

# LA SUSSIDIARIETA' TRA POTERI PUBBLICI E FORMAZIONI SOCIALI RELIGIOSE

di Nicola Colaianni

Sommario: 1. Il concorso tra pubblico e privato sociale - 2. L'arretramento della sovranità - 3. La sussidiarietà orizzontale - 4. Sussidiarietà e collaborazione - 5. (*Segue:*) l'art. 8 cost. - 6. Sussidiarietà e competenza - 7. *Segue:* nei rapporti con le confessioni religiose - 8. Sussidiarietà e formazioni sociali religiose - 9. *Segue:* a) le condizioni del rapporto - 10. *Segue:* b) i limiti: b') la laicità - 11. *Segue:* b'') la cultura delle regole nell'età della tecnica.

1. - Un titolo siffatto in altri tempi avrebbe fatto probabilmente inorridire qualche separatista classico ma anche ai tempi nostri può indispettire e contrariare il sincero amante della familiare «distinzione di ordini distinti»<sup>[1]</sup>. Ma ormai è necessario non solo guardare in faccia la realtà bensì anche chiamare le cose con il loro nome. E la «cosa» sotto la nostra osservazione, la realtà sociale e giuridica, si può chiamare genericamente «concorso»: termine il più ampio, comprensivo delle tante modalità con cui esso ormai si svolge, dalla semplice concomitanza di attività, e quindi dalla compresenza di soggetti diversi negli stessi settori, alla partecipazione, alla convergenza, alla cooperazione, al sostegno reciproco e -a questo punto c'è da sperarlo- anche alla concorrenza.

Un concorso tra il pubblico e quel particolare privato, ma di tale rilevanza sociale da assumere rilevanza costituzionale, costituito dalle formazioni sociali religiose: anche in quanto tali, cioè (basta pensare alle numerose convenzioni sul riordino e la remunerazione dell'assistenza spirituale ospedaliera firmate da Regioni e conferenze episcopali regionali), non solo attraverso i loro enti confessionali. I quali, anzi, laddove svolgano attività di impresa -nel campo dell'istruzione o della sanità o in settori orientati al fine di lucro-, non sono toccati dalla sussidiarietà (orizzontale), come ha ben chiarito il Consiglio di Stato in un importante parere<sup>[2]</sup>, sul quale si avrà modo di ritornare.

D'altro canto, a concorrere non è solo lo Stato. Vi si impegnano tutti i pubblici poteri, nella accezione ampia disegnata da Massimo Severo Giannini<sup>[3]</sup> già negli ultimi decenni del secolo e ormai solennemente accolta dalla Costituzione nel nuovo art. 114, laddove lo Stato figura curiosamente per ultimo dopo i comuni, le province, le città metropolitane e le regioni, e nell'art. 117, dove -accanto alle amministrazioni internazionali e agli obblighi da esse posti- fa la sua comparsa l'ordinamento comunitario come pubblico potere vincolante la potestà legislativa di Stato e Regioni (peraltro, Giannini comprende, come si ricorderà, anche partiti, sindacati e associazioni professionali in genere).

I campi in cui poteri pubblici e formazioni religiose concorrono sono molteplici e sempre più ampi, non limitati a quelli classici del matrimonio o dell'assistenza spirituale o del riconoscimento degli enti. Questi sono settori ben definiti, caratterizzati da un'attività predeterminata, si direbbe: statici. Non predeterminati sono, invece, i nuovi settori d'intervento, siccome funzionalizzati in genere al bene del paese, agli aiuti umanitari, alla promozione dell'uomo, ai servizi alla persona.

Sono settori dinamici, una volta riservati all'esclusiva attività di governo ed ora messi sul mercato per essere affidati a quei soggetti che sappiano svolgerne più efficacemente i compiti: potrà trattarsi ancora dello Stato e, in generale, del pubblico ma solo vincendo la presunzione che ad operare con maggiore efficacia o, almeno, "adeguatamente"<sup>[4]</sup> sono di massima i soggetti più vicini ai bisogni dei cittadini perché così le decisioni sono prese il più vicino possibile agli stessi (art. A, co. 2, trattato di Maastricht, ora art. 1 co. 2 trattato unione europea e art. I.11 del Trattato che adotta una Costituzione europea).

E poiché più vicine ai cittadini sono bensì le istituzioni locali, ma ancor più le «famiglie, associazioni e comunità»<sup>[5]</sup>, cioè le formazioni sociali in genere, la presunzione da vincere è che

«privato è bello». Una presunzione solo semplice, che però non si può vincere con quella, opposta, che «privato è brutto»: altrettanto, e forse anche più, di sapore ideologico in quanto non tiene conto del fatto che ormai non tutto il privato è *for profit*, c'è anche quello *non profit*, caratterizzato dal *no distribution constraint*. Il cosiddetto «terzo settore» marca una doppia distanza sia dallo Stato sia dal mercato, persegue finalità collettive, altruistiche, umanitarie nell'intento di valorizzare la «qualità sociale»<sup>[6]</sup> dell'iniziativa imprenditoriale: una «economia civile»<sup>[7]</sup>, in cui le persone non agiscono «né per profitto, né per comando»<sup>[8]</sup> del potere pubblico, cioè in rapporto di subordinazione. Di fronte al privato sociale non si può ragionare per presunzioni: e comunque lo impedisce la, sia pur cauta, apertura contenuta nel nuovo art. 118 cost.

2. Il diffuso orientamento concorsuale non dipende da semplici cedimenti dei pubblici poteri alla invasività delle formazioni sociali, in particolare di quelle religiose, perché si inserisce in un contesto di «perdita del centro»<sup>[9]</sup> e di trasformazione della sovranità, proprio delle società pluralistiche.

L'«arretramento della sovranità»<sup>[10]</sup> opera a più livelli e in più sensi.

A livello internazionale: in senso verticale, grazie all'introduzione di fonti di diritto comunitario capaci di inserire sistematicamente norme derogatorie di quelle interne, e in senso orizzontale, grazie al riconoscimento di fatto di clausole contrattuali funzionali al processo di globalizzazione dell'economia, che formano una nuova *lex mercatoria*, una *transnational law* anch'essa derogatoria del diritto interno<sup>[11]</sup>.

A livello interno: in senso verticale verso il basso, grazie al federalismo e al meccanismo di sussidiarietà con cui competenze e attribuzioni vengono spostate verso enti «minori», dalle Regioni ai Comuni, o verso la stessa società civile (specialmente nel campo dei servizi alla persona, che perciò ho preso come ideale punto di riferimento normativo in questo intervento). In senso orizzontale, poi, all'erosione della sovranità determinata dal pluralismo delle formazioni sociali, distinte per la loro originalità e talvolta originarietà ma non perciò sempre in conflitto o tensione bensì anche in collaborazione (e in alcuni punti in simbiosi), si aggiunge ora quella operata dalla sussidiarietà sociale o orizzontale.

In ogni sua dimensione la sussidiarietà crea una organizzazione «a rete»<sup>[12]</sup>, basata sulla collaborazione-integrazione di soggetti distinti, che a livello interno possono essere anche privati, e perciò si contrappone tendenzialmente alla figura organizzativa gerarchica, basata su un'autorità superiore, che caratterizza tradizionalmente lo Stato: senza un centro esclusivo, rappresentato dallo Stato, ma policentrico e quindi, come è stato detto dell'Unione europea, con un «coordinamento autonomo non gerarchico fra attori pubblici e privati appartenenti a tutti i livelli di governo»<sup>[13]</sup>.

In ogni caso la sovranità cessa di essere espressione, secondo una concezione enfatica che pur continua ad aleggiare specie nella dottrina ecclesiasticistica con un orizzonte limitato dal paraocchi dell'art. 7 cost., di un onnipotente soggetto o potere costituente, unico ed incommensurabile detentore della sovranità, ma nel nuovo scenario di conflittualità sociale rappresenta piuttosto<sup>[14]</sup> il risultato dell'esercizio di poteri sovrani, tali in quanto autorizzati dalla Costituzione, attribuiti alle formazioni sociali.

Quali effetti comporti questa dislocazione di poteri specialmente a livello orizzontale è da seguire con molta attenzione per compararne costantemente la compatibilità con i principi costituzionali ed individuarne conseguentemente i limiti.

Il problema è accresciuto dal fatto che è stata abbandonata la tecnica del costituente: di non affastellare il testo con l'enunciazione di principi astratti ma di indicare i congegni e gli strumenti

operativi, attuativi di quei principi, pur non nominati. Pensiamo alla laicità e al pluralismo, che non sono nominati nella Costituzione ma che nondimeno, grazie alla combinazione di varie norme, si sono affermati addirittura come principi supremi dell'ordinamento costituzionali, imm modificabili ed incomprimibili neppure per effetto di revisione costituzionale. E, ancor più incisivamente, basta pensare a principi come la divisione dei poteri o come la legalità, che il costituente non si preoccupa di declamare: ma la legalità, per esempio, emerge dal diritto di difesa riconosciuto a ciascuno, dalla soggezione del giudice solo alla legge, dall'obbligatorietà dell'azione penale, dall'indipendenza della magistratura da ogni altro potere.

Diametralmente opposta la tecnica del legislatore revisionista -seguito con lieta incoscienza dai "statuenti" regionali-, che, invece di indicare meccanismi per ridurre al minimo l'incertezza sul livello competente in una determinata materia, ha preferito cavarsela enunciando il principio di sussidiarietà, temperato, quanto all'attribuzione di funzioni amministrative, da quelli di differenziazione e adeguatezza (art. 118) e accomunato, quanto all'esercizio dei poteri sostitutivi, a quello di leale collaborazione (art. 120). L'enunciazione del principio piuttosto che dei meccanismi di risoluzione del problema del passaggio di competenza al livello più efficace sembra, insomma, un'ulteriore applicazione del teorema di Bin (il primo dei due che argutamente egli ha formulato), secondo cui il legislatore quando non sa cosa fare per risolvere un problema pone una norma programmatica di principio[15].

3. La sussidiarietà è entrata nominativamente nel nostro lessico giuridico con il trattato di Maastricht ed è stata poi richiamata dalla ricordata legge n. 59 del 1997 come criterio ispiratore della distribuzione delle funzioni amministrative tra Stato ed enti territoriali. Ma a farne una norma costituzionale di principio mal si prestava l'ambivalenza delle sue applicazioni: nel primo caso, invero, essa operava a favore dello Stato, per garantirlo dall'erosione delle sue attribuzioni provocata dall'applicazione del diritto comunitario; nel secondo a suo sfavore, ponendo le basi proprio per quell'erosione[16].

L'ambivalenza è stata risolta nel senso di espungere la prima accezione del principio, che per esempio, pur se da molti considerato tipicamente «tedesco», solo grazie e limitatamente ad essa era stato espressamente introdotto dopo Maastricht nel *Grundgesetz*[17]. Nella nostra Costituzione, viceversa, esso è stato introdotto nella seconda accezione: esattamente quella per cui nei lavori preparatori l'unico documento, in cui fu articolato, quello di Giuseppe Dossetti[18], non fu mai messo ai voti.

Si potrebbe obiettare che, tuttavia, esso è stato collocato in maniera così laterale, quasi *en passant*, da non poter competere seriamente con i principi fondamentali posti nella prima parte della Costituzione[19], tra cui quello di distinzione degli ordini tra stato e confessioni religiose. Ed in effetti la mera enunciazione del principio non è in grado di sortire effetti molto profondi[20] e dimostra piuttosto che anche il novello costituente vuole che il rafforzamento del privato sociale, come in generale dell'autonomismo, non pregiudichi la parità dei diritti dei cittadini, non ne indebolisca il carattere universalistico ed egualitario.

Ma neppure si può trascurare che ogni principio generale, specie se enunciato in costituzione, contiene delle potenzialità espansive. Per la sua naturale «*eccedenza di contenuto deontologico* (o *assiologico* che dir si voglia)», per dirla con Emilio Betti[21], disdegna di occupare solo un posto in piedi.

E questo contenuto deontologico nel caso, se testualmente non va al di là di un intendimento di favore verso un regime intermedio tra quello di mercato e quello di riserva pubblica di attività, si spinge naturalmente fino a realizzare una strutturale flessibilità dell'ordine delle competenze. E' la stessa Corte costituzionale che evidenzia il profondo mutamento di significato che la sussidiarietà

ha acquisito con l'incorporazione nel testo costituzionale: non più solo una «dimensione statica», ma una «vocazione dinamica»; non più «ratio ispiratrice e fondamento di un ordine di attribuzioni stabilite e predeterminate» (come nella l. 59/1997), ma «fattore di flessibilità di quell'ordine in vista del soddisfacimento di esigenze unitarie»[22].

Vista in senso orizzontale, la sussidiarietà può agire nel rapporto pubblico-privato come una specie di «navetta» che trasporta le materie dall'uno all'altro[23] in funzione della variabile dell'efficienza o -come altri preferisce, ma non sembra che il termine abbia una portata diversa sotto il profilo normativo- della efficacia. Il risultato è una sinergia tra sussidiarietà e promozione del mercato: la sussidiarietà si pone come una fase preliminare o una soluzione intermedia tra mercato e riserva di attività (allo stato e, in generale,) al pubblico[24]. Essa crea così le basi per un concorso fra soggetti pubblici e privati e, almeno tendenzialmente, una riduzione del ruolo del pubblico nei limiti in cui il servizio possa essere assicurato dal privato -anche con il sostegno pubblico - con maggiore efficienza nel rispetto degli interessi di pubblica utilità prefissati dallo stesso potere pubblico.

Di qui le preoccupazioni avanzate da più parti, e prevalse in sede di commissione bicamerale nella scorsa legislatura[25], sulla riduzione sostanziale del livello costituzionale di *welfare* e di solidarietà sociale per effetto della sussidiarietà.

Questo riversamento di servizi pubblici sul mercato e, quindi, nella disponibilità del privato pone diversi problemi, a cominciare da quello cruciale: come decidere se l'azione dei privati è maggiormente efficace di quella pubblica o se i mezzi disponibili per un'azione pubblica siano inadeguati allo scopo da raggiungere?

La privatizzazione di prestazioni materialmente e formalmente pubbliche (infatti, qui non si tratta di destitizzazione perché lo Stato rimane formalmente titolare di questi settori e si riserva ancora di intervenire nel caso di inefficienza dei privati) comporta, inoltre, un rischio per la tutela dei diritti fondamentali giacché l'autonomia dei privati -che nel caso delle formazioni religiose non è nient'affatto piena essendo sovrastata dall'eteronomia gerarchica- tende a farne dei sistemi normativi autoreferenziali, governati da una logica propria e potenzialmente rispettosa dei diritti fondamentali solo nella misura in cui risultino con essa compatibili.

E' compito del legislatore garantire uno standard accettabile di uguaglianza, libertà, uniformità delle condizioni di vita -per dirla con l'art. 72 GG- imposto dai diritti fondamentali: cioè determinare e garantire su tutto il territorio nazionale, come prescrive il nuovo art. 117, lett. M), cost. i «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali»[26]. Privatizzazione, come ha osservato Dieter Grimm[27], non è *deregulation* ed anzi è il contrario.

4. Tuttavia, le preoccupazioni rimangono e se ne coglie un'eco anche nel settore delle confessioni religiose e dei loro enti[28]. Nel quale, peraltro, la preoccupazione maggiore attinge il livello dei principi posti nella prima parte della Costituzione. Quando, invero, si relaziona alle formazioni sociali religiose il concorso riguarda realtà che rimangono e debbono rimanere distinte. Una relazione complicata, com'è evidente, un apparente ossimoro. Ma non si può non prendere atto che la distinzione di ordini distinti non è più, se mai lo è stato, un dato sociologico. E' ormai "solo" un principio costituzionale. Ma si tratta di un principio fondamentale. E non si può fare a meno di questa stella polare per trovare la strada giusta nella confusa realtà sociale del concorso ad ampio spettro di formazioni religiose e poteri pubblici. Anche perché le bussole apprestate dal nostro legislatore revisionista sono imprecise e pluridirezionali.

A questo problema il titolo V non appresta congegni risolutivi ma nell'art. 120 accomuna, quanto all'esercizio dei poteri sostitutivi, al criterio della sussidiarietà quello della leale collaborazione: che

trova espressione, come ha precisato Corte cost. 303/2003 cit., in «attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovverosia le intese». Nel caso in cui la sussidiarietà orizzontale riguardi le formazioni sociali religiose il principio non è una novità giacché è lo stesso che regola i loro rapporti con lo Stato e con gli altri poteri pubblici.

E' appena il caso di ricordarne l'espressa evocazione nell'accordo di revisione concordataria del 1984 (art. 1): impegno di "reciproca collaborazione per la promozione dell'uomo ed il bene del paese". Ancorché vada segnalato che ad una lettura precettiva di esso è di ostacolo il fatto, subito rimarcato dalla Conferenza episcopale italiana[29], che "restano fuori dell'esplicita normativa dell'accordo aree significative di problemi nuovi e urgenti, quali la promozione della vita e della famiglia, l'educazione sanitaria e i servizi sociosanitari e assistenziali, la lotta contro le nuove forme di emarginazione, le iniziative per la gioventù, la qualificazione dei mezzi della comunicazione sociale, la promozione del volontariato interno e internazionale, l'impegno per il terzo mondo e per la pace, la valorizzazione del territorio e della sua cultura".

Peraltro, anche l'intesa valdese originaria, la più informata al principio di separazione, ne reca traccia in diverse norme: espressamente nell'art. 17 sulla tutela del patrimonio culturale; implicitamente in quelle sulle modalità di studio del fatto religioso nelle scuole, sull'assistenza spirituale o sull'attribuzione di efficacia civile al matrimonio religioso, che implicano una collaborazione sotto forma almeno di coordinazione.

Nel caso delle formazioni sociali religiose, dunque, sussidiarietà e collaborazione si incrociano già *in apicibus*. C'è affinità tra i due principi, tanto da poterli considerare quasi un'endiadi come sembrerebbe suggerire l'art. 120 cost.? In effetti, entrambi svolgono la funzione di congegni per la composizione dei conflitti e degli antagonismi propri della democrazia pluralistica, sicché l'uno e l'altro potrebbero apparire espressione di pluralismo. Ma il pluralismo presuppone, e favorisce, la persistenza della conflittualità sociale e l'eventuale collaborazione tra pubblico e formazioni sociali non è mai totale ed anzi i rapporti di divergenza rimangono sempre la maggior parte del complesso dei rapporti.

Il principio di separazione e divergenza degli ordini (art. 7, co. 1, e 8 cpv. Cost.), che vieta a ciascuna delle parti di assumere lo stesso punto di vista dell'altra, è temperato dal principio di collaborazione, che prevede la possibilità di incontro e convergenza su questioni particolari individuate nelle intese e nel concordato. Il principio di collaborazione è solo il naturale temperamento di quello di separazione; è l'altra faccia, o se si vuole il rovescio, del principio di separazione dei poteri, non solo all'interno dell'ordinamento, tra stato e regioni, ma anche all'esterno, tra stato e altri ordinamenti originari.

Insomma, la collaborazione presuppone una competenza in teoria esclusiva: pensiamo all'affermazione, fatta dalla Santa sede nel momento in cui accedeva al nuovo regolamento della materia largamente compromissorio, sul "valore immutato della dottrina cattolica sul matrimonio" (art. 8 dell'accordo di revisione).

La sussidiarietà, invece, presuppone una competenza normativa concorrente o, nel caso di competenza esclusiva, la possibilità di un concorso nell'esercizio di essa alla stregua della maggiore efficienza. Anche nel caso in cui i rapporti siano regolati da patti e intese (art. 117 lett.c), essa tende a superare la conflittualità perché si fonda su una visione integrata e condivisa del corpo sociale[30], ancorché -per il rilievo preminente attribuito alla persona- non senz'altro organicistica[31].

La collaborazione lascia intatta l'alterità degli interlocutori, ne presuppone la diversità in principio radicale, la sussidiarietà invece li integra reciprocamente e armonicamente in vista di un obiettivo

comune.

5. Il punto merita di essere chiarito con un esempio che tocca da vicino il nostro tema perché riguarda l'art. 8 cost. La norma è stata interpretata in chiave di sussidiarietà: quella che si esprime attraverso dispositivi statici, in cui la preferenza per il livello minore si manifesta non volta a volta, dinamicamente, secondo un apprezzamento politico della maggiore efficienza, ma una volta per tutte, attraverso una riserva di competenza. Nel caso la sussidiarietà sarebbe il «modello sottostante»<sup>[32]</sup> alla riserva di organizzazione statutaria prevista dall'art. 8 cpv.

Ma questa tesi (a parte la utilità e sostenibilità della distinzione tra dispositivi statici e dinamici<sup>[33]</sup>) non è accettabile perché presuppone che le confessioni di minoranza (a differenza, si deve ritenere, della chiesa cattolica, che non viene nominata: una disparità di trattamento inconciliabile con il principio di uguale libertà delle confessioni<sup>[34]</sup>) costituiscano un «livello minore» dello Stato, non dissimilmente dagli altri soggetti della sussidiarietà: Regioni, comuni, ecc. La riserva di statuto -il potere di dettare autonomamente la propria disciplina organizzativa, di cui all'art. 8 cpv. cost.-, invece di costituire la garanzia della diversità confessionale<sup>[35]</sup>, sarebbe il segno di una integrazione delle confessioni (almeno di quelle di minoranza) nel disegno statale. Se le norme, che meglio esprimono l'ispirazione pluralistica della Costituzione perché assicurano ampio riconoscimento di indipendenza e autonomia a formazioni «altre» da quelle integrate nella «repubblica delle autonomie», contenessero solo dei «dispositivi di sussidiarietà», le confessioni sarebbero sussidiarie, organicamente rapportate allo stato e non in potenziale conflitto, com'è proprio della democrazia pluralistica.

(Questo in tesi, sul piano dei principi. In fatto anche i rapporti di collaborazione tendono a prescindere dall'indipendenza e autonomia dei due ordini distinti perché contemporaneamente rappresentano un contributo, offerto o richiesto, della confessione al raggiungimento di obiettivi propri delle istituzioni pubbliche o comunque ritenuti meritevoli di pubblica tutela. Si può fare l'esempio, forse il più vistoso, del finanziamento pubblico attraverso le deduzioni fiscali e la partecipazione al riparto dell'otto per mille del gettito irpef. Le deduzioni fiscali si risolvono in una perdita d'imposta da parte dello Stato a sostegno, come è espressamente detto nelle intese, dei "fini propri" delle confessioni: esigenze di culto e di evangelizzazione, sostentamento dei ministri di culto, cura d'anime, ecc. A questa collaborazione in positivo, non limitata alle garanzie di libertà, dello stato a finalità confessionali corrisponde la collaborazione delle confessioni, grazie ai proventi dell'otto per mille, a finalità sociali, assistenziali, culturali e umanitari in Italia e all'estero. Sono finalità solo in senso ampio rientranti nella dimensione caritativa delle religioni ma in realtà propriamente statali, come dimostra l'obbligo di rendiconto delle spese previsto in questo caso a differenza dell'altro sulle deduzioni.

Questa commistione di fini nei rapporti di collaborazione si nota poi soprattutto a livello regionale, laddove si tratti di materie rientranti in quella competenza: si pensi ai beni culturali di interesse religioso, ma anche di specifico interesse pubblico, o all'edilizia di culto o all'attività di sostegno agli oratori o al turismo religioso, che rientrano in materie di competenza regionale ma rispondono a specifiche esigenze del culto. Le modalità di collaborazione non possono essere che l'accordo o l'intesa anche a questo livello regionale: che, essendo lo stesso che vede prevalentemente attuarsi rapporti di sussidiarietà sociale, lascia prevedere un'intensificazione della frequenza delle corse della «navetta» a senso unico).

6. La sussidiarietà ha una carica dirompente sul piano del riparto delle competenze: salta il criterio formale in favore di un criterio di merito, sostanziale, per cui tutte le materie di legislazione concorrente possono di fatto e in determinate circostanze passare - ferma la pubblicità e quindi la loro titolarità formale in capo al pubblico, senza cioè una formale destituzzazione-, nell'esercizio delle formazioni religiose, o del privato in generale, in maniera flessibile.

Più che il criterio della competenza, che rimane il criterio ordinatore fondamentale delle fonti, è la sua rigidità, quindi, ad entrare in crisi. La competenza, com'è noto, risolve le antinomie, selezionando la norma valida o efficace o applicabile al caso concreto, sul piano formale: sulla base, cioè, di norme positive, che prevedono diversi tipi di fonti e riservano a ciascuna di esse una determinata materia.

Ma la separazione delle materie, che così si ottiene, viene messa in crisi dalla concorrenza di più fonti nelle stesse materie senza ambiti predeterminati, bensì a tutto campo, ovvero in favore di riserve di competenza non più rigide ma fluide, affidate alla logica della sussidiarietà, cioè della scelta della competenza alla stregua del livello ottimale per lo svolgimento della specifica azione da compiere in concreto[36].

Ne consegue che non si pone più il problema della validità della norma, che il criterio della competenza risolve, come s'è detto, in base alle norme sulla produzione con l'individuazione della fonte competente. Nel «sistema di generale concorrenza delle competenze»[37], che sostituisce quello di separazione-esclusione grazie alla sussidiarietà, il problema è quello (non della fonte valida, ma) della fonte preferibile; ferma la titolarità del potere in capo al pubblico (e, quindi, la validità della norma da esso posta eventualmente), il problema diventa quello della preferibilità dell'esercizio del potere: se al livello della competenza o ad altro livello, ritenuto più efficiente.

Due corollari reciprocamente correlati si evidenziano a questo punto.

Il primo: se il problema non è più di validità della norma ma di motivazione della congruità del livello in concreto preferito, la legalità dell'azione pubblica non è più individuabile *a priori* alla stregua di criteri obiettivi e predeterminati, come quelli di competenza, ma è ricostruibile solo *a posteriori* sulla base della giustificazione -sia pure con un giudizio *ex ante*- della scelta.

Il secondo: la giustificazione riguarda l'efficienza della scelta, il rapporto costi-benefici, che invece alla stregua del criterio di competenza è del tutto irrilevante, ben potendo darsi che il livello competente sia inefficiente.

Insomma, a differenza della competenza, che è un criterio neutro, stabile e predeterminato, la sussidiarietà è un principio mutevole e politicamente orientato[38]. Che è il motivo per cui non si può pensare ad un ulteriore caso di *governance without government* : assenza di governo, come struttura unitaria, ma esercizio policentrico dell'azione o delle funzioni, come nello spazio europeo o nello spazio giuridico globale.

Invero, a differenza di questi ambiti, la funzione di regolatore dell'uguaglianza, del rispetto dei diritti fondamentali, non viene svolta dal diritto[39] ma dalla economia, cioè dal rapporto costi-benefici, o dalla politica[40], cioè dal consenso: sulla base di valutazioni di merito, dipendenti dall'apprezzamento della maggioranza del momento e del luogo.

7. Anche nel campo ecclesiasticistico, che pure già conosce il principio della collaborazione, la sussidiarietà conserva la sua carica dirompente sul criterio della competenza. Intese e concordato, infatti, fanno riferimento a criteri formali di coordinamento e collaborazione e, quindi, di riparto delle competenze. E' vero che di per sé tali criteri, data la intrinseca ambiguità delle «materie miste», si rivelano molto fluidi e non escludono la concorrenza di più fonti -bilaterali e unilaterali- nelle stesse materie[41], come, anche per l'incidenza della variabile dell'ordinamento comunitario non prevista dal costituente, di fatto si sta verificando.

Ma tale fluidità delle riserve di competenza aumenta per effetto della sussidiarietà, che, affiancandosi alla ripartizione di competenze, le sconvolge anche laddove esse sono già fissate

dalla legislazione di derivazione bilaterale: ne lascia intatta, come s'è rilevato, la titolarità ma consente che l'esercizio venga demandato a formazioni sociali. Rischia così di saltare il criterio rigido di riparto delle competenze, che acquistano un carattere fluido, «scorrevole». Infatti, la sussidiarietà rende sostanzialmente non tassativa l'enumerazione delle materie miste di competenza pattizia, previste da concordato e intese, perché inventa nuovi settori di integrazione, pur formalmente nella titolarità esclusiva dello Stato o del pubblico ma suscettibili di assegnazione in concreto al privato.

Il criterio formale rimane inalterato ma, attaccato sul piano del suo concreto esercizio, sembra destinato a svolgere un ruolo recessivo e, se non proprio a scomparire, a governare un esiguo settore di rapporti. Infatti, il principio di sussidiarietà lascia scorgere, in prospettiva, un sistema di generale, e non limitata ai rapporti trattati da concordato e intese, concorrenza delle competenze tra Stato e confessioni religiose. Il che renderebbe tendenzialmente superfluo un trasferimento formale di competenze o l'individuazione formale di nuovi settori di collaborazione, sul presupposto di competenze esclusive, tra pubblico e privato.

La conseguenza sul piano delle fonti è sconvolgente: superando, infatti, la necessità di far ricorso a patti per un'assegnazione formale e stabile di nuove competenze o di nuovi rapporti, la sussidiarietà rende tendenzialmente superflui i patti.

Di conserva si accentua l'emarginazione di cui già oggi soffre il parlamento in tema di accordi ed intese con le confessioni religiose, che, siccome negoziati in sede governativa, esso può solo approvare o respingere in blocco. Con la sussidiarietà quest'unico strumento, di cui esso ancora dispone, cioè quello di avallare in sede di approvazione la creazione di ulteriori materie miste, viene meno giacché, come detto, la sussidiarietà lascia inalterata la titolarità pubblica di certe materie, non le rende miste e, quindi, non ne determina il transito formale e stabile nell'ambito dei rapporti regolati bilateralmente.

Essa trasferisce eventualmente solo l'esercizio della competenza alle formazioni sociali religiose in base al criterio di maggiore efficienza. Il che comporta che quanto maggiore si rivelerà il grado di inefficienza o addirittura di inattività delle Regioni o degli enti locali (magari voluto o favorito da maggioranze politiche compiacenti) tanto più verranno integrati i presupposti per il trasferimento di quelle attività (ai privati e) alle formazioni sociali religiose in svariati, e non predeterminati, settori. Infatti regioni ed enti locali hanno competenza su materie involgenti interessi anche religiosi e d'altro canto materie di interesse generale possono essere perseguite anche da formazioni sociali religiose.

8. Lo sconvolgimento del criterio ordinatore formale delle fonti non implica, tuttavia, come un po' superficialmente talvolta si conclude, una competenza statale sulla libertà religiosa limitata ormai alla proclamazione del principio, la sua attuazione concreta essendo ormai devoluta a Regioni ed enti locali che ne potranno trasferire l'esercizio a soggetti confessionali. Così non può essere perché la garanzia della libertà religiosa è indivisa e non può essere frammentata tra le Regioni.

D'altro canto, l'intervento regionale non può che riguardare aspetti organizzativi e attuativi di una disciplina di rapporti, che l'art. 117 Cost. lascia comunque alla competenza esclusiva dello Stato<sup>[42]</sup>. E gli stessi rapporti di collaborazione devoluti dagli accordi nazionali alle Regioni o comunque da queste instaurati trovano in quella disciplina negoziata, e prima ancora nella Costituzione, il loro fondamento impreteribile.

La riserva di competenza posta dall'art. 117 lett. c), e quindi la distinzione di ordini che essa implica, svolge la stessa funzione di argine dell'art. 117 lett. m), ossia dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio

nazionale. Si tratta cioè, come ha spiegato la Corte costituzionale a quest'ultimo riguardo, «non di una materia in senso stretto ma di una competenza del legislatore statale ad investire tutte le materie (...) senza che il legislatore regionale possa limitarle o condizionarle»[\[43\]](#).

Le regioni sono limitate perciò nella loro collaborazione, rimanendo comunque vincolate alla legislazione nazionale garantistica della libertà religiosa, costituzionale e ordinaria.

Neppure, tuttavia, sarebbe corretto nascondere la testa sotto la sabbia e non accorgersi che, almeno in prospettiva, la sussidiarietà sembra disegnare un sistema caratterizzato da una sorta di fungibilità delle fonti piuttosto che di esclusione reciproca in base al criterio della competenza[\[44\]](#). Specificamente nel diritto ecclesiastico c'è da chiedersi quanto potrà reggere il criterio di separazione e prevalenza della distinzione di ordini nella prospettiva di generale concorrenza alimentata da un principio capace di erodere di fatto quel criterio perché espressione stretta della libertà del mercato. E il mercato, osservava magistralmente Schumpeter, ha una tendenza distruttiva del diritto tradizionale, al posto del quale fa sorgere una «vegetazione tropicale di nuove strutture giuridiche»[\[45\]](#).

Occorre allora vedere quali sono i limiti che la potenza espansiva del principio di sussidiarietà incontra negli altri principi costituzionali, in particolare nel settore dei rapporti con le confessioni religiose. Occorre, cioè, contestualizzare il principio nel disegno costituzionale in modo da impedirne un'applicazione sganciata da qualsiasi regola del gioco e rivolta a confusi modelli pseudocollaborativi. E' un'operazione non ignota all'ecclesiasticista, per decenni alle prese con l'analogo problema di contestualizzare l'art. 7 nel complessivo sistema delle fonti anche di carattere unilaterale. Nel caso della sussidiarietà l'operazione può riuscirci più agevole a condizione che egli la compia non in maniera solitaria, con l'illusorio paracadute della specialità, ma in cordata con il poderoso sforzo collettivo della dottrina pubblicistica.

La condizione per il coinvolgimento delle formazioni sociali religiose e dei loro enti nei rapporti di sussidiarietà è che essi svolgano attività di «interesse generale» (art. 118 cost.): cioè -scartando il significato troppo restrittivo di "interesse della generalità» attribuito alla stessa espressione adoperata nell'art. 43 cost.- di rilevanza sociale (art. 4 l. 59/97) o utilità sociale (art. 41 cpv. Cost.). Occorre, quindi, che si tratti di attività espressamente considerate come pubbliche dall'ordinamento, o perché programmate o perché riconosciute rilevanti[\[46\]](#) e oggetto di intervento diretto da parte della pubblica amministrazione.

Tali non sono di per sé le attività delle formazioni sociali religiose e dei loro enti sia perché essi non sono soggetti pubblici, sono cioè distinti dalla amministrazione pubblica (e questa è la pre-condizione perché essi possano agire come soggetti della sussidiarietà), sia perché la loro attività propria e essenziale, caratterizzata dal fine religioso o di culto come precisato nell'art. 16, lett. a), l. 222/85, non è di interesse generale perché non v'è l'impegno pubblico ad assicurarne l'esercizio, ma solo a garantirne la libertà di esercizio. Questa garanzia può comportare, com'è noto, anche un'attività di sostegno finanziario ma non, di massima, un concorso governato dalla sussidiarietà: la quale può operare in astratto -e salvo ad individuarne limiti specifici- solo limitatamente alle attività diverse da quelle di religione o di culto: assistenza e beneficenza, istruzione, educazione e cultura, a scopo di lucro e commerciali.

Se si escludono le attività lucrative e commerciali intorno a «beni di mercato», che il pubblico tende sempre più a privatizzare, le altre attività rientrano senz'altro nel campo operativo della sussidiarietà. Questa, infatti, è lontana dal mercato perché riguarda essenzialmente i servizi alla persona e alla comunità, come deducibili in prima battuta dal d. lgs. 112/98: tutela della salute, servizi sociali, istruzione scolastica, formazione professionale, beni e attività culturali, spettacolo e sport). In particolare, la definizione di «servizi sociali» contenuta nell'art. 128 del decreto («servizi

o prestazioni economiche destinate a rimuovere o superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita») corrisponde sostanzialmente a quella di «beneficenza pubblica», offerta dall'art. 22 d.p.r. 616/1977.

Poteri pubblici e formazioni sociali religiose si trovano, quindi, a trattare sotto questo profilo gli stessi "beni di merito" o di *welfare*, soggetti fisiologicamente a *market failure* per la complessità e l'eterogeneità del servizio, che non si presta a standardizzazioni ed economie di scala a causa dell'altissimo costo delle competenze umane e professionali necessarie per far fronte ai bisogni altamente differenziati, e con maggiore componente relazionale e fiduciaria, degli assistiti (anziani, tossicodipendenti, handicappati, minori devianti)[47]. E' questo il campo della sussidiarietà, in cui ha modo di operare il trasferimento dell'esercizio di attività dal pubblico al privato, e viceversa quando (per riprendere le parole dell'ordine del giorno di Dossetti all'assemblea costituente[48]) il privato «non basti».

9. Dal fatto che si tratta di settori che vedono la coesistenza del pubblico e del privato conseguono alcuni corollari.

Il primo è che l'attività pubblica trasferita non deve essere stata dismessa dalla pubblica amministrazione, cioè privatizzata o destituita. Deve rimanere pubblica e, anche nel caso in cui ne rimetta l'esercizio totalmente ai privati, il pubblico potere non deve in principio escludere un suo intervento diretto, attuale o almeno potenziale[49].

Il secondo, specularmente al primo, è che l'ente confessionale (e il privato in genere) deve rimanere tale, cioè non deve essere pubblicizzato: vale a dire che, al di là della qualificazione soggettiva che non può che essere privatistica, l'attività svolta non deve essere accolta nel novero di quelle di pubblico interesse[50] al punto da essere finanziata *ultra dimidium* da enti pubblici e da essere sottoposta a procedure di evidenza pubblica ai sensi dell'art. 2, co. 2, lett. c) della legge 109/94. In caso di finanziamento pubblico maggioritario, infatti, anche gli enti confessionali civilmente riconosciuti, come qualsiasi altro privato, sono «pubbliche amministrazioni in senso soggettivo, come tali deputate all'esercizio di potestà pubbliche» .

Sotto questo profilo dovrebbe essere avvertita come problema, per l'applicazione della sussidiarietà agli enti confessionali, la prassi invalsa nei servizi alla persona a tutela della P.A. della confezione di schemi di convenzione-tipo contenenti la fissazione di requisiti e di *standards* minimi da raggiungere e la previsione di controlli autoritativi in corrispettivo del finanziamento maggioritario da parte di enti pubblici[51]. Si tratta di una sostanziale riserva di attività al pubblico e, quindi, di una funzionalizzazione dell'attività a fini pubblici.

Se la funzionalizzazione fosse, infatti, così intensa da sfociare in una eterodirezione ci si porrebbe al di fuori della sussidiarietà perché non si verificherebbe più la coesistenza di soggetti pubblici e privati effettivamente tali[52]. L'eterodirezione è poco rispettosa della libertà di impresa, di cui la promozione della sussidiarietà implica comunque il rispetto. Tanto più lo è dell'autonomia riconosciuta alle formazioni sociali religiose, che costituisce un obbligo costituzionale derivante dalla riserva di statuto. Anche se è vero che in tal caso l'ultimo giudice è la confessione, dovrebbe intervenire a propria tutela l'ente stesso per non snaturare la propria natura confessionale sia pure nello svolgimento di attività diverse da quelle di religione.

Occorre perciò un'applicazione costante del principio di precauzione: cautela da parte dell'ente confessionale nel funzionalizzarsi al pubblico, tanto da esserne eterodiretto, e reciprocamente cautela da parte del pubblico nel trasferimento dell'esercizio di attività ad enti del tutto autonomi, che svolgono in ipotesi più efficientemente quel servizio ma secondo una precisa tendenza (nel caso, confessionale) eventualmente escludente. Quello dei servizi alla persona è, invero, un campo

delicato e sensibile alle diverse etiche, di cui risentono gli enti confessionali.

Un terzo corollario della persistente titolarità pubblica dell'attività trasferita e della persistente privatezza, anche in senso oggettivo, dell'ente confessionale è che la *Kompetenz-Kompetenz* è dello Stato e del potere pubblico, senza che sul suo esercizio possa effettuarsi un incisivo sindacato giurisdizionale. Invero, al riguardo la Costituzione è priva di una disposizione simile a quella contenuta nell'art. 120, che riserva alla legge la definizione di «procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione».

La procedimentalizzazione dell'azione sostitutiva limita la discrezionalità del governo<sup>[53]</sup> ancorandola a parametri obiettivi e predeterminati e, quindi, consente un sindacato del giudice sui vizi formali e, probabilmente, anche su alcuni vizi sostanziali: per esempio, sull'esattezza dei dati oggettivi posti alla base della decisione e, forse anche, sulla congruenza di questa con i risultati dell'istruttoria<sup>[54]</sup>. Ma, appunto, tale procedimentalizzazione riguarda solo la sussidiarietà verticale e non anche quella orizzontale.

10. Il limite di fondo del concorso tra pubblico e privato religioso è però il principio supremo di laicità dello stato, che - a parte quelle tanto studiate nel campo della collaborazione tra ordini distinti - comporta almeno due conseguenze nel campo inesplorato della sussidiarietà.

La prima è la parità di trattamento delle confessioni. A differenza che con altri soggetti privati, nei cui confronti il pubblico è libero di autoregolarsi secondo criteri comuni di mercato, pur tenendo conto che si tratta di beni di merito, qui la libertà dev'essere regolata anche dal principio di neutralità e di equidistanza dalle confessioni. Stingere rapporti solo con la confessione maggioritaria, sia pur a motivo della maggiore e più efficiente offerta sussidiaria, implicherebbe una lesione del principio di eguale libertà delle confessioni. Si tratta di un mercato non completamente libero bensì condizionato non solo dalla lettera *m*) ma anche dalla lettera *c*) dell'art. 117 cost.

La seconda conseguenza -ovvia, dopo quel che s'è testè detto, ma, anche per alcune implicazioni attuali, da rimarcare- è che non si può statalizzare la concezione canonica della sussidiarietà, ripetendo, nel caso in cui il concorso riguardi formazioni sociali cattoliche, l'impostazione erronea che ha condotto a suo tempo alla formulazione del concetto di ordine pubblico concordatario. In particolare, non sarebbe corretta una concezione della sussidiarietà anziché biunivoca, come quella costituzionale, unidirezionale come quella che si trova sviluppata nei documenti del magistero ecclesiastico: secondo cui determinate attività sono *iure proprio* della famiglia (e della chiesa) ed il pubblico svolge rispetto ad esse un ruolo esclusivamente sussidiario: sostegno senza ingerenze nell'iniziativa e nella responsabilità<sup>[55]</sup>.

Un esempio specifico è quello della educazione dei giovani, rimessa appunto ai genitori e alla Chiesa (can. 793-794 c.i.c.), sicché le scuole sono solo di «*praecipuo auxilio*» (can. 796, § 1). Secondo il magistero tradizionale, invero, la scuola è «di natura sua» solo una «istituzione sussidiaria e complementare (...) della famiglia e della Chiesa»<sup>[56]</sup>, che i genitori hanno il diritto di scegliere, fruendo degli aiuti che la società civile ha il dovere di prestare (can. 793, § 2, e can. 797 c.i.c.).

Nell'impostazione costituzionale, invece, tale sussidiarietà a senso unico può attuarsi solo nei confronti della famiglia, come dimostra la doverosità del sostegno pubblico prevista dall'art. 31 cost. Sarebbe, infatti, inammissibile una concorrenza fra pubblico e famiglia nell'esercizio dei «diritti della famiglia» (art. 29: primi fra tutti quelli funzionali di mantenimento, istruzione ed educazione dei figli: art. 30): con la possibilità, al limite, di un trasferimento dell'esercizio di quei

diritti al pubblico in base alla valutazione politica di un miglior risultato così ottenibile.

Viceversa, la scuola, per quanto ora «destatalizzata» nel sistema «nazionale d'istruzione» creato dalla legge 10 marzo 2000, n. 62, sulla parità scolastica, non è affatto sussidiaria[57]. La Repubblica ha il dovere di aprire la scuola a tutti (art. 34 Cost.) e perciò di istituire scuole di ogni ordine e grado (art. 33 cpv. Cost.), per cui non può proporzionare (cioè ridurre) la sua offerta all'esistenza di scuole non statali sul territorio, perché ognuno ha diritto di accedere alla scuola pubblica: intesa nel senso di un servizio -più propriamente una funzione- rispettoso dell'interesse pubblico all'accoglienza del pluralismo delle opinioni e della formazione.

Un'istruzione, questa, «riservata alla scuola dello stato; non vi è quindi per alcuno un compito primario, né un compito sussidiario; stato e genitori, ciascuno per la parte di propria spettanza, hanno un compito autonomo ed essenziale, perché indeclinabile», come scriveva Pototschnig[58] già quarant'anni fa nella scia tra l'altro dell'autorevole pensiero cattolico democratico di Maritain sul superamento della subordinazione della scuola alle scelte della comunità familiare ed ecclesiale.

Il caso della scuola, quindi, è emblematico. La statalizzazione della concezione canonica porterebbe a rovesciare l'impostazione costituzionale e, quindi, non solo a garantire la parità delle scuole confessionali ma a fare dello Stato l'ente scolastico sussidiario di quelle. Laddove, invece, proprio la scuola costituisce probabilmente un caso di inapplicabilità del principio di sussidiarietà orizzontale[59]. Al principio generale posto dall'art. 118 si oppone, infatti, l'eccezione della scuola prevista negli artt. 33 e 34 cost.

Se, invero, chiunque ha diritto di accedere alla scuola pubblica è strutturalmente impossibile che il servizio scolastico pubblico, nel senso laico e pluralistico indicato, possa essere fornito meglio da scuole confessionali o, comunque, di tendenza (a meno che queste vi rinuncino, rispettando il pluralismo al loro interno quanto alla qualità e alla libertà degli insegnanti, a cominciare dalle garanzie "a monte" del concorso pubblico e della inamovibilità).

11. In conclusione: davanti ad un nuovo principio costituzionale viene naturale porsi sul piano dogmatico e chiedersi che cos'è e come si possa combinare con gli altri principi, nella presunzione propria del giurista che ci si possa comunque riuscire. Ma davanti ad un principio così innovativo è necessario prima ancora porsi sul piano funzionale e chiedersi a che serve e dove ci può portare.

Certo la sussidiarietà può essere utile ad arginare la deriva di uno stato (che, per come è dipinto[60], sembra ormai lontano dal nostro) sovrano, che imbriglia lo sviluppo dell'articolazione sociale e pluralistica, di un onnipotente soggetto o potere costituente, unico ed incommensurabile detentore della sovranità e produttore del diritto, fiducioso solo nel politico impersonato dal pubblico.

Non a caso, nel parere n. 144/2003 richiamato in apertura, il Consiglio di Stato ricollega il principio di sussidiarietà al riconoscimento della «sussistenza di ordinamenti di base muniti di una intrinseca capacità di gestione di interessi con rilievo sociale», che le autorità territoriali sono tenute non a «fagocitare» ma a «favorire e a rispettare» in quanto «manifestazioni originarie e non comprimibili di *cittadinanza societaria*». Si tratta di una forma di cittadinanza diversa da quella partecipativa, che ha trovato espressione nelle leggi 142/1990 e 241/1990, e che, secondo l'opinione sociologica richiamata da quel parere, si riferisce a «sfere relazionali che sono private nella loro gestione mentre agiscono -in maniera pubblicamente rendicontabile- in funzione di uno scopo sociale di solidarietà, quindi non per interessi strumentali propri o altrui»[61].

La sussidiarietà recupera, insomma, e valorizza la «necessaria socialità»[62] della persona, non come soggetto privato ammesso solo a partecipare ai processi decisionali pubblici ma come unità

sociale, come «membro concreto di un "noi come gruppo"»[\[63\]](#)

Ma può anche indirizzare in maniera reazionaria verso una società senza principi e senza regole, in cui tutto è negoziabile e variabile in dipendenza del mercato: con la conseguenza -in realtà, una revisione obliqua della prima parte della Costituzione- che ciascuno avrà tanta assistenza, tanta istruzione, tanta sanità, tanta qualità della vita quanta è capace di conquistarsene sul mercato.

Invece che favorire la cittadinanza societaria, la sussidiarietà si risolverebbe nella negazione della cittadinanza democratica, beffardamente in nome della rimozione degli ostacoli di cui all'art. 3 cpv. cost., e si orienterebbe in direzione di un'età premoderna -come ha ipotizzato Sabino Cassese per lo spazio giuridico globale[\[64\]](#)-, quella dell'ordinamento medioevale, caratterizzato da un insieme di autorità (signorie, università, papato, impero, singoli cittadini) senza un ordinamento superiore che si imponesse a quelli minori.

Per indirizzarsi nel primo senso occorre una cultura delle regole. C'è un agire comunicativo delle norme, che ha bisogno del garantismo del procedimento, attraverso il quale i principi entrano in confronto dialettico tra loro e si aprono alla prospettiva non della sopraffazione reciproca ma della coesistenza, che poi, diventando risorsa, si tramuta in proesistenza. Nel rispetto delle regole si può instaurare una convivenza mite della sussidiarietà con gli altri principi costituzionali, tra cui quello supremo di laicità e di non identificazione della Repubblica con le confessioni religiose (e con le «organizzazioni filosofiche e non confessionali», si potrebbe aggiungere mutuando il lessico della «costituzione» europea all'art. I-52).

Altrimenti, la *soft law* oltrepassa le esigenze di un ordinamento coerentemente «*subsidiaritätskonform*»[\[65\]](#) e tradisce in realtà una mancanza di principi, determinata dall'emergere vittorioso della tendenza, caratteristica della sussidiarietà sociale, a fare a meno di regole predefinite e ad affidare la direzione da prendere (pubblico o privato) solo ad un giudizio politico condizionato dalla sostanza dei fatti. Da questo punto di vista, come si è osservato in apertura, «il nome racchiude anche il senso del pragmatismo che si insinua negli ordinamenti a seguito della caduta della sovranità, così come intesa nel linguaggio tradizionale dello stato di diritto»[\[66\]](#).

Questo pragmatismo ben si accorda -ed anzi ne è un frutto- con l'età della tecnica che sottopone ogni valore o principio ad una prova di verifica pragmatica, per cui «in campo restano solo quei valori che la tecnica rende credibili»[\[67\]](#). Il valore è tale non di per sé ma in quanto funziona, viene a dipendere dalla sua funzionalità, dalla sua efficacia. E' l'effetto dell'ormai incombente «totalitarismo tecnico», della «nostra metamorfosi in pezzi di una macchina»[\[68\]](#).

Nella misura in cui la sussidiarietà esprima semplicemente questa «legge delle cose», che tende ad affermarsi come supremo criterio ordinatore delle fonti e dei rapporti giuridici, può rivelarsi una fatica di Sisifo cercare di bilanciarla con altri principi costituzionali, di limitarla con l'uso delle regole giuridiche. La laicità è a rischio perché a rischio è il criterio della separazione, sul quale essa si fonda: siccome, entrambe, «norme non tecnologiche»[\[69\]](#).

La partita però è aperta, non è già decisa fin dall'inizio[\[70\]](#) sì che al giurista non resta altro che assistere in tragico silenzio alla fine annunciata del diritto. E tuttavia, per avere qualche possibilità di contrastare quella tendenza, occorre acquisire la consapevolezza che, come per la tecnica, la domanda da porsi con urgenza non è più che cosa possiamo fare noi con la sussidiarietà -come funzionalizzarla ai valori costituzionali- ma che cosa la sussidiarietà può fare della nostra costituzione pluralista.

[1] E' la nota ridondanza, peraltro pregnante, in cui è incorsa la Corte costituzionale nella sent. 8 ottobre 1996, n. 334.

[2] Cons. Stato 25 agosto 2003 (par.), n. 1440.

[3] M. S. Giannini, *Il pubblico potere. Stato e amministrazioni pubbliche*, il Mulino, Bologna, 1986, 12 ss., nonché *Amministrazione pubblica*, voce dell'*Enciclopedia delle scienze sociali*, I, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, 1991, 193.

[4] E' la condizione minimale richiesta dall'art. 3, co. 5, d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (già art. 2 l. 3 agosto 1999, n. 265): «*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*».

[5] Così, esplicitamente, l'art. 4, co. 3, l. 15 marzo 1997, n. 59.

[6] Così G. Cotturri, *Potere sussidiario. Sussidiarietà e federalismo in Europa e in Italia*, Carocci, Roma, 2001, 114.

[7] S. Zamagni, *Economia civile come forza di civilizzazione della società italiana*, in P. Donati (a cura di), *La società civile in Italia*, Mondadori, Milano, 1997, 159 ss.

[8] P. Donati, *La cittadinanza societaria*, Laterza, Roma-Bari, 2000, 229.

[9] R. Ruffilli, *Istituzioni Società Stato*, II, *Nascita e crisi dello stato moderno: ideologie e istituzioni*, il Mulino, Bologna, 190, 213 ss.

[10] S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2002, 45 ss.

[11] Cfr. F. Galgano, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 189 ss., nonché *Lex mercatoria*, voce dell'*Enc. Dir.*, Agg. V, Giuffrè, Milano, 2001, 721. Per il nesso con la globalizzazione: M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, il Mulino, 2000, 90 ss.

[12] Cfr. S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2003, 21 ss.

[13] T. A. Börzel, *Le reti di attori pubblici e privati nella regolazione europea*, in *Stato e mercato*, 1998, 417.

[14] Come ben dimostrano le ricerche di M. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano*, il Mulino, Bologna, 1998, 61 e *passim*. Cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, 8 ss.

[15] R. Bin, *Nuovi statuti e garanzie dei diritti*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2, 2003, 199.

[16] Cfr. P. Caretti, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, in *Quaderni cost.*, 1993, 7 ss.; L. Sico, *Sussidiarietà (Principio di) (diritto comunitario)*, voce dell'*Enc. Dir.*, Agg. V, Giuffrè, Milano, 2001, 1062 ss.

[17] L'art. 23, come mod. dalla legge del 21 dicembre 1992, prevede che l'Unione europea è tenuta al rispetto, tra gli altri, del principio di sussidiarietà (*Grundsatz der Subsidiarität*).

[18] Secondo l'art. 1 di quella proposta (la si può leggere in G. Dossetti, *Costituzione e Resistenza*, con introduzione di N. Colaianni, Sapere 2000, Roma, 1995, 113) «*Lo Stato protegge, favorisce, coordina e, dove occorra, integra le attività dei singoli, delle famiglie, degli enti territoriali e delle altre forme sociali*».

[19] Cfr. G. U. Rescigno, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Diritto pubblico*, 2002, 32 ss., con riferimento ai diritti sociali (scuola, sanità, previdenza e assistenza), sui cui «livelli essenziali», peraltro, opera anche la competenza esclusiva dello stato: v. M. Luciani, *I diritti costituzionali tra stato e regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. M), della Costituzione*, in *Pol. del dir.*, 2002, 345 ss.

[20] Come già osservato da A. D'Atena, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1997, 627. Cfr. dopo la novella costituzionale A. Truini, *Federalismo e regionalismo in Italia e in Europa. Centro e periferie a confronto*, II, *Il processo autonomistico in Italia dall'Unità ad oggi*, Cedam, Padova, 2003, 337, con ampi richiami di opinioni critiche.

[21] E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, (a cura di G. Crifò), II, Giuffrè, Milano, 1990, 849.

[22] Corte cost. 1 ottobre 2003, n. 303 (ripresa da Corte cost. 13 gennaio 2004, n. 6).

[23] Sul carattere pluridirezionale dei dispositivi di sussidiarietà, a differenza di quelli di competenza, A. Moscarini, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, Cedam, Padova, 2003, 337.

[24] Cfr. P. De Carli, *Sussidiarietà e governo economico*, Giuffrè, Milano, 2002, 345 ss.

[25] Per l'esame delle varie versioni approvate cfr. in particolare P. Ridola, *Il principio di sussidiarietà e la forma di Stato di democrazia pluralistica*, in A. A. Cervati - S. P. Panunzio - P. Ridola, *Studi sulla riforma costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2001, 197 ss., nonché in precedenza, anche per altri richiami, *Forma di stato e principio di sussidiarietà*, in *La riforma costituzionale*, Cedam, Padova, 1999, 177 ss.

[26] Sul punto soprattutto E. Balboni, *Il concetto di "livelli essenziali ed uniformi" come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2001, 1103 ss.

[27] D. Grimm, *Autonomia e libertà - Riflessioni sulla tutela dei diritti fondamentali e la "commercializzazione"*, in *Nomos*, 2002, 15.

[28] V. in particolare M. C. Folliero, *Enti religiosi non profit e principio di sussidiarietà orizzontale. Percorsi ed esiti: dal pluralismo sociale al volontariato "di stato"*, in M. Parisi (a cura di), *Autonomia, decentramento e sussidiarietà: i rapporti tra pubblici poteri e gruppi religiosi nella nuova organizzazione statale*, ESI, Napoli, 2003, 136.; G. D'Angelo, *Principio di sussidiarietà ed enti confessionali*, Esi, Napoli, 2003, 289.

[29] La dichiarazione è riportata in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1984, 273.

[30] Così esattamente P. Ridola, *Il principio di sussidiarietà*, cit., 221.

[31] Cfr., con riferimento ai contesti temporali più prossimi, anche del magistero cattolico, P. Duret, *La sussidiarietà «orizzontale»: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, 111, 139.

[32] E' la tesi di A. D'Atena, *Il principio*, cit., 610 s., poi ribadita in *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni cost.*, 2001, 20, e ripresa in maniera tralaticia da una parte della dottrina: cfr. P. Duret, *op. cit.*, 27; A. Moscarini, *op. cit.*, 193.

[33] In senso critico v. G. U. Rescigno, *op. cit.*, 10; P. Ridola, *op. cit.*, 228 ss.

[34] Invece, per un accostamento di entrambe le situazioni (e di altre: art. 6, 7, 8 e 9) nell'ambito delle «autonomie culturali, di cui la Costituzione riconosce la differenziazione, valore su cui si fonda la sussidiarietà», J. Luther, *Il principio di sussidiarietà: un "principio speranza" per il diritto costituzionale comune europeo*, in *Foro it.*, 1996, V, 191.

[35] S. Stammati, *Altre due intese fra Stato e confessioni religiose in attesa dell'approvazione da parte del Parlamento*, *id.*, 2000, V, 278; sulla riserva di statuto S. Berlingò, *Fonti del diritto ecclesiastico*, in *Dig. IV ed. sez. pubbl.*, VI, Utet, Torino, 1991, 462 s.

[36] A. Moscarini, *op. cit.*, 11, 331 e *passim*.

[37] P. Caretti, *op. cit.*, 29.

[38] Cfr. C. Panzera, *Il doppio volto della sussidiarietà*, in *Quad. costituzionali*, 2003, 852; A. Moscarini, *op. cit.*, 339.

[39] S. Cassese, *op. cit.*, 13 ss. Sulla (non facile) giustiziabilità del principio cfr. per l'ordinamento tedesco R. Hofmann, *Il principio di sussidiarietà. L'attuale significato nel diritto costituzionale tedesco ed il possibile ruolo nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1993, 40, e a livello europeo A. Moscarini, *op. cit.*, 86 ss.

[40] P. Caretti, *op. cit.*, 12 s., 29 s.

[41] Sui criteri di soluzione dei conflitti cfr. N. Colaianni, *Intese (diritto ecclesiastico)*, voce dell'*Enc. Dir.*, Agg. V, Giuffrè, Milano, 2001, 703 ss.

[42] Perspicuamente G. Pastori, *Regioni e confessioni religiose nel nuovo ordinamento costituzionale*, in *Quaderni dir. pol. eccl.*, 2003, 6 ss., nonché *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2002, 85. Cfr. anche G. D'Angelo, *op. cit.*, 287 ss.

[43] Corte cost. 26 giugno 2002, n. 282.

[44] Cfr. P. Caretti, *op. cit.*, 31.

[45] J. Schumpeter, *Capitalismo, socialismo, democrazia*, Milano, Edizioni di Comunità, 1994, 136.

[46] Secondo il risalente ma sempre valido insegnamento di U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, Cedam, Padova, 1964, 135 ss.

[47] Sui fattori dello strutturale *market failure* cfr. tra gli altri G. Ponzanelli, *Le "non profit organisations"*, Giuffrè, Milano, 1985, 39 ss.; M. Musella, *Organizzazioni non profit tra fallimento dello Stato e del mercato*, in AA VV., *I servizi di pubblica utilità alla persona*, Giuffrè, Milano, 2000, 130 ss.; G. Antonelli - M. Cavazza, *I servizi di pubblica utilità alla persona: l'analisi economica*, *ibid.*, 39 ss.

[48] L'o.d.g. del 9 settembre 1946, fecondo in ogni sua parte tranne che, come ricordato sopra, sulla sussidiarietà, è riportato in G. Dossetti, *La ricerca costituente. 1945 - 1952*, a cura di A. Melloni, il Mulino, Bologna, 1994, 104.

[49] Conf. P. De Carli, *op. cit.*, 229.

[50] Cfr. P. Consorti, *Nuovi rapporti fra la Repubblica e le confessioni religiose? Sui riflessi ecclesiasticistici della riforma del Titolo V, parte seconda, della Costituzione*, in *Quaderni dir. pol. eccl.*, 2003, 31 ss.

[51] Cass. Sez. un., 24 febbraio 2000, n. 40; in termini, con specifico riferimento agli enti ecclesiastici, Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 1999, n. 295, e sez VI, 9 maggio 2000, n. 2681.

[51] Richiama esattamente l'attenzione sul punto G. Cimbalo, *La scuola tra servizio pubblico e principio di sussidiarietà*, Giappichelli, Torino, 1999, 233 ss., nonché *Le regioni alla ricerca di una identità inesistente*, Giappichelli, Torino, 2003, 8 ss.

[52] Cfr. P. De Carli, *op. cit.*, 253, 342 ss.

[53] Cfr. F. Pizzolato, *Il principio di sussidiarietà*, in T. Groppi - M. Olivetti (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Giappichelli, Torino, 2001, 153 ss.

[54] In termini con riferimento al sindacato giurisdizionale sull'azione comunitaria A. D'Atena, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, cit., 23 s.; L. Sico, *op. cit.*, 1064 ss.; P. De Pasquale, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione europea*, Editoriale scientifica, Napoli, 2000, 87 ss.

[55] Così il *Catechismo della chiesa cattolica*, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano, 1992, nn. 2209, 1894.

[56] Pio XI, enciclica *Divini illius magistri*, 31 dicembre 1929. Sulla dottrina ecclesiastica in tema, anche prima di Pio XI e della *Quadragesimo anno*, cfr. G. Feliciani, *il principio di sussidiarietà nel magistero sociale della Chiesa*, in *Vita e pensiero*, 1994, 3, 182 ss.

[57] La "soluzione formalmente opposta" data dalla Costituzione al problema della sussidiarietà rispetto alla famiglia e alla scuola è lucidamente descritta da S. Stammati, *Declinazioni del principio di sussidiarietà nella disciplina costituzionale della famiglia*, in *Dir. e società*, 1999, 278 ss.

[58] U. Pototschnig, *Insegnamento, istruzione, scuola*, in *Giur. cost.*, 1961, 409.

[59] In tal senso v. tra gli altri G. U. Rescigno, *op. cit.*, 32 ss.; G. Cimbalo, *Le regioni*, cit., 21 ss., 34 ss. L'esistenza di settori sottratti all'esercizio della sussidiarietà perché di competenza esclusiva dello Stato è propria dello stesso pensiero liberale, come argomenta A. Albanese, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 59 ss.

[60] Un suggestivo disegno, a forti tinte, è quello recentissimo di P. Grossi, *Le molte vite del giacobinismo giuridico (ovvero: la «carta di Nizza», il progetto di «costituzione europea» e le insoddisfazioni di uno storico del diritto*, in *Jus*, 2003, 405 ss.

[61] P. Donati, *La cittadinanza societaria*, cit., , 300, 229: «forma di un complesso di diritti-doveri delle persone e delle formazioni associative che articola la vita civica in autonomie

universalistiche, capaci di integrare la generalità dei fini con pratiche di autogestione».

[62] G. Dossetti, *op. loc. ult. cit.*, ripreso, nell'unico scritto dedicato all'argomento dalla dottrina italiana prima di Maastricht, da E. Tosato, *Sul principio di sussidiarietà dell'intervento statale*, in *Nuova antologia*, 1959, 461 (ora in *Persona, società intermedie e Stato*, Giuffrè, Milano, 1989, 83 ss.).

[63] L'espressione è di E. Denninger, *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, Giappichelli, Torino, 1998, 23.

[64] S. Cassese, *op. cit.*, 22.

[65] P. Häberle, *Das Prinzip der Subsidiarität aus der Sicht der Vergleichenden Verfassungslehre*, in *Archiv des Öffentlichen Rechts*, 1994, 182.

[66] G. Berti, *Principi del diritto e sussidiarietà*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 31, I, 2002, 398.

[67] U. Galimberti, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Feltrinelli, Milano, 1999, 448 e *passim*.

[68] G. Anders, *Noi figli di Eichmann*, Giuntina, Firenze, 1995, 65, 53 ss.

[69] E. Severino, in N. Irti - E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Roma-Bari, 2001, 40.

[70] Come osserva a E. Severino N. Irti, *ibid.*, 60 s., 111.