svolgimento nel tempo;
- fornire gli strumenti amministrativi attraverso i quali assicurare che le finalità del progetto siano effettivamente perseguite;
- predisporre altri strumenti attraverso i quali garantire adeguate forme di controllo sull'effettivo perseguimento dei fini;
- fornire strumenti per far sì che tali progetti siano riconosciuti e valorizzati nel contesto esterno di riferimento attraverso esplicite forme di adesione e/o di valorizzazione;
- da ultimo, fornire strumenti dinamici e flessibili di crescita adeguati al contesto socio-economico di riferimento ⁽⁸⁾.

(7) Sul tema dell'incentivazione delle scelte migliori al fine di introdurre pratiche di buona cittadinanza a partire dalla consapevolezza dell'irrazionalità umana si rinvia all'interessante e piacevole lettura di R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge - La spinta gentile*, Milano, 2009.

(8) Osservata da questa specifica prospettiva, la disciplina giuridica delle associazioni private potrebbe rispondere ai requisiti richiesti per la produzione di capitale sociale, ed esserne anzi il principale strumento di realizzazione. Considerate le funzioni indicate nel testo, a ciascuna di esse è possibile in astratto ricollegare taluni elementi di tale disciplina: dall'autonomia statutaria (espressione della libertà costituzionale di associazione), considerata nei suoi aspetti strettamente normativi (i patti tra gli associati relativi agli

3. Alla ricerca del “capitale sociale” nel mondo del diritto

Le relazioni familiari. La famiglia è la prima rete di connessione tra individui che sviluppa rapporti di solidarietà e di cooperazione. È noto che la riforma del diritto di famiglia del 1975 ha cancellato il modello di famiglia patriarcale (fondato sul principio dell'autorità e della gerarchia) e vi ha sostituito quello della famiglia mononucleare, interamente ispirato al principio della parità dei coniugi e del diritto dei figli ad una educazione rispettosa delle loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni. Lealtà, fedeltà, assistenza reciproca, condivisione dell'indirizzo da imprimere alla famiglia, sono tutte “risorse” che il diritto di famiglia mette in campo per definire quella “comunione spirituale e materiale” che è alla base del vincolo matrimoniale e ne costituisce ragione giustificativa della sua permanenza.

Mentre la recente riforma in materia di affidamento dei figli minori in caso di separazione individua nell'*affidamento condiviso* ad entrambi i genitori la soluzione che il giudice deve prioritariamente valutare, allo scopo di consentire ai figli di mantenere un rapporto «equilibrato e continuativo» con i due genitori, e di «conservare rapporti significativi» con i nonni e i parenti di ciascun genitore.

La disciplina così sommariamente indicata rappresenta un modello giuridico probabilmente unico di un'organizzazione interpersonale, costruita sulla base di legami naturali di sangue, ma anche sullo sviluppo di una serie di relazioni cooperative e di fiducia tra i membri originari e quelli successivamente sopravvenuti.

Ciò che preme osservare, comunque, proprio allo scopo di comprendere la dimensione giuridica del capitale sociale e l'operare del diritto in chiave *promozionale*, è la fondamentale circostanza per cui nel diritto di famiglia l'inosservanza dei doveri reciproci di solidarietà e cooperazione (fra i coniugi e fra i genitori e i figli) non ha mai come conseguenza -né potrebbe mai avere- l'adempimento coatto del comportamento prescritto, ma può tutt'al più avere uno sbocco di tipo transattivo/procedimentale⁽⁹⁾,

scopi e ai mezzi dell'associazione), come organizzativi (previsione di organi e competenze deliberative, di indirizzo, amministrative e di controllo); alla scelta delle modalità di costituzione dell'ente: con o senza personalità giuridica; alla previsione della tipologia di attività (*profit* o *non profit*) e di rapporti con i terzi; fino alla disciplina concernente le vicende e l'estinzione dell'ente (dalla trasformazione alla destinazione degli utili e del saldo finale di liquidazione); e così via.

Nella stessa chiave analitica potrebbero valutarsi gli istituti e la disciplina delle cooperative, tutelati - come la libertà di associazione - già a livello costituzionale.

(9) Ci si riferisce alla previsione di cui all'art. 145 c.c., ai sensi della quale in caso di disaccordo dei coniugi sull'indirizzo da imprimere alla vita familiare, il giudice può

ovvero nei casi più gravi la sospensione ed eventualmente la rottura del vincolo coniugale.

La produzione del capitale sociale familiare – come si diceva – è promossa non imposta dal diritto di famiglia. Ove la famiglia non raggiunga o non riesca a conservare di fatto il modello di cooperazione paritaria auspicato dal legislatore, resta sempre nella disponibilità dei coniugi la decisione di mantenere o di sciogliere il vincolo matrimoniale.

Le relazioni socio-economiche. In questa materia, gli istituti che incentivano e promuovono la formazione di relazioni cooperative, di rete e di fiducia, si riscontrano fra le pieghe del diritto privato e dell'economia, segnatamente nella disciplina di enti e istituzioni i cui principi organizzativi siano tali da assecondare forme di partecipazione alle decisioni collettive e/o di gestione dell'attività istituzionale che non siano strettamente legate ad una posizione economico patrimoniale, o strettamente finalizzate al perseguimento di un obiettivo di mero profitto.

E così, se il diritto delle associazioni private ha fornito gli strumenti giuridici idonei a dar forma ad ogni tipo di libera aggregazione, come a tutti i movimenti politici e sindacali che hanno rappresentato (e rappresentano) i nodi fondamentali delle moderne reti sociali di cooperazione; parallelamente il diritto delle imprese private ha sviluppato attraverso la disciplina delle società mutualistiche una tecnica di organizzazione dell'impresa a carattere non spiccatamente capitalistico, e perciò idonea a promuovere – nel senso più volte chiarito – forme di cooperazione fiduciaria non egoistica, espressive di una logica sì di natura economica, ma pur sempre alternativa a quella propria dell'impresa societaria capitalistica.

Fra tali due estremi, tuttavia, simbolicamente rappresentati dalla collocazione della relativa disciplina, rispettivamente nel libro I (il libro delle persone e della famiglia), e nel libro V del codice civile (il libro del lavoro e dell'impresa), l'esperienza degli ordinamenti moderni ha visto crescere la variegata fenomenologia del "sociale", ovvero le cosiddette "istituzioni della solidarietà"; così definite per indicare un'area di relazioni sociali non mediate dal denaro e dal mercato, e nemmeno dal potere amministrativo, bensì da quell'altra risorsa di integrazione sociale – per l'appunto la solidarietà di cui all'art. 2 Cost. – che consente di soddisfare bisogni e interessi legati allo svolgimento della personalità

essere richiesto di trovare una soluzione "adeguata" alle esigenze dell'unità della famiglia, non senza aver prima tentato di favorire una soluzione "concordata". La norma introduce una tecnica di mediazione dei conflitti endofamiliari, intesa a ripristinare attraverso un procedimento di consultazioni di tutti i componenti della famiglia quella rete di solidarietà e collaborazione fiduciaria nell'interesse di tutti, che non si riesce a conservare spontaneamente.

umana in ogni contesto e formazione sociale, ovvero alla soluzione di questioni socialmente rilevanti⁽¹⁰⁾.

In questo ambito di relazioni, dunque, le istituzioni giuridiche che sembrano incorporare una spiccata vocazione verso il “capitale sociale” si presentano estremamente variegata e diversamente connotate nel tempo.

Un’esperienza storicamente assai significativa di istituzioni economiche fortemente radicate nel territorio, organizzate secondo principi intesi a rafforzare i legami sociali tra categorie e tra l’ente e queste ultime, è quella delle Casse di Risparmio⁽¹¹⁾. Nate come istituzioni sociali capaci di coniugare credito e beneficenza, si sviluppano come banche pubbliche, sintesi e commistione fra economia e politica, e si estinguono sdoppiandosi in banche possedute da fondazioni; a loro volta destinate ad emanciparsi dalla funzione bancaria per dedicarsi istituzionalmente alla realizzazione di scopi sociali⁽¹²⁾.

Si tratta di un esempio assai importante di istituzioni capaci di sviluppare la produzione di capitale sociale attraverso lo svolgimento di attività economiche –il credito– finalizzate alla crescita sociale, il cui profitto veniva esplicitamente destinato alle esigenze dello sviluppo locale. Ne siano prova i due principi caposaldo della vecchia organizzazione delle Casse: la provenienza pubblico-sociale degli amministratori (rappresentanti del territorio e non del capitale) e il divieto di distribuire utili.

Nel momento attuale, l’idea che anche nei rapporti economici tra imprese si possano valorizzare le connessioni virtuose fra le stesse, attraverso norme di incentivo alla cooperazione innovativa e di sviluppo, sono formulate con riguardo al fenomeno delle cosiddette reti di imprese⁽¹³⁾.

(10) Sul tema si rinvia alla ricca monografia di G. VECCHIO, *Le istituzioni della solidarietà*, Napoli, 1998, fondamentale dedicata al sistema delle associazioni di diritto privato, ma teoricamente incentrata sul valore non solo simbolico dell’art. 2 Cost., quale norma che sintetizza la concezione individualistica dell’uomo e quella «fondata sul riconoscimento della insopprimibile socialità dell’esperienza» (*op. cit.*, p.73 ss.).

(11) Sul punto cfr. C. CAMARDI, *Le Casse di risparmio. Banche pubbliche e modello societario*, Milano, 1988.

(12) Sul processo di trasformazione delle Casse di risparmio e sulla travagliata vicenda delle fondazioni bancarie, si veda F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, p. 75 ss. In Giurisprudenza Corte Cost. n. 300/2003 e n. 301/2003, in *Giur. Cost.*, 2003, rispettivamente con note di A. PERTICI, G. ROSSI, G. GRÜNER, *Le fondazioni di origine bancaria tra pubblico e privato*, *ivi*, p. 2606 ss. Cfr. anche M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Fondazioni bancarie: ultimo approdo?*, in *Giorn. dir. amm.* 2003, p. 1267.

(13) Il contratto di rete è stato introdotto ad opera dell’art. 3, co. 4-ter, della l. 9 aprile 2009, n. 33. Sulle reti di imprese si rinvia, anche per l’attenzione al contesto sociale ed economico e per la puntuale bibliografia, al saggio di G. GUZZARDI, *Note preliminari allo studio del contratto di rete*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 501 ss. Si segnala inoltre la ricerca di F. CAFAGGI, GIAN DOMENICO MOSCO, *Contratti di rete: un’analisi comparativa*, in <http://www.>

Formazioni di imprese autonome, normalmente di piccole dimensione, legate da un medesimo piano di attività, stabilmente connesse e interdipendenti (si pensi alle ipotesi delle filiere produttive di subfornitura o delle imprese legate nella formula del franchising), rispetto alle quali si propone una disciplina intesa a valorizzare trasparenza, parità di trattamento e cooperazione, al tempo stesso sanzionando comportamenti opportunistici posti in danno della “rete” unitariamente intesa.

4. Il cosiddetto “terzo settore”. Gli istituti del libro primo al servizio del non profit

Per svolgere una breve ricognizione degli istituti ai quali è riconoscibile quella funzione promozionale e di incentivo di comportamenti idonei a sviluppare “capitale sociale”, la prima categoria che viene in discussione è quella comunemente ricondotta agli enti del “terzo settore”, ovvero gli enti *non profit*.

Nella letteratura tradizionale, l’affidamento di attività caratterizzate sotto il profilo della solidarietà ad enti collocati nel libro primo del codice civile, e perciò istituzionalmente privi di scopo di lucro, esprime la vecchia ideologia della “naturale” meritevolezza delle istituzioni non lucrative e dell’attività di erogazione da essi svolta sul piano sociale. E conseguentemente della “naturale” inadeguatezza delle istituzioni lucrative e dell’impresa economica sul piano dell’organizzazione di comportamenti cooperativi/partecipativi e del raggiungimento di effetti socialmente benefici⁽¹⁴⁾.

In tale prospettiva l’ente *non profit* tradizionale appare *l’alter ego* del soggetto pubblico erogatore. Entrambi rappresentano gli strumenti elettivi di attuazione di una logica redistributiva di beni o servizi meritori o di denaro, secondo modalità e tipologie differenti, e però quasi tutte accomunate dalla caratteristica di dar vita ad attività gratuite-erogatorie nei confronti dei terzi, « secondo criteri di giustizia allocativa ... che prescindono sia dalla retributività reciproca dei rapporti di scambio, sia dalla logica autoritativa dei rapporti amministrativi »⁽¹⁵⁾. Tale caratteristica

fondazionebrunovisentini.eu, e *Le reti di imprese e i contratti di rete*, a cura di P. Iamiceli, Torino, 2009.

(14) Così A. ZOPPINI, *Relazione introduttiva ad una proposta per la disciplina dell’impresa sociale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 335, costituente la sintesi della ricerca commissionata dal Gruppo di Lavoro mercato sociale del CNEL e presentata al CNEL il 12 maggio del 2000.

(15) In tal senso G. VECCHIO, *Le istituzioni*, cit., p. 151, per individuare il carattere comune delle associazioni a scopo legale di solidarietà.

di gratuità è stata posta altresì alla base di una disciplina promozionale e di incentivo, fondamentale basata su un regime fiscale di favore, tale da far affermare a qualcuno che gli istituti del non profit dessero vita ad una categoria del diritto tributario, piuttosto che ad una categoria rilevante sul piano del diritto civile.

E tuttavia la letteratura sul *non profit*, proprio in quanto realizzato da organizzazioni collettive di stampo prevalentemente associativo destinate di una disciplina di favore, si è da ultimo dedicata ad una riflessione critica sulle forme organizzative prescelte dal legislatore, mettendone in evidenza i rischi legati alla deriva assistenzialistica, alla “naturale” conduzione in perdita, alla endemica sottocapitalizzazione. Si è messo in evidenza, in altri termini, come tutto quanto si ascrive ai vantaggi del non profit possa tuttavia generare effetti perversi⁽¹⁶⁾.

L'attenzione si concentrava così su taluni elementi normativi propri del non profit tradizionale, quali:

- la non contendibilità della proprietà e quindi la sottrazione di tali enti al giudizio del mercato: chi può aver mai interesse ad acquistarli?
- il divieto di attingere al mercato per finanziarsi e il ricorso invece a donazioni, fondi pubblici, agevolazioni fiscali e altre risorse esterne non correlate a parametri di efficienza;
- il divieto assoluto di distribuzione degli utili, cui consegue il disinteresse all'investimento in quelle iniziative da parte di soggetti privati, che mai vedrebbero remunerato il loro investimento.

Tutto questo può incentivare, piuttosto che comportamenti virtuosi cooperativistici e partecipativi, comportamenti opportunistici o parassitari, se non addirittura la sopravvivenza di organizzazioni obsolete, la cui giustificazione si ritrova soltanto nella disciplina di favore riconosciuta dall'ordinamento⁽¹⁷⁾.

Ciononostante, gli enti non profit presentano anche vantaggi competitivi, riconducibili proprio al principio giuridico della non lucratività. Essi offrono, infatti, un'alternativa alle inefficienze delle prestazioni assistenzialistiche del, così come alle incapacità del mercato di fornire beni meritori, comunicando il messaggio per cui la soddisfazione delle esigenze sociali non è sempre sacrificata al guadagno privato. Si diffonderebbe in tal modo la cultura della solidarietà, intesa a colmare quel vuoto di risposte a domande sociali che Stato e Mercato non sono in grado di fornire.

(16) A. ZOPPINI, *op. cit.*, p.344 ss.

(17) A titolo esemplificativo, si cita il caso (americano) di enti *non profit* con scopo di assistenza alimentare, i quali erogano prodotti invenduti di grandi *companies* alimentari, peraltro controllanti, le quali in tal modo possono smaltire l'invenduto, lucrando per di più le detrazioni fiscali associate alle donazioni liberali.

Insomma i tradizionali strumenti giuridici del non profit possono essere ambivalenti. Così, l'agevolazione fiscale: se può risolvere i problemi di costante sottocapitalizzazione dovuti al mancato ricorso al mercato dei finanziamenti, può determinare effetti distorsivi della concorrenza e del mercato, nella misura in cui sollecita l'adozione di quello schema legale e di attività al solo scopo di fruire di benefici fiscali e/o di godere di eventuali rendite di posizione. Nei quali casi, l'inefficienza introdotta sul mercato, in luogo di una auspicata innovazione dei servizi, lascerebbe l'agevolazione pubblica priva della necessaria giustificazione⁽¹⁸⁾.

In questa chiave critica, non è inutile un breve cenno sulle figure tipiche di enti non profit istituite con leggi specifiche, al di fuori dell'ambito del codice civile⁽¹⁹⁾, e ritenute l'antecedente logico della più recente disciplina dell'impresa sociale.

5. *Tratti tipologici degli enti non profit e disciplina formale della solidarietà*

- Degna di attenzione in primo luogo la disciplina del volontariato introdotta con la l. 11 agosto 1991, n. 266. Sul piano giuridico spiccano per un verso la chiarezza della definizione dell'attività di volontariato in chiave di assoluta solidarietà e gratuità⁽²⁰⁾; per altro verso la vaghezza con la quale si individuano le organizzazioni di volontariato, individuate come «ogni organismo liberamente costituito al fine di cui all'art. 2, che si avvalga in modo determinante e prevalente delle prestazioni personali, volontarie e gratuite dei propri aderenti»⁽²¹⁾. Si tratta del tipico ente senza scopo di lucro e ad attività prettamente erogatoria. Né è prova ulteriore il contenuto dell'art. 5, il quale, nell'elencare le risorse economiche con le quali gli enti sostengono

(18) Per queste considerazioni, v. anche A. FUSARO, *I modelli imprenditoriali nella legislazione di terzo settore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p.291

(19) Sulla normativa codicistica, quale risultante oggi, si vedano invece i volumi *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni. Riforma del diritto societario e enti non profit*, a di A. Zoppini e M. Maltoni, Padova, 2007; e *Fondazioni. Tra problematiche pubblicistiche e tematiche privatistiche*, a cura di G. Palma e P. Forte, Torino, 2008.

(20) Intesa come attività «prestata in modo personale, spontaneo e gratuito (...) senza fini di lucro anche indiretto ed esclusivamente per fini di solidarietà» (art. 2, l. n. 266/1991).

(21) Art. 3, l. n. 266/1991, che prescrive anche quale contenuto necessario dell'atto costitutivo e/o dello statuto le previsioni relative all'assenza di fine di lucro, alla democraticità della struttura, alla gratuità ed elettività delle cariche associative.

la propria attività, aggiungono alle diverse varietà di contributi esterni liberali, anche le «entrate derivanti da attività commerciali e produttive *marginali*»⁽²²⁾. Inutile precisare che gli enti di volontariato dispongono di agevolazioni fiscali (art. 8).

- Tecnicamente più precisa la disciplina di cui al d.lgs. 4 dicembre 1997, n. 460, art. 10, dedicato al riordino della disciplina tributaria degli enti non commerciali e delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale (ONLUS). Sono considerate ONLUS le associazioni, le fondazioni, i comitati, le cooperative, e gli altri enti privati che prevedono di svolgere attività in uno dei settori indicati dalla norma⁽²³⁾; e che soprattutto prevedano negli statuti taluni requisiti di organizzazione e struttura, tali da assicurare l'assenza di scopo di lucro e l'esclusivo perseguimento di fini sociali; le quali sono assicurate, rispetto a talune attività, dalla destinazione dei servizi a persone "svantaggiate" in ragione di condizioni personali o economico-sociali. Nelle ONLUS sono riversate le associazioni di volontariato.
- Viene in rilievo poi la l. 7 dicembre 2000, n. 383, che introduce la disciplina delle Associazioni di promozione sociale, esplicitamente posta in attuazione degli artt. 2, 3, 4, 9, 18 Cost. per valorizzare l'associazionismo liberamente costituito come espressione di solidarietà pluralismo e partecipazione (art. 1). Come per le altre istituzioni di solidarietà, sono previste norme intese a garantire l'assenza di scopo di lucro, l'elettività delle cariche, l'obbligo di redigere rendiconti finanziari; e norme che fissano la capacità di reperire risorse economiche nei contributi esterni e nello svolgimento di attività economiche «svolte in maniera ausiliaria e sussidiaria, e comunque finalizzate al raggiungimento degli obiettivi istituzionali» (art. 4). Rispetto a quella delle altre figure, tale disciplina si distingue per la presenza di una ricca normativa pubblicistica sui registri e Osservatori dell'associazionismo.
- Da ultimo le fondazioni di origine bancaria. Protagoniste dal 1990 di un interminabile iter legislativo, costellato da interventi del Consiglio di Stato e della Corte Costituzionale, volti a dirimere feroci controversie istituzionali tra le fondazioni medesime e l'esecutivo (risolte dalla

(22) Poi individuate con riferimento a vendite occasionali e somministrazioni in casi di eventi, ricorrenze e celebrazioni; vendite di beni prodotti dagli assistiti e dai volontari, *et similia*. Sul punto, A. FUSARO, *op. cit.*, p. 296 ss.

(23) Assistenza, sociale, sanitaria, beneficenza, istruzione, istruzione, formazione, sport, arte e cultura, università e ricerca, diritti civili. Su questo modello organizzativo di *non profit*, si vedano i contributi raccolti nel volume *Le ONLUS tra codice civile e legislazione speciale*, a cura di M. Labriola, Napoli, 2000.

sentenza n. 301/2003 della Corte), le Fondazioni di origine bancarie sarebbero ormai persone giuridiche private, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale che operano pienamente nel *non profit*, con una dimensione territoriale assai accentuata - come peraltro nella tradizione delle 'progenitrici' Casse di risparmio - alla stregua di veri e propri «soggetti dell'organizzazione delle libertà sociali»⁽²⁴⁾. Possono svolgere attività di impresa, purché strumentale ai fini statutari, nel senso della omogeneità del settore di attività e della finalizzazione al raggiungimento dei fini statutari.

Come è stato efficacemente osservato, la legislazione del terzo settore procede per accumulo di interventi successivi, fino alla moltiplicazione di «tipi legali connotati in ragione delle particolari finalità perseguite, le quali vengono valorizzate addizionandosi al requisito negativo ... della preclusione circa la distribuzione degli utili»⁽²⁵⁾. E tuttavia, per quanto la legislazione sul punto si sia via via evoluta, nessuna delle figure tipiche di enti *non profit* rappresenta un vero modello imprenditoriale. E ciò sia in ragione della costante previsione di forme di finanziamento non mercantili; sia in ragione della marginalità o strumentalità assegnate all'eventuale svolgimento di attività imprenditoriali.

Per trarre delle riflessioni di sintesi in relazione alla dimensione giuridica del capitale sociale, tali figure legislative rappresentano un modello normativo di promozione della formazione di reti di relazioni efficaci in prevalenza sul terreno sociale e politico. L'utilizzazione del modello associativo e/o fondazionale (anche a base associativa) si è affermata per conferire rilevanza giuridica alla dimensione della solidarietà sociale, espressa mediante attribuzioni essenzialmente gratuite di beni o servizi, ed ha certamente segnato una fase importante della storia delle istituzioni sociali, ed allo stesso tempo ha evidenziato le contraddizioni e gli inconvenienti prima segnalati sul piano della efficienza della gestione e dell'assetto complessivo del mercato.

La preferenza per il modello associativo ha assecondato, peraltro, l'idea di una presunta separatezza dell'*agire solidale* rispetto all'*agire economico*, e la conseguente convinzione che tale separatezza potesse essere conservata soltanto all'interno di "forme giuridiche" del diritto civile non contaminate, né contaminabili, dalla logica economicistica di

(24) Così il Comunicato stampa dell'ACRI, dopo la pubblicazione della citata sentenza della Corte Costituzionale n.301/2003, che ristabiliva una volta per tutte i confini tra l'autonomia statutaria delle Fondazioni e i poteri del Ministero del Tesoro. Vedilo in <http://www.acri.it>. I testi di questa sentenza e della pronuncia n. 300 si trovano in <http://www.costituzionalismo.it>.

(25) A. FUSARO, *op. cit.*, p. 300 ss.

cui sono intrise invece le figure societarie del diritto commerciale ⁽²⁶⁾. Il diritto delle associazioni private e delle fondazioni, infatti, snellito delle incrostazioni disciplinari che ne impedivano – ad esempio – gli acquisti immobiliari, si presenta elettivamente come diritto dei gruppi, cioè degli “uomini”, nel quale ciò che conta non è il conferimento di un capitale, ma la condivisione di un progetto e la disponibilità a realizzarlo attraverso l’azione collettiva.

6. *Dal non profit al modello dell’impresa sociale. Gli istituti del libro quinto al servizio del sociale*

La descritta ideologia è stata negli ultimi tempi parzialmente superata nell’ambito di una riflessione consapevole non solo dei limiti strutturali e funzionali degli enti del terzo settore, ma soprattutto della necessità di ripensare la produzione di beni meritori e le stesse forme dell’agire altruistico in un’ottica attenta alle regole del mercato e ai costi sociali complessivi indotti da ogni scelta allocativa ⁽²⁷⁾.

Comincia il dibattito su una formula organizzativa, apparentemente frutto di un ossimoro: la formula della “impresa sociale”. Espressiva in realtà di nuove prospettive, sol che si rinunci all’ideologia del non profit come mondo separato e inavvicinabile a quello dell’impresa.

Un primo passo verso questo avvicinamento, invero, si era compiuto attraverso la disciplina delle cooperative sociali, introdotta con la l. 8 novembre 1991, n. 381, con lo scopo di perseguire «l’interesse generale ... alla promozione umana e all’integrazione sociale dei cittadini», attraverso due modelli: *a)* la gestione diretta di servizi socio-sanitari; ovvero *b)* lo svolgimento di altre attività agricole, industriali, commerciali o di servizi, finalizzate all’inserimento lavorativo di «persone svantaggiate» (art. 1)⁽²⁸⁾.

(26) Proprio in questa chiave si spiegano peraltro le interminabili dispute sulla possibilità di applicare o meno lo statuto dell’imprenditore commerciale alle associazioni o fondazioni titolari di impresa, seppur di imprese espressamente consentite solo in quanto strumentali o marginali rispetto allo scopo istituzionale perseguito. In argomento, A. FUSARO, *op. cit.*, p. 297 ss.

(27) Per tutti, A. ZOPPINI, *op. cit.*, p.338 ss.

(28) Si tratta dei due modelli di cooperativa sociale introdotti dal provvedimento citato, dei quali solo il secondo si riteneva conforme allo spirito della cooperativa (V. BUONOCORE, *Può esistere l’impresa sociale?*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 839 ss.). L’art. 4 della legge definisce poi persone svantaggiate «gli invalidi ...gli ex degenti di istituti psichiatrici, ... i tossicodipendenti, gli alcolisti» ed altri soggetti socialmente emarginati dai circuiti lavorativi di mercato.

Alle cooperative sociali titolari di tali attività di impresa si applica la disciplina del settore nel quale esse operano (art. 1, co. 2)⁽²⁹⁾.

Successivamente, con l'introduzione del d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155, contenente la disciplina dell'impresa sociale, raggiunge il suo esito il dibattito inteso a superare la logica meramente distributiva del non profit tradizionale e la vecchia ideologia della "naturale" meritevolezza delle istituzioni non lucrative sul piano del "sociale". Quel dibattito porta avanti per contro la nuova idea della fungibilità dell'impresa (che svolge attività economica) al raggiungimento di fini sociali, e ciò in due precisi significati:

a) innanzitutto con riguardo alla possibilità che anche le istituzioni del libro I esercitino attività di impresa;

b) in secondo luogo con riguardo alla possibilità che le istituzioni del libro V esercitino imprenditorialmente attività rilevanti sul piano sociale e dirette alla produzione di beni meritori.

Di qui la nuova idea che l'impresa sia un concetto giuridico neutro rispetto alla forma giuridica in cui è esercitata e alle finalità cui è piegata. Con l'unica pregiudiziale condizione che l'impresa si presenti organizzata in maniera tale da garantire la separazione e destinazione esclusiva del suo patrimonio ai fini cui essa è rivolta: occorre cioè la garanzia della non lucratività sul piano soggettivo⁽³⁰⁾.

Di qui, ancora, l'idea che «sia giunto il tempo di abbandonare l'atteggiamento mentale di chi collega impresa solo ad attività speculativa nel senso deteriore del termine», e che «occorre pensare all'impresa se non proprio alla stregua di una mera struttura (...) per lo meno come un modo di esercizio dell'attività - ribadisco qualunque attività - attraverso il quale non ci si proponga a tutti i costi un fine meramente speculativo, essendo sufficiente una gestione ispirata a principi di economicità e produttività»⁽³¹⁾.

Il ricco dibattito sull'impresa sociale⁽³²⁾ si sviluppa così a partire da diversi punti di vista:

(29) Sulle cooperative sociali e sulla successiva disciplina delle stesse nell'ambito della nuova normativa sull'impresa sociale, si vedano le osservazioni di A. FICI, *La legge delega sull'impresa sociale e i futuri scenari per il terzo settore (con particolare riguardo alle cooperative sociali)*, in <http://www.judicium.it>.

(30) Sul punto si vedano le brillanti osservazioni di A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 341 ss.

(31) Sono parole di V. BUONOCORE, *op. cit.*, p. 837 ss.

(32) Occorre avvertire che il dibattito ha avuto una vasta eco anche a livello comunitario, sollecitando la formazione di gruppi di studio nell'ambito di tutti i paesi europei e fra studiosi di diverse nazionalità. Una buona informazione in ordine a ciò in A. FUSARO, *Commento a La nuova disciplina dell'impresa sociale*, a cura di M.V. DE GIORGI, Padova 2007, p. 18 ss. Tra i diversi progetti si cita in particolare quello a cura di F. CAFAGGI, *Modelli di governo, riforma dello Stato sociale e ruolo del terzo settore*, Bologna 2002.

- a) *giuridico economico*. Occorre innanzitutto chiedersi quali siano i vantaggi competitivi dell'impresa sociale - rispetto a quelli resi dagli enti *non profit* - in un contesto asimmetrico dove si registrano inefficienze sia della mano pubblica che del mercato. Per rispondere a questa domanda occorre valutare l'impatto di mercato della scelta di far produrre all'impresa sociale questi o quegli altri possibili beni pubblici; gli effetti della sottrazione dell'impresa sociale alle regole della concorrenza, sottoponendola ad uno statuto differenziato rispetto alle imprese profit; gli effetti delle agevolazioni fiscali, che potrebbero essere positivi in taluni settori sensibili (salute) e negativi in altri; gli effetti della sottrazione al fallimento dal punto di vista del finanziamento e dell'accesso al capitale di debito⁽³³⁾;
- b) *giuridico sociale*. In questo quadro, l'impresa sociale è presa in considerazione come alternativa al Welfare e alla politica dei servizi pubblici locali e come nuova tecnica di controllo sociale delle attività private nella nuova dimensione di un'economia di mercato "regolata". In tal senso si dice che l'impresa sociale può generare capitale sociale, nella misura in cui accresce la fiducia verso il libero mercato, cioè educa ed incentiva i cittadini a progettare attività economiche dirette a fini sociali, intercetta risorse economiche private, svolge insomma attività di interesse generale. Ciò risalta nella l. n. 155/2006 attraverso il divieto che le imprese sociali siano controllate da società lucrative e da enti pubblici. Inoltre l'impresa sociale sviluppa forme di controllo sociale nuove. Il bilancio sociale rende rendicontabili i beni relazionali e abitua il cittadino a riconoscere le imprese che innovano da quelle che non lo fanno, mentre gli *stakeholders* potrebbero essere coinvolti con forme di certificazione, che potrebbero aiutare a combattere le pratiche delle pubbliche amministrazioni locali verso forme di pretestuose riedizioni delle aziende municipalizzate. In questa prospettiva l'impresa sociale è vista come antidoto contro il pericolo di una deriva pubbli-aziendalistica o neostatalista dei servizi pubblici⁽³⁴⁾.
- c) *giuridico organizzativo*. In questo quadro, l'attenzione si concentra

(33) In tal senso, oltre A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 353 ss., anche M.V. DE GIORGI, *Note introduttive*, e G. PONZANELLI, *Impresa sociale: le nuove frontiere del non profit*, in commento a *La nuova disciplina dell'impresa sociale*, cit., p. 1 e p.10 ss.

(34) In tal senso, G. GUERINI, *La sfida dell'impresa sociale: generare "capitale sociale"*, in *Enti non profit*, 2006, n. 10, p. 574 ss. Per un modo di affrontare lo stesso problema, ma su tutt'altre coordinate, vale a dire in una nuova prospettiva tesa a spostare il focus dall'organizzazione dei servizi pubblici al regime delle attività cfr. G. FONDERICO, *Il comune regolatore - Le private e i diritti esclusivi nei servizi pubblici locali*, Pisa, 2012.

sulla valutazione dei profili relativi alla *governance*, introducendo il modello cosiddetto tripartito, fondato sulla separazione tra attività di indirizzo, amministrazione e controllo. Si reputano essenziali la base democratica (poteri di informazione, partecipazione e di intervento degli associati, cui facciano da riscontro precisi doveri degli amministratori), e l'avvicendamento degli amministratori per evitare cristallizzazioni nella gestione e inefficienze di ritorno; ancora la previsione di doveri fiduciari degli amministratori e di controlli sul loro operato, sia di tipo contabile, che di tipo politico sul rispetto dei fini istituzionali (di qui, ancora, l'importanza del bilancio sociale). Mentre si ritiene necessario garantire e sviluppare le (reti di) relazioni con i lavoratori e i beneficiari, integrandoli nei processi decisionali quantomeno attraverso la previsione di diritti di informazione e controllo, e di accesso ai documenti, ed evitando tecniche di cogestione nell'impresa.

7. Breve commento del d.lgs. n. 155/2006

La nozione positiva di impresa sociale è contenuta nel combinato disposto degli artt. 1-4 della legge del 2006.

Rimosso ogni divieto alla costituzione di imprese sociali da parte degli enti di cui al libro V del codice civile, ne consegue che tutte le organizzazioni private, associazioni, fondazioni, *società*⁽³⁵⁾, ecc., possono assumere la qualifica di *imprese sociali* ove esercitino in via stabile e principale un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di *utilità sociale*. L'art. 2 si incarica di stabilire positivamente il concetto di utilità sociale, indicando i settori nei quali l'attività esercitata può essere "sociale", in quanto diretta a produrre beni o servizi meritori, cioè di rilevanza sociale e tendenzialmente non appropriabili in via esclusiva in quanto legati alla necessaria valorizzazione della personalità dell'uomo nell'ambito della sua irrinunciabile esperienza sociale⁽³⁶⁾.

Ciò posto, l'acquisizione della qualifica di impresa sociale è subordi-

(35) Ai sensi dell'art. 17, co. 3, le cooperative sociali i cui statuti rispettino le disposizioni di cui agli artt. 10, co. 2 e 12, in tema di bilancio sociale e coinvolgimento degli *stakeholders*, acquisiscono la qualifica di impresa sociale.

(36) Sono i settori tradizionali dell'assistenza sanitaria, educazione, ricerca, ambiente, formazione, ecc. Possono acquisire la qualifica di impresa sociale anche le imprese che operano al fine dell'inserimento lavorativo di soggetti che siano lavoratori svantaggiati o disabili ai sensi del regolamento CE n. 2204/2002.

nata al possesso di altri due fondamentali requisiti, che vanno menzionati nell'atto costitutivo. La previsione ed il rispetto della regola che vincola la destinazione degli utili e degli avanzi di gestione allo svolgimento dell'attività statutaria o all'incremento del patrimonio, con conseguente *assoluto divieto di distribuzione di tali utili*, anche in forma indiretta (art. 3). E in secondo luogo, l'assenza di strutture di controllo proprietarie da parte di imprese private con finalità lucrative o amministrazioni pubbliche (art. 4, co. 3)⁽³⁷⁾.

L'organizzazione interna del soggetto che esercita l'attività di impresa sociale è configurata attraverso la previsione di regole comuni, dettate dalla legge del 2006, che si aggiungono alle regole proprie di ciascuna delle figure volta per volta ricorrente. Ciò vale per le cariche sociali (art. 8); per le scritture contabili (art. 10, che rinvia alla disciplina del codice civile, richiedendo altresì la redazione del *bilancio sociale*); per gli organi di controllo (art. 11).

Questa tecnica di legislazione è stata criticata per le potenzialità conflittuali che è in grado di determinare nella selezione della disciplina applicabile ai vari enti, siano associazioni, o società o cooperative, sia sul piano patrimoniale che su quello della gestione concreta; specie nelle ipotesi in cui l'impresa sociale sia esercitata da una società, che esercita anche un'altra attività in forma non sociale⁽³⁸⁾.

Novità specifiche introdotte dalla legge in commento sono poi quelle legate al *coinvolgimento* dei lavoratori e dei destinatari delle attività. L'art.12 definisce il «coinvolgimento» alla stregua di qualsiasi meccanismo mediante il quale i cosiddetti *stakeholders* «possono esercitare un'influenza sulle decisioni» dell'impresa; mentre l'art. 14 assegna ai lavoratori dell'impresa sociale, quale che sia il titolo del lavoro prestato, una serie di diritti di informazione, consultazione ecc. del cui esito deve poi farsi menzione nel bilancio sociale⁽³⁹⁾.

Da ultimo, alcune norme delineano quello che è stato definito il nuovo 'substatuto' dell'imprenditore sociale. Sono le norme concernenti il regime di iscrizione nel registro delle imprese (art. 5, co. 2); il re-

(37) Su questi fondamentali aspetti, v. A. FICI, *Impresa sociale* (voce), in *Dig. Disc. Priv. - Sez. civ.*, Aggiornamento, II, Torino, 2007, p. 663 ss.; A. FUSARO, *Commento*, cit., p. 29 ss.; G. DE CECCO, *Le molte ambizioni (e gli altrettanti chiaroscuri) della nuova disciplina dell'impresa sociale: qualche spunto ricostruttivo*, in *Riv. Dir. Impr.*, 2007, p. 70 e p.76 ss.; G. BONFANTE, *Un nuovo modello di impresa: l'impresa sociale*, in *Società*, 2006, p. 929.

(38) In tal senso v. le critiche di V. BUONOCORE, *op. cit.*, p. 844; R. COSTI, *L'impresa sociale: prime annotazioni esegetiche*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 860; M.V. DE GIORGI, *Introduzione*, cit., *passim*.

(39) Sul punto, G. DI CECCO, *Le molte ambizioni*, cit., p. 82 ss.

gime di responsabilità patrimoniale comunque limitata al patrimonio sociale (art. 6); la vigilanza amministrativa da parte del Ministero del lavoro circa il rispetto delle norme e dei fini propri dell'impresa sociale (art. 16); l'esenzione dal fallimento e la sottoposizione al procedimento di liquidazione coatta amministrativa per il caso di insolvenza (art. 15)⁽⁴⁰⁾.

Nessuna norma prevede, infine, agevolazioni tributarie per le imprese sociali⁽⁴¹⁾.

Non ci si sofferma sulle critiche ampiamente formulate sulle previsioni della legge del 2006 sul piano della tecnica legislativa e dei conseguenti problemi di coordinamento derivanti dalla contestuale vigenza della disciplina unica dell'impresa sociale e di quelle dei singoli tipi associativi o societari (delle società lucrative piuttosto che di quelle cooperative)⁽⁴²⁾ volta per volta prescelti.

Si rileva tuttavia fin d'ora, in linea con le considerazioni che ci si prepara a svolgere che i problemi denunciati appaiono il sintomo della difficile conciliazione di due poli tendenzialmente confliggenti, riuniti in una forma che, come si diceva, appare il frutto di un ossimoro.

Da un lato l'idea - che appare centrale nel provvedimento - di configurare l'impresa sociale come un soggetto economico in grado di competere sul mercato, pur senza l'incentivo del guadagno individuale, e di porsi come alternativa alle tradizionali forme di produzione di beni di rilevanza sociale, come quelle proprie della pubblica amministrazione. Il che traspare, per un verso dalle norme che impediscono la detenzione di partecipazioni di controllo da parte di enti pubblici o società lucrative; per altro verso dalle norme di coinvolgimento degli *stakeholders*, mediante le quali si dovrebbe dar vita ad un sistema di controllo sociale delle attività, i cui esiti pubblici potrebbero a loro volta dare avvio a conseguenti efficaci meccanismi di controllo reputazionale e di mercato⁽⁴³⁾.

Dall'altro, un sistema che nel tempo si è stratificato e modellato secondo coordinate tutt'affatto diverse che trovano espressione in istituti giuridici, ma che sono il prodotto non solo di scelte ideologiche, ma sono anche strumenti forgiati e collaudati dalla realtà.

Senza prendere posizione sulla moderna ideologia del *non profit*, quale fattore di sviluppo del capitale sociale relazionale, e nella consapevo-

(40) G. DI CECCO, *op. ult. cit.* p. 84 ss.

(41) Salvo che per le ONLUS, che acquisiscono la qualifica di imprese sociali, conservando le agevolazioni tributarie previste dalla legge. (art. 17, co. 1).

(42) Sul coordinamento tra disciplina dell'impresa sociale e disciplina delle cooperative sociali, si veda A. FICI, *op. cit.*, p. 676 ss.; in senso critico, V. BUONOCORE, *op. cit.*, p. 844 ss.

(43) Si veda in tal senso il contributo di G. GUERINI, *op. cit.*, *passim*.

lezza che essa si inquadra nei postulati del più illuminato neoliberismo, che valorizza l'impresa come fonte di benessere, assegnandole compiti di produzione di beni pubblici e servizi sociali nell'ambito di un mercato competitivo regolato, monitorato e sottoposto al controllo diffuso degli utenti e dei beneficiari, si può sollevare il dubbio che i problemi di coordinamento a cui si è accennato siano soltanto l'indicatore di veri e propri limiti nella concreta applicazione dell'istituto.

8. Capitale sociale e codici etici

Un cenno finale va fatto al fenomeno dei codici etici.

I codici etici si ricollegano ad un bisogno di norme nell'ambito di una nuova cultura dell'impresa, che è quella della responsabilità sociale⁽⁴⁴⁾ e per questa via della conquista di relazioni fiduciarie presso il pubblico. I codici etici, come i comportamenti socialmente responsabili, aumentano il successo dell'impresa, al di là degli obblighi giuridici, e stimolano un giudizio sociale positivo che si ripercuote positivamente nella valutazione da parte del mercato⁽⁴⁵⁾.

Le norme dei codici etici non sono fattispecie e non sono nemmeno comandi. Non sono ipotesi di comportamenti specificati come tipi di azioni e con riguardo a specifiche conseguenze. E non sono nemmeno imperativi formulati nei confronti di specifici destinatari della relativa attuazione, sicché non si riscontra nemmeno una conseguenza/sanzione per il mancato rispetto del comando.

Le norme dei codici dell'azienda etica sono svolgimenti di una filosofia comportamentale, che si compone della determinazione di una serie di premesse (la *mission* e i relativi impegni), e di una conseguente enunciazione di finalità che accompagnano i diversi comportamenti aziendali dei *managers* e della "squadra" (dare ascolto, valorizzare le persone, essere onesti, agire in tempo reale, condividere)⁽⁴⁶⁾. Essi si articolano attraverso enunciazioni di valori intesi a delineare un'ipotesi di bene comune aziendale e perciò "sociale" e "istituzionale" (la reputazione, i doveri

(44) In argomento, A. ANTONUCCI, *La responsabilità sociale d'impresa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, II, p. 119.

(45) Per queste problematiche, si rinvia C. CAMARDI, *A proposito di impresa ed etica. Spunti di riflessione su diritto, etica ed economia*, in *Cives*, 2006, n. 4, p. 11. Si vedano anche G. CONTE, *Codici etici e attività d'impresa nel nuovo spazio globale di mercato*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 108; S. SCIARELLI, *Etica e responsabilità sociale nell'impresa*, Milano, 2007.

(46) Si vedano, per tutti, fra gli esempi più interessanti in Italia il codice Brembo, e il codice ENEL.

fiduciari, la reciprocità, l'ascolto, l'impegno a scoprire e promuovere le competenze delle persone, ecc.).

In ragione di tali caratteristiche, le norme dei codici etici si collocano in una dimensione parallela rispetto alle norme giuridiche che vincolano i comportamenti di impresa.

Ed infatti, la prima dimensione che misura positivamente l'osservanza della responsabilità sociale dell'impresa è il rispetto delle leggi, e si può aggiungere, soprattutto delle leggi positive. Il codice etico, dunque, non soppianta né riduce l'area di influenza dei codici di diritto positivo. Aggiunge piuttosto ai doveri e agli obblighi che la legge pone all'impresa, altri doveri di comportamento, non obblighi, da osservare all'interno e all'esterno dell'azienda. Ogni rapporto tra l'impresa e i terzi si connota pertanto sia come *rapporto contrattuale* (governato dal diritto), sia come *rapporto sociale* (governato dal codice etico).

Le norme dei codici etici non sono precetti eteroimposti, e nemmeno regole liberamente scelte dai singoli. Esse rappresentano il contenuto di una *pratica collettiva inclusiva* ⁽⁴⁷⁾, non individuale ma sociale e soprattutto condivisa. L'etica aziendale vive in una dimensione comunicazionale ed esistenziale. Ed ancora, mentre il diritto moderno si pone tendenzialmente al servizio di una pratica individualistica e perciò esclusiva, l'etica dell'impresa socialmente responsabile si pone al servizio di una pratica sociale e perciò inclusiva: gli *stakeholder*, gli interlocutori, esprimono voci che l'impresa ascolta.

Ancora, le norme dei codici etici non sono norme deontologiche. Si rivolgono ai *managers*, ma non soltanto a loro, e non soltanto per moralizzare i loro comportamenti. Esse costituiscono le linee guida di una dimensione dell'impresa come istituzione sociale, di un *modus vivendi*, di uno stare insieme tutti.

In tal senso, anche i codici etici sono fattori significativi di produzione di capitale sociale.

9. La dimensione sostanziale della sussidiarietà orizzontale

Al fine di collocare il principio di sussidiarietà tra gli istituti relativi agli strumenti dell'attività privata appena richiamati in questo breve *excursus* ed il concetto sociologico di capitale sociale occorre svolgere una precisazione, anche al fine di prevenire una possibile obiezione.

Autorevole dottrina definisce il principio di sussidiarietà «quel criterio

(47) V. il bel saggio di G. AZZONI, *L'azienda etica*, consultabile nel sito <http://www.unipv.it/deontica/opere/azzoni>.

in base al quale un tipo di azione (o una specifica azione) spetta prioritariamente ad un determinato soggetto di livello inferiore rispetto ad un altro e può essere svolto in tutto o in parte da un altro soggetto, al posto o ad integrazione del primo, se e solo se il risultato di tale sostituzione è migliore (o si prevede migliore) di quello che si avrebbe o si è avuto senza tale sostituzione. Come si vede si tratta *non* di un principio o criterio *sostanziale*, ma di un principio o criterio *procedurale*: esso non dice a chi spetta il tipo di azione considerato, ma quale ragionamento bisogna fare per individuare il soggetto competente»⁽⁴⁸⁾.

La precisazione riguarda il significato attribuito all'aggettivo sostanziale.

La dottrina citata, e la dottrina che si può dire in generale ne ha accolto l'impostazione, intende, negando che sia un criterio sostanziale, che «il principio non dice mai una volta per tutte chi è competente per una determinata azione, ma indica il percorso che bisogna compiere per confermare o modificare una competenza, sia che vada a favore del sussidiabile sia che vada a favore del sussidiato».

In altre parole la negazione del carattere sostanziale a favore dell'esclusività del carattere procedurale attiene soltanto alla individuazione della competenza.

Si può però pensare, ed in questo senso si precisa in che senso qui si afferma la dimensione sostanziale del principio, cioè su un piano diverso e non in contrapposizione⁽⁴⁹⁾ rispetto a quello tenuto presente dalla dottrina che la nega, che il principio di sussidiarietà orizzontale abbia un luogo di espansione ulteriore rispetto all'individuazione del soggetto competente.

Questa dimensione ulteriore, o forse sarebbe meglio dire anteriore rispetto a quella che attiene alla determinazione del soggetto competente, emerge se si considera la necessità che il soggetto "sussidiabile" sia posto nelle condizione, e quindi sia dotato innanzitutto degli strumenti per esprimere al massimo la propria potenzialità di soddisfare interessi generali⁽⁵⁰⁾.

In altre parole, la sussidiarietà in senso procedurale implica la sus-

(48) G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 14 ss., (il corsivo è nel testo) che precisa trattarsi del nodo centrale della questione: tutte le possibili traduzioni in termini di regole di condotta del principio di sussidiarietà sono e non possono che essere di carattere procedurale. L'impostazione si può considerare generalmente accolta dagli studiosi che hanno trattato il tema.

(49) Appare invece orientato a rilevare una contrapposizione tra i sostenitori della dimensione esclusivamente procedurale ed i sostenitori di una dimensione sostanziale D. DE FELICE, *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, Napoli, 2008, p. 42.

(50) Sottolinea che dall'art. 118, co. 4, dovrebbe derivare anche l'obbligo per il legislatore di porre in essere le condizioni perché l'iniziativa privata trovi i necessari spazi e possibilità di esplicarsi G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, II, Napoli, 2005, p. 1760.

sidiarietà nel senso sostanziale nell'uso del termine che si è precisato.

Che vi sia questa implicazione tra sussidiarietà in senso procedurale ed in senso sostanziale è postulato dal fatto che l'art. 118 con la locuzione «favoriscono»⁽⁵¹⁾ definisce un vero e proprio obbligo giuridicamente rilevante a carico degli enti, perché se ciò costituisse una mera possibilità la norma costituzionale sarebbe priva di significato⁽⁵²⁾.

Ne deriva la considerazione che l'individuazione del soggetto attraverso la previsione di un risultato "migliore" comporta che il soggetto sussidiato deve essere posto nelle condizioni più idonee per conseguirlo.

A questa prospettiva si può forse ricondurre l'opinione secondo la quale l'obbligo di favorire l'iniziativa privata debba essere assolto non solo attraverso atti amministrativi, ma anche, ed in misura senz'altro più significativa, attraverso l'emanazione di leggi⁽⁵³⁾.

Ma, in quest'ordine di idee ci si è chiesto, accanto ad interventi sul lato dell'amministrazione diretti a sviluppare un nuovo modo di intendere il ruolo degli stessi funzionari, quali possano essere i vincoli da applicare alle attività dei cittadini quando si svolgono per fini di interesse generale

(51) Per una lettura del termine «favorire» diretta a confermare una diversa concezione del rapporto tra amministrazione e cittadini secondo uno schema non più «bipolare, ma relazionale» cfr. G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà*, cit., p. 197. Su questo tema non ci si sofferma se non per una brevissima osservazione. Secondo l'A. il superamento del paradigma bipolare e gerarchico tradizionale verso un nuovo paradigma pluralista grazie al principio di sussidiarietà orizzontale dipende dall'interpretazione che di tale principio daranno il legislatore, la dottrina e la giurisprudenza (p. 190). Si può però osservare che appare determinate, per l'attuazione del principio e del paradigma al quale potrà informarsi il rapporto tra P.A. e cittadini, la prassi amministrativa e che quest'ultima dipende senz'altro dall'opera del legislatore, della dottrina e della giurisprudenza, ma è anche il frutto di una cultura, o forse meglio, di una mentalità dell'amministrazione pubblica. Non sono infrequenti i casi in cui il rapporto tra cittadino e amministrazione appare nella quotidianità ben diverso rispetto alle formulazioni del legislatore, della dottrina e della giurisprudenza. Si pensi fra i tanti possibili esempi al tema dei termini del procedimento, della trasparenza, della partecipazione, della semplificazione.

(52) Sul punto CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. Amm.)* (voce), in *Enc. giur.*, Roma, 2003, p. 5. Da ricordare poi l'insegnamento ermeneutico secondo il quale l'uso dell'indicativo presente esprime il massimo della imperatività della disposizione.

(53) In questi termini cfr. P. FALZEA, *L'intervento dei soggetti privati nelle attività di interesse generale alla luce del nuovo titolo V della Costituzione*, in *Autonomia e sussidiarietà. Vicende e paradossi di una riforma infinita*, a cura di L. Ventura, Torino 2004, p. 195; è sottolineata la valenza di principio di politica legislativa da P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, Torino, 2007, p. 215; utilizza la forma ipotetica, ma dal contesto l'affermazione non è meno decisa G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, cit., p. 1760; ritiene che il principio di sussidiarietà sia idoneo ad incidere sul sistema delle fonti e a determinare il riconoscimento dell'autonomia negoziale come fonte normativa nella Costituzione D. DE FELICE, *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, Napoli, 2008, partic. p. 58 ss.

e quindi se sia possibile applicare anche a questo modo di amministrare i principi costituzionali sull'amministrazione⁽⁵⁴⁾.

In forma più radicale è stata proposta l'opportunità di un'attenta lettura delle tendenze reali della nostra società e la necessità di incisive prese di posizione del legislatore, operando anche sul piano privatistico, in particolare intervenendo all'interno delle varie forme associative.

È stata quindi sollecitata una riforma della disciplina civilistica delle associazioni nella quale prevedere regole volte ad assicurare il diritto all'informazione e al controllo non solo degli associati ma anche dei terzi e più in generale ad assicurare il rispetto dei principi costituzionali dell'agire della pubblica amministrazione e di quanti si affiancano ad essa nel perseguimento di fini di interesse generale⁽⁵⁵⁾.

Dunque, la sussidiarietà orizzontale, vista sotto il profilo sostanziale imporrebbe al legislatore di intervenire radicalmente su istituti compiuti di diritto privato la cui forma tipica appare, o appariva consolidata⁽⁵⁶⁾.

10. L'inserimento del principio di sussidiarietà

Si è cercato, attraverso una lettura degli istituti del diritto civile che regolano le attività private essenzialmente rivolte a fini di interesse generale di verificare la loro idoneità a produrre capitale sociale, nozione quest'ultima elaborata in campo sociologico che appare il luogo nel quale si trova ad operare il principio di sussidiarietà.

E si è preferito far riferimento direttamente al concetto sociologico di capitale sociale, anziché al principio giuridico di sussidiarietà, proprio nella prospettiva di procedere alla ricostruzione di quest'ultimo a partire dalle regole di diritto privato che ne costituiscono un possibile versante di attuazione ed al contempo possono contribuire a definirne i limiti.

Si è allora cercato di rilevare in una pluralità di discipline e istituti operanti in diversi settori del diritto privato norme e tecniche di organizzazione dell'attività giuridica che tendono ad incentivare scelte, decisioni e comportamenti rilevanti sul piano di quelle relazioni e di quei

(54) Cfr. G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Napoli, 2005, p. 206.

(55) Cfr. P. FALZEA, *L'intervento dei soggetti privati nelle attività di interesse generale alla luce del nuovo titolo V della Costituzione*, cit. p. 185

(56) È difficile dire se il d.lgs. n. 155/2006 sia espressione di questa lettura del principio di sussidiarietà. È da notare però che l'art. 118 Cost. non è richiamato né nel decreto né nella legge delega.

valori immateriali (fiducia, reciprocità, partecipazione, condivisione, ecc.) che costituiscono il capitale sociale.

Ne è emerso un quadro piuttosto variegato dove non mancano incentivi diretti a favorire la produzione di capitale sociale, e, si può aggiungere, ciò appare essere l'esito di un giudizio di meritevolezza svolto di volta in volta dal legislatore più che una deduzione ed uno svolgimento del principio di sussidiarietà orizzontale.

Sono emersi altresì alcuni aspetti critici, come il rischio, nel caso degli enti *non profit*, di incentivare, piuttosto che comportamenti virtuosi cooperativistici e partecipativi, comportamenti opportunistici o parassitari, se non addirittura la sopravvivenza di organizzazioni obsolete, la cui giustificazione si ritrova soltanto nella disciplina di favore riconosciuta dall'ordinamento, ed anche il rischio di determinare effetti distorsivi della concorrenza e del mercato, nella misura in cui quello schema legale e di attività è adottato al solo scopo di fruire di benefici fiscali e/o di godere di eventuali rendite di posizione.

E si è osservato, in tema di impresa sociale, che le critiche rivolte al legislatore soprattutto sul piano della tecnica legislativa e dei conseguenti problemi di coordinamento derivanti dalla diversità delle figure organizzative sulle quali si calano queste disposizioni comuni appaiono essere la spia di una difficoltà che ha radici più profonde, vale a dire nella tendenziale conflittualità tra l'idea (ed anche l'ideologia) che è alla base dell'istituto ed il sistema, che riassuntivamente si potrebbe dire del diritto privato, su cui viene calato.

Orbene, ferma l'ampia discrezionalità del legislatore nel prevedere nuovi istituti ed il compito dell'interprete di armonizzare vecchie e nuove disposizioni e di superare di volta in volta, con gli strumenti dell'ordinamento, le eventuali antinomie, rimane la questione che qui si è posta, vale a dire come si collochi nel contesto che si è cercato di delineare il principio di sussidiarietà orizzontale.

In buona sostanza è da chiedersi se il principio di sussidiarietà costituisca fattore dirimente nel superamento della tendenziale conflittualità tra il sistema tradizionale del diritto privato e le nuove norme di favore, ma anche di conformazione delle attività svolte da privati per fini di interesse generale, facendo pendere la bilancia verso il secondo dei due poli.

11 Conclusioni. Ipotesi di un criterio fondato sulla distinzione tra diversi piani di svolgimento del principio di sussidiarietà

Parte della dottrina, come si accennava a proposito del profilo sostanziale della sussidiarietà, ha salutato l'ingresso del principio nella Costituzione come una nuova chiave di volta del sistema che impone di ripensare i rapporti tra pubblico e privato, ma anche il sistema delle fonti e gli istituti del diritto privato.

In questa sede non si intende approfondire ciascuno di questi punti, ma solo svolgere una considerazione di carattere generale che appare emergere dalla prospettiva con la quale si è affrontato il tema.

Si propone allora di distinguere due piani su cui il principio di sussidiarietà potrebbe operare.

Un primo piano attiene al regime delle attività svolte dai soggetti privati ed al rapporto tra questi e l'amministrazione pubblica in relazione alle attività stesse.

Un secondo piano attiene al regime del soggetto.

Tra le due ipotesi vi è una sostanziale differenza.

Per semplificare si potrebbe dire che nel primo caso è funzionalizzata l'attività, nel secondo caso è funzionalizzato il soggetto.

In questa differenza tra i due diversi piani sembra potersi individuare un limite alla possibile *vis expansiva* del principio di sussidiarietà nella prospettiva che si è qui adottata.

Nel primo caso, l'ipotesi di funzionalizzare l'attività dei cittadini si risolve e si esaurisce in regole relative al rapporto tra cittadini e pubblica amministrazione con riferimento alla singola specifica attività o al tipo di attività di volta in volta avviata.

Esempi potrebbero essere: la previsione di una comunicazione della propria intenzione di attivarsi alle amministrazioni potenzialmente coinvolte e, ove possibile, anche ai terzi interessati; l'individuazione di un "responsabile del procedimento" in grado di interagire ed interloquire con il funzionario che svolge la stessa funzione nell'amministrazione che deve "favorire" l'iniziativa; la previsione di spazi di partecipazione all'iniziativa a favore di terzi potenzialmente interessati; la garanzia di trasparenza delle scelte⁽⁵⁷⁾.

Su questo piano si può pensare ad un pieno svolgimento del principio di sussidiarietà proprio perché esso pare trovare un terreno di coltura non solo nei principi generali relativi alla pubblica amministrazione, ma anche in un contesto sociale che oramai deve o dovrebbe aver fatto

(57) Per questi esempi cfr. G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale*, cit. p. 207.

proprie le intuizioni sul rapporto tra Stato e cittadini che nella metà del secolo scorso erano patrimonio delle sole punte di spicco della scienza giuridica⁽⁵⁸⁾.

Nel secondo caso si incide invece sullo stesso modo d'essere del soggetto privato. Ne possono essere esempi: l'intervento sulla struttura organizzativa delle associazioni con l'imposizione di regole sul diritto di voto; la previsione, accanto all'organo assembleare, della presenza di organi di amministrazione e di controllo; l'adempimento dell'obbligo di redigere un rendiconto economico, conformemente ai criteri di redazione del bilancio previsti dagli artt. 2423 ss. cc.; la disciplina del diritto degli associati alla partecipazione, all'informazione ed al controllo sull'attività svolta dall'associazione, il diritto degli *stakeholders* di esercitare un'influenza sulle decisioni dell'impresa.

Ferma, lo si ripete, la discrezionalità del legislatore di costituire nuovi schemi e strumenti giuridici, secondo un giudizio di meritevolezza, non sembra essere questo il campo d'azione del principio di sussidiarietà.

Sono in proposito da considerare i rischi di forzatura del sistema derivanti dalla funzionalizzazione del soggetto che potrebbero trasmodare nella contraddizione dello stesso principio che prevede il *favor* per l'autonomia dei cittadini⁽⁵⁹⁾.

Ciò avverrebbe per esempio se il *favor* per l'autonomia dei cittadini risultasse operante in ragione esclusiva dell'adozione di forme soggettive fondate proprio sulla limitazione dell'autonomia, secondo un percorso che in ossequio al principio di sussidiarietà conducesse infine ad una pubblicizzazione del soggetto privato.

E si ritiene che questa apparirebbe una contraddizione perché il richiamo all'autonoma iniziativa dei cittadini non può che rinviare a quel sistema che fin dall'inizio dell'indagine si è scelto di porre a confronto con il principio di sussidiarietà, sistema che risulta «non solamente dalle semplici norme di per sé prese, ma dalle norme di legge integrate attraverso tutto un corpo di dottrine e di interpretazioni, lentamente formatosi attraverso il travaglio dottrinale e giurisprudenziale, e che costituisce il quotidiano aggiornamento e pertanto la indispensabile integrazione delle norme di legge, che attraverso ad esso si adattano alle

(58) È da richiamare in proposito l'art. 1-ter della l. n. 241/1990 come modificato da ultimo dall'art. 1, co. 37, della l. n. 190/2012 (c.d. legge anticorruzione).

(59) Può essere interessante per verificare come il *favor* si possa rivelare un'arma a doppio taglio in una prospettiva storica rileggere la vicenda delle IPAB. Per una ricostruzione attenta ai profili di qualificazione dell'ente cfr. L. FERRARA, *Enti pubblici ed enti privati dopo il caso IPAB: verso una rivalutazione del criterio sostanziale di distinzione?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, p. 446.

sempre nuove esigenze della vita, così come questa tende ad adattarsi a quei determinati schemi giuridici»⁽⁶⁰⁾.

In questo senso si può ritenere che il contesto giuridico nel quale interviene il principio di sussidiarietà trovi dei binari, o almeno dei percorsi preferenziali di espansione sul versante delle regole dirette a funzionalizzare le attività che di volta in volta esprimono l'autonoma iniziativa dei cittadini, mentre appare più insidioso farne derivare le regole dirette a conformare la struttura del soggetto.

Abstract

The principle of horizontal subsidiarity expresses favour towards the autonomous initiative of single citizens and of their social groupings for the performance of activities of general interest. On the other hand the autonomous initiative of citizens is regulated by institutions of private law. So, on the one hand a principle of philosophical origin, and on the borderline regarding concepts worked out in sociology, on the other, rules and institutions that are a synthesis of different principles, concepts, ideologies, layering of solutions developed in the course of time essentially in order to solve concrete problems, overcome setbacks, address social behaviours and so on. This study aims to highlight the effects of this contrast and thus to contribute to the determination of the content and effects of the prediction of the horizontal subsidiarity principle in the Constitutional Charter starting, so to speak, from the bottom, i.e. from the rules of private law which necessarily contribute to implement it.

(60) Per usare le celebri parole, anche se con riferimento generale all'ordinamento giuridico e non ad una delle sue partizioni, di T. ASCARELLI, in *Recensione a Marcel de Gallaik*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1925, V, p. 652.