



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN: GIURISPRUDENZA

INDIRIZZO: UNICO

CICLO XXVII a.a. 2011/2012

**PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ ORIZZONTALE E
GESTIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI**

Direttore della Scuola: Ch.mo Prof. Roberto Kostoris

Supervisore: Ch.mo Prof. Luca Antonini

Dottorando: Luigi Selva Verzica

Indice

INTRODUZIONE

0.1 Scopo della tesi	10
0.2 Metodologia argomentativa.....	12
0.3 Risultati attesi.....	16

PARTE PRIMA¹⁷

CAPITOLO I¹⁷

IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ¹⁷

1.1 Origini del principio di sussidiarietà	17
1.2 La prima formulazione del principio di sussidiarietà	21
1.3 Diversi significati del principio di sussidiarietà.....	26
1.4 Cenni brevi sul principio di sussidiarietà verticale	30
1.4.1 Nell'Unione Europea	33
1.4.2 Nell'ordinamento Italiano	38
1.5 Il principio di sussidiarietà orizzontale.....	42

CAPITOLO II⁵¹

IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ ORIZZONTALE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

2.1 Il principio di sussidiarietà orizzontale nei lavori dell'Assemblea Costituente	51
2.2 Riferimenti normativi	59
2.2.1 Prima fase: i riferimenti nella Costituzione del 1947	59
2.2.2 Seconda fase: la sussidiarietà negata	63
2.2.3 Terza fase: riemersione del principio	64
2.2.4 Quarta fase: apertura alla sussidiarietà orizzontale	65
2.2.5 Quinta fase: riforma del Titolo V	69
2.3 La giurisprudenza italiana ed il principio di sussidiarietà orizzontale	70
2.3.1 Legittimazione processuale.....	71
2.3.2 Perseguimento dell'"interesse generale" ed esercizio dell'"autonoma iniziativa" privata	74
2.3.3 Rapporto tra "interesse generale" ed attività economiche	76
2.3.4 Discrezionalità amministrativa e principio di sussidiarietà orizzontale	82
2.3.5 Singoli campi di applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale	84
2.3.6 I servizi pubblici locali	87
2.3.7 Libertà di scelta degli utenti.....	91
2.4 Giurisprudenza e riferimenti impliciti al principio di sussidiarietà orizzontale	92

CAPITOLO III96

L'ARTICOLO 118, U.C., DELLA COSTITUZIONE

3.1 Lavori preparatori e analisi testuale dell'art. 118, u.c., della Costituzione.....	96
3.1.1 I lavori preparatori della revisione al Titolo V della Costituzione.....	96
3.1.2 Analisi testuale del dettato costituzionale dell'art 118, u.c.....	99
3.2 Interpretazioni della dottrina sull'art. 118, u.c., della Costituzione	101
3.3 Interpretazioni della Corte Costituzionale sull'art. 118, u.c., della Costituzione .	114
3.3.1 L'elusione del principio di sussidiarietà orizzontale nella parte "in diritto" pronunce della Corte Costituzionale	114
3.3.2 Le rare pronunce della Corte Costituzionale sul principio di sussidiarietà orizzontale	117
3.3.3 Le occasioni mancate da parte delle parti di far valere la lesione o l'effettiva applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale	121

CAPITOLO IV

UNO SGUARDO COMPARATO: I LÄNDER TEDESCHI

4.1 Profili storici del federalismo tedesco.....	124
4.2 Il Principio di sussidiarietà nella ordinamento tedesco e la c.d. "sussidiarietà rinforzata"	134
4.2.1 La c.d. "sussidiarietà rinforzata"	138
4.3 La giustiziabilità del principio di sussidiarietà nell'ordinamento tedesco.....	141

PARTE SECONDA

CAPITOLO V

I SERVIZI PUBBLICI LOCALI E LA LORO EVOLUZIONE

5.1 Il concetto di servizio pubblico locale e la sua evoluzione	145
5.1.1 I primi riferimenti normativi ai servizi pubblici locali	145
5.1.2 Dalla "rilevanza industriale" alla "rilevanza economica" dei servizi pubblici locali.....	148
5.1.3 Le società come figura gestoria nell'ordinamento dei servizi pubblici locali.....	150
5.2 L'in house providing.....	153
5.2.1 La giurisprudenza sull'in house	154
5.2.2 Controllo analogo e attività prevalentemente dedicata al socio pubblico	162
5.3 Le società miste	169
5.3.1 Società miste ed extraterritorialità	173
5.3.2 L'affidamento di servizi a società miste	175

CAPITOLO VI

LE ULTIME VICENDE DELLA DISCIPLINA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

6.1 L'articolo 23 bis, legge n. 133/2008.....	182
6.1.1 Società mista come forma ordinaria di gestione	187
6.1.2 Gli affidamenti in house	190
6.1.3 Il parere dell'autorità garante della concorrenza	191
6.1.4 La sentenza della Corte Costituzionale, n. 325/2010	193
6.2 Il referendum abrogativo del giugno 2011 e l'art. 4, d.l. n. 138/2011.....	195
6.2.1 Il referendum abrogativo del giugno 2011	195
6.2.2 L'articolo 4 d.l. 13 agosto 2011, n. 138	197
6.3 La Sentenza della Corte Costituzionale, 20 luglio 2012, n. 199	204

CAPITOLO VII

L'ATTUALE DISCIPLINA DEI S.P.L.

7.1 Ciò che resta della disciplina dei s.p.l. nell'ordinamento italiano	210
7.1.1 Art. 3 d.l. n. 138/2011.....	214
7.1.2 Art. 3 bis d.l. n. 138/2011	216
7.1.3 Art. 34, d.l. n. 179/2012 e successive modifiche.....	219
7.1.4 Art. 13, c. 25 bis, d.l. n. 145/2013.....	221
7.2 La normativa comunitaria.....	222
7.2.1 I Servizi di Interesse Economico Generale	224
7.2.2 S.I.E.G. ed aiuti di Stato	234

PARTE III

CAPITOLO VIII

L'APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ ORIZZONTALE NEI S.P.L.

8.1 Concorrenza e principio di sussidiarietà nei servizi pubblici locali.....	242
8.2 La sussidiarietà orizzontale come criterio di scelta "a monte"	248
8.3 Una diversa interpretazione dell'attuale disciplina dei s.p.l.	254
CONCLUSIONI.....	259
BIBLIOGRAFIA	271

ABSTRACT (ITALIANO)

La ricerca verte sull'applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale e la gestione dei servizi pubblici locali. La tesi si è sviluppata su due direttrici parallele: lo studio del principio di sussidiarietà e l'analisi della disciplina dei servizi pubblici locali.

In primo luogo si è approfondito il termine giuridico "principio di sussidiarietà". Si è analizzato lo sviluppo di tale principio nella storia, dai suoi primi utilizzi - tale formulazione lessicale trova la sua origine storica nel 1931, mediante l'enciclica *Quadragesimo Anno* di Pio XI -, sino alla codificazione positivista datane dalla Costituzione italiana.

Successivamente l'approfondimento si è focalizzato dapprima sui primi riferimenti normativi del concetto di sussidiarietà orizzontale e sui lavori dell'assemblea costituente in materia; si è poi analizzata l'interpretazione data da dottrina e giurisprudenza, amministrativa e contabile, circa il concetto e l'applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale.

Si è quindi proceduto ad analizzare l'articolo 118 della Costituzione quale strumento giuridico-costituzionale necessario ad una più efficace applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale nella disciplina dei servizi pubblici locali.

Il principio di sussidiarietà, infatti, trova testuale menzione all'interno della Costituzione italiana negli artt. 118, comma 1 e 4, e 120, comma 2, a seguito della novella costituzionale di cui agli artt. 4 e 6 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3; mentre gli artt. 118, comma 1, e 120, comma 2, Cost. si riferiscono, chiaramente, al principio di sussidiarietà nella sua accezione verticale, l'art. 118, ultimo comma, concerne propriamente il profilo orizzontale del principio prevedendo che «*Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*».

Il percorso di ricerca, sotto questo profilo, è quindi giunto allo studio delle sentenze della Corte Costituzionale, in cui si è approfondito come la Corte non ha mai affrontato, in maniera esplicita, l'interpretazione del comma 4 dell'art. 118 della Costituzione in relazione con la disciplina dei servizi pubblici locali, e che, con la sentenza n. 24/2011, ammettendo la legittimità del referendum abrogativo dell'art. 23 bis d.lgs. n. 112/2008, ha affermato che, qualora fosse abrogato tale articolo «*ne conseguirebbe l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria*» in materia di s.p.l.

La prima parte della tesi si è conclusa con un capitolo comparatistico sulla normativa dei Lander Tedeschi in tema di sussidiarietà c.d. rinforzata.

La seconda parte della tesi dottorale ha avuto come *incipit* l'approfondimento del concetto di servizio pubblico locale e la sua evoluzione storico-giuridica. In secondo luogo, la ricerca si è concentrata sulla disciplina della gestione dei servizi pubblici locali come si è susseguita negli ultimi anni cercando di coglierne i tratti caratteristici ancorché sia stata sottoposta a continui interventi legislativi (solo negli ultimi tre anni si è assistito ad una continua modifica della disciplina che ha portato dapprima ad un referendum abrogativo, poi ad una pedissequa riproposizione del precedente dettato normativo, ed infine alla declaratoria di illegittimità da parte della Corte Costituzionale).

Nel settimo e penultimo capitolo, la ricerca si è concentra, in particolar modo, su due diverse prospettive per individuare e definire la disciplina dei servizi pubblici locali: a) la prima prospettiva è rinvenibile nell'analisi degli articoli dell'ordinamento italiano, non toccati dalla declaratoria di illegittimità costituzionale per mezzo della sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012; b) la seconda si è concentrata sullo studio della disciplina dell'ordinamento unionista in tema di servizi pubblici locali (*rectius* Servizi di Interesse Economico Generale - SIEG).

L'ultima parte della tesi ha inteso sintetizzare quanto precedentemente analizzato al fine di riunire ed offrire una visione chiara e completa della tesi sostenuta: una sostenibile interpretazione dell'applicazione del principio di sussidiarietà alla disciplina dei servizi pubblici locali.

ABSTRACT (INGLESE)

The research focused on the application of the principle of horizontal subsidiarity and management of local public services. The thesis has developed two parallel lines: the study of the principle of subsidiarity and the analysis of the regulation of local public services.

First I studied the legal term of "principle of subsidiarity". I analyzed the development of this principle in history, from its first use - the lexical formulation finds its historical origin in 1931, by the Encyclical of Pius XI, *Quadragesimo Anno* - until the positivistic codification given by the Italian Constitution.

Subsequently I focused on the first legal references of the concept of horizontal subsidiarity and the work of the Constituent Assembly; then I analyzed the interpretation given by doctrine and jurisprudence about the concept and application of the principle of horizontal subsidiarity; in particular, the study addressed the pronouncements of the administrative courts.

I proceeded to analyze the article 118 of the Constitution as a legal instrument-constitutional need for a more effective application of the principle of horizontal subsidiarity in the regulation of local public services.

The principle of subsidiarity, in fact, is textual mentioned in the Italian Constitution in Articles 118, paragraph 1 and 4, and 120, paragraph 2; while Articles 118, paragraph 1, and 120, paragraph 2 of the Constitution, refer the principle of subsidiarity in vertical sense, the last paragraph of 118, concerns properly the horizontal profile of the principle, providing that *"the State, regions, metropolitan cities, provinces and municipalities shall promote the autonomous initiatives of citizens, individually and in combination, for the performance of activities of general interest, based on the principle subsidiarity"*.

The search come to the study of the judgments of the Constitutional Court, which has deepened as the Court has never faced explicitly the interpretation of paragraph 4 of Art. 118 of the Constitution in connection with the regulation of local public services, and that the sentence no. 24/2011, acknowledging the legitimacy of the referendum to repeal art. 23 *bis* of Legislative Decree no. 112/2008, has said that, if it were repealed that provision *"would follow the immediate application of Community legislation in the Italian"* regarding local public services.

The first part of the thesis concluded with a chapter on comparative law of the German Lander on the subject of subsidiarity cd reinforced.

Important was the deepening of the judgment of the Constitutional Court of Rhineland-Palatinate (RhPhVerGH 28.3.2000), in which, by stating that the aim pursued by the legislature of the Land is based on an objective and fair assessment of public, has been ruled unconstitutional a provision of subsidiarity that has.

The second part of the doctoral thesis had an *incipit* deepening the concept of local public service and its historical evolution. Second, the research has focused on the regulation of the management of local public services as developed in recent years (only in the last three years there was a continuous modification of the discipline).

In the seventh chapter, the research has focused, in particular, on two different perspectives to identify the discipline of local public services: a) the analysis of the articles of the Italian, not touched the declaration of unconstitutionality by Constitutional Court no. 199/2012; b) the law of local public services (or rather Services of General Economic Interest - SGEI).

The last part of the thesis has sought to synthesize than previously analyzed in order to bring together and provide a clear and comprehensive view of the argument: a sustainable interpretation of the principle of subsidiarity to the discipline of local public services.

INTRODUZIONE

0.1 Scopo della tesi; 0.2 Metodologia argomentativa; 0.3 Risultati attesi

0.1 Scopo della tesi

Le ragioni di una ricerca dottorale, che pone in relazione il principio di sussidiarietà orizzontale con la gestione dei servizi pubblici locali, vanno rinvenute in un duplice ordine di fattori.

La prima ragione è necessariamente legata al carattere scientifico della ricerca che si appresta ad esporre; infatti è risaputo che sui singoli temi oggetto di tesi, ovvero il principio di sussidiarietà orizzontale, da un lato, e la disciplina dei servizi pubblici locali, dall'altro, i commentatori hanno scritto fiumi d'inchiostro al fine di dirimere le questioni che di volta in volta si frapponivano ad una compiuta ricostruzione delle relative discipline; ciò nonostante, dottrina e giurisprudenza, poche volte hanno inteso intrecciare le due discipline benché, come si specificherà, sussistano evidenze di uno sviluppo applicativo in tale direzione. Ecco, dunque, la motivazione per un neofita della ricerca: uno spazio il cui tentativo ha come obiettivo la ricostruzione delle due discipline con un unico filo conduttore, quello della loro possibile stretta relazione.

La seconda ragione risiede nel fatto che, nell'attuale situazione economica, si avverte come non rinviabile l'esigenza di azioni concrete dirette a favorire politiche di sviluppo di interi settori economici. In particolare il settore dei servizi pubblici locali ben può essere visto come un indicatore cruciale dello stato di benessere di un Paese, caratterizzato, in astratto, dalla sua capacità di fornire, ai cittadini, un elevato livello di qualità della vita e, alle imprese, la possibilità di essere competitive a livello internazionale.

In questo campo, numerosi studi evidenziano notevoli ritardi dell'Italia nel confronto internazionale e ampi divari territoriali, misurati in termini sia di qualità e di efficienza sia, soprattutto, di efficacia.

Mercati efficienti dei servizi pubblici locali possono non solo migliorare la qualità offerta, ma anche avere ricadute positive sulla competitività e lo sviluppo dei sistemi economici locali; inoltre, per alcuni di questi servizi (e.g.: servizio idrico, trasporto pubblico) il grado di efficienza, unitamente alla spesa pubblica per questi erogata, svolge un ruolo rilevante nel determinare la produttività aggregata e la crescita del prodotto pro capite.

Come affermato nel documento "Agenda possibile", *"si tratta di settori con un forte andamento anticiclico che potrebbero, soprattutto in un momento di crisi, attrarre investimenti privati. Una simile prospettiva va necessariamente armonizzata con l'esigenza che l'ingresso di privati non porti pregiudizio ai fondamentali diritti che sono tutelati tramite l'erogazione del servizio stesso e con il fatto che tali servizi utilizzano comunque dei beni comuni (come l'acqua)"*¹.

Proprio su tale rapporto interviene la relazione con il principio di sussidiarietà orizzontale che condurrebbe, attraverso la caratteristica intrinseca del criterio preferenziale, ad affidare tali servizi a privati allorché sussista una stretta correlazione tra capacità di gestione ed effettivo raggiungimento del bene comune sottostante all'espletamento del servizio stesso.

Il titolo scelto è stato quindi *"Principio di sussidiarietà orizzontale e gestione dei servizi pubblici locali"*.

L'originalità e lo scopo della tesi si sostanzia, dunque, nel fatto che, allo stato, non è rintracciabile un orientamento concorde sia della dottrina che della giurisprudenza (sia costituzionale che amministrativa), sulla diretta ed effettiva applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale, esplicitamente codificato all'art. 118, c. 4 della Costituzione, nella disciplina della gestione dei servizi pubblici locali; la tesi si prefigge, quindi, l'obiettivo di fornire una interpretazione

¹ Agenda Possibile, Relazione del Gruppo di lavoro in materia economica-sociale ed europea, istituito il 30 marzo 2013 dal Presidente della Repubblica e composto da F. BUBBICO, G. GIORGETTI, E. GIOVANNINI, E. MOAVERO MILANESI, G. PITRUZZELLA e S. ROSSI.

a favore dell'applicabilità del principio di sussidiarietà orizzontale nella gestione dei servizi pubblici locali.

A tal fine la ricerca poggia le sue basi sull'approfondimento e la valorizzazione di un principio posto dalla Costituzione Italiana e fondamentale per strutturare il nostro sistema interno, quello del principio di sussidiarietà orizzontale, più volte richiamato e citato dal legislatore e dai commentatori, ma che non sempre ha trovato spazio, laddove invece sarebbe stato necessario, nelle politiche legislative.

La tesi si pone altresì come obiettivo secondario quello di offrire un quadro normativo e giurisprudenziale (nazionale e comunitario) della complessa e tormentata vicenda della disciplina dei servizi pubblici locali; ciò in ragione del susseguirsi delle recenti modificazioni che nell'ultimo decennio hanno pervaso tale materia, offrendo altresì spunti interpretativi per una ricostruzione ragionata e quanto più completa possibile della stessa.

0.2 Metodologia argomentativa

Come detto, la tesi verte sull'applicazione del principio di sussidiarietà, nello specifico quella orizzontale, nell'affidamento e nella gestione dei servizi pubblici locali. Si è proceduto sviluppando lo studio su due direttrici fondamentali: la prima relativa allo studio del principio di sussidiarietà, mentre la seconda inerente l'analisi della disciplina dei servizi pubblici locali.

Il Principio di sussidiarietà

In primo luogo si è approfondito il termine giuridico "principio di sussidiarietà". Si è analizzato lo sviluppo di tale principio nella storia, dai suoi primi utilizzi, laddove tale formulazione lessicale trova la sua origine storica nel 1931, mediante l'enciclica *Quadragesimo Anno* di Pio XI, sino alla codificazione positivista datata dalla Costituzione italiana.

Con la locuzione principio di sussidiarietà, si intende *“quel criterio 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”*² (deve) *“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”*³. Questo criterio risponde, nel corso della teoria politica contemporanea al tentativo di molteplice matrice (socialista-liberale, personalista e cattolica) di promuovere il valore della centralità della persona umana o a quello liberale-liberista di promuovere la libertà dell’individuo nell’ambito dell’ordinamento sociale e politico⁴.

Se si dà il peso dovuto a tutto ciò, *“non ci si può sottrarre ad una domanda, che è, poi, la domanda centrale: perché la preferenza per il livello più vicino? Che qualità, esibita dal livello più vicino, ne giustifica la preferenza rispetto ai livelli più lontani? Si tratta di una domanda alla quale non è agevole dare una risposta unitaria. Per la ragione che il principio di sussidiarietà non ha un solo padre. Ed è proprio questa pluralità di ascendenze a spiegarne la capacità di adattamento a situazioni diverse”*⁵.

Si è quindi proceduto ad analizzare l’articolo 118 della Costituzione quale strumento giuridico-costituzionale necessario ad una più efficace applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale nella disciplina dei servizi pubblici locali.

Il principio di sussidiarietà, infatti, trova testuale menzione all’interno della Costituzione italiana negli artt. 118, comma 1 e 4, e 120, comma 2, a seguito della

² T.E. FROSINI, *Estratti dalla voce “Sussidiarietà”, in Enciclopedia del Diritto, Annali della casa editrice Giuffrè, su www.ildenaro.it, 2009, p. 1.*

³ *Ibidem.*

⁴ T. VISIONE, *Principio di sussidiarietà nell’esperienza federale tedesca – Storia, idea e possibili sviluppi, in www.federalist.eu, Anno LII, 2010, n. 1, p. 58.*

⁵ A. D’ATENA, *Prospettive della sussidiarietà, in sussidiarietà orizzontale e verticale: profili fiscali, a cura di AA.VV., in Ricerche e Pubblicazioni IReR, 2010.*

novella costituzionale di cui agli artt. 4 e 6 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3; mentre gli artt. 118, comma 1, e 120, comma 2, Cost. si riferiscono, chiaramente, al principio di sussidiarietà nella sua accezione verticale (vale a dire all'assetto dei rapporti interni tra diverse istituzioni di governo), l'art. 118, ultimo comma, concerne propriamente il profilo orizzontale del principio, prevedendo che «*Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*».

Il percorso di ricerca, sotto questo profilo, è quindi giunto allo studio delle sentenze della Corte Costituzionale, da cui è emerso come la stessa non abbia mai affrontato, in maniera esplicita, l'interpretazione del comma 4 dell'art. 118 della Costituzione in relazione con la disciplina dei servizi pubblici locali, e che, con la sentenza n. 24/2011, ammettendo la legittimità del referendum abrogativo dell'art. 23bis, d.lgs. n. 112/2008, ha affermato che, qualora fosse abrogato tale articolo, «*ne conseguirebbe l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria*» in materia di s.p.l..

I Servizi Pubblici Locali

In secondo luogo, la ricerca si è concentrata nell'utilizzo e nell'approccio che legislatore, dottrina e giurisprudenza (costituzionale ed amministrativa) hanno avuto nei confronti della disciplina dei servizi pubblici locali; dalla prima codificazione risalente agli inizi del 1900, sino alla disciplina specifica delle società *in house* e delle società miste.

Negli ultimi anni, la disciplina sulla gestione dei servizi pubblici locali, è stata sottoposta a continui interventi legislativi; solo negli ultimi quattro anni si è assistito ad una continua modifica della disciplina: con la manovra estiva del ferragosto del 2011 è stato emanato l'articolo 4 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito in legge 14 settembre 2011, n. 148 come modificato dalla legge 12 novembre 2011, n. 183, entrata in vigore dal 1° gennaio 2012; l'art. 4 del d.l. n.

138/2011 è stato modificato ulteriormente dal decreto legge del 24 gennaio 2012, n. 1. Tale articolo ha disciplinato il settore dei servizi pubblici locali sino alla dichiarazione di illegittimità costituzionale intervenuta a seguito della sentenza n. 199 da parte della Corte Costituzionale, del 20 luglio 2012.

Come già accennato in precedenza, l'originalità della tesi consiste nell'affermazione dell'effettiva e diretta applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale, codificato all'art. 118, c. 4 della Costituzione, nella disciplina inerente la gestione dei servizi pubblici locali.

La ricerca si inserisce, infatti, all'interno di un ampio, e tuttora irrisolto, dibattito dottrinale circa il rapporto tra agire pubblico e agire privato, laddove, da parte di taluni, si è affermato che tali ambiti siano caratterizzati da una dicotomia insanabile; la tesi, invece, abbraccia l'idea che il principio di sussidiarietà orizzontale possa esprimere un'armonica confluenza della società nello Stato, fondandosi su di un concetto relazionale di autonomia, che accomuna tutti i soggetti, tanto pubblici quanto privati, nel perseguimento dell'interesse generale, superando così questo apparente conflitto.

In tale contesto, chiarezza e stabilità delle regole che disciplinano i servizi pubblici locali costituirebbero un prezioso alleato per lo sviluppo del settore contribuendo così ad aumentare la crescita, suscitare nuova domanda interna tramite nuovi investimenti e occupazione, generare una maggiore produttività, promuovere l'innovazione ed aumentare l'attrattività degli investimenti in Italia.

La revisione della disciplina dei servizi pubblici locali risulta quindi presupposto ineludibile per incrementare il livello complessivo della qualità dell'azione pubblica, oltre a costituire un fattore essenziale per supportare un contesto imprenditoriale favorevole, promuovere l'efficienza delle gestioni⁶.

⁶ Numerosi studi teorici ed empirici, tra cui quelli realizzati da alcune delle principali organizzazioni internazionali (più volte messo in luce anche dall'OCSE, come ad esempio nella relazione "*The OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis (1997)*" o in uno studio del Fondo Monetario Internazionale IMF, *When leaner isn't meaner: Measuring Benefits and Spillovers of Greater Competition in Europe (2003)*) dimostrano la diretta connessione tra qualità della regolamentazione

0.3 Risultati attesi

Nel complesso alcuni importanti profili di originalità della tesi, come contributo alla ricerca della dottrina giuridica, possono essere così riassunti:

- a) studio del principio di sussidiarietà orizzontale rivolto non esclusivamente alle attività di interesse generale non economiche, bensì nei confronti di quelle economiche (come i s.p.l.);
- b) valorizzazione del principio costituzionale statuito all'art. 118, c. 4, ai fini di una sua diretta applicazione nella normativa italiana della disciplina dei s.p.l., supportata da uno studio comparato, quale quella relativa ai Länder tedeschi;
- c) ricostruzione sistematica della disciplina dei s.p.l., con particolare attenzione alla normativa comunitaria in tema di S.I.E.G., alla disciplina relativa alle società pubbliche e alle diverse definizioni di servizio pubblico;
- d) in conclusione la possibilità di sostenere l'applicazione del principio di sussidiarietà in via diretta ed "*a monte*" nella gestione e nell'affidamento dei servizi pubblici locali.

e apertura dei mercati e sviluppo economico anche in settori diversi da quelli interessati dai processi di liberalizzazione.

PARTE PRIMA

CAPITOLO I

Il principio di sussidiarietà

1.1 Origini del principio di sussidiarietà; 1.2 La prima formulazione del principio di sussidiarietà; 1.3 Diversi significati del principio di sussidiarietà; 1.4 Cenni brevi sul principio di sussidiarietà verticale; 1.5 Il principio di sussidiarietà orizzontale

1.1 Origini del principio di sussidiarietà

Il principio di sussidiarietà viene enunciato in termini astratti come principio di organizzazione sociale solamente in tempi piuttosto recenti. L'esigenza, infatti, di regolare i rapporti sociali in base a detto principio emerge inizialmente a livello di dibattito comunitario e compare, per la prima volta, sia nella costituzione federale tedesca⁷ a seguito della recente revisione di quest'ultima, approvata in concomitanza con la ratifica del trattato di Maastricht, e all'interno del Trattato stesso il cui articolo 3B (ora trasfuso nell'articolo 5 del Trattato Istitutivo dell'UE) ha espressamente riconosciuto il principio di sussidiarietà⁸.

Per l'introduzione *expressis verbis* del principio in questione nell'ordinamento italiano occorre invece attendere l'emanazione della legge c.d. "Bassanini" del 15

⁷ L'art. 23 della Legge fondamentale Tedesca afferma che "per la realizzazione di un'Europa unita la Repubblica federale di Germania collabora allo sviluppo dell'Unione Europea che è fedele ai principi federativi, sociali, dello Stato di diritto e democratico **nonché al principio di sussidiarietà** e che garantisce una tutela dei diritti fondamentali sostanzialmente paragonabile a quella della presente Legge fondamentale".

⁸ Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992, poi trasfuso nell'art. 5 Trattato CE e ora art. 5 Trattato UE; secondo cui "In virtù del **principio di sussidiarietà**, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione".

marzo 1997, n. 59, dove ci si riferisce ad esso come criterio di allocazione delle funzioni per cui *“i compiti di governo debbono essere svolti da quello, tra tutti i livelli di potere astrattamente idonei, più vicino al cittadino”*⁹. Intesa in questo senso, la sussidiarietà implica che il livello di governo superiore possa intervenire solo nel caso di incapacità o insufficienza del livello inferiore in un determinato settore.

Tale principio è stato successivamente costituzionalizzato mediante la modifica del Titolo V della Costituzione, essendo ora affermato nell’art. 118¹⁰ della Costituzione; più avanti si analizzerà nel dettaglio il dettato costituzionale, mentre ora preme accennare come il principio di sussidiarietà, pur trovandosi esplicitamente codificato solo da alcuni decenni, ha origini ben più antiche.

Il principio di sussidiarietà da sempre è stato richiamato e proposto – seppur non nella dizione che oggi utilizziamo – sin dalle epoche antiche; dal tempo dei greci la filosofia politica, inerente i problemi della *polis*, si è posta il problema del rapporto *“esistente tra polis, intesa come dimensione della vita pubblica, e oikos, intesa come organizzazione delegata alla cura degli interessi privati e tradizionalmente tributata di un largo grado di autonomia”*¹¹.

Chi di più si avvicinò a concepire un principio di sussidiarietà *“ante litteram”* del principio di sussidiarietà fu Aristotele, il quale aveva *“riservato uno spazio di operatività a tutte le istituzioni espressive del pluralismo sociale e all’oikos in*

⁹ G. D’AGNOLO, *La sussidiarietà nell’Unione Europea*, Cedam, 1998, p. 4.

¹⁰ L’art. 118 Cost. stabilisce che *“Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l’esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. [...] Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà”*.

¹¹ F. VECCHIO, *Declinazioni Costituzionali del principio di sussidiarietà*, I paper Forum dei Quaderni Costituzionali, in www.forumcostituzionale.it; con alcune variazioni il saggio è compreso anche in C. MAGNANI (a cura di), *Beni pubblici e servizi sociali in tempi di sussidiarietà*, G. Giappichelli Editore, 2007.

particolare"¹². Aristotele considera «l'individuo come il fulcro del sistema politico e per questo lo Stato, la polis, deve agire in funzione del suo bene»¹³. Ruolo del potere pubblico è dunque, per il filosofo greco, quello di garantire la libertà, mentre ogni articolazione della società civile deve rispondere ai bisogni insoddisfatti della sfera immediatamente inferiore; tuttavia le funzioni svolte dai diversi gruppi non si confondono, ma si sovrappongono muovendosi nel rispetto della sfera di competenza propria degli altri¹⁴.

È, però, solo nel medioevo che si può assistere ad una maggiore apertura nei confronti dell'autonomia individuale, grazie agli studi di San Tommaso d'Aquino e alla concezione cristiana del concetto di persona e di corpi intermedi.

La filosofia tomista, mettendo al centro del proprio pensiero l'irriducibilità della persona umana, affermò che chi deteneva il potere politico era legittimato solo nella misura in cui avesse aiutato la persona nella realizzazione degli obiettivi che il singolo non era capace di svolgere autonomamente; il potere politico aveva il compito di "*correggere, [solo] se trova qualcosa in disordine; supplire se ci sono mancanze; perfezionare se qualcosa di meglio può essere fatto*"¹⁵.

Per San Tommaso dunque il principio di sussidiarietà deve essere concepito come elemento indispensabile alla concreta realizzazione del bene comune: è il risultato di una pluralità di apporti (da parte dei singoli, ma anche delle formazioni sociali e dei pubblici poteri) in un contesto non conflittuale nel cui ambito è offerta alla persona la possibilità di svilupparsi; infatti, soltanto il

¹² F. VECCHIO, *Declinazioni Costituzionali del principio di sussidiarietà*, op. cit.

¹³ G. D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'Unione Europea*, op. cit.; si veda ARISTOTELE, *Politica*, III, 16, 1287, a 20-25; III, 14, 1285; I, 2, 1252b10, e ss.

¹⁴ P. DURET, *La sussidiarietà orizzontale: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, p. 97.

¹⁵ T. D'AQUINO, *De Regno*, Editori di San Tommaso, Roma, 1979.

desiderio di indipendenza¹⁶ riflesso nelle autonome azioni umane conduce allo sviluppo delle capacità e, conseguentemente, della personalità dell'individuo.

In conclusione San Tommaso ritiene che *“non lasciare alle creature la facoltà di agire secondo il modo della loro natura sarebbe opposto al senso del governo divino”*¹⁷.

Occorre attendere la teorie liberiste che, poste in contrasto con le politiche assolutistiche dei regnanti dell'epoca, diedero un'importanza centrale all'individuo per la realizzazione dei suoi bisogni; si affermava così una realtà sociale costituita solo dallo Stato e dall'individuo, posti in evidente antitesi tra di essi – nessuno spazio era lasciato a gruppi, associazioni e organizzazioni sociali –; in tale visione, la sussidiarietà era vista come strumento di contrapposizione nei confronti della visione comunitaria della società, in cui tradizionalmente i corpi intermedi agivano come intermediari tra individuo e Stato.

Si affermò così la cosiddetta sussidiarietà negativa; in particolar modo è nel pensiero di Althusius che il principio di sussidiarietà è implicitamente presente nella definizione della sovranità: essa dovrebbe spettare di diritto al popolo in quanto gruppo di individui liberi e responsabili dotati di autonoma capacità di agire¹⁸. In questa visione l'intervento dello Stato è legittimato dall'esigenza di sicurezza: il potere pubblico si inserisce con la funzione di garante del benessere creato dal popolo, il quale non ha la capacità di difendere la propria libertà in

¹⁶ T. D'AQUINO, *Summa teologica*, I, II, qu. 21, art. 4, secondo cui la persona umana può essere intesa come un *“mondo contenente atti e fini con desiderio di indipendenza”*.

¹⁷ *Ibidem*, III, cap. 2.

¹⁸ In particolare G. ALTHUSIUS, *La politica. Elaborata organicamente con metodo e illustrata con esempi sacri e profani* (titolo originale: *Politica methodice digesta Atque Exemplis Sacris et Profanis Illustrata*, 1603), (a cura di) C. MALANDRINO, F. INGRAVILLE, M. POVERO, Claudiana, 2009, il quale afferma che, *“se gli attori sociali si sottraggono al compito della solidarietà, si privano essi stessi di una parte della loro capacità di azione, lasciando spazio ad uno sviluppo abusivo dell'autorità superiore”*.

mancanza di un giudice imparziale che definisca le controversie fra gli individui¹⁹.

Anche se questa impostazione venne successivamente ripresa da molti altri studiosi, tra i quali spiccano Locke, Hegel, Tocqueville e von Humboldt, Althusius fu il primo a teorizzare il concetto di contratto sociale: il popolo affida allo Stato la funzione giurisdizionale in cambio di protezione da aggressioni esterne che potrebbero minarne la libertà.

Da ultimo, pare opportuno sottolineare, come anche la variante americana del liberalismo, sviluppò un proprio concetto di sussidiarietà legato principalmente alle teorie di Stato minimo²⁰; è infatti Thomas Jefferson che sintetizza tale principio richiamando il “mito” dell’amministrazione della fattoria come esempio di buongoverno, fondato sull’attribuzione a ciascuno della “*direzione di ciò che il suo occhio riesce a sorvegliare direttamente*” e della delega dei soli poteri posti “*al di là delle sole capacità del singolo*”²¹.

1.2 La prima formulazione del principio di sussidiarietà

¹⁹ In questo caso il filosofo tedesco propone il principio di sussidiarietà nella sua valenza positiva e cioè prevede un intervento dello Stato a sostegno dell’attività dei corpi sociali. Si veda altresì G. ALTHUSIUS, *Politica methodice digesta, op. cit.*, 9,1, laddove Althusius afferma che ogni gruppo tende all’autosufficienza nel senso della perfezione dell’essere, ma non ne ha in realtà i mezzi ed è per questo che ritiene necessario l’intervento di uno Stato inteso come “*una comunità pubblica universale per la quale più città e province si obbligano a possedere, costituire, esercitare e difendere la sovranità mediante la mutua comunicazione di cose e di opere e con forze e a spese comuni*”.

²⁰ In realtà il rapporto con il concetto di “Stato minimo” avviene solo ai suoi primordi, in quanto l’assetto si modifica sensibilmente con la crescita dell’apparato industriale con il consolidarsi di politiche sociali di stampo federale, nel periodo del *New Deal*. Per un approfondimento puntuale sul tema si veda: P. DURET, *La sussidiarietà “orizzontale”: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus – Rivista di scienze giuridiche*, anno XLVII, n. 1, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano 2000, p. 96.

²¹ Il richiamo e la citazione sono di A. D’ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1, 2001.

La prima formulazione esplicita, e concettualmente completa, del principio di sussidiarietà si ha con l'enciclica *Quadragesimo Anno*, promulgata il 15 maggio 1931 da Papa Pio XI inerente la questione della «*restaurazione dell'ordine sociale secondo il Vangelo*», nella ricorrenza del quarantesimo anniversario della *Rerum Novarum*.

Come è stato sottolineato tale enciclica si originò “*proprio nel momento in cui si attuavano i principî ereditati dalla Rivoluzione francese, [...] dalla necessità di formalizzare in un principio ad hoc una concezione della società che si pretendeva descrivere come corrispondente a un ordine naturale superiore, ma che in realtà si voleva prescrivere proprio perché non più corrispondente alla realtà che si andava affermando*”²².

Già nel 1891, Leone XIII nell'enciclica *Rerum Novarum*, partendo dal principio di solidarietà, vedeva l'intervento attivo dello Stato, nel caso in cui la comunità non riuscisse a rispondere autonomamente ai propri bisogni, come uno strumento di riequilibrio sociale abbozzando così il principio di sussidiarietà²³.

È però solo con Pio XI che venne coniato esplicitamente il principio di sussidiarietà: «*È vero certamente e ben dimostrato dalla storia, che, per la mutazione delle circostanze, molte cose non si possono più compiere se non da grandi associazioni, laddove prima si eseguivano anche dalle piccole. Ma deve tuttavia restare saldo il principio importantissimo nella filosofia sociale [in philosophia sociali gravissimum illud principium]: che come è illecito togliere agli individui ciò che essi possono compiere con le forze e l'industria propria per affidarlo alla comunità, così è ingiusto rimettere ad una maggiore e più alta società quello che dalle minori e inferiori comunità si può fare. Ed è questo insieme un grave danno e uno sconvolgimento del retto ordine della società; perché l'oggetto naturale di qualsiasi*

²² I. MASSA PINTO, *Sussidiarietà (principio di): origini nel diritto della Chiesa Cattolica*, in www.dircost.unito.it.

²³ LEONE XIII, *Rerum Novarum*, 1891, par. B1, “*I quali fini sono determinati dalla causa medesima che esige l'intervento dello Stato; e ciò significa che le leggi non devono andare al di là di ciò che richiede il riparo dei mali o la rimozione del pericolo. I diritti vanno debitamente protetti in chiunque li possieda e il pubblico potere deve assicurare a ciascuno il suo, con impedirne o punirne le violazioni*”.

intervento della società stessa è quello di aiutare in maniera suppletiva [subsidiium afferre] le membra del corpo sociale, non già distruggerle ed assorbirle»²⁴.

Una corretta applicazione di tale principio esige che «*l'autorità suprema dello Stato rimetta ad associazioni minori ed inferiori il disbrigo degli affari e delle cure di minor momento, dalle quali essa del resto sarebbe più che mai distratta; ed allora essa potrà eseguire con più libertà, con più forza ed efficacia le parti che a lei sola spettano, perché essa sola può compierle; di direzione cioè, di vigilanza, di incitamento, di repressione, a seconda dei casi e delle necessità»²⁵.*

Il Papa concluse invitando gli uomini di governo a persuadersi che «*quanto più perfettamente sarà mantenuto l'ordine gerarchico tra le diverse associazioni, conforme al principio della funzione suppletiva (sussidiaria) dell'attività sociale [subsidiarii officii principio], tanto più forte riuscirà l'autorità e la potenza sociale e perciò anche più felice e più prospera la condizione dello Stato stesso»²⁶.*

Pare opportuno sottolineare che nella Dottrina sociale della Chiesa la famiglia viene esplicitamente definita come la “*prima società naturale*” e riconosciuta titolare di diritti propri ed originari, sviluppando un preciso modello socio-economico “*caratterizzato dal tentativo di trovare una “terza via” per la gestione dei conflitti sociali: un rifiuto sia delle politiche liberiste di laissez faire, sia delle formule dell'autoritarismo politico di destra e di sinistra*”²⁷.

Lo Stato diventa quindi sussidiario perché è una organizzazione artificiale, logicamente e naturalmente secondaria rispetto alle associazioni naturali²⁸.

²⁴ PIO XI, *Enciclica Quadragesimo Anno*, in *www.vatican.va*, 1931.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ F. VECCHIO, *Declinazioni Costituzionali del principio di sussidiarietà*, *op. cit.*

²⁸ I. MASSA PINTO, *sussidiarietà (principio di): origini nel diritto della Chiesa Cattolica*, *op. cit.*

La riflessione filosofica della Chiesa sul principio di sussidiarietà non si esaurisce tuttavia nella Quadragesimo Anno. Tale concetto viene infatti più volte ripreso: nel 1946 da Pio XII, il quale auspica un'applicazione della sussidiarietà anche all'interno della stessa comunità ecclesiastica, nel 1961 da Giovanni XXIII, che nell'enciclica *Mater et Magistra* propone un'applicazione della sussidiarietà anche al campo economico²⁹, e nel 1991 da Giovanni Paolo II, che nell'enciclica *Centesimus Annus* (che celebra il centesimo anniversario della *Rerum Novarum*) recita testualmente: «*se Leone XIII si appella allo Stato per rimediare secondo giustizia alla condizione dei poveri, lo fa anche perché riconosce opportunamente che lo Stato ha il compito di sovrintendere al bene comune e di curare che ogni settore della vita sociale, non escluso quello economico, contribuisca a promuoverlo, pur nel rispetto della giusta autonomia di ciascuno di essi. **Ciò, però, non deve far pensare che per Papa Leone ogni soluzione della questione sociale debba venire dallo Stato.** Al contrario, egli insiste più volte sui necessari limiti dell'intervento dello Stato e sul suo carattere*

²⁹ GIOVANNI XXIII, *Enciclica Mater et Magistra*, Roma, in www.vatican.va, 1961, secondo cui: «vero è che oggi gli sviluppi delle conoscenze scientifiche e delle tecniche produttive offrono ai poteri pubblici maggiori possibilità concrete di ridurre gli squilibri tra i diversi settori produttivi, tra le diverse zone all'interno delle comunità politiche e tra diversi paesi su piano mondiale; come pure di contenere le oscillazioni nell'avvicinarsi delle situazioni economiche e di fronteggiare con prospettive di risultati positivi i fenomeni di disoccupazione massiva. Conseguentemente i poteri pubblici, responsabili del bene comune, non possono non sentirsi impegnati a svolgere in campo economico una azione multiforme, più vasta, più organica; come pure ad adeguarsi a tale scopo nelle strutture, nelle competenze, nei mezzi e nei metodi. **Ma deve essere sempre riaffermato il principio che la presenza dello Stato in campo economico, anche se ampia e penetrante, non va attuata per ridurre sempre più la sfera di libertà dell'iniziativa personale dei singoli cittadini, ma anzi per garantire a quella sfera la maggiore ampiezza possibile nell'effettiva tutela, per tutti e per ciascuno, dei diritti essenziali della persona;** fra i quali è da ritenersi il diritto che le singole persone hanno di essere e di rimanere normalmente le prime responsabili del proprio mantenimento e di quello della propria famiglia; il che implica che nei sistemi economici sia consentito e facilitato il libero svolgimento delle attività produttive. Del resto lo stesso evolversi storico mette in rilievo ognora più chiaro che non si può avere una convivenza ordinata e feconda senza l'apporto in campo economico sia dei singoli cittadini che dei poteri pubblici; apporto simultaneo, concordemente realizzato, secondo proporzioni rispondenti alle esigenze del bene comune nelle mutevoli situazioni e vicende umane. L'esperienza infatti attesta che dove manca l'iniziativa personale dei singoli vi è tirannide politica; ma vi è pure ristagno dei settori economici diretti a produrre soprattutto la gamma indefinita dei beni di consumo e di servizi che hanno attinenza, oltre che ai bisogni materiali, alle esigenze dello spirito: beni e servizi che impegnano, in modo speciale, la creatrice genialità dei singoli. Mentre dove manca o fa difetto la doverosa opera dello Stato, vi è disordine insanabile, sfruttamento dei deboli da parte dei forti meno scrupolosi, che attecchiscono in ogni terra e in ogni tempo, come il loglio tra il grano».

strumentale, giacché l'individuo, la famiglia e la società gli sono anteriori ed esso esiste per tutelare i diritti dell'uno e delle altre, e non già per soffocarli»³⁰.

Ma è solo con il magistero di Papa Benedetto XVI che la Chiesa compie un deciso passo in avanti nel superamento del rischio dicotomico presente nell'affermazione del principio di sussidiarietà da parte di Pio XI.

In particolar modo è nell'enciclica *Caritas in veritate* che si possono rinvenire elementi di novità tali da indurre a ritenere che Benedetto XVI abbia gettato le basi per una "nuova" sussidiarietà³¹.

Ciò che occorre sottolineare è come il principio di sussidiarietà sia nato in aperta contrapposizione con lo Stato liberale ottocentesco, mentre Benedetto XVI

³⁰ GIOVANNI PAOLO II, enciclica *Centesimus Annus*, in *www.vatican.va*, Roma 1991, il quale afferma «si è assistito negli ultimi anni ad un vasto ampliamento della sfera di intervento del potere pubblico, che ha portato a costituire, in qualche modo, uno Stato di tipo nuovo: lo "Stato del benessere". Questi sviluppi si sono avuti in alcuni Stati per rispondere in modo più adeguato a molte necessità e bisogni, ponendo rimedio a forme di povertà e di privazione indegne della persona umana. Non sono, però, mancati eccessi ed abusi che hanno provocato, specialmente negli anni più recenti, dure critiche allo Stato del benessere, qualificato come «Stato assistenziale». Disfunzioni e difetti nello Stato assistenziale derivano da un'inadeguata comprensione dei compiti propri dello Stato. Anche in questo ambito deve essere rispettato il principio di sussidiarietà: una società di ordine superiore non deve interferire nella vita interna di una società di ordine inferiore, privandola delle sue competenze, ma deve piuttosto sostenerla in caso di necessità ed aiutarla a coordinare la sua azione con quella delle altre componenti sociali, in vista del bene comune. Intervenendo direttamente e deresponsabilizzando la società, lo Stato assistenziale provoca la perdita di energie umane e l'aumento esagerato degli apparati pubblici, dominati da logiche burocratiche più che dalla preoccupazione di servire gli utenti, con enorme crescita delle spese. Sembra, infatti, che conosca meglio il bisogno e riesca meglio a soddisfarlo chi è ad esso più vicino e si fa prossimo al bisognoso. Si aggiunga che spesso un certo tipo di bisogni richiede una risposta che non sia solo materiale, ma che ne sappia cogliere la domanda umana più profonda. Si pensi anche alla condizione dei profughi, degli immigrati, degli anziani o dei malati ed a tutte le svariate forme che richiedono assistenza, come nel caso dei tossico-dipendenti: persone tutte che possono essere efficacemente aiutate solo da chi offre loro, oltre alle necessarie cure, un sostegno sinceramente fraterno».

³¹ G. ARENA, *La sussidiarietà nella Caritas in veritate. Una "nuova" sussidiarietà nell'enciclica di Benedetto XVI?*, in *www.atrid-online.it*, 2009.

interviene in un contesto totalmente distinto³² e per questo il principio di sussidiarietà viene presentato in termini eminentemente relazionali³³.

In conclusione si può quindi affermare che il principio di sussidiarietà è una delle basi su cui poggia la dottrina sociale della Chiesa; nonostante la sua introduzione risalga ormai a più di un secolo fa, quanto in esso contenuto è tuttavia ancora di grande attualità, come dimostra la sua recente introduzione nell'ordinamento giuridico italiano.

1.3 Diversi significati del principio di sussidiarietà

Al termine sussidiarietà non corrisponde etimologicamente nessun significato diretto rintracciabile nei vocaboli latini³⁴.

Il sostantivo *subsidium*, il cui aggettivo era *subsidiarius*, veniva utilizzato per indicare l'aiuto, il sostegno, il rimedio; mentre ai verbi *subsidiari* e *subsiedere* veniva attribuito il significato, per il primo l'essere di riserva o il venire in aiuto, mentre per il secondo mettersi a sedere, ma anche appostarsi, stare in agguato³⁵.

Più nello specifico, con l'espressione *subsidium* ci si riferiva alla solidarietà delle *provinciae* o dell'imperatore nei confronti del *supplex*. Nel gergo militare, il termine *subsidiariae cohortes* veniva utilizzato per indicare la linea di riserva che

³² Non dimentichiamo che da poco era scoppiata la bolla dei mutui *subprime* negli Stati Uniti che aveva generato il fallimento di una delle banche di investimento più importanti al mondo acutizzando la crisi economica mondiale che si è protratta sino ad oggi.

³³ G. ARENA, *La sussidiarietà nella Caritas in veritate. Una "nuova" sussidiarietà nell'enciclica di Benedetto XVI?*, op. cit.

³⁴ Sul punto si veda G. D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'Unione Europea*, CEDAM, Padova, 1998.

³⁵ E. FORCELLINI, voci *Subsidiarius*, *Subsidium*, *Subsido*, in *Lexicon totius latinitatis*, Padova, 1945.

stava dietro il fronte, impiegata durante la battaglia solo in caso di necessità, o nei casi in cui le prime truppe si trovavano in difficoltà³⁶.

La dottrina ha ritenuto che tali locuzioni potrebbero aver contribuito “a sostenere la tesi secondo la quale solo a partire da un preciso momento storico dalla radice *subsidi-* è derivata una formula lessicale impiegata nel contesto dell’organizzazione sociale, e che, in quanto tale, avrebbe la pretesa di prescrivere una altrettanto precisa concezione generale della vita associata e della forma di Stato”³⁷.

Il Grande dizionario della lingua italiana del Battaglia spiega la sussidiarietà attraverso una definizione tra le più esaustive: «*principio ideologico-istituzionale [...] secondo cui le strutture e le istituzioni politiche di livello superiore, in particolare quelle dello Stato nazionale, devono prendersi cura dei soli aspetti del bene comune cui non possono adeguatamente provvedere le strutture e istituzioni di livello inferiore (corpi sociali intermedi) come le comunità locali, le organizzazioni sindacali, del volontariato [...] e le altre organizzazioni “libere” ossia di diritto privato (associative, cooperative, imprenditoriali)*»³⁸.

Ciò premesso occorre distinguere in primo luogo le due possibili caratterizzazioni di tale principio; la sussidiarietà orizzontale e la sussidiarietà verticale.

Nel caso della sussidiarietà orizzontale³⁹, questa ha ad oggetto la relazione che si instaura tra lo Stato e i cittadini/persone; in tale caso lo Stato (o le

³⁶ O. KARRER, *La Chiesa del Vaticano II*, Vallecchi, Firenze, 1966; si veda altresì I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà, profili storici e costituzionali*, Jovene, Napoli, 2003, secondo cui il fatto che in epoca romana la radice *subsidi-* fosse utilizzata solo in ambito militare, “potrebbe contribuire a sostenere la tesi secondo la quale solo a partire da un preciso momento storico dalla radice *subsidi-* è derivata una formula lessicale impiegata nel contesto dell’organizzazione sociale, e che, in quanto tale, avrebbe la pretesa di prescrivere una altrettanto precisa concezione generale della vita associata e della forma di stato”.

³⁷ I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà, profili storici e costituzionali*, JOVENE, Napoli, 2003.

³⁸ F. OCCHETTA, *Il principio di sussidiarietà*, in *Aggiornamenti sociali*, anno 52, n. 6, p. 528, Centro studi sociali, Milano 2001.

³⁹ Sul concetto di sussidiarietà orizzontale la letteratura è vastissima. Si veda A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2002;

amministrazioni) può sostituirsi ai singoli cittadini (o a gruppi di essi) solo qualora questi ultimi non siano in grado di provvedere al raggiungimento di una determinata attività o risultato.

La sussidiarietà verticale, invece, sancisce la preferenza nei confronti delle amministrazioni più vicine al cittadino – in ordine comuni, province, regioni e per ultimo lo Stato – di quelle funzioni che tali amministrazioni sono in grado di provvedere.

Sul punto occorre precisare che, per ciò che concerne la sussidiarietà orizzontale, questa non può esplicarsi nella divisione dei poteri, e cioè ai privati

L. ANTONINI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: da Welfare State a Welfare Society*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, n. 1, 2000; L. ANTONINI, *Sulla giustiziabilità del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2002; L. AZZERA, *Il sistema delle competenze*, in *Il Foro italiano*, n. 1 2005; M. BAUDREZ, *Un principio ispiratore di riforme: la sussidiarietà in Francia, in sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto* (a cura di) A. RINELLA, L. COEN, R. SCARMIGLIA, Padova, Cedam, 1999; R. CAFARI PANICO, *Il principio di sussidiarietà e il ravvicinamento delle legislazioni nazionali*, in *Rivista di diritto europeo*, n. 1, 1994; F. CARINCI, *Il principio di sussidiarietà verticale nel sistema delle fonti*, in *ADL*, n. 6, 2006; F. CASAVOLA, *Dal federalismo alla sussidiarietà: le ragioni di un principio*, in *Il Foro italiano*, n. 4, 1996; O. CHESSA, *La sussidiarietà (verticale) come "precetto di ottimizzazione" e come criterio ordinatore*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4, 2002; A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1, 2001; A. D'ATENA, *La sussidiarietà tra valori e regole*, in *Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente*, n. 2, 2004; A. D'ATENA, *Modelli federali e sussidiarietà nel riparto di competenze tra Unione europea e Stati membri*, in *Diritto dell'Unione Europea*, n. 1, 2005; L. GIANNITI, *I Parlamenti nazionali garanti del principio di sussidiarietà*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1, 2003; F. IPPOLITO, *Sussidiarietà e armonizzazione: il caso British American Tabacco*, in *Il diritto dell'unione europea*, n. 3 2004; J. LUTHER, *Il principio di sussidiarietà: un "principio speranza" per l'ordinamento europeo?*, in *Il Foro Italiano*, n. 4, 1996; I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà nel Progetto di Trattato che istituisce una costituzione per l'Europa*, in *Diritto pubblico comparato europeo*, n. 3, 2003; C. PANZERA, *Il doppio volto della sussidiarietà*, n. 4, 2003; F. PETRANGELI, *Sussidiarietà e Parlamenti nazionali: i rischi di confusione istituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1, 2003; C. PINELLI, *Il disegno delle istituzioni politiche*, in *Il Foro italiano*, n. 1, 2005; A. RINELLA, *Il principio di sussidiarietà: definizioni, comparazioni e modello d'analisi*, in *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto* a cura di A. RINELLA, L. COEN, R. SCARMIGLIA, Padova, Cedam, 1999; S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici* in *www.federalismi.it*, 9 marzo 2006; G. STROZZI, *Il principio di sussidiarietà nel futuro dell'integrazione europea: un'incognita e molte aspettative*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comparato*, n. 1, 1993; nello specifico P. VIPIANA, *Il principio di sussidiarietà verticale*, Giuffrè, Milano, 2002, ha identificato il principio di sussidiarietà orizzontale come un "principio di ordine interno".

non può essere concesso un potere di comando nei confronti di altri privati, se non nei casi disciplinati espressamente dalla legge⁴⁰.

Inoltre il principio di sussidiarietà è presentato nella tradizionale distinzione tra aspetto negativo ed aspetto positivo; l'aspetto negativo si sostanzia nella non ingerenza dello Stato (o delle amministrazioni) nei confronti delle attività dei cittadini, mentre l'aspetto positivo afferma che lo Stato interviene qualora il cittadino o gruppi di cittadini non riescano a svolgere in maniera efficace ed adeguata le funzioni o le attività loro spettanti⁴¹.

La dottrina⁴² ha sviluppato un'ulteriore caratterizzazione del principio di sussidiarietà e cioè la distinzione tra principio di sussidiarietà sostanziale e principio di sussidiarietà procedurale; in tale suddivisione, *"nel primo caso, il soggetto competente ad esercitare una certa azione è individuato a priori; nel secondo, invece, è unicamente definito l'iter logico che si deve seguire per individuare a posteriori, e cioè in concreto, il soggetto cui spetta una determinata funzione"*⁴³.

Da ultimo, la sussidiarietà può essere vista come principio statico, inteso come criterio di predeterminazione delle competenze, o come principio dinamico, inteso, al contrario, come fattore di flessibilità nel soddisfacimento di esigenze.

La sussidiarietà *statica* esprime l'esigenza che tale principio non sia una norma sulle fonti, applicando un'attribuzione automatica e diretta delle

⁴⁰ Per un analitico approfondimento sulla differenza tra sussidiarietà orizzontale e sussidiarietà verticale nella divisione dei poteri si veda G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. Pubbl.*, n. 1, 2002.

⁴¹ E. TOSATO, *Persona, società intermedie e Stato*, Giuffrè, Milano, 1989; in altre parole, la distinzione tra aspetto negativo e positivo del principio di sussidiarietà comporta, da una parte, comporta il divieto da parte delle amministrazioni di intervento nei confronti dei cittadini, dall'altra, l'obbligo di agire qualora questi ultimi non siano in grado di esercitare specifiche funzioni.

⁴² G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, *op. cit.*

⁴³ L. CERVONE, *Principio di sussidiarietà e sistema delle fonti*, Bologna, 2006.

competenze amministrative, laddove le funzioni amministrative siano attribuite principalmente al Comune, quale ente titolare *a titolo originario* delle funzioni amministrative, e solo in secondo momento, vale a dire, quando il Comune si rilevi inadeguato o per assicurare l'esercizio unitario di determinate funzioni, *a Province, Città Metropolitane, Regioni e Stato sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza*" (art. 118, 1 comma, Cost.)⁴⁴; con questa interpretazione il principio di sussidiarietà non potrebbe essere utilizzato per introdurre deroghe all'art. 117 Cost. relativo, invece, alla ripartizione delle potestà legislative.

Concepita, invece, in senso dinamico, la sussidiarietà implica che le funzioni amministrative, assunte dallo Stato in caso di inadeguatezza del livello inferiore o per esigenze unitarie, siano anche regolate ed organizzate dalla legge statale nel rispetto del principio di legalità, così da modificare l'ordine di riparto delle competenze come stabilito all'art. 117, Cost.

1.4 Cenni brevi sul principio di sussidiarietà verticale

Come accennato in precedenza, la sussidiarietà opera in due diverse direzioni, ossia "*proiezioni geometriche*"⁴⁵, a seconda dei rapporti cui tale principio viene applicato. Si distingue, pertanto, fra sussidiarietà orizzontale (o *principio d'ordine interno*) e sussidiarietà verticale (o *principio di ordine esterno*).

Più specificamente, la sussidiarietà orizzontale ha come oggetto il rapporto intercorrente fra le *istituzioni* ed i suoi *componenti*, in base al quale l'istituzione pubblica non può sostituirsi ai singoli in ciò che questi riescono a compiere da soli o associandosi fra loro⁴⁶. Intesa, invece, come principio d'ordine esterno, la

⁴⁴ A. CORPACI, *Revisione del Titolo V e sistema amministrativo*, in *Le Regioni*, Bologna, n. 5, 2001.

⁴⁵ P. VIPIANA, *Il principio di sussidiarietà verticale*, *op. cit.*

⁴⁶ E. TOSATO, *Persona, società intermedie e Stato*, *op. cit.*

sussidiarietà regola i rapporti tra le *istituzioni pubbliche maggiori* e quelle *minori*; per questo le prime non possono svolgere funzioni che le seconde sono in grado di compiere autonomamente.

Il principio di sussidiarietà verticale non concerne, però, solamente il rapporto fra i pubblici poteri all'interno di un medesimo ordinamento giuridico; essa riguarda altresì le relazioni intercorrenti fra *Unione Europea* e *Stati membri* nell'ambito dell'ordinamento comunitario⁴⁷.

In proposito, si è rilevato che tra sussidiarietà verticale ed orizzontale intercorrerebbe una profonda differenza, come già accennato in precedenza. La prima, spiega il Rescigno, riguarda esclusivamente i rapporti fra enti pubblici rappresentativi ed è utilizzata per distribuire fra tali soggetti determinati poteri di comando nei confronti delle rispettive comunità rappresentate. La sussidiarietà orizzontale, al contrario, non può mai concernere la distribuzione di poteri di comando fra i privati; questi, infatti, non possono mai comandare altri privati se non in casi particolari espressamente disciplinati dalla legge. Conseguentemente, essa si riferisce unicamente alla ripartizione fra soggetti privati e soggetti pubblici di compiti relativi alla mera erogazione di servizi⁴⁸.

Nella prassi e nella dottrina costituzionalista moderna e contemporanea, il principio di sussidiarietà verticale ha acquisito crescente importanza a partire dall'esperienza statunitense della fine del settecento sino ad arrivare a quella europea del secondo dopoguerra; quest'ultima, infatti, è stata caratterizzata dalla revisione e dalla costituzione di Stati federali (Svizzera ed Austria e, rispettivamente, Germania e Belgio), dalla fondazione di Stati regionali (Spagna

⁴⁷ G. D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'unione europea*, op. cit.

⁴⁸ G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, op. cit.

e Portogallo), dalla devoluzione attuata in Stati unitari (Francia e Gran Bretagna)⁴⁹.

Come ben sottolineato il principio di sussidiarietà è caratterizzato da *“una storia complessa e variegata, cui si accompagna la faticosa ed incompiuta costruzione dell’Europa politica, sì da costituire la scena istituzionale che fa da sfondo a quella italiana, dipanatasi dal “regionalismo” del testo del 1948, fino al “neo-regionalismo” o “federalismo” del nuovo Titolo V del 2001”*⁵⁰.

È proprio negli Stati federali che il principio di sussidiarietà verticale trova piena cittadinanza, come ben testimoniano sia il processo di formazione degli Stati Uniti che quello della Repubblica federale tedesca: tipica l’una, diacronica, basata sulla preesistenza di entità statali; atipica l’altra, sincronica, fondata su una formazione istantanea, *uno actu*, di *Bund e Länder*⁵¹. Lo stesso principio lo si ravvisa, in forma attenuata fino a risultare impropria, altresì negli Stati regionali o addirittura unitari, con un affievolimento del principio che procede da un riparto delle stesse competenze legislative ad uno delle sole funzioni amministrative.

L’applicazione del principio di sussidiarietà è più marcata all’interno degli Stati federali laddove vengono predisposte regole per il riparto di attribuzioni tra lo stato centrale e gli stati periferici; per conseguenza il principio in esame comporta che la competenza generale venga attribuita al livello inferiore, mentre solo una competenza riservata ad alcune materie specifiche possa essere imputata al livello superiore⁵².

⁴⁹ F. CARINCI, *Il principio di sussidiarietà verticale nel sistema delle fonti*, in *Quaderni Costituzionali*, 2006.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Come evidenziato da F. CARINCI, *Il principio di sussidiarietà verticale nel sistema delle fonti*, *op cit.*: *“è nel suo utilizzo dinamico che meglio emerge il carattere duplice del principio di sussidiarietà verticale: in primis negativo, nel senso di escludere uno spostamento di competenza dal livello inferiore a quello superiore; ma, poi, anche positivo, nel senso di ammetterlo, quando sia richiesto dal carattere dello scopo*

1.4.1 Nell'Unione Europea

Come accennato, l'introduzione del principio di sussidiarietà verticale in ambito comunitario risale, *apertis verbis*, al testo del Trattato di Maastricht del 1993 mediante l'enunciazione dell'art. 3 B ed entra quindi, a pieno titolo, nell'ordinamento unionista; prima di questo, il Consiglio Europeo, al *summit* di Parigi nel 1974 aveva incaricato la Commissione di redigere un Rapporto sull'Unione Europea, altresì detto Rapporto *Tindemans*⁵³, in cui si prestò molta attenzione al tema della sussidiarietà verticale.

Nello specifico la Commissione affermò che *“European Union is not to give birth to a centralizing super-state. Consequently, and in accordance with the principe de subsidiarité, the Union will be given responsibility only for those matters which the Member States are no longer capable of dealing with efficiently [...] Hence, the competence of the Union will be limited to what is assigned to it, meaning that its fields of competence will be specified in the Act of Constitution, other matters being left to the member states [...] Of course, in deciding on the Union's competence, application of the*

perseguito o dall'ambito del territorio interessato. Proprio da qui nasce il rischio che il carattere negativo sia prevaricato da quello positivo, con conseguente progressivo svuotamento del livello inferiore a pro di quello superiore, sì da realizzare un risultato del tutto opposto. Rischio, questo, facilitato dalle stesse carte costituzionali di stati federali come gli Stati Uniti o la Repubblica federale tedesca: non vi sono elencazioni definite e precise dei poteri riservati al centro; mentre vi sono “clausole” generali, già di per sé dotate di un grande potenziale espansivo. Sicché non sorprende il corso e ricorso secolare, testimone di uno strisciante processo espropriativo tutto a favore del centro ed a scapito della periferia del sistema. Tale processo è stato accompagnato e favorito dalle stesse alte Corti, che hanno fatto uso di clausole di chiusura della competenza federale, presenti nella carta fondante, come - pur nell'ambito di sistemi diversi - negli Usa quelle dell'art. 1, sez. VIII, clause 18 e 3 (“necessary and proper clause” e, rispettivamente, “among the states commerce clause”) nonché dell'art. VI, par. 2 (Supremacy Clause), e in Germania quella dell'art. 72, comma 1, peraltro rivisto in senso più restrittivo nel 1990 (c.d. clausola di necessarietà: «La federazione ha il diritto di legiferare se e nella misura in cui il raggiungimento di condizioni di vita equivalenti nel territorio federale o il mantenimento dell'unità giuridica od economica rispondente nell'interesse nazionale renda necessaria tale regolamentazione»”).

⁵³ Dal nome del politico belga Leo Tindemans. Boll. CE, supp. n. 1/1976.

principe de subsidiarité is restricted by the fact that the Union must be given extensive enough competence for its cohesion to be ensured"⁵⁴.

Sempre nello stesso periodo, fu la Commissione Europea ad incaricare ad un gruppo di economisti lo studio sulla compatibilità finanziaria dei sistemi federali, in particolar modo studiando il riparto di competenze tra lo stato centrale e gli stati periferici. Ciò che emerse dal Rapporto c.d. *Mcdougall*⁵⁵ fu il riconoscimento del principio di sussidiarietà quale unico criterio utile per la suddivisione verticale dei poteri tra i diversi livelli di governo nel processo di integrazione dell'Unione Europea⁵⁶.

È nel 1984, con il progetto Spinelli⁵⁷, che si assiste al primo riferimento esplicito del principio di sussidiarietà; nel Preambolo il principio in questione

⁵⁴ Bollettino della Commissione Europea, Boll. CE, supplemento 5/1975, par. 12; Secondo la Commissione, la sussidiarietà avrebbe dovuto quindi costituire criterio-guida nella ripartizione delle competenze tra Unione Europea e Stati Membri durante la fase costitutiva dell'Unione europea. In questo modo si sarebbe evitato la creazione di "un superstato accentrato", e si sarebbero soddisfatte le esigenze di avvicinare il più possibile il potere ai cittadini e le richieste di autonomia avanzate dalle singole Regioni. Per tale ragione il Rapporto presentato dalla Commissione prevedeva che l'esercizio delle funzioni spettasse in linea di principio agli Stati membri e che l'Unione potesse, invece, intervenire soltanto qualora essi non fossero in grado di svolgerle adeguatamente. Tale sistema di attribuzioni poteva essere modificato seguendo una procedura di emendamento dell'atto costitutivo, la quale richiedeva la ratifica da parte di tutti gli Stati membri. L'intervento dell'Unione era volto ad assicurare la coesione del sistema, la quale si poneva, pertanto, come limite allo stesso principio di sussidiarietà.

⁵⁵ Dal nome del presidente del comitato di economisti; in realtà il rapporto fu pubblicato nel 1977, sotto il nome di "Report of the Study Group on the Role of Public Finance in European Integration".

⁵⁶ In particolare, nel documento si prevedeva che una determinata politica dovesse essere assegnata al livello comunitario o al livello statale secondo l'intensità degli effetti (*esternalità*) transfrontalieri che essa poteva produrre (c.d. *spillover test*). Utilizzando, pertanto, tali criteri, le misure macroeconomiche erano attribuite alla Comunità, mentre i servizi sociali, l'istruzione, la sanità pubblica rimanevano alla competenza dei singoli Stati membri; la (re)distribuzione della ricchezza poteva, infatti, essere realizzata in maniera più efficace attraverso trasferimenti interstatali piuttosto che mediante un sistema fiscale comunitario centralizzato.

⁵⁷ Nel 1983, i Capi di Stato e di Governo dei paesi membri della Comunità europea adottarono a Stoccarda una dichiarazione solenne, la quale fu alla base dell'elaborazione da parte del Parlamento europeo del progetto di Trattato-Costituzione sull'Unione del 1984 (c.d. progetto Spinelli).

risultava essere il “*criterio da seguire nell’attribuzione delle competenze alle istituzioni comunitarie*”⁵⁸.

Pare necessario sottolineare che, nel tempo, si è sviluppata un’opinione diffusa in dottrina secondo cui il “*principio di sussidiarietà sia da tempo presente nel tessuto normativo dei Trattati e corollario logico indefettibile del principio delle competenze di attribuzione*”⁵⁹, anche prima dell’esplicita menzione ad opera del Trattato di Maastricht.

Seguendo l’impostazione di parte della dottrina⁶⁰ riferimenti impliciti al principio di sussidiarietà si possono rinvenire nell’articolo 5 del Trattato Ceca⁶¹ e

⁵⁸ Il Progetto Spinelli individuava i compiti dell’Unione nei seguenti: “*a) sviluppare l’economia dei suoi popoli nella stabilità – senza discriminazioni tra i cittadini e tra le imprese degli Stati membri – rafforzando la capacità dei suoi Stati membri, dei suoi cittadini e delle loro imprese di adeguare le loro strutture e le loro attività alle mutazioni economiche contemporanee; b) elaborare e attuare le politiche strutturali e congiunturali dell’Unione in modo da ottenere, insieme con un’espansione equilibrata di tutta l’Unione, la progressiva eliminazione degli squilibri esistenti fra le sue diverse aree e regioni; c) rendere gli stati membri capaci di rispondere congiuntamente e solidamente alle nuove sfide di ordine tecnologico, finanziario, monetario e di altro tipo alle quali tutti si trovano confrontati; d) promuovere uno sviluppo umano e armonico della società, cercando di raggiungere la piena occupazione, condizioni di vita approssimativamente comparabili in tutte le regioni e un alto livello di giustizia sociale, di realizzare uno stile di vita che garantisca stabilmente una superiore qualità dell’ambiente e il rispetto degli equilibri ecologici, di sostenere e rafforzare lo sviluppo scientifico e culturale dei suoi popoli; e) sviluppo armonico e giusto di tutti i popoli del mondo per permettere loro di uscire dal sottosviluppo e dalla fame e di esercitare pienamente i propri diritti politici, economici e sociali; f) promuovere, con la sua azione internazionale, la sicurezza, la pace, la cooperazione, il disarmo e la libera circolazione delle persone e delle idee; g) permettere la partecipazione, secondo forme appropriate, delle collettività locali e regionali alla costruzione europea; h) prendere le misure necessarie alla creazione e allo sviluppo di uno spirito civico europeo” così P. DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, Editoriale Scientifica, 2000, p. 43-44.*

⁵⁹ A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, CEDAM, 2003, p. 45.

⁶⁰ G. D’AGNOLO, *La sussidiarietà nell’unione europea*, op. cit.

⁶¹ L’art. 5 del Trattato CECA prescriveva: “*La Comunità adempie al suo compito, nelle condizioni previste dal presente Trattato, con interventi limitati. A tal fine essa: – guida e facilita l’azione degli interessati raccogliendo informazioni, organizzando consultazioni e definendo gli obiettivi generali; – mette a disposizione delle imprese i mezzi di finanziamento per i loro investimenti e partecipa agli oneri del riadattamento; – assicura l’istituzione, il mantenimento e il rispetto di normali condizioni di concorrenza e non esercita un’azione diretta sulla produzione e sul mercato se non quando le circostanze lo esigano; – rende noti i motivi della sua azione e prende le disposizioni necessarie per assicurare il rispetto delle norme previste dal presente Trattato. Gli organi della Comunità esercitano tali attività mediante un sistema*

nell'articolo 122 del TFUE (ex articolo 100 del Trattato CEE)⁶², oltre che sotto diverse forme (artt. 100 A § 4⁶³, 130 T⁶⁴ e 118 A §⁶⁵); ciò è senz'altro esemplificativo

amministrativo ridotto, in stretta collaborazione con gli interessati"; dal tenore di questa disposizione emerge che la Comunità può intervenire in tale settore mediante azioni non dirette ma *soft*, volte, cioè, al coordinamento ed alla informazione. Ciò trova conferma nell'articolo 46, il quale, nello specificare i poteri attribuiti all'Alta Autorità dall'art. 5, stabilisce che: "L'Alta autorità può, in ogni momento, consultare i governi, i diversi interessati (imprese, lavoratori, consumatori, commercianti) e le loro associazioni, e parimenti qualunque perito. Le imprese, i lavoratori, le associazioni, i commercianti, e le loro associazioni hanno facoltà di presentare all'Alta Autorità ogni suggerimento od osservazione sui problemi che li riguardano". La Comunità svolge, pertanto, nell'ambito del mercato e della concorrenza una funzione di mero coordinamento, di indirizzo e di consultazione con i governi, i soggetti coinvolti e le loro associazioni, in modo da garantire e preservare la libertà di iniziativa economica.

⁶² Articolo 122 (ex articolo 100 del TCE) "1. Fatta salva ogni altra procedura prevista dai trattati, il Consiglio, su proposta della Commissione, può decidere, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, le misure adeguate alla situazione economica, in particolare qualora sorgano gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti, in particolare nel settore dell'energia. 2. Qualora uno Stato membro si trovi in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo, il Consiglio, su proposta della Commissione, può concedere a determinate condizioni un'assistenza finanziaria dell'Unione allo Stato membro interessato. Il presidente del Consiglio informa il Parlamento europeo in merito alla decisione presa"; Si tratta di uno strumento di armonizzazione delle normative nazionali qualora sussistano nei singoli Stati differenziazioni tali da mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione. Può, infatti, essere utilizzato unicamente quando le disparità esistenti fra le disposizioni sopra citate siano tali da incidere negativamente sull'instaurazione e sul funzionamento del mercato comune. Pertanto, solo in queste ipotesi le istituzioni comunitarie possono legittimamente attivarsi sostituendosi agli Stati membri, in modo da eliminare gli squilibri che l'azione separata di questi ultimi produce in ambito economico.

⁶³ Art. 100A, n. 4 Trattato CEE, ora art. 114, c. 4 T.F.U.E. secondo cui: "Allorché, dopo l'adozione di una misura di armonizzazione da parte del Parlamento europeo e del Consiglio, da parte del Consiglio o da parte della Commissione, uno Stato membro ritenga necessario mantenere disposizioni nazionali giustificate da esigenze importanti di cui all'articolo 36 o relative alla protezione dell'ambiente o dell'ambiente di lavoro, esso notifica tali disposizioni alla Commissione precisando i motivi del mantenimento delle stesse".

⁶⁴ Art. 130 T, Trattato CEE, ora art. 175, T.F.U.E., secondo cui "Fatte salve talune misure adottate dall'Unione, gli Stati membri provvedono al finanziamento e all'esecuzione della politica in materia ambientale. 5. Fatto salvo il principio «chi inquina paga», qualora una misura basata sul paragrafo 1 implichi costi ritenuti sproporzionati per le pubbliche autorità di uno Stato membro, tale misura prevede disposizioni appropriate in forma di – deroghe temporanee e/o – sostegno finanziario del Fondo di coesione istituito in conformità dell'articolo 177".

⁶⁵ Art. 118 A Trattato CEE, ora art. 153 T.F.U.E., secondo cui "Per conseguire gli obiettivi previsti all'articolo 151, l'Unione sostiene e completa l'azione degli Stati membri nei seguenti settori: a)

della presenza risalente nel tempo del principio in questione anche a livello normativo, e non solo storico-filosofico.

È noto come, con la sottoscrizione del Trattato di Maastricht, sia stata formalmente avviata la fondazione costituzionale dell'Unione europea. Una delle motivazioni, che stanno alla base della stesura del Trattato *de quo*, era la preoccupazione, avvertita da diversi Stati, di una forte centralizzazione del potere decisionale in capo alla Comunità a scapito dell'autonomia delle singole Nazioni. Da qui la scelta di prevedere finalmente in maniera esplicita la sussidiarietà, quale principio generale dell'intero ordinamento comunitario.

Ora, come detto, esso è inserito nell'articolo 5, *ex art.* 3 B del Trattato CEE, nella Parte Prima del Titolo I del Trattato sull'Unione Europea, recante il Titolo "Disposizioni Comuni".

Riferimenti espressi al principio di sussidiarietà sono, anche, rinvenibili nel preambolo del Trattato e nell'articolo B, comma 2. Questo, infatti, prevede che: "gli obiettivi dell'Unione saranno perseguiti conformemente alle disposizioni del presente Trattato, alle condizioni e secondo il ritmo ivi fissati, nel rispetto del **principio di sussidiarietà definito dall'art. 3 B del Trattato che istituisce la Comunità europea**". In proposito, l'articolo A 2 aggiunge che: "Il presente Trattato segna una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese **il più vicino possibile ai cittadini**". Infine, come rilevato da un'autorevole dottrina, le disposizioni relative alle nuove materie attribuite alla competenza della Comunità assegnano a quest'ultima un ruolo sussidiario rispetto a quello dei singoli Stati⁶⁶.

Tanto premesso, venendo al testo dell'art. 3 B (ora art. 5), esso recita che: "La comunità agisce **nei limiti** delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le

miglioramento, in particolare, dell'ambiente di lavoro, per proteggere la sicurezza e la salute dei lavoratori;
b) condizioni di lavoro".

⁶⁶ G. D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'unione europea*, op. cit.

sono assegnati dal Trattato (c.d. principio di attribuzione). Nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo **il principio della sussidiarietà**, soltanto **se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possano essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, possano essere realizzati meglio a livello comunitario** (c.d. principio di sussidiarietà). L'azione della Comunità **non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente Trattato**" (c.d. principio di proporzionalità).

Seguendo l'impostazione del De Pasquale⁶⁷, i commi dell'articolo in esame individuano tre principi: a) il principio di attribuzione (1° comma); b) il principio di sussidiarietà (2° comma); c) il principio di proporzionalità (3° comma).

Pare opportuno sottolineare, inoltre, come fra le importanti novità registrate nella recente riforma dei trattati si possano richiamare⁶⁸, accanto alle forme della sussidiarietà verticale, molteplici riferimenti alla sussidiarietà orizzontale che riportano e sviluppano, a livello di Unione, *"le fonti della contrattazione collettiva legata al cosiddetto 'dialogo sociale europeo' e, su un piano più generale, anche le dinamiche di confronto e mutual learning tra i principali attori europei (compresa la società civile, dai sindacati alle ONG) incentrate sulle ibride procedure dell'open method of coordination (OMC)"*⁶⁹.

1.4.2 Nell'ordinamento Italiano

A partire dagli anni Novanta, è la dimensione normativa ed organizzativa della sussidiarietà, quindi nella sua dimensione soprattutto verticale, ad essere

⁶⁷ P. DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, Editoriale Scientifica, 2000, p. 74-76.

⁶⁸ S. GAMBINO, *I diritti sociali e l'Unione europea*, in *La cittadinanza europea*, 2008, 1-2.

⁶⁹ G. BRONZINI, *Il modello sociale europeo* in (a cura di F. BASSANINI e G. TIBERI) *Le nuove istituzioni europee*, Il Mulino, 2008, par. 1; B. CARUSO, *Sistemi contrattuali e regolazione legislativa in Europa*, in *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 4, 2006.

accolta e introdotta all'interno dell'ordinamento italiano, in quanto la riforma dello stato e della politica si è caratterizzata per la forte valorizzazione delle autonomie locali⁷⁰. Il processo di riforma degli enti locali e dell'esercizio della funzione amministrativa ha quindi introdotto il principio di sussidiarietà negli anni Novanta⁷¹ con la legge n. 59 del 1997, c.d. legge Bassanini in cui troviamo affermato esplicitamente il principio come elemento di una nuova organizzazione delle istituzioni e della amministrazione pubblica⁷².

La legge Bassanini del 1997 accoglie pienamente la sussidiarietà verticale nella ridefinizione della titolarità della funzione amministrativa tutta a favore degli enti locali. Secondo l'art. 1, comma 2, «sono conferite alle Regioni e agli enti locali, nell'osservanza del principio di sussidiarietà [...] le funzioni e i compiti amministrativi relativi alla cura degli interessi e alla promozione dello sviluppo delle rispettive comunità». Quando la legge specifica i principi che le Regioni devono rispettare nel conferimento di compiti agli enti locali, nell'art. 4, comma 3, si legge poi che: «I conferimenti di funzioni di cui ai commi 1 e 2 avvengono nell'osservanza dei seguenti principi fondamentali: a) il principio di sussidiarietà, con l'attribuzione della generalità dei compiti e delle funzioni amministrative ai Comuni, alle Province e alle Comunità montane, secondo le rispettive dimensioni territoriali, associative e organizzative, con l'esclusione delle sole funzioni incompatibili con le dimensioni medesime, attribuendo le responsabilità pubbliche anche al fine di favorire l'assolvimento di funzioni e di compiti di rilevanza sociale da parte delle famiglie, associazioni e comunità, alla autorità territorialmente e funzionalmente più vicina ai cittadini interessati». Come si vede, accanto alla sussidiarietà verticale è accolto anche, per

⁷⁰ P. RIDOLA, *Forma di stato e principio di sussidiarietà*, in *La riforma costituzionale* (Atti convegno AIC 6-7.11.1998), Padova, 1999.

⁷¹ L. VANDELLI, *Il principio di sussidiarietà nel riparto di competenze tra i diversi livelli territoriali: a proposito dell'art. 3 B del Trattato sull'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 379 ss.

⁷² A. M. POGGI, *La sussidiarietà nelle riforme amministrative: dal d. lgs. n. 112 del 1998 al T.U. sulle autonomie locali*, in *Quad. regionali*, 3, 2001, 933.

la prima volta⁷³, il profilo orizzontale della sussidiarietà, essendo menzionate talune comunità intermedie (famiglie, associazioni) quali soggetti idonei all'assolvimento di funzioni di rilevanza generale.

A sua volta il T.U. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, il d.lgs. n. 267 del 2000, riprendendo la modifica introdotta dalla legge n. 265 del 1999, accoglie il principio di sussidiarietà disponendo all'art. 3, comma 5, che «*i comuni e le province sono titolari di funzioni proprie e di quelle conferite loro con legge dello Stato e della regione, secondo il principio di sussidiarietà. 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*».

Il principio di sussidiarietà, in entrambe le sue declinazioni, non è soltanto oggetto di legislazione ordinaria: tale accoglimento è il segno di una attenzione generale del dibattito politico e pubblico, che conduce, come si vedrà, anche il legislatore costituzionale a prospettare l'ingresso in Costituzione⁷⁴.

Le leggi Bassanini ed il T.U.E.L. si inserirono in un sistema costituzionale *ancien régime* chiaramente gerarchico, con un *continuum* scalare di rilievo, di ruolo, di prestigio, costruito su Stato, Regioni, Province, Comuni, come ben risultava dalla precedente formulazione degli articoli 114, 115 e 128 della Costituzione; affermava, infatti, il primo: «*La Repubblica si riparte in Regioni, Province e Comuni*», dando implicitamente per scontato che lo Stato non ne potesse costituire una parte al pari degli altri Enti; recitava, il secondo, «*Le Regioni sono costituite in enti autonomi con propri poteri e funzioni secondo i principi fissati nella Costituzione*», e, a sua volta il terzo, «*Le Province e i Comuni sono enti autonomi*

⁷³ Viene sottolineato che in realtà alla sussidiarietà in senso orizzontale è ispirata già la legislazione in materia sanitaria, di istruzione e previdenza, nonché la giurisprudenza costituzionale in materia di enti assistenziali, da G. VECCHIO, *sussidiarietà ("orizzontale") e Costituzione. Dal concetto normativo alla formula testuale*, dattiloscritto, Comunicazione al Seminario Beni pubblici e servizi sociali in tempi di sussidiarietà, Urbino, 9-10 novembre 2006.

⁷⁴ C. MAGNANI, *Sussidiarietà e costituzione: pluralismo e diritti*, in *Teoria del diritto e dello stato*, n. 1-2-3, 2006, pp. 453-472.

nell'ambito dei principi fissati da leggi generali della Repubblica, che ne determinano le funzioni», evidenziando il gap di copertura costituzionale fra le Regioni e gli Enti locali⁷⁵.

Come detto, però, il definitivo salto di qualità verso la costruzione di un'amministrazione pubblica caratterizzata dal superamento del centralismo è stato compiuto con la legge costituzionale n. 3 del 2001, la quale ha riformulato l'art. 118 della Costituzione, in termini radicalmente nuovi, accantonando la delega e fissando il principio secondo cui, tendenzialmente, tutte le funzioni amministrative sono di titolarità dei Comuni, *“salvo che per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza”*.

Tale criterio di distribuzione delle funzioni amministrative, stabilito dall'art. 118 Cost., viene espressamente correlato dallo stesso testo al principio di sussidiarietà⁷⁶.

Il modello delineato dall'art. 118 Cost. per la distribuzione delle funzioni amministrative, costituisce un'applicazione dei principi di decentramento di autonomia locale proclamanti dall'art. 5: il principio di decentramento, nella nuova formulazione costituzionale, finisce con l'identificarsi con il principio di autonomia locale, quasi ad escludere qualunque altra forma di decentramento

⁷⁵ F. CARINCI, *Il principio di sussidiarietà verticale nel sistema delle fonti*, op. cit.

⁷⁶ Invero, il criterio fondamentale dell'art. 118 va interpretato secondo la teoria della dimensione degli interessi: il Legislatore, statale o regionale, attribuisce la titolarità di una determinata funzione amministrativa all'uno o all'altro ente di governo, secondo la dimensione locale, regionale o nazionale dell'interesse rispettivamente curato. Tuttavia, questa individuazione da parte del legislatore della dimensione degli interessi curati, nelle rispettive materie di competenza, deve avvenire privilegiando il riferimento locale e segnatamente comunale, sempre laddove è possibile. Ma il criterio stabilito dalla norma costituzionale vale anche, e si direbbe soprattutto, come canone ermeneutico, nel senso che tra più configurazioni possibili di un determinato interesse con riferimento alla relativa funzione amministrativa, deve essere privilegiata la soluzione che ne assicuri il riferimento all'ente locale.

diverso da quello che imputa dette funzioni direttamente alla titolarità degli enti rappresentativi delle collettività territoriali.

L'applicazione del principio di sussidiarietà affermato nel dettato costituzionale, per ciò che concerne la funzione amministrativa, si riflette altresì sull'esercizio della funzione legislativa.

La legge statale, ai sensi dell'art. 117 c. 3 Cost., può infatti legittimamente attribuire all'Amministrazione statale la titolarità di funzioni amministrative laddove la dimensione degli interessi curati lo renda necessario, con la conseguenza che le funzioni stesse divengono oggetto di disciplina statale.

Tuttavia, questa sorta di "*trascinamento*" della competenza legislativa da parte di quella amministrativa, che costituisce una declinazione ulteriore del principio di sussidiarietà, presuppone la leale cooperazione degli enti coinvolti (Stato e Regioni) tanto in sede di definizione della disciplina legislativa, quanto nell'esercizio della funzione amministrativa attraverso la conclusione da parte degli organi statali competenti di intese con gli Enti regionali interessati⁷⁷.

In conclusione il principio di sussidiarietà, nella sua accezione verticale risulta essere ampiamente presente ed utilizzato all'interno dell'ordinamento, sia costituzionale che legislativo, italiano.

1.5 Il principio di sussidiarietà orizzontale

⁷⁷ Secondo questa impostazione, fatta propria anche dalla Corte Costituzionale, il riparto della funzione legislativa tra i due livelli di governo, articolato dal testo costituzionale in modo apparentemente rigido, acquista un elemento di elasticità mediante l'abbinamento con la titolarità delle funzioni amministrative, i cui criteri di riparto sono invece piuttosto elastici. Ed altrettanto vale per la potestà regolamentare: una volta infatti che lo Stato ha acquisito, pur in materie di competenza legislativa concorrente, la titolarità della potestà legislativa in ordine alla disciplina di una determinata funzione, ne consegue anche l'acquisizione della relativa regolamentazione secondaria in deroga all'art. 117, c. 6, Cost.

Come noto il principio di sussidiarietà orizzontale opera, nella sua dimensione orizzontale, sul versante dei rapporti tra Amministrazione pubblica ed iniziativa privata: da un lato, esso valorizza l'iniziativa privata laddove questa possa proficuamente svolgersi in vista dell'interesse generale, salvo l'intervento pubblico a sussidio di essa; dall'altro, delimita l'ambito della sfera pubblica, sia sul versante organizzativo che su quello funzionale⁷⁸.

Dopo aver affrontato le origini del concetto di sussidiarietà ed aver approfondito la prima formulazione esplicita del principio in esame, si può affermare, confermando quanto espresso da autorevole dottrina⁷⁹, che vi sono tre filoni alla radice del principio di sussidiarietà:

- il primo filone è rinvenibile nell'insegnamento della dottrina sociale della chiesa ed ha il suo culmine con l'Enciclica, approfondita poc' anzi, *Quadragesimo Anno* il cui perno è rappresentato dal "*primato etico della persona nei confronti dello Stato*"⁸⁰;

⁷⁸ Come del principio di sussidiarietà verticale, anche del principio di sussidiarietà orizzontale si è tanto scritto; sul punto si veda, tra gli altri: si veda *cit.* 33, oltre a P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004; F. MERLONI, *Funzioni comunali e principio di sussidiarietà*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, p. 1162; A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e libertà economiche*, Le trasformazioni della funzione legislativa (a cura di) F. MODUGNO, Milano 1999, pp. 245 e ss. ed in *Diritto e Società*, 1999, pp. 433-502; C. PANZERA, *Il doppio volto della sussidiarietà*, n. 4 2003, R. PINI, *sussidiarietà ed essenzialità nei servizi pubblici*, in *Dir. econ.*, 1997, p. 47 ss.; L. VANDELLI, *Il principio di sussidiarietà nel riparto di competenze tra diversi livelli territoriali: a proposito dell'art. 3 B del Trattato sull'Unione europea*, *op. cit.*

⁷⁹ A. D'ATENA, *Prospettive della sussidiarietà, in sussidiarietà orizzontale e verticale: profili fiscali*, a cura di AA.VV., in *Ricerche e Pubblicazioni IReR*, 2010.

⁸⁰ *Ibidem*; l'Autore prosegue: "un primato - può non essere inutile aggiungere -, l'affermazione del quale presentava una portata decisamente rivoluzionaria nel momento storico in cui l'Enciclica ha fatto la sua apparizione: la stagione dei grandi totalitarismi del Novecento europeo, dei totalitarismi esistenti e dei totalitarismi annunciati. Tali totalitarismi, infatti (come tutti i totalitarismi), non sottraevano alcuna sfera alla presenza pervasiva dello Stato. Non può, ad esempio, dimenticarsi che, in Italia, durante il fascismo, lo Stato pretendeva di spingere la propria influenza persino all'interno della famiglia. Come conferma l'art. 147, comma 2, del codice civile del 1942, in base al quale l'educazione e l'istruzione dei figli avrebbero dovuto essere conformi al sentimento nazionale fascista. Di qui, la forza dirompente di una concezione che chiamava i poteri pubblici ad "aiutare in maniera suppletiva le membra del corpo sociale", non già a "distruggerle ed assorbirle". Il grande tema costituzionale posto sul tappeto dall'Enciclica è il tema dei limiti all'azione dello Stato".

- il secondo è riconducibile alla tradizione liberale⁸¹, in cui si predilige l'operato del mercato rispetto a quello dello Stato⁸².
 - il terzo filone è ravvisabile nella riflessione europea sul federalismo.

Questa molteplicità di filoni e la conseguente ricchezza assiologica conferiscono al principio una notevole di polivalenza. Non impediscono, peraltro, di darne una definizione unitaria⁸³, cogliendo alcune caratteristiche principali e distintive.

Innanzitutto la dottrina suole definire il principio di sussidiarietà come un principio relazionale⁸⁴, in quanto stabilisce un rapporto tra diversi livelli: da un lato lo Stato (complessivamente considerato) e, dall'altro, la società civile (anch'essa complessivamente considerata).

⁸¹ Emblematica di questa tradizione è la corrispondenza di Thomas Jefferson con Joseph C. Cabell; in una lettera del febbraio 1816, in particolare, Jefferson afferma che *"è dividendo e suddividendo la grande repubblica nazionale in queste repubbliche minori da un estremo all'altro della gerarchia, finché si giunga all'amministrazione da parte di ciascuno individuo della propria fattoria; attribuendo ad ognuno la direzione di ciò che il suo occhio riesce a sorvegliare direttamente, che tutto verrà realizzato per il meglio. [...] Io sono convinto che, se l'Onnipotente non ha decretato che l'uomo non debba mai essere libero (e sarebbe bestemmia il crederlo), si scoprirà che il segreto consiste nel farsi egli stesso depositario dei poteri che si riferiscono a lui, nella misura in cui è capace di esercitarli, e nel delegare soltanto quelli che sono al di là delle sue capacità, mediante un processo sintetico, a gradi sempre più elevati di funzionari, in modo da conferire sempre meno poteri a mano a mano che i delegati rappresentano sempre più un'oligarchia"* T. JEFFERSON, *Il decentramento del potere*, in A. AQUARONE (a cura di), *Antologia degli scritti politici di Thomas Jefferson*, Bologna 1961.

⁸² Di ciò si è detto nel paragrafo precedente in cui si è specificato come lo Stato sarebbe legittimato ad intervenire sul mercato soltanto quando ciò sia richiesto dall'esigenza di garantire condizioni di concorrenza o, comunque, di sopperire ad inadeguatezze del mercato stesso (nei casi, cioè, in cui quest'ultimo non sia in grado di soddisfare efficacemente esigenze meritevoli di tutela); sul punto si veda A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e libertà economiche*, *op. cit.*

⁸³ A. D'ATENA, *Prospettive della sussidiarietà*, in *sussidiarietà orizzontale e verticale: profili fiscali*, a cura di AA.VV., *op. cit.*

⁸⁴ Su tutti: D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1997.

Un'ulteriore caratterizzazione del principio di sussidiarietà è costituito dalla *decisione di preferenza* - la *Vorrangentscheidung*⁸⁵ -: una decisione in favore del cittadino stesso; per conseguenza l'intervento del pubblico si giustifica soltanto se il cittadino non riesce ad esperire una determinata funzione o attività⁸⁶.

Su tale "*decisione di preferenza*" pare utile precisare che la maggiore o minore adeguatezza non va misurata in termini esclusivamente economici o di efficienza. Parametri del genere, infatti, se possono essere idonei allo scopo in certi casi, risultano manifestamente inadeguati, ove nel giudizio debbano entrare altre variabili. Si pensi, ad esempio, a quelle esigenze di garanzia rispetto alle quali non è indifferente la natura del soggetto erogatore del servizio⁸⁷.

A ciò si aggiunga che la decisione di preferenza, traducendosi nel *favor* per il cittadino, comporta che questo vada preferito all'azione pubblica, non solo se sia in grado di operare a condizioni *più* vantaggiose, ma anche - si badi - *a parità di condizioni*.

In definitiva muta, quindi, la configurazione stessa dell'ordinamento giuridico, in quanto il soggetto pubblico non si sovrappone ai singoli cittadini, ma ne supporta le condotte, eventualmente indirizzandole laddove esse si pongano in contrasto con quello che è il principio costitutivo del consorzio civile, al fine di integrarle qualora non risultino pienamente conformi ad esso.

⁸⁵ Termine usato nella lingua tedesca per indicare il concetto di preferenza.

⁸⁶ Importante riferimento di questo approccio è offerto dalla disciplina che la Costituzione italiana dedica alla famiglia; da un lato, riserva ai genitori il diritto e il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli; d'altro lato, ammette l'intervento surrogatorio dello Stato, qualora i genitori, *per incapacità*, non siano in grado di assolvere i loro compiti (art. 30, c. 1 e 2, Cost.); La connotazione sussidiaria dell'intervento dello Stato in materia di famiglia trova ulteriore conferma nella norma costituzionale che impone allo Stato di agevolare, con misure economiche, "*la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi*" (art. 31, Cost.), nonché in quella che riconosce al lavoratore il diritto ad una retribuzione "*in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé ed alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa*" (art. 36, c. 1, Cost.).

⁸⁷ A. D'ATENA, *Prospettive della sussidiarietà*, in *Sussidiarietà orizzontale e verticale: profili fiscali*, a cura di AA.VV., *op. cit.*

In tal senso viene superato il preconetto circa l'inettitudine dell'individuo a disciplinarsi, che conduce ad identificare l'ordine nelle relazioni intersoggettive con la volontà del sovrano, quale unico modo per creare una regolarità, quella artificiale imposta dalla legge, laddove vi sarebbe soltanto anomia.

Dalla contrapposizione conflittuale tra cittadini e amministrazione del paradigma bipolare e gerarchico, sorge un nuovo modello pluralista e paritario, fondato sulla proficua collaborazione tra privato e pubblico in vista del perseguimento dell'interesse generale.

E se la sussidiarietà verticale si oppone al principio di accentramento, proprio dell'organizzazione pubblica nella formazione dello Stato moderno; la sussidiarietà orizzontale evelle il principio panpubblicistico dominante nelle geometrie legali, in base al quale la cura ed il soddisfacimento di ogni esigenza o bisogno di carattere collettivo spettano all'organizzazione pubblica.

Il principio di sussidiarietà rovescia tale paradigma, consentendo, anzi favorendo, l'iniziativa dei cittadini in relazione ai bisogni del corpo sociale attraverso le proprie autonome organizzazioni, salvo l'eventuale ausilio, in caso di insufficienza dell'agire dei privati, da parte delle organizzazioni pubbliche. In questa accezione, come si vede, il principio viene a inserirsi nei rapporti tra pubblico e privato o, se si vuole, riprendendo l'espressione di Massimo Severo Giannini, nella dialettica tra autorità e libertà⁸⁸.

La sussidiarietà, nella sua accezione più profonda e completa, appare quindi sorretta da *“un principio relazionale, il quale ha ad oggetto i rapporti tra entità diverse”* e risulta *“costituito dalla decisione di preferenza – la Vorrangentscheidung - che ne è alla base: una decisione in favore dell'ambito più vicino agli interessati”*⁸⁹.

⁸⁸ M.S. GIANNINI, *Lezioni di Diritto Amministrativo*, Milano, 1950.

⁸⁹ Così A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, op. cit.

La sussidiarietà e *a fortiori* il modello dell'amministrazione condivisa non potrebbero sussistere se non fossero basate su un concetto relazionale di autonomia⁹⁰, che accomuna tutti i soggetti coinvolti nel perseguimento dell'interesse generale, pubblici e privati⁹¹, singoli o associati.

Il principio di sussidiarietà si radica su tale concezione di autonomia relazionale, determinando l'instaurazione di rapporti dialettici tra pubblico e privato in vista del perseguimento dell'interesse generale, disvelando il carattere virtuale del "*paradigma bipolare*"⁹² connaturato alla concezione geometrica dell'ordinamento delle relazioni intersoggettive⁹³.

⁹⁰ L'autonomia delle singole istituzioni trova legittimazione nell'art. 5 Cost.: "*La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi e i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento*".

⁹¹ Un ambito di azione riservato ai cittadini ed alle loro organizzazioni o formazioni sociali, correlato al principio personalistico proclamato dall'art. 2 Cost., secondo cui: "*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*".

⁹² G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u. c. della Costituzione*, relazione al Convegno *Cittadini attivi per una nuova amministrazione*, Roma, 7-8 febbraio 2003, *paper*; ad avviso dell'autore "*L'espressione "paradigma bipolare" è stata utilizzata da Sabino Cassese per indicare lo schema teorico sul quale si è sempre fondato (e tuttora si fonda) il rapporto fra amministrazioni pubbliche e cittadini; in cosa consista tale paradigma è illustrato in maniera esemplare dai seguenti brani di due grandi giuristi del secolo appena trascorso, Santi Romano e Massimo Severo Giannini. Santi Romano nel suo Corso del 1930 affermava che "I soggetti nel campo del Diritto amministrativo possono essere di diverse specie [...] Ma la distinzione che ci sembra fondamentale e a cui quindi occorre subordinare le altre, è quella tra soggetti attivi e soggetti passivi della potestà amministrativa. Bisogna, così, contrapporre, da un lato i soggetti che amministrano e che, nel loro insieme, costituiscono [...] la pubblica amministrazione, e, dall'altro, gli amministrati". A sua volta Massimo Severo Giannini nelle sue Lezioni del 1950 affermava che: "Nelle comunità statali attuali (Stato comunità), da un lato vi sono le autorità pubbliche, che si esprimono nello Stato organizzazione; dall'altro le persone, o soggetti privati, o cittadini [...] le quali possiedono alcuni diritti fondamentali. Vi sono, perciò, nelle comunità statali, due forze, l'autorità e la libertà, le quali hanno dei centri di appoggio e di espressione"*.

⁹³ Come vedremo nei capitoli successivi, la dottrina maggioritaria ritiene che l'introduzione del principio di sussidiarietà ha determinato il rovesciamento di tale paradigma bipolare: la nuova idea di privato, quale essere relazionale e non anomico, costituisce infatti il presupposto ontologico del nuovo art. 118 u.c. della Costituzione: i singoli cittadini non sono soltanto portatori di bisogni, ma anche di capacità suscettibili di essere poste a disposizione della comunità per

Come accennato in precedenza il dibattito e lo sviluppo dell'enunciazione del principio di sussidiarietà orizzontale si muove di pari passo con l'enunciazione esplicita nell'ordinamento italiano del principio di sussidiarietà verticale.

In tale sede si ripercorrerà brevemente il cammino dell'enunciazione del principio di sussidiarietà orizzontale, lasciando nei capitoli seguenti la trattazione dei singoli articoli e dell'applicazione, all'interno dell'ordinamento italiano, del principio *de quo*:

- il primo dibattito si instaurò all'interno dell'Assemblea Costituente ed in particolare costituì un tema centrale all'interno della Prima Sottocommissione⁹⁴;
- un secondo riferimento al principio di sussidiarietà orizzontale si sviluppa in seno alla Commissione Bicamerale, istituita nel 1997, per la riforma della Costituzione⁹⁵;
- da ultimo la novella costituzionale di riforma del Titolo V della Costituzione mediante la l. Costituzionale n. 3 del 2001.

A conclusione del capitolo si ritiene opportuno accennare brevemente a due temi che verranno ripresi lungo tutto l'arco della presente trattazione; si tratta del rapporto, da un lato, tra principio di sussidiarietà e principio di concorrenza e, dall'altro, tra principio di sussidiarietà e servizi di interesse generale.

Per ciò che concerne il rapporto tra sussidiarietà e concorrenza, l'applicazione del principio di sussidiarietà dispiega certamente effetti sinergici rispetto alla

contribuire a rispondere alle esigenze collettive. Il principio di sussidiarietà determina il superamento del fondamentale paradigma della sovranità, che nel tempo si è sviluppato mediante uno schema c.d. bipolare o gerarchico, nel cui ambito politica ed amministrazione si presentavano, rispetto al cittadino, come un blocco separato e distinto sotto il profilo degli interessi perseguiti: solo le istituzioni pubbliche venivano considerate in grado di tutelare l'interesse generale, essendo i privati cittadini preoccupati esclusivamente dell'interesse proprio.

⁹⁴ Sul punto si veda V. CERULLI IRELLI - R. CAMELI, *Principio di sussidiarietà Orizzontale nei Lavori dell'Assemblea Costituente*, in www.astridonline.it.

⁹⁵ Commissione parlamentare per le riforme costituzionali, presieduta dall'On. Massimo D'Alema, formata il 24 gennaio 1997 sciolta il 9 giugno 1998.

promozione del mercato; la sussidiarietà, come più volte ripetuto, svolge il compito di consentire l'instaurazione di un regime di collaborazione fra soggetti pubblici e privati in vista del perseguimento di un interesse di carattere generale, e, nell'accezione piena del principio, anche alla riduzione del ruolo del pubblico nei limiti in cui il servizio o l'attività possano essere assicurati dai soggetti privati, sulla base della propria autonoma iniziativa, in modo efficiente e secondo gli interessi della comunità⁹⁶.

Sul tema del rapporto tra sussidiarietà e servizi di interesse generale, l'obiettivo del presente lavoro è la possibilità di sostenere che il panorama giuridico di riferimento dell'intervento pubblico nelle attività economiche appare innovato in maniera significativa alla luce del nuovo fondamentale canone costituzionale; tra il principio di sussidiarietà orizzontale e l'istituto dei servizi pubblici locali intercorre necessariamente uno stretto legame: l'intervento del soggetto pubblico viene infatti ad essere condizionato all'eventuale inadeguatezza dell'iniziativa privata a soddisfare in modo adeguato i bisogni primari della collettività mediante l'espletamento di attività di interesse generale⁹⁷.

⁹⁶ Come chiaramente enunciato dal Peni, *“la tesi della sussidiarietà non deriva da una ricerca dell'efficienza, come, talora, si adombra a proposito delle privatizzazioni. Questo è, al limite, un profilo secondario e derivato; il fulcro è la centralità dell'autorganizzazione privata (in raccordo con le decisioni dell'amministrazione e per reperire adeguato soddisfacimento alle necessità diffuse”*: R. PENI, *sussidiarietà ed essenzialità nei servizi pubblici*, in F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni*, cit., pp. 413-414.

⁹⁷ Sul punto si tornerà in seguito; ad ogni modo si vedano D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 371 ss.; D. SORACE, *Servizi pubblici locali e iniziativa privata*, in *Econ. pubbl.*, 1993, p. 11 ss.; D. SORACE, *Note sui servizi pubblici locali dalla prospettiva della libertà di iniziativa, economica e non, dei privati*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vittorio Ottaviano*, Vol. II, Milano, 1993, p. 1143 ss.; G. CORSO, *La gestione dei servizi tra pubblico e privato*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Milano, 1997, p. 24 ss.; A. POLICE, *La nozione di servizio pubblico locale tra limiti territoriali e principio di sussidiarietà*, in *Pubblico - Privato: I pubblici servizi. Quaderni del pluralismo*, Torino, 1998, p. 69 ss.; M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 193 ss.

La presente trattazione intende specificamente sostenere la tesi secondo cui, tra i vari campi d'elezione di questo nuovo modo di concepire il fenomeno amministrativo, possa rientrare certamente il settore dei servizi di pubblica utilità: il principio di sussidiarietà viene ad incidere profondamente proprio sull'organizzazione dei servizi pubblici locali, giacché i suoi effetti sono sia di tipo funzionale che di tipo organizzativo.

Di ciò se ne parlerà più approfonditamente nei prossimi capitoli analizzando sia le interpretazioni della giurisprudenza, sia della dottrina.

CAPITOLO II

Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'ordinamento Italiano

2.1 Il principio di sussidiarietà orizzontale nei lavori dell'Assemblea Costituente; 2.2 Riferimenti normativi; 2.3 La giurisprudenza amministrativa ed il principio di sussidiarietà orizzontale 2.4 Giurisprudenza e riferimenti impliciti al principio di sussidiarietà orizzontale

2.1 Il principio di sussidiarietà orizzontale nei lavori dell'Assemblea Costituente

La Costituzione italiana, prima della riforma del 2001, non conteneva alcun riferimento esplicito del termine sussidiarietà. La stessa legislazione ordinaria, prima delle riforme legislative sulla funzione amministrativa e sui poteri delle autonomie locali degli anni '90, di cui si è già parlato precedentemente nel paragrafo riferimento alla sussidiarietà verticale, presentava una sostanziale estraneità ad un richiamo esplicito del principio *de quo*.

La dottrina oscilla fra chi ritiene che, *“malgrado superficialmente possa sembrare il contrario, il principio di “sussidiarietà orizzontale”, costituì un tema centrale nel dibattito dell'Assemblea Costituente ed in particolare della Prima Sottocommissione”*⁹⁸ ed invece chi vede in questo dibattito un fatto marginale costituito da *“due sole eccezioni che devono essere menzionate riguardo a questa “ignoranza” verso la sussidiarietà: l'ordine del giorno Dossetti presentato in Commissione durante i lavori*

⁹⁸ V.CERULLI IRELLI e R.CAMELI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nei lavori dell'Assemblea Costituente, op. cit.*

della Costituente 16 nel settembre 1946, nonché il contributo scientifico di Egidio Tosato del 1959⁹⁹.

Ad avviso di chi scrive è la prima interpretazione che può trovare maggiore riscontro all'interno sia del dibattito dell'assemblea costituente, sia negli articoli della Costituzione che ne derivarono e posero le basi per il fondamento implicito del principio di sussidiarietà¹⁰⁰.

Tra i sostenitori di tale interpretazione¹⁰¹ vi è evidenziato come questo principio, già nell'Assemblea Costituente e proprio nella sua accezione orizzontale, fosse presente come uno dei temi principalmente dibattuti, in particolar modo negli interventi dei componenti della Prima Sottocommissione; la figura dei corpi intermedi, infatti, *"nell'ordinamento repubblicano si inseriva nella questione più generale relativa alla posizione del cittadino o, rectius, della persona nel nuovo Stato"*¹⁰².

Come detto è il dibattito all'interno della Prima sottocommissione, presieduta dall'on. Tupini¹⁰³, ad essere stato costellato da molteplici riferimenti, impliciti ed espliciti, al principio di sussidiarietà, proprio per essersi specificamente occupato dei *"diritti e doveri dei cittadini"*¹⁰⁴.

⁹⁹ C. MAGNANI, *Sussidiarietà e Costituzione: pluralismo e diritti*, in *Studi Urbinati*, Vol. 57, n. 4, 2006, p. 504.

¹⁰⁰ Tale secondo aspetto verrà analizzato nel secondo paragrafo del presente capitolo, mentre qui ci si concentrerà solo sull'approfondimento relativo ai lavori dell'Assemblea Costituente.

¹⁰¹ A. D'ATENA, *Prospettive della sussidiarietà*, in *sussidiarietà orizzontale e verticale: profili fiscali*, a cura di AA.VV., *op. cit.*, secondo cui *"Non è casuale che, in Italia, a livello istituzionale, la prima eco di tale insegnamento si trovi nei lavori dell'Assemblea Costituente"*.

¹⁰² V. CERULLI IRELLI e R. CAMELI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nei lavori dell'Assemblea Costituente*, *op. cit.*

¹⁰³ Esponente di spicco della Democrazia Cristiana.

¹⁰⁴ Come noto l'Assemblea Costituente nominò al suo interno una Commissione per la Costituzione, composta di 75 membri, incaricati di stendere il progetto generale della costituzione. La Commissione si suddivise a sua volta in tre sottocommissioni: 1) diritti e doveri dei cittadini, presieduta da Umberto Tupini (DC); 2) organizzazione costituzionale dello Stato,

A tal proposito si deve al Comitato ristretto, composto dai deputati Moro, Basso, Cevolotto, oltre che dal presidente Tupini e dal Segretario Grassi, l'inserimento, al primo posto, nell'elenco delle materie da discutere tra le "dichiarazioni di principio", dell'"autonomia della persona umana di fronte allo Stato"; furono poi i deputati La Pira e Dossetti, esponenti di spicco della componente cattolica, ad introdurre nella seduta del nove settembre 1946 la tematica dell'autonomia delle formazioni sociali, quale argomento specifico di dibattito.

Il concetto di autonomia presentato dai due onorevoli si sviluppò in coerenza con il modello di stato sociale che si andava delineando in quell'epoca, rispetto al passato legato alla tradizione liberale o alla parentesi fascista¹⁰⁵.

Fu così che La Pira, dopo aver espresso la necessità del superamento della concezione hegeliana che, come noto, vede "lo stato come un tutto e l'individuo come integralmente subordinato alla collettività", ritenne fosse importante, in primo luogo, "consacrare, nella dichiarazione iniziale della Costituzione, la natura spirituale della persona umana, nella quale si legittimano i suoi diritti naturali imprescrittibili"¹⁰⁶.

presieduta da Umberto Terracini (PCI); 3) rapporti economici e sociali, presieduta da Gustavo Ghidini (PSI); non si vuol certo negare, quindi, che all'interno del dibattito delle altre commissioni vi siano stati riferimenti al principio di sussidiarietà, o alle sue applicazioni, ma è proprio nella prima sottocommissione che si evince maggiormente questo scambio di vedute e l'effettivo "ingresso", ancorché non esplicito, del principio di sussidiarietà orizzontale nel nostro ordinamento.

¹⁰⁵ Sul punto si veda V. CERULLI IRELLI e R. CAMELI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nei lavori dell'Assemblea Costituente*, op. cit., secondo cui, "il modello istituzionale in fieri avrebbe dovuto discostarsi, secondo le intenzioni dei costituenti, sia dall'esperienza liberale ottocentesca sia, soprattutto, da quella fascista immediatamente precedente".

¹⁰⁶ Questi ultimi avrebbero dovuto essere individuati non soltanto nella Dichiarazione del 1789 e nei diritti "sociali" ma, affinché potesse essere riconosciuto in pieno lo sviluppo della personalità umana, anche in quelli delle "comunità fondamentali nelle quali l'uomo si integra e si espande"; la tutela dei "diritti originari ed imprescrittibili dell'uomo e delle comunità naturali" costituiva, nella visione del deputato cattolico, la necessaria condizione per la formazione di una "società pluralista"; il ruolo centrale della persona umana e degli organismi sociali veniva riconosciuto in base ai "dati dell'Evangelo e della più alta meditazione umana, durante tutto il corso della Cristianità". Sulla base di queste premesse teoriche, il testo proposto prevedeva all'art. 1 che "Lo Stato italiano riconosce la natura spirituale, libera, sociale dell'uomo"; l'art. 3, parallelamente, sanciva che "l'esercizio

La relazione ed il testo proposto da La Pira furono subito oggetto di critiche ed interventi da parte dei deputati che rappresentavano forze distinte dalla componente cattolica; in particolar modo Mastrojanni, appartenente al partito Uomo Qualunque, affermò la preferenza a non inserire esplicitamente tale principio all'interno della Carta Costituzionale; infatti, il riconoscimento, *expressis verbis*, della necessaria pre-esistenza di diritti dell'individuo e delle comunità naturali rispetto allo stato avrebbe potuto generare, sia pure indirettamente, un obbligo da parte dello "Stato ad ingerirsi nella vita di queste associazioni" qualora le stesse non avessero perseguito, secondo l'opinione del Parlamento, gli obiettivi sociali ed economici per le quali erano state istituite.

Furono però le critiche da parte di alcuni esponenti della sinistra ad essere maggiormente significative; l'onorevole Marchesi, in particolare, obiettò sul "ricorso a canoni neotestamentari" e, più in generale, contestò il riconoscimento dei diritti imprescrittibili e naturali, che sarebbe stato originato da una "concezione teologica anziché storica e razionale"; sulla stessa linea di Marchesi si pose l'on. Togliatti secondo cui il testo di La Pira peccava di "eccesso di ideologia" che avrebbe potuto comportare una "scissione nella nazione"¹⁰⁷.

Il dibattito aspro circa il fondamento dei diritti dell'uomo e delle comunità attraverso le quali il singolo cittadino opera si arricchì di autorevoli interventi quali, in senso negativo, Mancini (Psiup) e Cevolotto (P.c.i.); altri come il democristiano Caristia ed il liberale Lucifero, pur apprezzando nei contenuti il

effettivo di tali diritti esige una struttura della società e dello stato, nella quale sia assicurato a ciascuno, nel corpo sociale, proporzionalmente alle sue capacità, un ruolo ed una funzione".

¹⁰⁷ Nel senso di una critica ancor più radicale al testo, è necessario ricordare il socialista Lombardi, secondo cui i diritti individuali, sociali e delle stesse formazioni umane "non sono venuti dall'alto ma sono stati strappati dalle rivoluzioni, dalle guerre e dal sangue versato dagli uomini".

testo di La Pira, proponevano il cambiamento di alcune formule particolarmente intrise di ideologia¹⁰⁸.

Fu Dossetti a superare l'*impasse* instauratosi tra le due componenti numericamente più significative dell'Assemblea (cattolici e socialcomunisti), presentando un ordine del giorno nel quale si chiedeva il riconoscimento, all'interno della nuova Costituzione, dei diritti dell'uomo a partire da una visione non «*soltanto individualistica*», accogliendo un riscontro positivo da parte di tutte le forze costituenti ed in particolar modo dal segretario del Partito Comunista Italiano, l'onorevole Palmiro Togliatti¹⁰⁹.

In virtù del raggiungimento dell'accordo, Dossetti, concludendo la seduta, propose un ordine del giorno il cui punto c) prevedeva che la sola impostazione veramente conforme alle esigenze storiche fosse quella che affermava l'esistenza sia dei diritti fondamentali delle persone, sia dei diritti delle comunità naturali anteriormente ad ogni concessione dello Stato¹¹⁰.

¹⁰⁸ Come sostenuto dall'on. Caristia "si può obiettare che la relazione di La Pira sia un po' troppo intrisa di ideologia anche se questa ideologia è indiscutibile. In una Costituzione bisogna procedere per formule scheletriche e quanto più la formula è scheletrica e comprensiva tanto più si raggiunge lo scopo".

¹⁰⁹ Dossetti reputava peraltro che il *prius* riconosciuto della persona umana e dei corpi intermedi non si sarebbe posto in antitesi con il materialismo marxista ed anzi fosse perfettamente coerente con esso alla luce di quanto previsto nella stessa Costituzione dell'U.R.S.S. L'antiorità della persona e delle collettività avrebbe dovuto essere affermata esplicitamente nella Carta per una "esigenza non filosofica ma per una ragione giuridica [...] i giuristi hanno bisogno di sapere qual è l'impostazione ideologica che sottostà alla norma". Togliatti, concordando con le conclusioni dell'on. Dossetti, asserì che, secondo la stessa visione marxista, lo "Stato ad un certo momento dovrebbe scomparire mentre sarebbe assurdo asserire che potrebbe scomparire la persona umana"; il segretario del P.C.I. apprezzò peraltro la volontà di abbandonare molti dei riferimenti alla tradizione religiosa cattolica presenti nella relazione di La Pira.

¹¹⁰ Questo il testo integrale proposto da Dossetti: "La sottocommissione, esaminate le possibili impostazioni sistematiche di una dichiarazione dei diritti dell'uomo, [...] ritiene che la sola impostazione veramente conforme alle esigenze storiche, cui il nuovo statuto dell'Italia democratica deve soddisfare, è quella che: a) riconosca la precedenza sostanziale della persona umana (intesa nella completezza dei suoi valori e dei suoi bisogni, non solo materiali ma anche spirituali) rispetto allo Stato e la destinazione di questo al servizio di quella; b) riconosca ad un tempo la necessaria socialità di tutte le persone, le quali sono destinate a completarsi e a perfezionarsi a vicenda mediante una reciproca solidarietà economica e spirituale: anzitutto in varie comunità intermedie, disposte secondo una naturale gradualità (comunità familiari,

Malgrado il raggiungimento dell'intesa, il dieci settembre i deputati delle sinistre sollevarono ulteriori perplessità su quanto espresso a conclusione della seduta precedente¹¹¹.

A tali obiezioni, e per tranquillizzare coloro i quali temevano una minaccia allo svolgimento delle funzioni sociali da parte dello Stato in seguito ad un espresso riconoscimento della centralità dei corpi intermedi, l'on. Dossetti rispose sostenendo che il riconoscere la priorità alla persona umana ed alle comunità naturali non avrebbe significato accedere ad una concezione individualistica in Costituzione bensì valorizzare *“la necessaria solidarietà di tutte le persone le quali sono chiamate a completarsi a vicenda mediante la molteplice organizzazione della società moderna”*¹¹².

Il testo unitario dell'art. 2 della Costituzione, presentato dopo la seduta successiva dell'undici settembre, recitava: *“la presente Costituzione, al fine di assicurare l'autonomia e la dignità della persona umana e di promuovere ad un tempo la necessaria solidarietà sociale, economica e spirituale in cui le persone debbono completarsi a vicenda, riconosce e garantisce i diritti inalienabili all'uomo sia come singolo sia come appartenente alle forme sociali, nelle quali esso organicamente si integra e perfeziona”*.

territoriali, professionali, religiose, ecc.), e quindi, per tutto ciò in cui quelle comunità non bastino, nello Stato; c) che perciò affermi l'esistenza sia dei diritti fondamentali delle persone, sia dei diritti delle comunità anteriormente ad ogni concessione da parte dello Stato”.

¹¹¹ Fu in particolare l'on. Basso a sottolineare che *“Lo Stato non è venuto prima della persona ma nemmeno la persona prima dello Stato, in quanto la persona non può esistere come tale senza la Società nella quale vive [...] lo Stato, come la famiglia e come tutte le altre forme di convivenza hanno il medesimo valore storico”*.

¹¹² A confermare quanto espresso da Dossetti e per favorire la creazione di un'intesa, fu lo stesso relatore La Pira a riconoscere che *“il patrimonio comune”* avrebbe dovuto fondarsi anche sui principi della Costituzione Russa *“che può avere particolare valore soprattutto nella disciplina da darsi alle comunità, specialmente di lavoro, nelle quali si espande la persona umana”*.

Vi furono varie modifiche¹¹³ e, soltanto il 23 marzo 1947, dopo la richiesta di un ulteriore emendamento congiunto da parte di alcuni esponenti democristiani e comunisti¹¹⁴, l'art. 2 assunse la forma attuale¹¹⁵.

Malgrado le differenze di vedute analizzate in sede di Assemblea Costituente, si evince che la vera e propria pietra angolare del sistema costituzionale italiano risulta essere il concetto, più volte richiamato, di "*persona umana*"; questa è l'opinione non soltanto di illustri costituzionalisti¹¹⁶ ma, come emerso nei passi poc'anzi esaminati, degli stessi padri costituenti¹¹⁷; perciò

¹¹³ In particolar modo il 24 gennaio 1947 tale articolo, dopo ulteriori modificazioni, divenne "*Per tutelare i principi sacri ed inviolabili di autonomia e dignità della persona e di umanità e di giustizia tra gli uomini, la Repubblica Italiana garantisce ai singoli ed alle formazioni sociali ove si svolge la loro personalità i diritti di libertà e richiede l'adempimento di doveri di solidarietà politica, economica e sociale*".

¹¹⁴ Furono rispettivamente, per la Democrazia Cristiana, Fanfani e Moro, mentre, per il Partito Comunista Italiano, Amendola e Iotti.

¹¹⁵ Art. 2 Cost. "*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*". Come dichiarò successivamente lo stesso Moro, le finalità di tale emendamento furono quelle di togliere "*il carattere politico, umanistico e finalistico ridondante in alcune espressioni e dargli un contenuto giuridico più preciso*"; inoltre, osservò Moro, "*il parlare di diritti dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali mette in chiaro che la tutela accordata a queste formazioni è niente altro che un'ulteriore esplicitazione, uno svolgimento dei diritti di autonomia di dignità e di libertà che sono stati riconosciuti e garantiti all'uomo come tale. Si mette in rilievo cioè la fonte della dignità, dell'autonomia e della libertà di queste formazioni sociali, le quali sono espressioni di diritti essenziali dell'uomo e come tali debbono essere valutate e conosciute*"; Moro ribadì che tale riconoscimento delle comunità costituisce un naturale "*svolgimento democratico, poiché lo Stato assicura la sua democraticità ponendo a base del suo ordinamento il rispetto dell'uomo guardato nella molteplicità delle sue espressioni [...] non soltanto individuo ma società nelle sue varie forme, società che non si esaurisce nello stato*"; pare doveroso sottolineare che non mancarono voci critiche sul testo definitivo dell'art. 2 della Costituzione; in particolare, tra le più autorevoli, si segnala Calamandrei, esponente del Partito d'Azione, il quale considerò tale disposizione "*parte negativa (della Costituzione)*" in quanto è "*quella in cui i partiti non sono riusciti a trovarsi d'accordo con sincerità nella sostanza: ed è questa la parte che secondo me pecca di genericità di oscurità e di sottintesi*".

¹¹⁶ C. MORTATI, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, Torino, ERI, 1959.

¹¹⁷ G. LA PIRA in *Assemblea Costituente*, seduta dell'11 marzo 1947, in *La Costituzione della Repubblica* nei lavori preparatori della Assemblea Costituente, Camera dei Deputati, Roma, 1971, I, 316. L'onorevole La Pira fa convergere esplicitamente, nel concetto di persona, due direttrici fondamentali della Carta Costituzionale ossia la concezione pluralista della tradizione cristiana e delle prime carte di fine '700 e l'idea di Stato Sociale per come emerge chiaramente dalle

questo è “l’elemento [preponderante] dal quale partire al fine di comprendere pienamente gli sviluppi, anche moderni, delle dinamiche di riforma costituzionale che valorizzano il principio di sussidiarietà orizzontale”¹¹⁸.

L’implicito riferimento al principio di sussidiarietà orizzontale della Costituzione del 1948 è, dunque, strettamente connesso all’idea, comune a tutti i costituenti, della centralità della *persona* e delle comunità intermedie pur nella differente la prospettiva politica dei vari partiti politici dell’epoca.

Molto interessante, di poco successivo all’entrata in vigore della Costituzione, l’isolato contributo, sul piano dottrinale, offerto da Tosato sul principio di sussidiarietà¹¹⁹.

Tosato vede nel principio di sussidiarietà un vero e proprio principio di diritto: «siamo nel campo della giustizia sociale e non nel campo della giustizia commutativa [...] il principio di sussidiarietà definisce i rapporti fra singoli e società, in termini di poteri e doveri, di lecito e di illecito»¹²⁰.

Come già ripetuto più volte, anche Tosato ritiene che i corpi sociali, e i singoli individui che li compongono, sono ordinati secondo un criterio ontologico che prevede comunque l’esistenza di una gerarchia tra essi: a partire dalla persona, a cui va la preferenza di tutto il sistema. La sussidiarietà è chiamata a garantire e

evoluzioni avviate sin dagli anni successivi al secondo dopoguerra; inoltre, nel 1994, in un congresso presso l’Abbazia di Monteveglio, Giuseppe Dossetti, alla presenza di Nilde Iotti, incluse tra le “radici della Carta” il principio di sussidiarietà; egli affermò con vigore, in particolare, la “consistenza costituzionale” dei corpi intermedi non territoriali: a quest’ultimo proposito sottolineò l’intima connessione di tali organismi con talune delle prerogative più inviolabili della persona (famiglia, scuola, associazioni volontarie di assistenza).

¹¹⁸ V. CERULLI IRELLI e R. CAMELI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nei lavori dell’Assemblea Costituente*, op. cit.

¹¹⁹ E. TOSATO, *Persona, società intermedie e Stato*, op. cit., p. 83-101. (Il saggio è stato però pubblicato per la prima volta su *Nuova Antologia*, nel 1959); secondo l’autore il principio di sussidiarietà prevede che «l’intervento della società astrattamente considerata, e quindi di qualsiasi società esistente, è e deve essere sussidiario, e solo sussidiario».

¹²⁰ E. TOSATO, *Persona, società intermedie e Stato*, op. cit., p. 88.

rispettare tale ordine, assegnando a ciascun ente solo e non altro i propri scopi e finalità, in modo tale da garantire il fine ultimo del *bonum commune*¹²¹.

Sempre sul filone dottrinale, a differenza che in Italia dove il contributo di Tosato resta isolato, in Germania, negli anni Cinquanta e Sessanta, si sviluppa un dibattito sul principio di sussidiarietà quale principio non scritto dell'ordinamento costituzionale¹²² di cui si parlerà più avanti.

2.2 Riferimenti normativi

Passando ora alla trattazione della disciplina positiva all'interno dell'ordinamento italiano, autorevole dottrina¹²³ ha inteso suddividere le alterne vicende dell'applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale in cinque fasi storiche.

2.2.1 Prima fase: i riferimenti nella Costituzione del 1947

Vi è chi ritiene che già nella Costituzione del 1947, proprio a causa del vivace dibattito scaturito in sede di Assemblea Costituente, si possa rinvenire la sussidiarietà orizzontale, ed anche verticale, quale principio implicito o non scritto¹²⁴; altri, al contrario, hanno posto in dubbio, anzitutto, il reale rilievo fondamentale o primario del principio di sussidiarietà e la possibilità stessa di

¹²¹ Per un'analisi approfondita del testo del Tosato si veda C. MAGNANI, *sussidiarietà e Costituzione: pluralismo e diritti*, in *Studi Urbinati*, op. cit.

¹²² P. DURET, *La sussidiarietà «orizzontale»: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, p. 118.

¹²³ A. D'ATENA, *Prospettive della sussidiarietà*, in *sussidiarietà orizzontale e verticale: profili fiscali*, a cura di AA.VV., op. cit.

¹²⁴ A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà e la Costituzione*, op. cit.

rinvenire nella Costituzione del 1947 il fondamento costituzionale del principio di sussidiarietà¹²⁵.

Ad avviso di chi scrive, è la prima posizione dottrinale che pare avere un più adeguato riscontro, pur non aparendo però così scontata¹²⁶; ciò nonostante,

¹²⁵ G.C. SALERNO, *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione europea*, Giappichelli, 2010, il quale afferma che "È stato, infatti, osservato in dottrina che in difetto di indicazioni consolidate della Corte Costituzionale che annoverino il principio di sussidiarietà sociale tra i principi supremi, la conclusione cui si deve pervenire è nel senso che non è ipotizzabile alcun «effetto palingenetico», ossia che la consacrazione esplicita del principio abbia sortito l'effetto innovativo nel sistema costituzionale. L'orientamento in parola sottolinea, altresì, che la collocazione del principio nella disposizione dell'art. 118, comma 4, della Carta costituzionale è tale da escludere in radice una trasformazione in Stato comunitario, un effetto di tale portata non potendo prescindere da una puntuale e coerente collocazione della sussidiarietà sociale nel testo costituzionale fra i principi fondamentali enunciati «nei primi dodici articoli della Costituzione, magari integrando la previsione dell'art. 5» o, al più, tra le disposizioni costituzionali dedicate «ai rapporti fondamentali tra i pubblici poteri e i consociati». Tale lettura – si soggiunge – non potrebbe essere contraddetta sostenendo che, in realtà, il principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, quarto comma, della Costituzione, con la riforma del 2001, sarebbe stato «semplicemente esplicitato da un principio incluso nel nostro patrimonio costituzionale», di modo che il principio in esame emergerebbe «da una lettura complessiva» delle disposizioni della Costituzione, risultando, quindi, l'esito di una «interpretazione assiologicamente orientata», la cui legittimità non si ritiene pacifica". Sul punto si veda altresì: V.Q. CAMERLENGO, Art. 118, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006. In senso contrario, L. MELICA, *Sussidiarietà*, in *Dizionario di diritto pubblico* (diretto da S. CASSESE), vol. VI, Milano, 2006, 5836; E. FERRARI, *Lo Stato sussidiario: il caso dei servizi sociali*, in *Dir. Pubbl.*, n. 1, 2002; quest'ultimo osserva che, «per il settore "identificato un tempo con i termini di beneficenza ed assistenza" e che "ha assunto da ultimo la denominazione di servizi sociali", la contemporanea presenza di soggetti pubblici e di iniziative private è certamente uno dei dati caratterizzanti non da anni, ma da secoli: rispetto a tale situazione il nuovo principio non sembra però destinato ad introdurre grandi novità e non è dato a pensare che i nuovi testi, vuoi comunitari vuoi nazionali, siano forieri di reali cambiamenti né sui rapporti oggi esistenti in materia tra pubblico e privato, né sui principi che li governano».

¹²⁶ Si vedano sul punto le opinioni critiche di I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003, p. 54 ss; è stato altresì osservato da C. MAGNANI, *sussidiarietà e Costituzione: pluralismo e diritti*, in *Studi Urbinati, op. cit.*, che «il principio personalista e quello pluralista si inscrivono in una visione aperta e conflittuale del pluralismo sociale, volta a riconoscere le autonomie sociali senza prefigurare alcun bene comune da raggiungere integrando gradualmente le varie sfere sociali precostituite. Il principio di sussidiarietà si presenta, in questa visione, troppo carico di suggestioni organicistiche e conciliative per essere rintracciabile anche solo implicitamente in Costituzione. Personalismo, pluralismo e riconoscimento delle autonomie sociali non coincidono con il principio di sussidiarietà, rappresentando piuttosto dei prerequisiti essenziali alla esplicazione del principio stesso che dispositivi di sussidiarietà»; a corroborare tale interpretazione: P. RIDOLA, *Forma di stato e principio di sussidiarietà*, op. cit., 192, S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in *www.federalismi.it*, 5, 2006, p. 4 ss., P. RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, 1997, p.

come acutamente è stato osservato, «per la fase costituente, si può formulare un giudizio analogo a quello che viene comunemente espresso con riferimento alla corrispondente fase tedesca. Al pari dei costituenti tedeschi, infatti, i costituenti italiani, pur non facendo uso della parola “sussidiarietà”, hanno adottato una serie di soluzioni ispirate al principio corrispondente»¹²⁷.

La Costituzione italiana ha tentato, infatti, “un equilibrio tra una concezione individualista della società e una concezione comunitarista in cui la libertà viene funzionalizzata al mantenimento delle istituzioni”¹²⁸.

Come detto, uno dei riferimenti costituzionali più importanti per lo sviluppo della sussidiarietà nel nostro ordinamento è contenuto nell’articolo 2 della Costituzione¹²⁹ laddove riconosce la centralità della persona umana richiamando la Repubblica a garantire i suoi diritti inviolabili non solo come un dato da rispettare, ma come un principio da realizzare. In base al principio sancito dall’art. 2, Cost., lo Stato deve intervenire come ultima *ratio* quando i soggetti e le energie presenti sul territorio non sono in grado o non vi possono

75 ss., per il quale oltre alla valenza garantista il principio di sussidiarietà «presuppone una non già una relazione dialettico-oppositiva fra stato e società, ma una visione “organica” de corpo sociale, le cui parti si ricompongono armonicamente attraverso di esso in un processo che, spontaneamente e gradualmente, ascende dall’individuo allo stato attraverso le formazioni sociali intermedie».

¹²⁷A. D’ATENA, *Prospettive della sussidiarietà, in sussidiarietà orizzontale e verticale: profili fiscali*, a cura di AA.VV., *op. cit.*, che prosegue affermando come tali riferimenti si possono ricavare «in relazione ad una pluralità di discipline [...] Ciò è - ad esempio - suffragato dalle norme - ricordate in precedenza - sulle prerogative dei genitori, nell’ambito della famiglia, e sull’autonomia statutaria delle confessioni religiose diverse dalla cattolica».

¹²⁸ L. VIOLINI, *Sussidiarietà e decentramento: approfondimenti sulle esperienze europee e sulle politiche regionali in Italia*, Guerini, Milano, 2003, p. 138; e (a cura di) A. PISANESCHI e L. VIOLINI, *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione: scritti per Giovanni Grottanelli De’ Santi*, Milano, Giuffrè, 2007.

¹²⁹ L’art. 2 Costituzione recita così “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”, in *www.normattiva.it*.

provvedere¹³⁰. In definitiva l'articolo 2 Cost. testimonia la volontà dei Costituenti di discostarsi da una visione individualista del rapporto Stato-cittadini, ponendo l'accento sul ruolo ricoperto dalle formazioni sociali.

Pare utile altresì il richiamo, pur sempre implicito, del nostro costituente del 1947 al principio di sussidiarietà verticale; infatti, «*uno degli ambiti in cui la logica della sussidiarietà traspare con particolare evidenza è quello dei rapporti tra gli enti territoriali*»¹³¹.

È indubbio che l'art. 5 non rappresenti solo una decisione di preferenza in favore di tali autonomie, ma anche il proposito che le competenze originariamente godute dagli enti che ne sono dotati si configurino come un punto di partenza, essendo destinate ad ampliarsi, per effetto degli interventi del legislatore in attuazione del principio della promozione¹³².

¹³⁰ Così L. VIOLANTE, in AA.VV., *Sussidiarietà e sviluppo economico*, testo tratto dai lavori dell'Intergruppo parlamentare per la sussidiarietà, 2003: "questo articolo segna il passaggio dello Stato programmatore, che aveva l'ambizione di definire il destino di tutti i cittadini allo stato incentivante che pone le condizioni affinché i cittadini possano costruire da soli il proprio futuro, lasciandoli liberi di fare le loro scelte, affinando una cultura del progetto e della responsabilità".

¹³¹ A. D'ATENA, *Prospettive della sussidiarietà, in sussidiarietà orizzontale e verticale: profili fiscali*, a cura di AA.VV., *op. cit.* Per una diversa lettura, vedi: S. BARTOLE, *Riflessioni conclusive sul principio di sussidiarietà*, in A. RINELLA, L. COEN, R. SCARMIGLIA (a cura di), *sussidiarietà e ordinamenti costituzionali*, *op. cit.*

¹³² A. D'ATENA, *Prospettive della sussidiarietà, in sussidiarietà orizzontale e verticale: profili fiscali*, a cura di AA.VV., *op. cit.*, secondo cui "nello stesso senso può invocarsi la regola secondo cui, nelle relazioni tra diversi livelli territoriali di governo, spostamenti delle competenze fossero possibili solo verso il basso, non verso l'alto. In questa linea si collocavano le norme sulla delega amministrativa - dallo Stato alle Regioni e dalle Regioni agli enti locali (art. 118, commi 2 e 3) -, la previsione che la legge statale potesse attribuire agli enti locali le funzioni "di interesse esclusivamente locale" rientranti nei settori regionali, sottraendole corrispondentemente alle Regioni (art. 118, comma 1), la regola dell'amministrazione indiretta necessaria, secondo cui le Regioni avrebbero dovuto esercitare normalmente le proprie funzioni amministrative delegandole agli enti locali o avvalendosi dei relativi uffici (art. 118, comma 4, *cit.*). È vero che, a prima vista, il modello risultante da tali previsioni si presentava rovesciato rispetto a quello tipico, in virtù del quale - come si è visto - i dispositivi rivolti a dar corpo, in termini dinamici, al principio di sussidiarietà prefigurano spostamenti delle competenze verso l'alto (in favore delle entità di livello superiore, abilitandole a sostituirsi a quelle inferiori, in presenza di certi presupposti). Tale rovesciamento di prospettiva non doveva, tuttavia, sorprendere. Esso costituiva la coerente conseguenza del rovesciamento dell'enumerazione delle competenze rispetto agli ordinamenti federali classici. È, infatti, noto che - a differenza di quanto normalmente si registra in questi ultimi - negli ordinamenti di tipo regionale (e

2.2.2 Seconda fase: la sussidiarietà negata

Nella seconda fase - protrattasi per circa un quarantennio - i germi di sussidiarietà presenti nella costituzione sono stati sistematicamente soffocati.

Nel corso di essa, si è venuto consolidando un assetto reale, non solo, privo di riscontro nel disegno costituzionale, ma anche in aperta contraddizione rispetto ad esso, la cui cifra fondamentale andava identificata nel centralismo.

Una lettura attenta della storia costituzionale del nostro paese dimostra, infatti, che il riconoscimento delle formazioni sociali, e perciò la volontà dei costituenti, sia rimasto tale solo nella carta e non abbia trovato invece concreta attuazione da parte del legislatore ordinario.

Si è sottolineato come la produzione normativa del legislatore di quegli anni ha favorito maggiormente una logica dell'uniformità a discapito della differenziazione, con la caratterizzazione di un forte centralismo che ha bloccato i germogli di autonomia e pluralismo presenti nella Carta¹³³.

Per conseguenza il legislatore ordinario, anziché limitarsi a porre norme di confine a tutela di primari interessi pubblici, ha continuato a comprimere lo sviluppo dei corpi intermedi continuando a manifestare nei loro confronti una pretesa omni-regolatrice mediante norme sempre più di dettaglio.

Anche spostando l'attenzione alla sussidiarietà verticale, ed in particolar modo nell'ambito dei rapporti tra enti territoriali (Stato-Regioni-Province-Comuni), il metodo seguito dal legislatore ordinario non è mutato.

nell'ordinamento italiano dell'epoca, tra questi) la competenza generale spetta allo Stato (e non alle Regioni). Ed è evidente che, in questa cornice sistematica, dispositivi rivolti a consentire modifiche dell'ordine delle competenze in nome della preferenza accordata al livello inferiore debbano aprire la strada, non già, a possibili ampliamenti delle competenze dello Stato, ma ad incrementi delle competenze regionali e locali".

¹³³ L. ANTONINI, *Sussidiarietà fiscale. La frontiera della democrazia*, Guerini e Associati, 2005, p. 75 ss.

Solo per fare un esempio basti ricordare che, nonostante la costituzionalizzazione delle materie regionali (elencate direttamente da norme di grado costituzionale), lo Stato si era abusivamente attribuito il potere di modificarne il contenuto in via legislativa ordinaria, appropriandosi, conseguentemente, di materie di competenza di spettanza delle Regioni¹³⁴.

2.2.3 Terza fase: riemersione del principio

Per assistere alla riemersione del principio di sussidiarietà si è dovuto attendere la fine degli anni Ottanta. La prima manifestazione della nuova tendenza non è stata una manifestazione autoctona, in quanto è costituita dalla Carta europea dell'autonomia locale, firmata a Strasburgo - nel quadro del Consiglio d'Europa - il 15 ottobre 1985 e resa esecutiva in Italia legge 30 dicembre 1989, n. 439.

La Carta, nel preambolo, sottolinea che il livello locale è quello in cui la partecipazione democratica dei cittadini trova la propria espressione più diretta, ed enuncia, all'art. 4, comma 3, il principio secondo cui l'esercizio delle responsabilità pubbliche deve incombere di preferenza sull'autorità più vicina ai cittadini; con la conseguenza - puntualmente esplicitata - che l'assegnazione di una responsabilità ad un'altra autorità deve tener conto dell'ampiezza e della natura del compito, nonché delle esigenze di efficacia e di autonomia¹³⁵.

¹³⁴ Sul punto si veda D'ATENA, *La vicenda del regionalismo italiano ed i problemi della transizione al federalismo*, in D'ATENA (a cura di), *Federalismo e regionalismo in Europa*, Milano, 1994, p. 208 ss., secondo cui: "a ciò si aggiunga che - sempre in via legislativa ordinaria - lo Stato si era dotato del potere di adottare atti amministrativi di indirizzo e coordinamento, di cui pretendeva il rispetto, non solo da parte dell'amministrazione (in contrasto con il carattere esclusivo della competenza regionale in materia), ma anche della legislazione delle Regioni (in violazione della riserva di legge di cui all'art. 117, comma 1, nella sua formulazione originaria); - che - ad onta del riparto verticale di cui all'originaria formulazione dell'art. 117, comma 1, Cost. (allo Stato i principi ed alle Regioni le norme di dettaglio) - la legge nazionale interveniva normalmente, nelle materie di pertinenza regionale, con disposizioni di minuto dettaglio".

¹³⁵ Sulla riconducibilità di tale disciplina al modello della sussidiarietà: S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.*, 1995, V, p. 373 ss. Quest'orientamento ha trovato un seguito pressoché immediato nella c.d. legge Gava, l. n.

2.2.4 Quarta fase: apertura alla sussidiarietà orizzontale

La quarta fase ha avuto inizio alla fine degli anni Novanta.

Con la legge 11 agosto 1991, n. 266, la legge quadro sul volontariato, si è posto il primo tassello al riconoscimento del principio di sussidiarietà, laddove riconoscendo il lavoro volontario organizzato e dando rilievo all'attività prestata "in modo personale, spontaneo, gratuito, tramite l'organizzazione di cui il volontario fa parte, senza fini di lucro anche indirettamente ed esclusivamente per fini di solidarietà"¹³⁶ è stata ammessa la possibilità, per le organizzazioni di volontariato, di servirsi di personale dipendente, consentendo così la possibilità, anche per enti senza scopo di lucro, di servirsi di una organizzazione stabile per l'esercizio dell'attività¹³⁷.

142/1990, la quale, secondo un'opinione autorevolmente avanzata (L. VANDELLI, *Il principio di sussidiarietà nel riparto di competenze tra diversi livelli territoriali: a proposito dell'art. 3 B del trattato sull'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, p. 379 ss.), ha costruito in termini di sussidiarietà i rapporti tra i comuni, le province e le Regioni: riconoscendo ai primi una competenza residuale ed elevando a criterio distributivo delle competenze tra essi e gli altri livelli la dimensione degli interessi pubblici coinvolti, nonché l'economicità e l'efficienza nell'esercizio delle competenze stesse. Sul fronte legato ai servizi sociali, possiamo ricordare: la conversione delle IPAB da enti di diritto pubblico a enti di diritto privato, a seguito della pronuncia della Corte costituzionale del 1988; la privatizzazione degli istituti di patronato e di assistenza sociale (art. 1, l. 27 marzo 1980, n. 112 e l. 30 marzo 2001, n. 152); così come di alcuni gestori di forme obbligatorie di previdenza e assistenza (d.lgs. 30 giugno 1994, n. 509) e da ultimo delle fondazioni di origine bancaria. Una parte della dottrina (sull'uso dell'espressione "terzo settore" e sui diversi significati, in ambito sociologico, si rinvia a L. BOCCACCIN, *Il terzo settore tra le generazioni*, Milano, 2003, p. 22; per i diversi utilizzi di questa locuzione anche da parte del legislatore, S. LA PORTA, *L'organizzazione delle libertà sociali*, Milano, 2004, p. 1) ravvisa proprio in questa fase l'inizio dello sviluppo del c.d. terzo settore, ossia di quel settore intermedio fra pubblico e privato, il cui sviluppo è stato poi promosso dal legislatore attraverso una produzione normativa *ad hoc*.

¹³⁶ Per un approfondimento sul fenomeno del volontariato, L. MENEGHINI, *Nuovi valori costituzionali e volontariato*, Milano, 1989; V. TONDI DELLA MURA, *La Legge-quadro sulvolontariato*, in *Amministrazione e Politica*, 1992, pp. 65-72; e, dello stesso A., *Rapporti tra volontariato ed enti pubblici nell'evoluzione della forma di stato sociale*, in E. ROSSI - L. BRUSCUGLIA (a cura di) *Il volontariato a dieci anni dalla legge quadro*, Milano, 2002, 117-157.

¹³⁷ Per un approfondimento sugli aspetti di costituzionalità della legge sul conflitto di attribuzioni Stato-Regioni e la pronuncia della Corte costituzionale a favore della legge quadro, Corte cost.,

Il principio di sussidiarietà ha però trovato la sua manifestazione più significativa solo a partire dalla prima legge Bassanini: la l. n. 59/1997, la quale ha dato una lettura estensiva del principio di sussidiarietà.

Secondo l'art. 4 c. 3, con riferimento alla ripartizione delle competenze tra i vari livelli di governo, «*i conferimenti di funzioni di cui ai commi 1 e 2 avvengono nell'osservanza dei seguenti principi fondamentali: a) il principio di sussidiarietà, con l'attribuzione della generalità dei compiti e delle funzioni amministrative ai comuni, alle province e alle comunità montane, secondo le rispettive dimensioni territoriali, associative e organizzative, con l'esclusione delle sole funzioni incompatibili con le dimensioni medesime, attribuendo le responsabilità pubbliche, anche al fine di favorire l'assolvimento di funzioni e di compiti di rilevanza sociale da parte delle famiglie, associazioni e comunità, all'autorità territorialmente e funzionalmente più vicina ai cittadini interessati (...)».*

Non è, inoltre, privo di significato che la medesima legge contenesse delle aperture, benché timide, in favore dell'utilizzazione del principio di sussidiarietà anche con riferimento ai rapporti tra la statualità (complessivamente considerata) e la società civile. Ci si riferisce alla parte finale dell'art. 4, comma 3, lett. a), che imponeva al legislatore delegato di “*favorire l'assolvimento di funzioni di rilevanza sociale da parte di famiglie, associazioni, comunità*”: aprendo, così la strada al riconoscimento della sussidiarietà orizzontale¹³⁸.

Come si può osservare, con la l. n. 59/1997 il principio di sussidiarietà viene introdotto nel nostro ordinamento in entrambe le sue accezioni: quella verticale laddove definisce un criterio di riparto delle competenze fra regioni ed enti locali, stabilendo che le funzioni amministrative debbano essere svolte dalle autorità

28 febbraio 1992, n. 75, in *Giur. It.*, 1992, I, 1, 1206 con nota di PALICI DI SUINI; in *Giur. Cost.*, 1992, II, 2348 con nota di ROSSI; in *Regioni*, 1993, I, con nota di PARODI e di RIGANO.

¹³⁸ In argomento: G. PASTORI, *La sussidiarietà “orizzontale” alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative*, in A. RINELLA, L. COEN, R. SCARMIGLIA (a cura di), *sussidiarietà e ordinamenti costituzionali*, op. cit., 169 ss.

territorialmente più vicine ai cittadini (per cui in primo luogo dai comuni), e quella orizzontale laddove apre lo spazio all'iniziativa dei cittadini, favorendo l'esecuzione da parte di questi ultimi di funzioni e compiti di interesse generale.

Interpretando il testo normativo dunque, si può dire che *«l'applicazione del principio in senso verticale deve essere fatta tenendo nel massimo conto la possibilità di una successiva applicazione del principio anche in senso orizzontale. Individuato cioè il livello e quindi l'ente cui allocare la funzione o il compito di rilevanza sociale, la legge prefigura la possibilità dell'ente attributario di ulteriormente dislocare il potere stesso verso la società civile»*¹³⁹.

Il principio di sussidiarietà è stato successivamente ripreso, sia nella sua accezione verticale che in quella orizzontale, dall'art. 2, c. 5, l. n. 265/1999 (che ha introdotto nell'art. 2, l. n. 142/1990 il c. 5, poi confluito nell'art. 3 del d.lgs. n. 267/2000 Testo unico in materia di ordinamento degli enti locali); è previsto infatti che *«comuni e province, oltre ad essere titolari di funzioni proprie, possono essere destinatari di funzioni amministrative ulteriori, conferite loro con legge dello Stato o delle regioni, secondo il principio di sussidiarietà»* e che *«i comuni e le province svolgano le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali»*.

A ben vedere questa formulazione del principio non è poi tanto diversa da quella fornita dalla l. n. 59/1997, ma rispetto a quest'ultima introduce in aggiunta il criterio dell'adeguatezza: per poter svolgere attività di interesse generale i cittadini devono dare dimostrazione di essere in grado di fornire un livello qualitativo consono al tipo di funzione o servizio reso; infatti *«con la menzionata formulazione legislativa del principio, alla società civile è attribuito un titolo per poter svolgere funzioni proprie di comuni e province, purché l'esercizio delle stesse possa venire effettuato adeguatamente»*¹⁴⁰.

¹³⁹ P. DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 222.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 223.

Se dunque l'amministrazione riscontrasse che il perseguimento degli interessi collettivi da parte delle formazioni sociali non rispecchia un desiderato livello delle prestazioni, l'iniziativa dei cittadini non potrebbe venire legittimata, né tanto meno potrebbe l'amministrazione rinunciare a svolgere quella determinata funzione.

In conclusione questo periodo, pertanto, può essere giustamente definito un "decennio di ininterrotti successi legislativi"¹⁴¹, anche se – come è stato altrettanto efficacemente osservato – hanno condotto a una sorta di "groviglio" di difficile lettura¹⁴².

Pare opportuno qui ricordare il processo che portò a due distinti testi in seno alla bicamerale per la riforma del Titolo V della Costituzione; nel giugno del 1997 viene approvato il primo testo dell'articolo 56: *"Le funzioni che non possono essere più adeguatamente svolte dalla autonomia dei privati sono ripartite tra le Comunità locali, organizzate in Comuni, Province, Regioni e Stato, in base al principio di sussidiarietà e di differenziazione, nel rispetto delle autonomie funzionali, riconosciute dalla legge. La titolarità delle funzioni spetta agli enti più vicini agli interessi dei cittadini, secondo il criterio di omogeneità e di adeguatezza delle strutture organizzative rispetto alle funzioni medesime. La titolarità delle funzioni compete rispettivamente a Comuni, Province, Regioni e Stato, secondo i principi di omogeneità e adeguatezza"*.

A novembre il testo viene così modificato: *"Nel rispetto delle attività che possono essere adeguatamente svolte dall'autonoma iniziativa dei cittadini, anche attraverso le formazioni sociali, le funzioni pubbliche sono attribuite a Comuni, province, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà e differenziazione. La titolarità delle funzioni compete rispettivamente a Comuni, Province, Regioni e Stato, secondo i principi di omogeneità e adeguatezza"*.

¹⁴¹ G. PONZANELLI, *Relazione*, in D. CARUSI (a cura di), *Associazioni e fondazioni, Dal codice civile alle riforme annunciate*, Convegno di studi in onore di Pietro Rescigno, Milano, 2001, p. 141.

¹⁴² L'espressione "groviglio di leggi speciali" appartiene a M. V. DE GIORGI, *Il nuovo diritto degli enti senza scopo di lucro*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 87.

In questa formulazione il testo giunge all'esame della Camera dei deputati senza che successivamente si proseguiva con l'analisi delle modifiche in quanto la Commissione Bicamerale venne sciolta a metà del 1998¹⁴³.

2.2.5 Quinta fase: riforma del Titolo V

In seguito, come è noto, la riforma del Titolo V della Costituzione del 2001 ha infine dato riconoscimento anche a livello costituzionale al principio di sussidiarietà, sia nella forma verticale che orizzontale.

Il principio di sussidiarietà trova, quindi, testuale menzione nella Costituzione italiana agli artt. 118, comma 1 e 4, e 120, comma 2, a seguito della novella costituzionale di cui agli artt. 4 e 6 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3; mentre gli artt. 118, comma 1, e 120, comma 2, Cost. si riferiscono al principio di sussidiarietà nella sua accezione verticale, l'art. 118, ultimo comma, concerne propriamente il profilo orizzontale (o sociale) del principio prevedendo che «*Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonomia*

¹⁴³ Per le ragioni che hanno portato ad un "nulla di fatto", si veda, A.M. POGGI, Comunicazione al Seminario di Astrid sulla sussidiarietà orizzontale Roma, 7 febbraio 2003, secondo cui "questa formulazione tuttavia venne presto abbandonata per l'evidente svalutazione del principio in essa sancito: in tale testo infatti la sussidiarietà era intesa come un mero criterio di ripartizione delle competenze tra cittadini ed amministrazioni da un lato e tra pubbliche amministrazioni dall'altro, senza alcun riferimento alla generalità degli interessi coinvolti né tanto meno a forme di collaborazione tra cittadini ed enti pubblici. Seguendo questa formula semplicemente l'amministrazione avrebbe rivestito un ruolo residuale rispetto all'azione dei privati: compito degli enti pubblici sarebbe diventato allora quello di fornire i soli servizi che i cittadini non fossero riusciti a garantire con la loro autonoma iniziativa". Di parere contrario A. D'ATENA, *Prospettive della sussidiarietà, in sussidiarietà orizzontale e verticale: profili fiscali*, a cura di AA.VV., op. cit., secondo cui "su queste basi può - ad esempio - dissentirsi dall'opinione secondo cui dei due progetti licenziati dalla Commissione bicamerale D'Alema, quello del giugno 1997 avrebbe contenuto una disciplina della sussidiarietà più incisiva del testo licenziato nel novembre dello stesso anno. È, infatti, vero che il primo progetto comprendeva una norma sul riparto di competenza tra pubblico e privato, mentre il secondo si limitava a contenere una disposizione di principio. È, tuttavia, da considerare che il testo del giugno, consentendo l'attribuzione alle comunità locali ed allo Stato delle sole "funzioni che non (potessero) essere più adeguatamente svolte dai privati", finiva per privilegiare il pubblico (che, a parità di condizioni, anteponeva al privato), mentre il testo del novembre, enunciando il principio del rispetto "delle attività che (potessero) essere adeguatamente (non - si badi - 'più' adeguatamente) svolte dall'autonomia iniziativa dei cittadini, anche attraverso le formazioni sociali", era rivolto a favorire l'iniziativa privata".

iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà».

Nel capitolo successivo si analizzerà nel dettaglio l'articolo 118, c. 4 della Costituzione.

2.3 La giurisprudenza italiana ed il principio di sussidiarietà orizzontale

Prima di affrontare l'analisi delle sentenze della giurisprudenza amministrativa relative al principio di sussidiarietà orizzontale è necessario premettere che tale approfondimento è rivolto in particolar modo a verificare come la giurisprudenza abbia interpretato, da un lato, le disposizioni dell'articolo 118, comma 4, e, dall'altro, le interazioni con il settore dei servizi pubblici locali¹⁴⁴.

Alla base delle sentenze della giurisprudenza si può ricavare un complesso di tutele nei confronti di determinati *"beni giuridici collegati alla sussidiarietà orizzontale"*¹⁴⁵.

Le più importanti pronunce possono essere catalogate nei seguenti campi:

- a) legittimazione processuale;
- b) perseguimento dell'*"interesse generale"* attraverso l'esercizio dell'*"autonoma iniziativa"* privata¹⁴⁶;

¹⁴⁴ Su tale secondo aspetto si tornerà ovviamente a parlare anche nella terza parte del presente lavoro, ma in tale sezione si è inteso approfondire specificamente l'interpretazione datane dalla giurisprudenza amministrativa

¹⁴⁵ D. BOLOGNINO, R. CAMELI, F. GIGLIONI, *La sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza italiana e comunitaria*, in *www.labsus.org*, 2010.

¹⁴⁶ I riferimenti sono ovviamente nei confronti del comma 4 dell'articolo 118 della Costituzione secondo cui: *"Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma"*

c) rapporto tra “*interesse generale*” ed attività economiche di natura commerciale ed imprenditoriale¹⁴⁷;

d) discrezionalità amministrativa e principio di sussidiarietà orizzontale;

e) singoli campi di applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale (nello specifico: sicurezza privata; sovvenzioni finanziarie a soggetti privati e tutela della fauna);

f) servizi pubblici locali;

g) libertà di scelta degli utenti.

2.3.1 Legittimazione processuale

Affrontare il tema dell'interpretazione giurisprudenziale sull'applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale, significa in primo luogo verificare se, nel campo della legittimazione processuale, si siano registrate aperture nei confronti del principio in esame.

Sul punto è in primo luogo il giudice amministrativo a pronunciarsi con riferimento alle associazioni ambientaliste e alla legittimazione dei consiglieri comunali e provinciali, in caso di controllo del corretto esercizio di funzioni amministrative o per meglio esercitare il controllo di legalità sull'azione amministrativa.

iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà”.

¹⁴⁷ Sia consentito raggruppare le due posizioni; a favore: Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 5/2/2003, n. 94: L'attività di interesse generale (ex art.118, c. 4, Cost.) può considerarsi “anche quella di libera lottizzazione e commercializzazione di terreni, qualora ciò comporti un miglioramento complessivo della condizione economica del territorio e non solo un mero incremento del profitto dei singoli operatori”; Cons. Stato, sez. V, 18/11/2002, n. 6395; Cons. Stato, sez. V, 25/8/2008, n. 4080; TAR Campania, Napoli, sez. V, 11/11/2008, n. 19507; TAR Lazio, Roma, sez. I-ter, 10/3/2006, n. 1890; contr. Cons. Stato, Par., 25/8/2003, n. 1440.

Con riferimento all'intervento processuale da parte delle associazioni ambientaliste il giudice amministrativo ha ritenuto che possa considerarsi vigente un duplice sistema di accertamento della legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste; ed infatti, a fianco del potere di individuazione ministeriale conferito dall'art. 13, l. n. 349/1986, si pone il potere del giudice di applicare direttamente la norma di cui all'articolo 18 della medesima legge, accertando, caso per caso, la sussistenza della legittimazione in capo ad una determinata associazione.

In particolare il Consiglio di stato, nella sentenza del 2 ottobre 2006, numero 5760, ha sottolineato come l'articolo 118, comma 4, della Costituzione, attraverso la sussidiarietà orizzontale, *"sancisce e conclude un percorso di autonomia non più collegato al fenomeno della entificazione, ma correlato più semplicemente alla società civile e al suo sviluppo democratico a livello quasi sempre volontario"*¹⁴⁸.

Questa pronuncia si inserisce in un articolato panorama giurisprudenziale che ha stabilito che l'individuazione nazionale e ultraregionale di associazioni ambientaliste di cui all'art. 13, l. n. 349/1986 non esclude la legittimazione a ricorrere in giudizio degli organismi privati che assumano la connotazione oggettiva di 'formazione sociale', in particolare quando: *"a) perseguano in modo non occasionale obiettivi di tutela ambientale; b) abbiano un adeguato grado di stabilità; c) abbiano un sufficiente livello di rappresentatività; d) abbiano un'area di afferenza ricollegabile alla zona in cui è situato l'ambiente o il bene a fruizione collettiva che si assume lesa"*¹⁴⁹.

Nello stesso orizzonte si colloca anche la pronuncia del Tar Puglia, Lecce, 5 aprile 2005, numero 1847, laddove il giudice in commento dona applicazione

¹⁴⁸ D. BOLOGNINO, *Una ulteriore conferma del potere del giudice di valutare la legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste*, in www.labsus.org, 2007.

¹⁴⁹ Sul punto si vedano Tar Liguria, 18 marzo 2004, numero 267; Tar Liguria, 11 maggio 2004, numero 7473.

immediata alla sussidiarietà orizzontale in termini di legittimazione processuale *“in attesa che il legislatore dia applicazione concreta al principio”*¹⁵⁰.

Dall'analisi delle pronunce in questione emerge inoltre che la legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste e/o comitati non è limitata solo alla tutela degli interessi ambientali in senso stretto, ma permette di agire per la conservazione e la valorizzazione dei beni culturali, l'ambiente in senso ampio, e quindi il paesaggio urbano, rurale e naturale, i monumenti e i centri storici e quindi la qualità della vita.

Attraverso l'accoglimento di una 'nozione allargata di ambiente', *“è possibile raggiungere l'effettiva tutela del patrimonio ambientale, culturale, storico e artistico, patrimonio che sarebbe esposto a gravissimi rischi di sopravvivenza se la legittimazione ad agire fosse circoscritta ai singoli cittadini direttamente e autonomamente lesi da provvedimenti amministrativi”*¹⁵¹.

In merito al rapporto tra sussidiarietà orizzontale e legittimazione ad agire in sede processuale da parte dei consiglieri comunali e provinciali la giurisprudenza pare essere tuttora divisa in merito. Da un lato si prefigurano pronunce, come quella del Tar Puglia, Lecce, 12 maggio 2006, numero 2573, che riconosce *“la legittimazione processuale attiva derivante dalla sussidiarietà orizzontale in capo ai consiglieri comunali e provinciali nei casi in cui questi agiscono contro le amministrazioni di appartenenza per reclamare controlli di legalità delle funzioni loro attribuite”*¹⁵².

¹⁵⁰ Vi è chi, F. GIGLIONI, *La sussidiarietà orizzontale quale criterio di legittimazione*, in www.labsus.org, 2007, ha sottolineato che l'articolo 118, comma 4, Costituzione, è *“immediatamente cogente esprimendo una fattispecie a cui la norma attribuisce un comando chiaro, sicché l'intervento mediato del legislatore, per quanto importante e auspicabile, non è ostativo al riconoscimento di un campo di applicazione più vasto di quello ammesso dal tribunale amministrativo in parola”*.

¹⁵¹ TAR Sardegna, Sez. II, 6 ottobre 2008, n. 1816.

¹⁵² TAR Puglia, Lecce, 12 maggio 2006, n. 2573.

Di posizione diversa e contraria è invece il Consiglio di stato, che nella sentenza del 19 febbraio 2007, numero 826, ha negato ai consiglieri degli enti locali il riferimento al principio di sussidiarietà orizzontale per controllare, in sede giurisdizionale, la legalità dell'azione amministrativa.

2.3.2 Perseguimento dell'"interesse generale" ed esercizio dell'"autonoma iniziativa" privata

Il tema relativo al rapporto tra *"interesse generale"* e *"autonoma iniziativa"* privata sancito dall'ultimo comma dell'art. 118 Cost., ha dato vita ad una vivace giurisprudenza, che si è profusa nell'affermare l'importanza del principio di sussidiarietà orizzontale e il suo carattere di novità nell'ordinamento italiano; uno delle prime pronunce è infatti riferibile al parere del Consiglio Stato del 26 agosto 2002, numero 1794 secondo cui si può evincere che *"la sussidiarietà orizzontale costituisce un criterio propulsivo in coerenza al quale deve svilupparsi, nell'ambito della società civile, il rapporto tra pubblico e privato anche nella realizzazione delle finalità di carattere collettivo"*¹⁵³. Corollario importante di tale affermazione è la valorizzazione dell'autonomia privata di cui all'articolo 41 della Costituzione invocabile anche per attività di carattere generale; per conseguenza i rapporti tra soggetti pubblici e soggetti privati si connotano di nuovi *"livelli/gradì di intervento"*, in quanto i primi sono tenuti a vigilare che non ci siano ingiustificate compressioni della sfera d'azione garantita ai soggetti privati, ora consentita in ambiti che una volta erano di esclusiva pertinenza pubblica.

Di poco successiva è la Corte Costituzionale a trattare il tema perseguimento di interessi generali da parte di soggetti privati (nel caso in esame le fondazioni

¹⁵³ Cons. Stato, 26 agosto 2002, n. 1794, avente ad oggetto il decreto ministeriale emanato dal Ministero per i beni e le attività culturali in attuazione dell'articolo 10 del d.lgs. 20 ottobre 1998, numero 368, in relazione alla costituzione e alla valorizzazione dei beni culturali.

di origine bancaria) in cui riconosce il valore positivo dell'attività dei soggetti privati, singoli o associati, nell'assolvere compiti di interesse generale¹⁵⁴.

Dello stesso tenore sono altresì il parere del Consiglio di Stato, del 22 marzo 2004, numero 2680 ed il parere dell'1 luglio 2002, numero 1354 (che coinvolgono, a vario titolo, le fondazioni di origine bancaria).

Da ultimo i Giudici di Palazzo Spada sono nuovamente intervenuti per delimitare e definire i contenuti del rapporto tra iniziativa privata ed interesse generale; con la sentenza della V sezione, n. 3711 del 12 giugno 2009, il Consiglio di Stato ha affermato che *“il riconoscimento da parte dei pubblici poteri della coerenza di tali attività [e cioè, in questo caso specifico, quelle dell'ente ecclesiastico] all'utilità collettiva perché destinate alla crescita morale, sociale e culturale di una determinata comunità e le eventuali forme di ausilio che da parte delle istituzioni potrebbero scaturire non hanno invero l'effetto di captarle nel contesto degli interessi pubblici. Per rendere possibile tale captazione, dovrebbe ipotizzarsi una modificazione intrinseca della natura di tali attività, una loro trasformazione alchemica, per dir così, giustificata dalla voracità delle istituzioni pubbliche (quali che esse siano) di acquisire e di fare propria ogni iniziativa che si riveli, sotto qualche profilo, utile o aderente al bene comune. 25. Così non è, come la nozione di sussidiarietà orizzontale, confermata dalla Carta fondamentale (art. 118, c. 4, ma vedi anche articolo 7, comma 1 secondo periodo della legge 5 giugno 2003, n. 131), chiaramente esclude: una manifestazione di sussidiarietà che fosse recepita come rispondente tout court all'interesse pubblico dovrebbe essere ricondotta tra le attribuzioni dell'ente e non essere lasciata alla libera scelta e iniziativa dei cittadini. 26. Le iniziative diverse dal culto ed a quello in vario modo correlate, come le attività alle quali è preordinata la donazione, sono manifestazioni di una primaria libertà dell'individuo e, sotto questo riguardo, possono essere equiparate, pur con ampia approssimazione, alla nozione di sussidiarietà orizzontale: si tratta di attività nelle quali la proiezione etica e religiosa degli individui considerati sia singolarmente sia come costituenti la comunità confessionale acquistano un valore*

¹⁵⁴ Corte Cost., 29 settembre 2003, n. 301, di cui si parlerà più approfonditamente nel capitolo III.

determinante e connotativo degli stessi interventi. 27. Se così è, non si vede come simili attività possano essere, per la loro generica rispondenza all'interesse generale (che va di volta in volta e in concreto valutata) essere ritenute del tutto sovrapponibili a quelle di interesse pubblico. 28. Manca, in primo luogo, la valutazione a posteriori che è tipica dei giudizi svolti sulle attività sussidiarie in genere (ritenute talora meritevoli di ausilio proprio perché se ne è dimostrata la loro utilità in concreto); manca peraltro la stessa attività, affidata, nel caso di specie, alle future scelte della comunità parrocchiale sulla destinazione dell'area."¹⁵⁵.

2.3.3 Rapporto tra "interesse generale"¹⁵⁶ ed attività economiche¹⁵⁷

¹⁵⁵ Cons. Stato, Sez. V, n. 3711 del 12 giugno 2009; prosegue svolgendo una disamina sul concetto di interesse pubblico: "29. Manca, soprattutto, una convincente nozione di interesse pubblico. 30. Per tale deve intendersi il valore canonizzato in una norma ed individuato in modo tale da orientare l'intera fattispecie e, per l'effetto, il comportamento dei pubblici soggetti: in un determinato momento storico l'ordinamento annette a un valore un primario rilievo così da imprimere all'agire dei pubblici operatori un modulo comportamentale che non prescinde dal valore medesimo e deve, anzi, curarne la migliore realizzazione nel singolo contesto. 31. L'interesse pubblico così individuato non è, per questo, solo valore di riferimento, ma anche e soprattutto fonte del dovere scaturente dalla stessa attribuzione: non può, in altre parole, predicarsi l'acquisizione di un valore alla nozione di interesse pubblico senza averne in un certo qual senso destrutturata ogni altra connotazione che non risponda al canone dell'inerenza propria dell'attribuzione. 32. Ovviamente l'interesse pubblico può anche risolversi nel mero presidio dello svolgimento di attività private (tale ipotesi è normale e assolutamente preponderante), ma ciò non toglie che ciò sia possibile (e in concreto predicabile) solo ove sia mantenuto lo iato tra i due momenti: l'interesse pubblico sovrasta l'espletamento delle attività private e le convoglia al c.d. bene comune in virtù di una specifica norma attributiva, senza peraltro acquisire quelle attività come proprie. 33. Sostenere che è interesse pubblico specifico lo svolgimento di certe attività parrocchiali (al di là dell'ovvio presidio della libertà religiosa e delle singole provvidenze previste a questo fine) potrebbe determinare equivoci e contraddizioni: risulterebbe del tutto incongruo giustificare il principio di intangibilità della sfera religiosa ove la stessa possa divenire oggetto di una possibile incidenza da parte delle autorità pubbliche, seppure dettata dalle migliori intenzioni".

¹⁵⁶ Il riferimento è al comma 4 dell'articolo 118 della Costituzione secondo cui: "Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di **attività di interesse generale**, sulla base del principio di sussidiarietà".

¹⁵⁷ Sia consentito raggruppare le due posizioni; a favore: Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 5/2/2003, n. 94: L'attività di interesse generale (ex art.118, c. 4, Cost.) può considerarsi "anche quella di libera lottizzazione e commercializzazione di terreni, qualora ciò comporti un miglioramento complessivo della condizione economica del territorio e non solo un mero incremento del profitto dei singoli operatori"; Cons. Stato, sez. V, 18/11/2002, n. 6395; Cons. Stato, sez. V, 25/8/2008, n. 4080; TAR Campania, Napoli,

Per ciò che concerne il rapporto tra sussidiarietà orizzontale e rapporti economici è il TAR Brescia, sez. II, con sentenza del 5 febbraio 2003, n. 94, ad intervenire su di un ricorso, presentato da privati cittadini, relativamente alla procedura di approvazione del PIP ed agli aspetti urbanistici nei confronti del Comune di Concesio; la seconda sezione del tribunale amministrativo di Brescia, ripercorre brevemente le tappe che hanno portato ad un esplicito riconoscimento del principio di sussidiarietà orizzontale: *“Il principio di sussidiarietà, a cui fa riferimento l’art. 3B del nuovo testo del Trattato CE (introdotto dal Trattato di Maastricht) nella sua concezione più marcatamente verticale, si è andato progressivamente evolvendo anche nella dimensione orizzontale, penetrando timidamente nell’ordinamento giuridico italiano ad opera dell’art. 4 comma 3 lett. a) della Legge 15.3.1997 n. 59 e, con maggior forza e precisione, attraverso la Legge costituzionale 18.10.2001 n. 3 e correlativa riscrittura dell’art. 118 Cost., dedicato all’esercizio delle funzioni amministrative da parte delle autonomie locali. L’attuale ultimo comma del citato art. 118, in forza del principio di sussidiarietà (orizzontale) pone, infatti, l’obbligo allo Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni di favorire l’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale”*¹⁵⁸. Ne deriva che *“attività di interesse generale”* (ex articolo 118, c. 4, della Costituzione) sia *“anche quella di libera lottizzazione e commercializzazione di terreni, qualora ciò comporti un miglioramento complessivo della*

sez. V, 11/11/2008, n. 19507; TAR Lazio, Roma, sez. I-ter, 10/3/2006, n. 1890; contr. Cons. Stato, Par., 25/8/2003, n. 1440.

¹⁵⁸ Invero il Tribunale Amministrativo di Brescia prosegue sostenendo che *“ne consegue, come corollario, che la decisione di assoggettare determinati terreni a detto piano deve essere puntualmente motivata con riferimento a quelle esigenze di pubblico interesse che informano la ratio legis dell’art. 27 sopra ricordato, dovendo in ogni caso essere considerata, e adeguatamente dimostrata, l’idoneità del piano ad apportare un incremento di ricchezza per l’intero sistema economico locale, non potendo lo strumento espropriativo essere utilizzato semplicemente per consentire a singoli imprenditori - più o meno individuati o individuabili al momento dell’adozione del piano - di ricavare maggiori profitti dai loro investimenti (Cons. Stato Sez. IV, 5.7.1995, n. 539). Conclude quindi il TAR Brescia stabilendo che “[...] Tali argomentazioni, dalle quali emerge una domanda di aree produttive, a prezzo agevolato, da parte degli imprenditori locali, non possono assurgere ad autonoma e sufficiente motivazione del PIP, essendo invero assai difficile ipotizzare il rifiuto degli stessi di una così favorevole opzione d’acquisto e dell’opportunità di un agevole e razionale insediamento sul territorio”.*

condizione economica del territorio e non solo un mero incremento del profitto dei singoli operatori”¹⁵⁹.

Con riferimento alla riserva ai soli istituti scolastici pubblici della costituzione di commissioni di esame per candidati esterni, il Tar Lazio, Roma, sezione III-bis, 13 marzo 2006, numero 1906, aveva ritenuto violasse, tra gli altri, il principio di sussidiarietà, sollevando questione di legittimità costituzionale, a seguito di una indebita discriminazione delle scuole paritarie, cui è precluso costituire commissioni di esame per i soli candidati esterni, con ciò ledendo i principi di iniziativa economica privata, di parità scolastica, di cui all’articolo 33 Costituzione, e di sussidiarietà.

La Corte costituzionale, chiamata a dirimere la questione di legittimità costituzionale, nella sentenza del 19 giugno 2007, numero 220, ha ritenuto che la deroga prevista per le scuole paritarie sia invece giustificata dalla necessità di evitare che queste scuole *“diventino sedi privilegiate per sostenere gli esami di Stato da parte degli studenti ‘privatisti’”*, mettendo a rischio la serietà delle prove di valutazione¹⁶⁰.

È però solo con la sentenza del TAR Lazio, Roma, sez. I-ter, del 10 marzo 2006, n. 1890, che si afferma la possibilità di rinvenire, all’interno di attività economiche, sempre legate al soddisfacimento di un interesse pubblico, una possibile applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale; infatti, il TAR Lazio, stabilisce, in relazione al rilascio dell’autorizzazione per l’esercizio dell’attività di vigilanza privata, che *“ai sensi dell’art. 134 T.U. 18 giugno 1931 n. 773, non possono essere motivati solo in base al numero degli Istituti, delle guardie e dei sistemi di vigilanza esistenti, ma debbono dare ragione di come l’interesse pubblico sarebbe danneggiato dal rilascio di una nuova autorizzazione, a giustificazione del*

¹⁵⁹ In dottrina si è sottolineato come questa pronuncia si ponga in contrasto con l’interpretazione secondo cui l’ambito privilegiato di operatività del principio di sussidiarietà orizzontale nel nostro ordinamento sia il settore dell’assistenza e dei servizi sociali.

¹⁶⁰ Della sentenza della Corte se ne parlerà più approfonditamente nel capitolo III.

*restringimento della sfera di libertà costituzionalmente garantita; pertanto, il diniego di autorizzazione non può legittimamente fondarsi su un mero giudizio di non necessità di un ulteriore istituto, poiché la motivazione va piuttosto condotta in termini di giudizio di eccessività e di negatività di una nuova autorizzazione sotto il profilo del turbamento che potrebbe derivare all'ordine pubblico da un eccesso di concorrenza"¹⁶¹; il TAR Lazio, conclude affermando che "detto orientamento è pienamente condiviso dal Collegio, il quale ritiene che l'art.136 del T.U.P.S. debba essere interpretato ed applicato in modo da assicurarne la compatibilità con la sopravvenuta Costituzione ed in particolare con gli artt. 4 e 41 nonché, **a seguito della recente modifica del Titolo V, con il riformato art. 118 u.co.**, oltre che con i principi di concorrenza e proporzionalità della regolazione pubblica delle attività economiche dei privati derivanti dall'ordinamento comunitario".*

I giudici amministrativi si sono quindi espressi, a favore di una riconduzione del concetto di "interesse generale" espresso nell'art. 118, ultimo comma, nei confronti di attività di interesse economico generale, in riferimento ad una annosa questione che da tempo anima il dibattito giurisprudenziale, e non solo, e cioè quello relativo alla configurabilità delle società miste, in una sentenza particolarmente importante è intervenuta la quinta sezione del Consiglio di Stato statuendo che, *"in definitiva il modello della società mista non avrebbe carattere ordinario nel nostro sistema, costituendo piuttosto un'eccezione alla regola dell'integrale ricorso al mercato da parte dell'amministrazione, dovendosi fare decisa applicazione, anche in questa materia, del principio di sussidiarietà orizzontale (già invocato in precedenza, con riferimento all'in house, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato nella segnalazione del 28 dicembre 2006, n. AS 375)"¹⁶².*

Per conseguenza il principio di sussidiarietà nel suo significato orizzontale, secondo la sentenza in parola, si traduce nella scelta di affidare il servizio di

¹⁶¹ TAR Lazio, Roma, sez. I-ter, del 10 marzo 2006, n. 1890.

¹⁶² Cons. Stato, sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080.

regola ai privati, sempre che questi non siano in grado di offrire una copertura adeguata, nel qual caso dovrebbe intervenire l'ente pubblico.

Il Consiglio di Stato precisa, altresì, che la preferenza accordata al mercato non opera solo quando questo sia in grado di assicurare condizioni più favorevoli, ma anche a parità di condizioni. Di conseguenza, l'affidamento di un servizio a società c.d. miste (composte da capitale sia pubblico che privato) è ammesso a condizione della sussistenza di specifiche garanzie e, *“dovendosi fare decisa applicazione, anche in questa materia, del principio di sussidiarietà orizzontale (...) occorre, caso per caso, verificare, con specifiche indagini e studi, che l'espletamento di tali attività, da un lato contribuisca al miglior perseguimento dell'interesse della collettività locale, e, dall'altro lato, non si traduca in un aumento di costi per tale collettività, in termini di aumento di tasse o tariffe, o peggioramento del servizio”*.

Pertanto, il confronto con il mercato non dovrebbe avvenire solo dopo che l'ente pubblico ha deciso di non intervenire, ma anche durante la fase precedente¹⁶³.

Di parere contrario, ad una possibile relazione tra il concetto di *“interesse generale”* e attività di interesse economico generale è invece il Consiglio di Stato, con Parere del 25 agosto 2003, n. 1440, dopo aver ricostruito il concetto sottostante il principio di sussidiarietà¹⁶⁴, afferma che *“corollario di questa concezione della*

¹⁶³ A. D'ATENA, *sussidiarietà orizzontale e affidamento “in house”*, op. cit., p. 2, sub nota 4; Contra, POLITO, il quale qualifica l'aggettivo *“autonoma”*, riferita all'iniziativa dei cittadini, come libera da ogni invito da parte dei soggetti pubblici, pertanto la scelta di affidamento del servizio ai privati si dovrebbe concretizzare solo dopo l'autonoma iniziativa di questi ultimi, e non prima, *“a seguito di un invito ad attivarsi da parte dei pubblici poteri”*, N. POLITO, *Strumenti per la sussidiarietà orizzontale: un'ipotesi per l'applicazione dell'art. 118, quarto comma, della Costituzione*, in www.labusus.org, 2008.

¹⁶⁴ Di seguito si ripropone il concetto di sussidiarietà secondo il Parere del Consiglio di Stato *“E' questa la prova di una riserva originaria di materie (attribuzioni si potrebbe dire utilizzando l'analogia con quanto la legge conferisce alle potestà pubbliche) a soggetti esponenti del fenomeno della cittadinanza societaria, secondo la definizione di una recente dottrina sociologica. Per cittadinanza societaria deve intendersi l'aspetto relazionale che ai soggetti, prevalentemente comunitari (famiglie, associazioni), è conferito per il solo fatto di porsi nel contesto sociale e di operarvi al di fuori di regole pre confezionate da autorità munite di pubblici poteri: gli interessi sociali e generali che tali comunità esprimono attraverso*

sussidiarietà orizzontale è che la medesima opera esclusivamente nel proprio ambito di riferimento senza commistioni con le attività che presuppongono, invece, uno statuto di situazioni correlate all'esercizio di pubblici poteri. In questa prospettiva, è evidente come le imprese (e gli eventuali aiuti alle stesse) nulla abbiano a che fare con il fenomeno della sussidiarietà orizzontale. Quest'ultima si esprime in forme diverse dall'impresa: l'art. 118 Cost. indica come protagonista del fenomeno il cittadino singolo o associato, le leggi ordinarie n. 59 del 1997 e n. 265 del 1999 collegano la sussidiarietà orizzontale alle famiglie, alle formazioni sociali, alle associazioni e alla comunità, configurando una capacità relazionale che si estrinseca in percorsi e metodiche rispetto alle quali, pur che sia salvaguardato il principio di democraticità implicito alle previsioni dell'articolo 18 Cost., i pubblici poteri non hanno sostanzialmente titolo all'intromissione".

Vi è da sottolineare che, in tale sede, il Consiglio di Stato offre un percorso argomentativo secondo il quale il precetto costituzionale previsto dall'art. 118 u.c. "sancisce e conclude un percorso di autonomia non più collegato al fenomeno dell'entificazione, ma correlato più semplicemente alla società civile e al suo sviluppo democratico a livello quasi sempre volontario". Il Consiglio di Stato, facendo propria la visione sociologica della "societarizzazione delle funzioni", sottolinea come il

l'assunzione di compiti, la risoluzione di problemi pratici compresenti in una collettività, la gestione di attività coerenti allo sviluppo della comunità stessa costituiscono manifestazioni originarie e non comprimibili di cittadinanza societaria che le autorità territoriali sono tenute a favorire e a rispettare, posto che esse si traducono, in una valutazione per dir così a posteriori, in uno svolgimento implicito di funzioni tipiche dell'ente pubblico di riferimento, come suggerisce il comma 5 dell'articolo 3 del testo unico sulle autonomie locali n. 267 del 2000. [...] L'articolo 118 Cost. enuncia il dovere per gli enti territoriali componenti la Repubblica di favorire tali forme di assunzione di responsabilità in contesti di interesse generale non gestiti dalla mano pubblica (o dalle organizzazioni privatistiche che sempre più frequentemente sono i successori dell'ente pubblico nelle gestioni dei servizi). Il fenomeno in esame [...] esprime una forma di relazione con i pubblici poteri non riconducibile al modulo formale della cittadinanza partecipativa o procedimentale, nella quale si realizzano le garanzie prevalentemente giuridiche del soggetto privato: esso costituisce quasi una specie di premessa alle forme di partecipazione, che mantiene una sua autonomia e un suo campo di azione riservato. Favorire e rispettare queste forme di attività, se riconosciute di interesse generale, costituisce per l'ente pubblico un dovere. E' significativo, in proposito, rilevare come il quarto comma dell'articolo 118 della Costituzione disponga nei confronti di tutte le autorità territoriali, a partire dallo Stato, eliminando così in radice il dubbio (già revocato con sentenza della Corte costituzionale 14 dicembre 1998, n. 408) di una possibile funzione antiregionalista o, in genere, antiautonoma del principio di sussidiarietà (non solo in senso verticale)".

fenomeno possa essere visto sulla base della *“consapevolezza democratica che sempre più emerge nella società civile”*.

2.3.4 Discrezionalità amministrativa e principio di sussidiarietà orizzontale

In tema del rapporto tra discrezionalità amministrativa e principio di sussidiarietà orizzontale, di particolare interesse è la sentenza n. 6094 n. del 2 ottobre 2009, ad opera della V sezione del Consiglio di Stato, secondo cui: *“Il principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118 ult. co. Cost.) è un principio - non solo politico ma giuridico di primario rilievo nell’ordinamento nazionale e sicuramente invocabile innanzi al giudice amministrativo come parametro di proporzionalità e ragionevolezza ma solo ai fini - di determinazione dei confini fra sfera pubblica e sfera privata. Tale principio, si ritiene, sarebbe stato violato se l’amministrazione si fosse indotta a privilegiare altre amministrazioni pubbliche in luogo di esponenti del terzo settore perfettamente in grado di svolgere una determinata funzione sociale, ma non può essere un principio idoneo a discriminare un esponente del terzo settore rispetto ad un altro, sicché si appalesa corretta la conclusione del Tar per cui detto principio non può vincolare il Comune a destinare un fabbricato ed un vano alla ricorrente e non ad altre associazioni”*¹⁶⁵.

Tale decisione è maturata in seguito alla richiesta da parte di una associazione *non profit* di non vedersi assegnata una concessione rispetto ad un’altra associazione sempre *non profit*. I giudici di Palazzo Spada hanno, infatti, specificato come *“la scelta del Comune in ordine al concessionario del bene controverso si presenta come scelta avente elevati connotati di discrezionalità amministrativa non circoscritti né circoscrivibili dal principio di sussidiarietà orizzontale che non appare in alcun modo violato nella specie. L’amministrazione - proprio in ossequio a tale principio che impone apertura alle iniziative della società civile - si è mossa incontrando i soggetti interessati ed ha prescelto alcuni soggetti appartenenti*

¹⁶⁵ Cons. Stato, sez. V, n. 6094, 2 ottobre 2009.

al terzo settore in luogo di altri. Non si vede quindi come il principio di sussidiarietà – a fronte di una pari meritevolezza e di una medesima qualità sociale degli interessi regolati di MAG e delle associazioni controinteressate – possa ritenersi violato”.

Della medesima interpretazione è la pronuncia della Corte dei Conti, sezione Lombardia, del 9 giugno 2011, n. 349, secondo cui: *“in coerenza con la ratio di riduzione degli oneri a carico delle Amministrazioni”*; infatti *“ciò che assume rilievo per qualificare una contribuzione comunale, a prescindere dalla sua forma, quale spesa di sponsorizzazione del tutto interdetta dopo l’entrata in vigore del citato decreto, è la relativa funzione. La spesa di sponsorizzazione presuppone la semplice finalità di segnalare ai cittadini la presenza del Comune, così da promuoverne l’immagine. Non si configura, invece, quale sponsorizzazione il sostegno d’iniziativa di un soggetto terzo, rientranti nei compiti del Comune, nell’interesse della collettività anche sulla scorta dei principi di sussidiarietà orizzontale ex art. 118 Cost.”*. Dunque *“lo svolgimento da parte del privato di un’attività propria del comune in forma sussidiaria”* non è configurabile come *“spesa di sponsorizzazione”*¹⁶⁶.

Vi è poi un’ulteriore pronuncia conforme a quella appena citata che sembrerebbe operare un affievolimento della portata applicativa della sussidiarietà nella sua declinazione orizzontale. Si fa in particolare riferimento al Tar Veneto, 26 febbraio 2007, numero 526, in cui si è affermato che *“l’amministrazione non è vincolata dal principio di sussidiarietà nell’esercizio della discrezionalità amministrativa”*¹⁶⁷. In particolare l’assegnazione da parte del comune di un fabbricato rientrante nel patrimonio immobiliare dell’amministrazione locale ad un soggetto privato piuttosto che ad un altro costituisce espressione di una scelta discrezionale dell’amministrazione; in tale

¹⁶⁶ Corte Conti, Sez. reg. Controllo per la Lombardia, 13 giugno 2011, n. 349, per un commento specifico della pronuncia si veda L. GIUNTA, *La Corte dei Conti apre alla sussidiarietà orizzontale*, in www.labsus.org, 2011.

¹⁶⁷ Tar Veneto, 26 febbraio 2007, numero 526.

attività l' "amministrazione non può essere vincolata dalla portata applicativa dell'articolo 118, comma 4, della Costituzione".

Vi è poi un secondo orientamento, di più ampia portata per la sussidiarietà orizzontale, dato dal parere del Consiglio di Stato del 25 novembre 2002, n. 3013, relativo alle ricadute della sussidiarietà sui profili di organizzazione dei ministeri. Quest'ultimo stabilisce che l'organizzazione del Ministero della salute deve tener conto anche delle implicazioni del principio di sussidiarietà orizzontale, in coerenza con la sua capacità propulsiva di realizzare finalità collettive in un nuovo contesto di rapporti tra pubblico e privati. In particolare, il legislatore ha la possibilità di attuare tale principio con l'individuazione di opportuni strumenti di vigilanza e controllo, specie in materie quali quella di tutela della salute. Dunque, secondo questo parere del Consiglio di Stato, nell'ambito dei rapporti tra pubblico e privati, occorrerà tener conto della sussidiarietà orizzontale, ex articolo 118, comma 4, della Costituzione, anche a livello organizzativo.

2.3.5 Singoli campi di applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale

Tutela della Fauna

Un interessante caso su cui è intervenuto il TAR Liguria con sentenza 18 novembre 2003, n.1479, è riferito alla legge quadro n. 281 del 14 agosto 1991 in materia di tutela degli animali da compagnia e di prevenzione del randagismo, dettagliata, per la Regione Liguria, nella legge regionale n. 23 del 22 marzo 2000, in cui il tribunale amministrativo ligure afferma che *"detto principio di necessaria e fattiva cooperazione non opera solo nei rapporti, interni alle strutture pubbliche, tra i vari livelli di governo, ma altresì sul lato esterno dei rapporti tra soggetti pubblici e soggetti privati coinvolti, presupposto di recenti riforme legislative in materia ambientali, che hanno introdotto "modelli consensuali" di partecipazione e coinvolgimento dei privati, sia in forma individuale che associata, sia al fine di una loro responsabilizzazione per la prevenzione di alcuni fondamentali problemi del settore (ad es. consorzi per la gestione*

dei rifiuti e degli olii esausti), sia per agevolare la gestione dei medesimi, secondo il principio di “**sussidiarietà orizzontale**”. Detto principio, che ha trovato espresso riconoscimento nel nuovo art. 118 della Costituzione, risulta di fondamentale importanza ove l'interesse del bene in gioco rappresenti sia direttamente, sia per il collegamento con altri valori costituzionali primari, un bene la cui tutela è di immediata e primaria importanza per gli stessi soggetti privati. Il principio in parola non solo ha acquisito un preminente rilievo costituzionale, con la recente modifica del Titolo V della Carta Costituzionale, ed in particolare dell'art. 118, ma rappresenta anche un importante principio fondante l'azione comunitaria in materia, come sancito nella Decisione n. 2002/446 che stabilisce un programma di azione comunitario per la promozione delle organizzazioni non governative attive principalmente nel campo della protezione ambientale”¹⁶⁸.

Vigilanza privata

Per ciò che concerne, più specificamente, le autorizzazioni nei confronti dell'esercizio dell'attività di vigilanza privata e confermando quanto espresso dal TAR Lazio, Roma, sez. I-ter, del 10 marzo 2006, n. 1890, è la V sezione del TAR Campania ha tornare sull'argomento, che con sentenza del 11 novembre 2008, n. 19507, dopo aver ripercorso tutto il filone giurisprudenziale a favore della libertà economica mette in relazione, nuovamente, tale attività con il principio di sussidiarietà orizzontale stabilendo come “*il provvedimento prefettizio che interviene in materia non può essere finalizzato a disciplinare o restringere la concorrenza fra imprese esercenti attività di vigilanza privata e tantomeno ad introdurre contingenti volti*

¹⁶⁸ TAR Liguria, 18 novembre 2003, n.1479; prosegue affermando come “*appare del tutto evidente che tale previsione comporta, (alla luce della sua formulazione letterale, che non appare suscettibile di diversa interpretazione), la totale estromissione delle associazioni protezionistiche da qualunque attività di collaborazione, in passato già esercitata, con le autorità pubbliche istituzionalmente competenti a perseguire l'interesse pubblico, condiviso dall'associazione in parola. Tale previsione contenuta nell'atto di indirizzo impugnato – che si pone in una prospettiva opposta a quella indicata dai principi comunitari e costituzionali soprarichiamati in tema di **sussidiarietà verticale ed orizzontale** – è da ritenersi illegittima in quanto contrasta apertamente con l'art. 23 della legge regionale n. 23 del 22.3.00”.*

a creare un'ingiustificata barriera all'entrata di nuove società o ad assicurare alle imprese operanti nel settore un'ingiustificata posizione di oligopolio, considerato il favor dell'attuale "costituzione economica" per il regime di concorrenza in quanto, per definizione, meglio rispondente alle esigenze della generalità. Inoltre tale atto, se negativo, deve evidenziare, mediante circostanziate motivazioni fondate su un'approfondita istruttoria, le esigenze di ordine pubblico e di sicurezza che rendono inopportuno l'accesso al mercato dei servizi in parola ad un nuovo operatore del settore, alla stregua di una lettura costituzionalmente compatibile della disposizione in esame con i principi e le norme risultanti dalla Carta Costituzionale, come modificata a seguito della riforma del Titolo V, ed in particolare con l'art. 118, ultimo comma, secondo il quale "Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale sulla base del principio di sussidiarietà"¹⁶⁹.

Sovvenzioni finanziarie a soggetti privati

Le pronunce prese in esame con riferimento all'oggetto dell'erogazione di sovvenzioni finanziarie a soggetti privati riguardano primariamente soggetti 'non profit'¹⁷⁰.

Con riferimento alla prima categoria di soggetti (*non profit*), è possibile affermare che le pronunce abbiano assunto una tendenziale linea positiva. L'esame della casistica giurisprudenziale ha fatto emergere che non vi è una preclusione di principio alla possibilità per le amministrazioni di effettuare erogazioni a favore di associazioni che svolgano attività di rilevanza sociale.

In questo senso, si segnala la pronuncia della Corte dei conti, sezione Molise, 27 settembre 2005, numero 99, che afferma che "i sussidi ad associazioni private per

¹⁶⁹ TAR Napoli, sez. V, 11 novembre 2008, n. 19507.

¹⁷⁰ Per i soggetti c.d. "profit" cioè le imprese, si è espresso solamente il Consiglio di Stato con Parere del 25 agosto 2003, n. 1440, poc'anzi analizzato.

*interessi pubblici rappresentano un compito per gli enti locali*¹⁷¹, a cui è seguita anche la sentenza della Corte dei Conti, sez. Lazio, 22 febbraio 2007, n. 179, secondo cui *“a riguardo deve ritenersi non precluso ad un ente locale l'erogazione di contributi per attività sociali, culturali e ricreative, atteso che, nell'attuale ordinamento delle funzioni amministrative, soprattutto alla luce del principio di sussidiarietà su cui è basato il vigente riparto delle funzioni amministrative fra lo Stato centrale e le autonomie locali dopo la riforma del titolo V della II parte della Costituzione operata con la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, (ma il principio era già contenuto nel testo unico di riforma degli enti locali: vedi articolo 3 decreto legislativo n. 267/2000), la promozione, il sostegno e l'incentivazione di attività sociali, culturali e ricreative, rientrano sicuramente fra le funzioni amministrative e le finalità istituzionali degli enti locali*¹⁷².

Similmente, si pronuncia anche la Corte di Cassazione, sezione lavoro, 11 maggio 2004, numero 8916, che fa ricorso alla sussidiarietà orizzontale per riconoscere le cooperative sociali fra gli enti che, perseguendo interessi generali, sono legittimati a beneficiare di agevolazioni fiscali¹⁷³.

2.3.6 I servizi pubblici locali

Per ciò che concerne il rapporto tra principio di sussidiarietà orizzontale ed il settore dei servizi pubblici locali, l'art. 118, c. 4, Cost., è stato invocato

¹⁷¹ Corte Conti, sezione Molise, 27 settembre 2005, n. 99.

¹⁷² Corte Conti, sez. Lazio, sez. Lazio, 22 febbraio 2007, n. 179; per un commento sulla pronuncia si veda F. GIGLIONI, *Sostegno di associazioni sportive*, in www.labsus.org, 2008.

¹⁷³ Corte Cass., Sez. Lavoro, 11 maggio 2004, n. 8916, secondo cui *“coerentemente, il “ruolo degli organismi della cooperazione risulta “agevolato” da enti locali, regioni e stato, nell'ambito delle rispettive competenze, per realizzare - tra l'altro, secondo il principio di sussidiarietà, anche orizzontale - il sistema integrato di interventi e servizi sociali (di cui alla legge 8 novembre 2000, n. 328, recante, appunto, Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali, art. 1, spec. comma 4, 2, 3, 4)”. Per il commento alla pronuncia della Corte di cassazione n. 8916 del 2004, F. GIGLIONI, consultabile in www.labsus.org.*

primariamente per contrastare le scelte dell'amministrazione comunale di gestire *in house* taluni servizi.

Tuttavia la prima sentenza in cui si fa riferimento esplicito al principio di sussidiarietà orizzontale per come espresso dall'art. 118, ultimo comma, ha ad oggetto, sì la gestione di un servizio pubblico locale, ma il *thema decidendum* riguarda il ricorso, da parte della Pubblica Amministratore, alla trattativa privata per la scelta del socio privato di una società di trasformazione urbana.

Con sentenza del 17 dicembre 2003, n. 987, il TAR Umbria ha espressamente respinto l'argomentazione secondo cui *"l'impiego della trattativa privata sarebbe legittimato, nella specie dal "principio di sussidiarietà" e più precisamente dalla c.d. "sussidiarietà orizzontale". A questo scopo, esse [le parti resistenti] richiamano il quarto comma dell'art. 118 (nuovo testo) della Costituzione, del seguente tenore: «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà». Il Collegio osserva che questo principio va letto ed applicato in coerenza con l'ordinamento giuridico-costituzionale inteso nella sua complessità: in particolare, esso non può essere disgiunto dagli altri principi costituzionali che regolano l'attività della pubblica amministrazione, come quelli di legalità, d'imparzialità e di "buon andamento" (art. 97). D'altra parte, non solo l'attività della pubblica amministrazione è soggetta al principio di legalità, ma lo è anche l'iniziativa privata (art.41). In questa luce, appare chiaro che il principio di sussidiarietà "orizzontale" deve guidare le amministrazioni nell'esercizio della loro discrezionalità politico-amministrativa, e non può essere invocato per giustificare la elusione di tassative norme di legge"*¹⁷⁴.

Successivamente parte della giurisprudenza, pur ammettendo, in linea generale, la possibile applicazione dell'art. 118, c. 4, Cost., al settore dei s.p.l., ne

¹⁷⁴ Il riferimento era all'art. 120, comma 1, secondo periodo, T.U.E.L., d.lgs. n. 267/2000, secondo cui *«le deliberazioni [preordinate alla costituzione di una s.t.u.] dovranno in ogni caso prevedere che gli azionisti privati delle società per azioni siano scelti tramite procedura di evidenza pubblica»*.

escludono “il carattere cogente”, e anche “laddove dovesse optarsi per tale alternativa [...] a ciascun ente pubblico deve riconoscersi la potestà di valutare quali siano le modalità più consone al soddisfacimento degli interessi pubblici coinvolti nelle attività cui la norma costituzionale fa riferimento”¹⁷⁵.

In tale occasione la giurisprudenza amministrativa sembra ancora legata a una visione piuttosto “pubblico-centrica”, laddove riserva la scelta dell’affidamento del servizio a terzi o *in house* alla pura discrezionalità dell’ente.

In questa pronuncia si legge, infatti: “A ciascun ente pubblico, nell’ambito delle proprie attribuzioni, deve riconoscersi la potestà di valutare quali siano le modalità più consone al soddisfacimento degli interessi pubblici coinvolti nelle attività cui la norma costituzionale fa riferimento. Del resto, il principio di sussidiarietà orizzontale non può (...) essere disgiunto dagli altri principi costituzionali che regolano l’attività della

¹⁷⁵ TAR Sardegna, sez. I, 21 dicembre 2007, n. 2407; di seguito il percorso argomentativo seguito dal TAR Sardegna: “Il secondo motivo non merita accoglimento. La questione di costituzionalità con il medesimo dedotta, concernente la compatibilità dell’art. 113, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 267/2000 con l’art. 118, comma 4, cost., risulta, invero, manifestamente infondata. Il citato art. 118, comma 4, stabilisce che “Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà”. Occorre, intanto, rilevare che in dottrina è assai dibattuto se la norma, che introduce nel sistema costituzionale il c.d. principio di sussidiarietà orizzontale, abbia carattere cogente o meramente programmatico. Tuttavia, anche laddove dovesse optarsi per la prima alternativa, le conseguenze non potrebbero essere quelle sperate dalla ricorrente. La nozione di sussidiarietà orizzontale è suscettibile di assumere due distinte significazioni: una negativa, che si sostanzia nel dovere di astensione dei pubblici poteri laddove le forze individuali e della società siano in grado di soddisfare i propri bisogni autonomamente; una positiva che implica l’affermazione di un dovere di intervento dei pubblici poteri ove gli individui e le forze sociali non abbiano la capacità di provvedere da sé alle proprie necessità. Mentre nel primo senso il principio opera come criterio di delimitazione di competenza dei soggetti pubblici a vantaggio di quelli privati, nella seconda accezione implica un’azione della pubblica autorità preordinata al sostegno e allo sviluppo delle attitudini degli individui, singoli o associati; comporta, quindi, un’attribuzione di competenza e, ad un tempo, ne definisce le modalità di esercizio. **Orbene, l’art. 118, comma 4, cost. - così come, peraltro, avviene nelle norme di legge ordinaria in cui il principio di sussidiarietà orizzontale trova applicazione (a titolo esemplificativo, artt. 4 della l. 15/3/1997 n°59, 3 del d.lgs. 18/8/2000 n. 267 e l. 8/11/2000 n. 328) - valorizza soltanto il profilo positivo del detto principio, ossia quello che afferma la necessità di un intervento della pubblica amministrazione a sostegno e promozione dell’attività dei privati.** La disposizione costituzionale si limita, infatti, a prevedere la necessità che i soggetti pubblici ivi contemplati, favoriscano l’autonoma iniziativa dei privati, senza, peraltro, contenere ulteriori indicazioni ermeneutiche che consentano di ritenere sottratto ai primi il potere di intervento nell’area delle “attività di interesse generale”.

pubblica amministrazione, ed in particolare dal principio di “buon andamento” previsto dall’art. 97 Cost.”.

In seguito il TAR Lombardia, sez. IV, con sentenza 1° luglio 2008, n. 2842, a seguito di un ricorso contro la scelta del Comune di affidare la gestione del servizio di raccolta dei rifiuti ad una società *in house*, giunge ad affermare che, sebbene nella memoria difensiva vi sia una *“doglianza viene arricchita di un riferimento al principio di sussidiarietà orizzontale che informerebbe di sé l’art. 113 d.lgs. n. 267/2000 relegando la scelta dell’affidamento in house ad estrema ratio”* non pare potersi affermare *“che l’art. 113 citato sia uno dei punti di emersione nel nostro ordinamento del principio di sussidiarietà orizzontale che ha trovato ingresso nella nostra costituzione con la riforma del titolo V della Costituzione (art. 118 u.c.), ma che conosce solo sporadiche citazioni in altre leggi dello Stato”*¹⁷⁶.

Di diverso avviso è, invece, il parere della Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Basilicata, con la deliberazione n. 173/2012/PAR; il quesito posto era riferito alla possibilità o meno, da parte di un comune, di avvalersi dell’affidamento del servizio di igiene ambientale a favore di una società *in house*, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012 e delle molteplici novelle normative; con tale parere la Corte dei Conti, sez. Basilicata, ha affermato come debba, *“d’altra parte, essere valorizzata la stessa spinta alla liberalizzazione dei servizi pubblici proveniente dalla costituzionalizzazione (art. 118, comma 4, Cost.) del principio di sussidiarietà orizzontale, volto a privilegiare la programmazione, coordinamento e controllo della finalizzazione pubblica e condivisa di energie e risorse*

¹⁷⁶ TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 1° luglio 2008, n. 2842, che prosegue affermando come *“oltretutto, crede il Collegio, che non vi sia esperienza nel nostro paese di gruppi di cittadini che, brandendo il principio di sussidiarietà, abbiano organizzato servizi di raccolta dei rifiuti che non è certo il settore tipico in cui si è manifestata questa capacità dei cittadini di autorganizzarsi per rispondere ai propri bisogni. La verità è che il Comune non ha alcun bisogno di giustificare con una motivazione sul piano giuridico perché ha scelto l’affidamento in house poiché esso è una delle modalità riconosciute dall’art. 113, comma 5, T.U. Enti locali. La giustificazione della scelta attiene al piano politico nel momento in cui non si dovesse rivelare il modo più economico per rispondere ad un bisogno ineliminabile, ma questo non può certo essere sindacato da un tribunale amministrativo”*.

*private (governance) rispetto alla gestione diretta (government), principio sicuramente illuminante anche le stesse decisioni di produrre o comprare (make or buy)*¹⁷⁷.

2.3.7 Libertà di scelta degli utenti

Il primo intervento sul quale la giurisprudenza si è cimentata è stato in ambito sanitario ed in particolare riferito alla libertà di scelta da parte degli utenti del servizio sanitario; con la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 18/11/2002, n. 6395, i giudici di Palazzo Spada intervengono in merito al tema della definizione dei corretti criteri che devono essere seguiti dalle strutture sanitarie pubbliche al momento di stipulare le convenzioni all'atto di accreditamento, al fine di coniugare l'esigenza di garantire un'offerta di servizi capillare e di qualità con un alto grado di efficienza nell'impiego delle risorse pubbliche.

Il giudice rileva che la pretesa dell'appellata amministrazione non sia idonea a essere soddisfatta per il mancato ancoraggio della delibera dirigenziale a una valutazione preventiva, obiettiva e comparata dei volumi delle prestazioni che i soggetti accreditati hanno assicurato agli utenti.

Nel contesto di tale ragionamento, per *incidens* i giudici di Palazzo Spada osservano che una tale valutazione risulta confortata anche dall'introduzione del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale di cui il giudice amministrativo dà *"un'interpretazione originale facendone discendere delle pretese a favore degli utenti. Infatti il giudice afferma che dal principio di sussidiarietà possono discendere due conseguenze: da una parte, è necessario mettere in condizione gli utenti di poter scegliere la struttura sanitaria più idonea alla soddisfazione del proprio bisogno di salute; dall'altra, è altresì necessario obbligare i soggetti responsabili a operare una*

¹⁷⁷ Corte Conti, Sez. reg. controllo per la Basilicata, n. 173/2012/PAR, per un commento sul parere si veda C. DI MATTIA, *Società in house o miste*, in www.labsus.org, 2012.

*distribuzione delle risorse pubbliche che segua i criteri di convenienza per la collettività*¹⁷⁸.

2.4 Giurisprudenza e riferimenti impliciti al principio di sussidiarietà orizzontale

La giurisprudenza amministrativa in molteplici e rilevanti circostanze, pur non citando espressamente il principio di sussidiarietà orizzontale, ha contribuito ugualmente alla definizione di alcuni fondamentali caratteri del rapporto tra soggetti pubblici e privati in relazione all'esercizio di attività di interesse generale.

In tale sede si citeranno brevemente alcune pronunce, come ad esempio quella riferibile all'affidamento di attività professionali da parte delle amministrazioni a soggetti terzi; in particolare, in questa circostanza, la giurisprudenza ormai consolidata della Corte dei conti utilizza il termine "sussidiarietà" in una concezione diversa (opposta) rispetto alla prospettiva finora assunta.

Il conferimento di incarichi o consulenze professionali a terzi, infatti è ammissibile esclusivamente quando corrisponda a criteri di economicità ed

¹⁷⁸ F. GIGLIONI, *I diritti degli utenti si ripercuotono sull'accreditamento sanitario*, in *Labsus.org*, 2010, il quale prosegue affermando come, "ciò che rende originale una tale interpretazione non risiede nelle ricadute logico-giuridiche appena ricordate, perché è noto che diversi autori e giurisprudenza hanno utilizzato il principio di sussidiarietà orizzontale per avvalorare lo sviluppo dell'organizzazione dei rapporti economici in termini di concorrenza e per vincolare in modo più rigoroso l'utilizzo delle risorse pubbliche; la novità della prospettiva qui evidenziata consiste nel fare del principio di sussidiarietà orizzontale uno strumento di tutela degli utenti, i quali qui non sono considerati come soggetti singoli o associati che concorrono al perseguimento di finalità pubbliche, ma come i destinatari ultimi di un complesso di regole e rapporti giuridici che derivano dal principio di sussidiarietà. In altre parole il consiglio di stato, pur facendo discendere dal principio di sussidiarietà orizzontale alcuni vincoli già noti ai più attenti studiosi del principio, sceglie di seguire una prospettiva originale, secondo cui il principio di sussidiarietà orizzontale diviene uno strumento di tutela degli interessi collettivi degli utenti".

efficacia e dunque non è comunque legittimo quando vi siano, all'interno dell'ente, professionalità idonee all'esercizio dell'incarico¹⁷⁹.

Per ciò che attiene il rapporto tra pubblico e privato in caso di attività di interesse generale da parte di privati, la giurisprudenza amministrativa, pur negando possa aversi una procedimentalizzazione *tout court*, ha stabilito che i soggetti privati siano in ogni caso tenuti al rispetto delle garanzie sostanziali di partecipazione al procedimento, qualora la loro attività possa produrre effetti tipici di natura pubblicistica¹⁸⁰.

Il Consiglio di Stato, sul punto, in relazione all'approvazione di un progetto di pubblica utilità, in modo chiaro ha affermato che *"tali garanzie devono, comunque, trovare realizzazione anche quando l'approvazione del progetto dell'opera, con il conseguente effetto ex lege di dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza,*

¹⁷⁹ Corte dei conti 16 settembre 2004 n. 229.

¹⁸⁰ Cons. Stato, sez. VI, 25 marzo 2004, n. 1617, in *www.labsus.org*, con nota di F. GIGLIONI. La fattispecie concerneva, in particolare, una serie di provvedimenti adottati dalla società Ferrovie s.p.a. approvativi di progetti e implicanti dichiarazioni di indifferibilità, necessità ed urgenza. Il Consiglio ha reputato applicabile alla fattispecie in esame l'ormai consolidata giurisprudenza (Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 15 settembre 1999 n. 14; Sez. V, 18 marzo 2002 n. 1562; sez. IV, 25 giugno 2002 n. 2644; Consiglio di giustizia amministrativa regione Sicilia. Sez., 27 settembre 2002 n. 579; sez. IV, 14 dicembre 2002 n. 6917; 2 Consiglio di giustizia amministrativa regione Sicilia 5 gennaio 2003 n. 25; sez. IV, 11 febbraio 2003 n. 736) secondo cui è necessaria la partecipazione dei privati nel procedimento di dichiarazione di pubblica utilità di un'opera pubblica. Secondo il Consiglio di Stato Non si tratta, in altri termini, di prevedere o di introdurre la procedimentalizzazione di una attività che - quali che siano gli effetti che ad essa la legge riconnette - rimane pur sempre di diritto comune; si tratta, invece, di fare in modo che quegli obiettivi di garanzia sostanziale, ed in genere quegli effetti che la legge assicura, nel caso della tradizionale attività amministrativa, attraverso una rigida e formale procedimentalizzazione, siano comunque assicurati anche quando gli effetti propri di una dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza, siano, per legge, realizzati attraverso strumenti di diritto comune. Non si tratta, pertanto, di applicare la legge sul procedimento amministrativo all'attività di diritto privato (e quindi anche all'adozione di delibere del consiglio di amministrazione o del presidente di una società) ma di verificare se, nel rispetto del principio di libertà delle forme proprie del diritto privato si sia comunque, in concreto ed in punto di fatto, realizzata una ponderazione ed una valutazione delle posizioni dei soggetti destinati ad essere comunque toccati e incisi dagli effetti di tale attività di diritto privato.

*sia stata posta in essere, come nel caso in esame, con una deliberazione di una società per azioni, e cioè con un atto di diritto privato*¹⁸¹.

È possibile infine rintracciare, sia pure *in fieri*, il principio di sussidiarietà orizzontale anche nell'ordinamento europeo e, in particolare, in una recente pronuncia della corte di giustizia, C-382/04.

Nella fattispecie in oggetto, il giudice comunitario ha precisato che il diritto dell'Ue non consente che uno Stato membro, il quale già riconosce un regime di esenzione fiscale per soggetti operanti nel settore di pubblica utilità, neghi il medesimo beneficio ad altra fondazione con analoghi obiettivi, esclusivamente in ragione della considerazione che quest'ultima abbia sede legale in altro Stato, e dunque i suoi redditi siano imponibili sul territorio di riferimento limitatamente¹⁸².

Malgrado la principale finalità della pronuncia della Corte sia sicuramente quella di tutelare la libera circolazione di capitali e servizi, tuttavia da questa decisione si desume il principio che le stesse libertà economiche possono, sia pure indirettamente, favorire l'esercizio di attività di interesse generale da parte di soggetti privati, contribuendo peraltro, ad una comune formazione di concetto di "interesse generale" tra i diversi Stati componenti l'Unione europea.

In ambito europeo, si sottolinea infine la decisione della commissione 2006/746/CE secondo cui, in ragione dell'articolo 87, p. 3, del trattato CE relativo agli aiuti di Stato, non sono stati giudicate incompatibili con l'ordinamento comunitario determinate misure economiche che consentono la compensazione

¹⁸¹ L'elaborazione di questo principio, non espressamente riferibile alle attività espressione di "autonoma iniziativa" ex articolo 118 della Costituzione consente, nell'ambito di operatività del principio di sussidiarietà orizzontale, da un lato di rispettare il profilo di libertà ed autonomia dei soggetti privati, dall'altro di tutelare eventuali interessi di soggetti terzi (a titolo esemplificativo, i promotori di iniziative di "cittadinanze attive" dovranno rispettare il principio che concerne la certezza dei tempi, il legittimo affidamento, ovvero essere pienamente responsabili nell'uso dei mezzi pubblici).

¹⁸² Corte Giust., C-382/04, 14 settembre 2006.

economica per le imprese edilizie le quali abbiano realizzato piani di rinnovamento urbanistico, finalizzati non soltanto allo sviluppo edilizio ma anche a garantire condizioni di sicurezza pubblica per la cittadinanza¹⁸³.

L'erogazione dei fondi in oggetto, in particolare, potrebbe essere considerata quale strumento per favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini nell'esercizio di attività di interesse generale: la Commissione sottolinea comunque che laddove le imprese, rivendendo a prezzi di mercato gli appartamenti, ricavassero profitti, non sarebbe legittimo l'aiuto da parte delle autorità pubbliche.

Dalla decisione emerge anche, infine, l'intreccio ed il profondo legame tra gli interessi pubblici e gli interessi privati, per cui, nell'esercizio di attività di soggetti privati è spesso difficile la distinzione.

¹⁸³ Commissione 4 aprile 2006/746/CE.

CAPITOLO III

L'articolo 118, u.c., della Costituzione

3.1 Testo e significato, lavori preparatori, analisi testuale dell'art. 118, u.c., della Costituzione;

3.2 Interpretazioni della dottrina sull'art. 118, u.c., della Costituzione; 3.3 Interpretazioni della Corte Costituzionale sull'art. 118, u.c., della Costituzione

3.1 Lavori preparatori e analisi testuale dell'art. 118, u.c., della Costituzione

Nei capitoli precedenti si è visto come il principio di sussidiarietà orizzontale sia entrato a pieno titolo a far parte dei principi generali cui è costituito il nostro ordinamento giuridico, sia comunitario che italiano; in particolare, per quanto concerne l'ordinamento italiano di cui si tratterà specificamente in questo capitolo, esso è stabilito dall'ultimo comma dell'art. 118 della Costituzione secondo cui: «Stato, regioni, città metropolitane, province e comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà».

3.1.1 I lavori preparatori della revisione al Titolo V della Costituzione

Analizzando gli interventi effettuati dai promotori della modifica dell'art. 118 della Costituzione si evince come questi non intendessero ridurre l'intervento dei cittadini solo per scopi di interesse generale, né tanto meno promuovere solo l'arretramento dello Stato per lasciare spazio all'iniziativa privata; ciò che si è cercato di sostenere è proprio quella caratteristica di "relazionalità" che è immanente al principio di sussidiarietà orizzontale (ed ovviamente anche verticale) in cui la collaborazione fra privato e pubblico è vista come un nuovo modo di soddisfare gli interessi ed i bisogni della collettività.

Occorre premettere che nelle prime proposte di modifica del Titolo V della Costituzione, il principio di sussidiarietà orizzontale intendeva essere inserito nella parte I della Costituzione; ed infatti, i relatori¹⁸⁴ della proposta di disegno di legge n. 4462 spiegano come *“l’affermazione, contenuta nel secondo comma del nuovo articolo 114 della Costituzione, dei principi di sussidiarietà verticale e di differenziazione non è, tuttavia, accompagnata dall’affermazione del principio di sussidiarietà orizzontale in ordine al quale si è ritenuto, a maggioranza, di prevederne l’inserimento nella prima parte della Costituzione con un distinto progetto di legge costituzionale”*¹⁸⁵.

È però soprattutto dai lavori in Assemblea che si evince il carattere distintivo e la caratterizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale.

In particolare l’on. Massimo D’Alema, durante una delle sedute più interessanti per ciò che concerne la discussione sul principio di sussidiarietà orizzontale, ha inteso spiegare quale fosse la propria interpretazione di detto principio affermando che *«il ruolo dell’iniziativa privata è riconosciuto e garantito nella nostra Costituzione e certamente non compete a noi di introdurre questo principio. Vi è già; vi hanno provveduto i padri costituenti! Anche il principio di sussidiarietà, in realtà, è contenuto, nelle forme e nel linguaggio di allora, nella prima parte della*

¹⁸⁴ Gli onorevoli V. Cerulli Irelli e A. SODA.

¹⁸⁵ V. CERULLI IRELLI e A. SODA, *Relazione della I commissione permanente - affari costituzionali, della presidenza del consiglio e interni -*, 11 novembre 1999; così anche la prima proposta di disegno di legge n. 5830, non presentava l’inserimento del principio di sussidiarietà, né verticale né orizzontale; il Presidente D’Alema spiegava le ragioni: *“Va ancora chiarito, sempre sul piano generale, che il tema della sussidiarietà non risulta affrontato nel presente disegno di legge perché si è ritenuto che esso, quanto alla sua conformazione di principio, trovi la sua sede nella parte prima della Costituzione”*; da sottolineare come, invece, in una seconda proposta, il principio di sussidiarietà orizzontale veniva inserito all’interno dell’art. 114 Cost. e il relatore, on. Fontan, spiegava come *“il principio di sussidiarietà viene esplicitato non solo nella sua accezione «verticale» e cioè con riferimento al rapporto tra livelli di governo, ma anche nel rapporto tra i pubblici poteri e l’autonoma iniziativa dei privati, a cui è opportuno siano lasciate tutte quelle attività di interesse pubblico che possono essere svolte in modo adeguato ed efficiente. In questa sua particolare declinazione, il principio di sussidiarietà (c.d. orizzontale) assume quel significato di difesa della sfera del cittadino e della persona contro uno Stato troppo invadente che appartiene anche alla dottrina sociale della Chiesa cattolica”*¹⁸⁵.

Costituzione. Il passo in avanti che noi facciamo è nel riconoscere la necessità oggi di favorire l'azione della società civile nella forma dei cittadini singoli, associati, delle associazioni e delle imprese nello svolgimento di attività pubbliche. Qui noi non parliamo della libera iniziativa privata, ma della necessità, dell'opportunità che le istituzioni favoriscano tale azione. D'altro canto, noi accompagniamo un processo che è in atto e non vi è dubbio che nel corso di questi anni, attraverso le privatizzazioni e anche attraverso una riforma dello Stato sociale che sta promuovendo la partecipazione attiva dei cittadini, del volontariato e dell'associazionismo, il principio costituzionale rifletta una realtà in movimento e una concezione nuova, non più esclusivamente statale, della gestione di grandi servizi pubblici»¹⁸⁶.

Tuttavia, l'on. Rosa Russo Jervolino, intervenendo sempre durante i lavori preparatori, fornisce una interpretazione distinta e più ristretta del principio di sussidiarietà; infatti, la stessa afferma che «noi non pensiamo ad un monopolio dello Stato, ma ad una responsabilità dello Stato stesso che, però, associ a sé, in una logica di cittadinanza attiva, tutte le formazioni sociali che agiscono senza scopo di lucro e nell'interesse generale»²⁶; è evidente come anche all'interno di uno stesso gruppo politico il concetto di sussidiarietà rischia di essere interpretato in modi differenti.

Sul punto si potrebbe proseguire citando molteplici interventi, anche di schieramenti politici opposti, ma ciò che qui si intende affermare è proprio una duplice interpretazione del principio di sussidiarietà orizzontale, che si è già visto nelle pronunce della giurisprudenza amministrativa e che si vedrà nelle interpretazioni dottrinali.

¹⁸⁶ M. D'ALEMA, Atti della seduta della Camera dei deputati del giorno 21 settembre 2000, in www.camera.it.

Il testo definitivo fu approvato l'8 marzo 2001, a seguito della seconda lettura da parte del Senato della Repubblica, sottoposto a referendum confermativo il 7 ottobre 2001 e pubblicato, come Legge Costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001.

Prima di procedere all'approfondimento delle posizioni dottrinali relative all'art. 118 u.c., pare opportuno esaminare il testo dell'ultimo comma dell'art. 118, così da comprendere appieno il carattere innovativo del principio *de quo*.

3.1.2 Analisi testuale del dettato costituzionale dell'art 118, u.c.

“Stato, regioni, città metropolitane, province e comuni favoriscono”

Primo e fondamentale termine per un'analisi testuale dell'art. 118, u.c., Cost. è rappresentato dalla locuzione *“favoriscono”*; ciò significa che, se i cittadini si attivano per la cura dell'interesse generale, le pubbliche amministrazioni hanno l'obbligo di aiutarli, non potendo limitarsi ad essere attori passivi né tanto meno ad ostacolarli (testualmente infatti la norma dice che lo Stato *“favorisce”*, non *“può favorire”*).

Ciò significa che le funzioni pubbliche spettano certamente alle amministrazioni, che ne hanno la titolarità e la competenza ai sensi del primo comma dell'art. 118 Cost., ma i cittadini assumono ora un ruolo distinto, non più passivo per il perseguimento del bene comune. Tuttavia le modalità pratiche di sostegno alle iniziative dei cittadini sono lasciate alla discrezionalità delle amministrazioni.

Con il principio di sussidiarietà orizzontale nasce dunque un nuovo modo di amministrare, che sarà ogni volta diverso a seconda delle modalità con le quali l'amministrazione deciderà di appoggiare le iniziative dei cittadini, e dall'altra

parte, delle modalità con le quali i cittadini proporranno all'amministrazione di appoggiare le proprie iniziative¹⁸⁷.

"L'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati"

I cittadini possono attivarsi nell'interesse generale in maniera del tutto autonoma, di propria iniziativa, senza attendere che la pubblica amministrazione si attivi o autorizzi una determinata iniziativa. Questo priva i soggetti pubblici del monopolio esclusivo nella rappresentanza dell'interesse generale, affidando il compito di garantire la cura dei beni comuni anche ai cittadini.

Ciò significa che l'attuazione della norma sancita dall'art. 118 ultimo comma non dovrebbe dipendere primariamente dalla diligenza delle istituzioni, bensì principalmente dal senso civico e dal grado di responsabilità dei cittadini. Vi è chi ha sottolineato come la possibilità per i cittadini di rivestire una parte da comprimari nell'amministrazione della cosa pubblica ha una grande valenza positiva, che si manifesta sotto due aspetti diversi: *"in primo luogo ha un valore intrinseco dal punto di vista civile in quanto espressione dell'impegno della gente comune per la soddisfazione di interessi non individuali ma collettivi; secondariamente perché i cittadini, mettendo a disposizione della collettività in modo gratuito risorse proprie (non necessariamente quantificabili in termini monetari), consentono all'amministrazione di conseguire un guadagno netto oppure di soddisfare un maggior numero di interessi senza necessariamente aumentare il livello del prelievo fiscale"*¹⁸⁸.

*"Per lo svolgimento di **attività di interesse generale**, sulla base del principio di sussidiarietà."*

¹⁸⁷ G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. Costituzione*, comunicazione al convegno 118: cittadini attivi per una nuova amministrazione, in *www.astridonline.it*, Roma, 7-8 febbraio 2003.

¹⁸⁸ G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. Costituzione*, op. cit.

Nel momento in cui i cittadini si attivano autonomamente, hanno il compito di fornire prova dell'effettivo perseguimento di un interesse generale al fine di giustificare e legittimare la loro azione e poter essere così sostenuti dalla pubblica amministrazione. Questo è indubbiamente l'aspetto più problematico dell'applicazione concreta del principio di sussidiarietà orizzontale. La definizione di interesse generale comporta infatti non pochi problemi di natura giuridica¹⁸⁹.

La soluzione del problema relativo all'interesse generale è dunque di importanza cruciale per il successo dell'applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale.

Si deve certamente escludere a priori la possibilità per i cittadini di individuare essi stessi l'interesse generale in modi che vadano al di fuori di quanto previsto dalla legge, mentre sarà dirimente l'interpretazione datane dalla dottrina, ma soprattutto dalla normativa comunitaria.

Concludendo si può comunque affermare che, nonostante le problematiche applicative, sulle quali ci soffermeremo più avanti, il principio di sussidiarietà orizzontale, così come definito dall'ultimo comma dell'art. 118 della Costituzione, rappresenta certamente un cambiamento importante, e ad oggi ancora poco sfruttato, nel modo di concepire i rapporti tra cittadini ed istituzioni.

3.2 Interpretazioni della dottrina sull'art. 118, u.c., della Costituzione

Come più volte ripetuto l'interpretazione del principio di sussidiarietà orizzontale, tuttavia, dà adito ancora a molte controversie: nonostante infatti siano trascorsi quasi quindici anni dalla promulgazione della l. Cost. n. 3/2001, esistono almeno due modi differenti di intendere la sussidiarietà, suffragati ciascuno da diverse motivazioni.

¹⁸⁹ Sul punto si tornerà più ampiamente nel capitolo dedicato alla normativa comunitaria.

Ciò detto è indubbio, e riconosciuto dalla totalità della dottrina, che l'elemento caratterizzante la sussidiarietà orizzontale consiste nella valorizzazione delle capacità e dell'autonomia delle persone, dei gruppi sociali, delle comunità, all'interno della società nel suo complesso; con la specificazione che detto principio non si afferma in opposizione all'autorità pubblica, alla sua presenza ed al suo ruolo, ma vuole ridisegnarne le finalità e le modalità organizzative¹⁹⁰.

Parte della dottrina ha evidenziato come tale nuovo paradigma costituzionale, *"vincola l'arbitrio politico più che in passato: questo maggior vincolo è il riflesso di quanto si è riconosciuto in potere dei cittadini, ma anche di quanto sarà necessario verificare con essi"*¹⁹¹.

L'immagine più utilizzata dalla dottrina sarebbe quella di un'amministrazione relazionale, integrata e globale sulla cui applicazione ci si domanda come *"potrebbe essere possibile? È questo il genere di interrogativi che suscita l'applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale alla pubblica amministrazione e si tratta di interrogativi che vanno ben oltre la problematica dell'ottimale dislocazione del livello di intervento"*¹⁹²; e ancora *"come potranno gruppi di cittadini o addirittura singole persone dimostrare che stanno agendo nell'interesse generale? Come si valuta*

¹⁹⁰ Uno dei campi che in questo lavoro non verranno affrontati è quello delle implicazioni del principio di sussidiarietà nel diritto amministrativo; con riferimento a tali effetti si vedano, A. M. BALESTRIERI, *sussidiarietà, territorio, cooperazione fra mano pubblica e soggetti privati. Spunti per un inquadramento giuridico*, in *Dir. amm.*, 1998, p. 617; A. DELCAMP, *Principio di sussidiarietà e decentralizzazione*, in *Managerialità e sussidiarietà: due sfide per il governo locale*, a cura di M. BALDUCCI, Milano, F. Angeli, 1997, pp. 221 e ss. Mentre, più in generale, sul ricorso ad istituti propri dell'iniziativa privata al fine di riorganizzare i pubblici poteri, G. Napolitano, *Soggetti privati "enti pubblici"?*, in *Dir. amm.*, 2003, pp. 801 e ss., in cui l'Autore sottolinea il conseguente fenomeno di allargamento del concetto di P.A., peraltro imposto dal diritto comunitario.

¹⁹¹ G. COTTURRI, *Novità e portata progressiva della sussidiarietà orizzontale nella costituzione italiana*, in *www.astrid-online.it*, 2003.

¹⁹² F. PIZZETTI, *L'ordinamento costituzionale italiano fra riforme da attuare e riforme da completare*, Giappicchelli, *op. cit.*

questo, e chi lo valuta?"¹⁹³. Ed ancora "se, dunque, il principio di sussidiarietà era già presente non solo nella cultura generale ma anche nella cultura dei giuristi e in alcuni meccanismi operativi preesistenti alla modifica dell'articolo 118, qual è il suo valore? Perché tutti coloro che parlano di sussidiarietà fanno riferimento all'articolo 118?"¹⁹⁴.

Su questi interrogati, parte della dottrina ritiene che l'introduzione del principio di sussidiarietà nella Costituzione rappresenterebbe una vera e propria rivoluzione, "un nuovo paradigma [...], pluralista, paritario e relazionale", tale da condurre "a modifiche notevoli nella teoria e nella pratica del diritto amministrativo"¹⁹⁵; anche se non manca chi invece inserisce la portata innovativa di questa disposizione all'interno di una lettura della Costituzione che valorizza i principi personalista, autonomista e di solidarietà, interpretando la costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà come un naturale compimento di un processo già avviato¹⁹⁶.

Al di là delle interpretazioni che nelle pagine successive verranno analizzate, emerge chiaramente un dato: la costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà rende necessario tenerne conto. Non si può più dire che è un principio extragiuridico, filosofico o del diritto naturale¹⁹⁷; oggi questo principio è presente nel diritto positivo ed è principio costituzionale.

¹⁹³ G. COTTURRI, *Novità e portata progressiva della sussidiarietà orizzontale nella costituzione italiana*, *op. cit.*

¹⁹⁴ M. NUZZO, *Sussidiarietà e autoregolamentazione nel nuovo riparto di competenze tra poteri pubblici e autonomia privata*, in *Atti di presentazione della ricerca Università Lum Jan Monet*, 11 ottobre 2003.

¹⁹⁵ G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u. c. della Costituzione*, *op. cit.*

¹⁹⁶ F. PIZZETTI, *L'ordinamento costituzionale italiano fra riforme da attuare e riforme da completare*, Giappicchelli, 2003, p. 86.

¹⁹⁷ Come da illustre dottrina è stato affermato: R. BIN, *Bicamerale e sussidiarietà*, Relazione alla Conferenza su "Federalismo e solidarietà" promossa dall'Università del Terzo Settore, Portonovo 15 novembre 1997, secondo cui: "Ho partecipato un giorno, qui nelle Marche, a un seminario in cui c'era anche il collega e senatore Massimo Villone, che è stato membro autorevole della Bicamerale: egli lanciava un pubblico appello ai giuristi perché aiutassero i "neo-costituenti" a scrivere una bella norma costituzionale sulla sussidiarietà. Ed io gli ho risposto: caro amico, se vuoi scrivere una bella norma sulla

Una prima interpretazione della sussidiarietà orizzontale rinviene nell'intervento dei cittadini per finalità di interesse generale la piena attuazione del principio di libertà di iniziativa economica sancito dall'art. 41 della Costituzione.

In particolare si è sostenuto che la sussidiarietà orizzontale rappresenti un nuovo modo di governare i rapporti tra settore pubblico e cittadini privati ed afferma perciò che *«la preoccupazione pubblica di assicurare un servizio, o di assicurarlo a condizioni particolari di accessibilità, deve tuttavia tener conto della presenza e del ruolo occupato nello stesso settore da soggetti privati o privato-sociali poiché questi, se idoneamente sostenuti, possono contribuire a svolgere quel servizio o a svolgerlo alle condizioni di accessibilità desiderate, permettendo così al soggetto pubblico di risparmiare spese di impianto ed avviamento di strutture proprie in quel settore. [...] La sussidiarietà corrisponde infatti alla creazione di un concorso fra soggetti pubblici e privati e, nella accezione piena del principio, anche alla riduzione del ruolo del pubblico nei limiti in cui il servizio o l'attività possano essere assicurati dai soggetti privati in modo efficiente e secondo gli interessi di pubblica utilità prefissati dallo stesso potere pubblico»*¹⁹⁸.

In tale ottica, *«la maggior parte dei fenomeni di sussidiarietà si determina a seguito dell'arretramento e della riduzione dell'intervento diretto dei poteri pubblici anche se devono essere attentamente valutate le modalità concrete di arretramento»*¹⁹⁹; d'altra parte vi è comunque chi sottolinea come il principio di sussidiarietà orizzontale

sussidiarietà tu devi prendere 10 - 20 bravi poeti, metterli in una stanza e chiedere loro di scrivere un bel poema sulla sussidiarietà - impresa difficile perché una parola tronca poco promette per la metrica e la rima; ma se tu lo chiedi a un giurista, il giurista ti risponderà che la sussidiarietà, di per sé, non significa nulla dal punto di vista del diritto: la sussidiarietà è quasi una presa in giro, ne più ne meno. Anzi potrei proporre un postulato della ragione giuridica per cui tanto più un testo normativo fa ricorso alla parola sussidiarietà, tanto più è pericoloso e truffaldino, nel senso che sta deviando l'attenzione da qualche problema; fa finta di dire una cosa giuridicamente significativa, ma forse non offre gli strumenti normativi necessari a che questa cosa diventi operativamente - ossia, giuridicamente - significativa".

¹⁹⁸ P. DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico*, op. cit., p. 222.

¹⁹⁹ P. DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico*, op. cit., p. 222.

non si esaurisca nella fuga della pubblica amministrazione verso il diritto privato, ma al contrario, potrebbe comportare una vera “societarizzazione delle funzioni” in grado di realizzare un’auto-amministrazione della società²⁰⁰.

L’autonomia di cui i soggetti privati sono detentori, infatti, non sarebbe una mera autonomia amministrativa che l’istituzione statale riconosce all’interno di una struttura verticistica, ma è autoregolamentazione²⁰¹, vale a dire attitudine del singolo a darsi da sé delle regole, in grado di porre i cittadini su un piano di parità con l’Amministrazione Pubblica. La trasformazione da “cittadino-utente” a “cittadino-coamministrante”, in quanto compartecipe dell’attività di servizio pubblico, porterebbe ad affiancare allo schema tradizionale un nuovo paradigma pluralista e paritario, che rinviene nell’ultimo comma dell’art. 118 Cost. il proprio fondamento.

Da tale interpretazione ne discende, quindi, che la sussidiarietà non può essere riduttivamente intesa in senso eminentemente funzionalistico riducendo il ruolo del pubblico nelle ipotesi in cui il servizio o l’attività possano essere svolti da soggetti privati in modo efficace e secondo gli interessi di pubblica utilità prefissati dalla stessa pubblica amministrazione²⁰².

In tal modo si crea una sorta di *continuum* tra sussidiarietà verticale e orizzontale, per cui all’operatività del principio di sussidiarietà in senso verticale segue la declinazione dello stesso in senso orizzontale, onde i singoli cittadini

²⁰⁰ Sulla socializzazione dei pubblici poteri, G. COCCO, *op. cit.*, p. 710. In particolare, l’Autore ne sottolinea l’effetto positivo per la qualità della stessa pubblica amministrazione legato all’esaltazione dell’autonomia della società civile, che penetra come linfa vitale nei gangli della disciplina amministrativa. Certamente, sulla base di questa tesi, non mancherebbero i riflessi dell’applicazione del principio di sussidiarietà sul piano della responsabilità dell’apparato pubblico. Si potrebbe trattare di una responsabilità di “chiusura” inserita tra la responsabilità di singoli cittadini ed imprese all’insegna di un bene comune. E così, auto-amministrazione equivarrebbe ad auto-responsabilità.

²⁰¹ M. COSSUTTA, *Questioni sulle fonti del diritto*, Giappichelli, 2005, p. 90-91.

²⁰² F. GENTILE, *Ordinamento giuridico, tra virtualità e realtà*, Padova, 2001, p. 99.

risultano collocati all'ultimo livello della scala istituzionale cui si applica il principio di sussidiarietà verticale.

Anche la nuova definizione di sussidiarietà orizzontale e, nello specifico, il significato del termine "*favoriscono*" utilizzato dal legislatore costituzionale nell'art. 118, c. 4, Cost., come si è visto anche nell'analisi della giurisprudenza, ha alimentato una folta ricostruzione interpretativa da parte della dottrina.

Vi è chi ha ritenuto che il termine "*favoriscono*" debba essere inteso nel senso della sua doverosità (del "*devono favorire*"²⁰³), traducendosi in un vero e proprio "*vincolo/dovere costituzionale*". Sul profilo soggettivo, e cioè di quali enti hanno il compito di favorire si ritiene che sia direttamente applicabile a tutti gli enti di governo territoriali, incluso lo Stato²⁰⁴, mentre riguarda indirettamente i legislatori (quello statale e quelli regionali) i quali dovranno d'ora in poi operare in osservanza del principio in esame²⁰⁵.

Ulteriore questione, sulla quale si è cimentata la dottrina, riguarda il momento in cui avviene l'intervento a favore dei cittadini, distinguendo gli interventi a sostegno di attività dei privati già in corso ed interventi propedeutici alla loro attivazione²⁰⁶.

Per ciò che attiene al modo in cui si esplica l'intervento a favore dei cittadini si è distinto tra intervento diretto ed indiretto; in positivo o in negativo, per azione o per omissione.

²⁰³ G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. Pubbl.*, 1/2002, p. 29, il quale ritiene che «*tale facoltà (...) è sempre esistita*» e che se la disposizione dell'art. 118, comma 4 fosse interpretata «*come mera attribuzione di facoltà, non direbbe nulla di nuovo, sarebbe una disposizione costituzionale del tutto inutile, perché già presente da sempre nel nostro ordinamento*».

²⁰⁴ G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art.118 della Costituzione*, *op. cit.*

²⁰⁵ F. PIZZETTI, *Il ruolo delle istituzioni nel quadro della "democrazia della cittadinanza"*. *Il principio di sussidiarietà nel nuovo art.118*, *op. cit.*

²⁰⁶ V. CERULLI IRELLI, voce *Sussidiarietà*, *Enciclopedia Giuridica Treccani, Volume XII* (aggiornamento), Roma, 2004.

Tra i primi si collocano le dazioni di beni o prestazioni a favore dei cittadini, senza particolare riguardo alla loro natura²⁰⁷.

Nessuno sembra invece dubitare, ma anche in questo senso i commenti sono scarsi, della possibilità dell'amministrazione di intervenire attraverso strumenti indiretti, in negativo, per sottrazione o omissione. In questo caso si tratta di immaginare la rimozione di ostacoli, la riduzione o l'eliminazione di costi²⁰⁸, la facilitazione dell'intervento attraverso l'eliminazione di barriere.

In forza della nuova formulazione dell'articolo 118 della Costituzione si è rimarcato che la promozione, il sostegno e l'incentivazione, attraverso l'erogazione di contributi ad associazioni di cittadini per lo svolgimento di iniziative sociali, culturali e ricreative da parte degli enti locali è considerata oggi una "finalità istituzionale" degli enti locali²⁰⁹.

Ne deriverebbe che l'attuazione del principio di sussidiarietà, così come delineato all'art. 118 Cost., u.c., non dipende dalle istituzioni, ma dai cittadini; infatti, spetta ad essi assumere l'autonoma iniziativa dell'interesse generale che costituisce il nucleo essenziale della disposizione²¹⁰.

²⁰⁷ D. DONATI, A. PACI (a cura di), *La sussidiarietà orizzontale da principio a modello: dinamiche, limiti e ruolo della concorrenza, in sussidiarietà e concorrenza. Una nuova prospettiva per la gestione dei beni comuni*, Il Mulino, 2010.

²⁰⁸ Si veda in questo senso la sent. Corte dei Conti, Sez. Toscana, 23 maggio 2005, n. 288, secondo cui la discrezionalità dell'ente locale la ponderazione dei diversi interessi connessi all'uso di un immobile di sua proprietà, e quindi insindacabili da parte dello stesso giudice contabile la scelta dei rappresentanti dell'ente locale e dell'apparato burocratico che hanno scelto di non affittare un immobile al previsto canone mensile, decidendo in base ad una precisa ponderazione di interessi, di prediligere quello della collettività di essere stimolata ed aiutata nei suoi momenti e nelle sue esigenze volte alla promozione culturale-ricreativa ed alla necessità di aggregazione. Commento di P. CERBO, *Scopi sociali e determinazione dei canoni per l'uso di beni pubblici*, in *www.labsus.org*, 2008.

²⁰⁹ G. PIZZANELLI, *Servizi pubblici e principio di sussidiarietà tra società e stato*, in *www.astrid-online.it*, 2004.

²¹⁰ Del resto, già Lord Beveridge nel saggio del 1942, *L'azione volontaria*, scriveva: "La formazione di una buona società dipende non dallo Stato ma dai cittadini, che agiscono individualmente o in libere associazioni. La felicità o l'infelicità della società in cui viviamo dipende da noi stessi quali cittadini, non

Si è infatti sottolineato come *“i soggetti privati che operano per l'utilità e per il perseguimento degli interessi generali sono espressione di un principio di pluralismo sociale. Essi si innestano nel rapporto tra società ed istituzioni, in una visione solidaristica della Costituzione ed in attuazione del principio di sussidiarietà, quale fondamento della democrazia, di cui all'articolo 118, comma 4, Costituzione”*²¹¹; gli enti non profit sono, quindi, espressione della società civile, *“ed espressione autonoma rispetto all'eteronomia di una derivazione pubblicistica”*²¹².

Da ultimo vi è chi ha sottolineato come l'interpretazione riduttiva del principio di sussidiarietà *“consiste nel vanificare la radicale novità introdotta dall'art.118, u.c. Cost., il quale prevede che i cittadini, singoli e associati, possano attivarsi autonomamente “per lo svolgimento di attività di interesse generale”. Se infatti i cittadini in questione per agire devono attendere che i soggetti pubblici “dislochino” i propri poteri, viene meno l'aspetto più qualificante e innovativo della disposizione in esame, cioè la previsione che soggetti privati possano autonomamente attivarsi per fini di pubblica utilità e che i soggetti pubblici debbano sostenere tali iniziative. Dunque l'art.118, u.c. va correttamente inteso nel senso di consentire ai cittadini di agire nell'interesse generale senza attendere che i soggetti pubblici trasferiscano ad essi le proprie responsabilità, in tutto o in parte”*²¹³.

Accanto all'interpretazione positiva e che vede nel principio di sussidiarietà un principio dirompente, vi è, invece, chi ha evidenziato, come *“il principio di*

dallo strumento del potere politico che noi chiamiamo Stato. Lo Stato deve incoraggiare l'azione volontaria in ogni specie per il progresso sociale”, Milano, Edizioni di Comunità, 1954.

²¹¹ D. BOLOGNINO, R. CAMELI, F. GIGLIONI, *La sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza italiana e comunitaria, op. cit.*

²¹² A. GENTILI, *La riforma delle fondazioni di origine bancaria, in Rivista di Diritto Civile, 1999, 412.*

²¹³ G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u. c. della Costituzione, op. cit.*

*sussidiarietà orizzontale non si trova al centro delle dinamiche del nostro ordinamento giuridico anche perché il testo del 118 Cost. è, sul punto, ambiguo e ondivago*²¹⁴.

Riducendo quindi la portata innovativa della sussidiarietà, parte della dottrina non ha posto in discussione ciò che potremmo definire il “paradigma bipolare” che ha accompagnato lo sviluppo del rapporto tra amministrazione e cittadino, limitandosi per converso a confinare il nuovo principio costituzionale all’interno del paradigma tradizionale, perpetuando così l’antagonismo conflittuale che connotava il rapporto tra cittadini e istituzioni tradizionalmente inteso. Secondo questa interpretazione “*in negativo*” della sussidiarietà, in virtù della quale pubblico e privato continuerebbero *de facto* a confliggere.

Per tale ragione l’interpretazione riduttiva del principio di sussidiarietà, precludendo la collaborazione tra pubblico e privati, impedisce al principio stesso di dispiegare sino in fondo tutti i suoi effetti innovativi, permanendo sempre nell’alveo della prospettiva politica e giuridica di stampo geometrico, di cui si accennava nei capitoli precedenti, in cui la scena è completamente concentrata nel rapporto, conflittuale tra autorità (pubblica) e libertà (privata).

Secondo alcuni studiosi il termine “*favoriscono*” è troppo poco incisivo, perché in teoria l’applicazione del principio di sussidiarietà dovrebbe affermare “*preferiscono*” in modo tale che il non utilizzo di uno strumento orizzontale di sussidiarietà dovrebbe essere giustificato; L’utilizzo del termine “*favorire*” sembrerebbe quasi non impegnare, secondo alcuni, i livelli di governo, lasciandoli arbitri di una decisione politica²¹⁵.

Per ciò che concerne l’applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale nel settore dei servizi pubblici locali si potrebbe affermare che la dottrina

²¹⁴ A. STERPA, *Il principio di sussidiarietà nel diritto comunitario e nella costituzione*, in www.federalismi.it, 2010.

²¹⁵ A. D’ATENA, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento “in house”*, in *Giur. Cost.*, 2008, 5009 ss.

maggioritaria propone per scelta di affidare il servizio di regola ai privati e solo in caso in cui questi non siano in grado dovrebbe intervenire l'ente pubblico²¹⁶.

È, peraltro, noto che questa interpretazione non è pacifica in dottrina; una parte della dottrina in qualche occasione sembra ancora legata a una visione piuttosto "pubblico-centrica", laddove riserva la scelta dell'affidamento del servizio a terzi o *in house* alla pura discrezionalità dell'ente²¹⁷; oltre a ciò, non mancano letture svalutative proprio dell'art. 118 u.c., secondo le quali la disposizione non sottrarrebbe alcun ambito alla possibilità di intervento dei soggetti pubblici dalla medesima menzionati (Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni), ma, al più, impegnerebbe tali soggetti ad esercitare le proprie funzioni in modo da favorire la partecipazione dei privati. Non inciderebbe, cioè, sull'*an*, ma sul *quomodo* dell'intervento pubblico²¹⁸.

Sul punto autorevole dottrina ritiene che *"non è solo facendo esclusivo riferimento alla normativa comunitaria, ma attraendo nel parametro del giudizio la disciplina costituzionale italiana, dalla quale sono deducibili limiti più rigorosi di quelli ricavabili dalla disciplina europea"*²¹⁹.

Gli enti territoriali elencati dall'art. 118, u.c., sono, quindi, legittimati *"ad esercitare le attività di interesse generale da questa contemplate, in quanto il "privato" (da intendere ovviamente come settore) non sia in grado di dare ad esse adeguata copertura. In conseguenza di ciò, il confronto con il mercato (e con i principi della concorrenza) non dovrebbe avvenire solo dopo che l'ente pubblico ha deciso di non*

²¹⁶ G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u. c. della Costituzione*, op. cit.

²¹⁷ R. CAMELI, *La sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza italiana e comunitaria*, in *Labsus Papers*, 2009, Paper n. 11, p. 21, consultabile in www.labsus.org.

²¹⁸ I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, op. cit.

²¹⁹ A. D'ATENA, *sussidiarietà orizzontale e affidamento "in house"*, op. cit.

intervenire direttamente, ma anche prima: essendo ragionevole ritenere che l'intervento diretto si giustifichi esclusivamente nel rispetto della logica della sussidiarietà"²²⁰.

Tornando ad un piano più generale occorre segnalare ulteriori criticità sulle quali la dottrina è intervenuta e che hanno dato vita ad interpretazioni e punti di vista differenti.

Ad esempio vi è chi ha ritenuto che *"la trasposizione del principio di sussidiarietà dal piano dell'individuazione del livello di governo competente a quello delle modalità dell'esercizio della competenza fa sì che alla sussidiarietà orizzontale si opponga ad un panorama di poteri pubblici molto più forte, davanti al quale essa è più debole che nel passato non essendo più presente un solo centro di potere con il quale rapportarsi in termini dialettici, ma un'alleanza di centri che condividono il potere"*²²¹; l'autore prosegue affermando che è necessario *"fornire una risposta possibile all'indebolimento della sussidiarietà orizzontale che attende di essere declinata (per usare*

²²⁰ A. D'ATENA, *sussidiarietà orizzontale e affidamento "in house"*, op. cit., sul cui punto si tornerà al capito VIII; Molto felici, in proposito, alcuni passaggi di un atto di segnalazione adottato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato il 28 dicembre 2006 (AS 375 - *Affidamento di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica secondo modalità c.d. in house e ad alcuni contenuti della legge delega in materia di tali servizi*, in B.U. n 50 del 2.1 2007, p. 74), nel quale – con riferimento al progetto di delega legislativa in materia di servizi pubblici locali della scorsa legislatura (AS 772) – si legge quanto segue: *"In particolare, andrebbe indicato il principio che l'affidamento diretto risulta giustificato solamente quando non è possibile individuare una migliore soluzione di mercato, secondo un principio di sussidiarietà che limiti l'intervento pubblico a quelle situazioni in cui non sia possibile o conveniente l'offerta dei servizi da parte di imprese individuate secondo meccanismi di mercato"*.

²²¹ A. STERPA, *Il principio di sussidiarietà nel diritto comunitario e nella costituzione*, op. cit.; l'autore prosegue sottolineando come: *"la frammentazione del potere statale ha frantumato il rapporto fra i soggetti della sussidiarietà orizzontale e il potere, ma ha anche permesso al potere di coalizzarsi, di fatto, contro i soggetti esterni al potere pubblico in senso soggettivo. A livello orizzontale, a questo punto, chi invoca il principio di sussidiarietà orizzontale è costretto alla trattativa non più con il singolo livello di potere ma con tutti i livelli di governo, tra i quali si è costituita una continuità verticale di esercizio delle funzioni che rende il potere molto più forte che passato. Il principio di sussidiarietà orizzontale, per funzionare, ha necessità di rapportarsi con un potere pubblico titolare di una competenza netta e ben identificata per la quale candidarsi come strumento sussidiario; se la competenza è condivisa da più soggetti pubblici la pretesa sussidiaria a favore dell'individuo singolo e associato è in condizioni di subalternità"*.

le parole di Beniamino Caravita²²²) sia nel suo profilo personale che in quello sociale, perché esiste una sussidiarietà a vantaggio della persona (art. 2 Cost.) ed esiste una sussidiarietà a vantaggio dei corpi intermedi che sta formalmente nell'art. 118 Cost. (secondo alcuni studiosi c'era già prima del nuovo testo dell'art. 118 Cost., secondo altri no, ma non pare questa una questione decisiva da sciogliere ai fini delle nostre riflessioni)".

Pur riguardando problematiche diverse, sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale sono due principi concatenati reciprocamente poiché, una volta individuato il livello più adeguato allo svolgimento delle funzioni pubbliche in base al principio di sussidiarietà verticale, il principio di «sussidiarietà orizzontale consente alle istituzioni titolari di tali funzioni di perseguire l'interesse generale non più da sole, ma insieme con i cittadini»²⁸.

Altri hanno altresì affermato come il principio di sussidiarietà orizzontale sia in realtà "scollegato dal fondamento maggioritario, che costituisce la legittimazione delle rappresentanze politiche a operare in tal senso; l'ammissione di questo potere della cittadinanza attiva pone di fronte alla necessità di riconoscere che minoranze e perfino figure isolate possano integrare l'interesse generale"²²³.

²²² B. CARAVITA, *La sussidiarietà come strumento di governo delle società democratiche moderne*, in www.sussidiarieta.net, 2010.

²²³ G. COTTURRI, *Novità e portata progressiva della sussidiarietà orizzontale nella costituzione italiana*, op. cit., secondo cui "in tali casi, ciò non può essere presunto, o semplicemente "predicato" dell'azione concreta (come ordinariamente è per l'azione dei pubblici poteri): deve essere dimostrato. Dobbiamo ipotizzare, infatti, che - soprattutto all'inizio - l'esercizio di questo potere dei cittadini sollevi dubbi e contrarietà anche forti. Non sta però all'autorità politico-amministrativa giudicare, né "autorizzare", tantomeno vietare (essa appunto deve "favorire"). Ma se c'è il dubbio che l'iniziativa civica corrisponda solo a interessi particolari e non realizzi un interesse generale: allora si dovrà ricorrere a un accertamento giudiziale, cioè l'amministratore dovrà lui fare ricorso. In questo senso dicevo che la corrispondenza ora deve essere provata: davanti a un giudice, se del caso. E i magistrati, naturalmente, non potranno fare altro che riferirsi alla Costituzione, alle convenzioni internazionali, alle definizioni di diritti fondamentali, insomma a quei beni e valori comuni, a quei principi e quelle garanzie che già sono stati accolti dall'ordinamento. Il 118, 4° comma, dunque realizza quanto era nelle aspirazioni (dei giuristi), e cioè riporta al centro il principio di legalità costituzionale. Ciò non potrà non avere una ricaduta sulle decisioni delle rappresentanze. Questo anzi è il principale effetto riflesso dell'innovazione, e potrà cambiare tante cose. Infatti, se all'autorità politico-amministrativa non basterà più enunciare la propria interpretazione dell'interesse generale, e non potrà essa più pretendere che il comune cittadino immediatamente si conformi

Vi è inoltre chi ha sottolineato che occorre “prudenza [...] nel seguire la via della sussidiarietà orizzontale, sia in relazione al problema della garanzia di condizioni d’eguaglianza, sia in ordine alla differente distribuzione sul territorio nazionale di soggetti in grado di assumere le relative responsabilità sociali. La logica della sussidiarietà - va ribadito - è, tuttavia, proprio quella differenziazione in relazione alle condizioni sociali e alle dimensioni dei problemi: soluzioni che possono essere valide in certe Regioni, potrebbero risultare difficilmente praticabili in altre, dove la condizione della società civile è più problematica”²²⁴.

A questo punto si pone la questione della precettività o meno della disposizione di cui all’art.118, u.c.; e cioè la disposizione in esame è sufficientemente chiara nella sua formulazione per poter essere immediatamente applicata o richiede ulteriori interventi legislativi per specificarne meglio alcuni elementi?

Parte della dottrina fornisce una risposta positiva, contrariamente a quanto affermato da un parte della giurisprudenza²²⁵ nel senso dell’immediata applicabilità; tale constatazione, si fonderebbe su “a) l’art.118, u.c. non enuncia un principio, rinviando al legislatore ordinario per la sua definizione, bensì prevede una

a quell’interpretazione, vuol dire che la politica tutta e l’agire amministrativo dovranno, come mai finora, esibire i propri titoli di legittimità costituzionale sostanziale. Non si tratta più di asserire la sufficienza della detenzione di un potere di maggioranza politica, per pretendere rispetto e obbedienza. Si tratta di verificare se certe determinazioni - anzi se tutte le determinazioni - della maggioranza governativa sono, non in via presuntiva, ma in concreto legittime costituzionalmente. La forma della legge ordinaria, di per sé, non assicura di questo: e infatti le leggi sono passibili di giudizio di illegittimità costituzionale. Questo già c’era nell’ordinamento. Il dato nuovo è che ora il contenzioso potrà instaurarsi non per un interesse privato del singolo cittadino, ma per una legittimazione del cittadino stesso a interpretare e perseguire l’interesse generale. Può insomma nascere un diverso atteggiamento diffuso rispetto all’azione pubblica, può estendersi lo spazio di partecipazione effettiva dei cittadini al farsi della sfera pubblica. E’ una questione di mentalità e di consapevolezza dei propri poteri, delle proprie responsabilità anche. Di riflesso alla innovazione relativa ai poteri della cittadinanza, insomma, è possibile che si dispieghi nei fatti su tutte le leggi un serrato controllo di legittimità costituzionale, pervasivo e continuo come finora non s’era mai visto”.

²²⁴ L. ANTONINI, *Lo spazio della sussidiarietà nel terzo decentramento: dalle leggi Bassanini alla riforma delle autonomie locali*, in www.fga.it.

²²⁵ Si veda cap. II.

fattispecie fondata su un principio, quello di sussidiarietà orizzontale; b) questo principio trova nella realizzazione della fattispecie medesima la sua principale modalità di attuazione; c) nella sua formulazione letterale tale fattispecie appare sufficientemente chiara per consentirne una sia pure graduale, ma immediata, applicazione”²²⁶.

3.3 Interpretazioni della Corte Costituzionale sull’art. 118, u.c., della Costituzione

3.3.1 L’elusione del principio di sussidiarietà orizzontale nella parte “in diritto” pronunce della Corte Costituzionale

²²⁶ G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell’art. 118 u. c. della Costituzione*, op. cit., l’autore prosegue affermando come “non si tratta dunque di interpretare un principio astratto, bensì di realizzare una fattispecie concreta in cui sono già indicati soggetti, azioni ed obiettivi, che in attesa di ulteriori specificazioni normative o giurisprudenziali di singoli profili dell’art. 118, u.c. può intanto trovare attuazione anche gradualmente, purché con modalità tali da consentire al nucleo essenziale di ciò che il legislatore ha ritenuto essere il principio di sussidiarietà orizzontale di cominciare a produrre i suoi effetti nel nostro ordinamento. Opporre ad un’applicazione graduale ma immediata l’attesa che il legislatore, la dottrina e la giurisprudenza chiariscano ogni profilo dell’enunciato in questione significa di fatto vanificare la volontà del legislatore ed escludere per un periodo di tempo indefinito la vigenza del principio di sussidiarietà orizzontale in Italia, sia perché nelle fonti ordinarie l’enunciazione di tale principio non è così netta come nella Costituzione, sia perché la mancata precettività della disposizione costituzionale renderebbe sicuramente più problematica anche l’applicazione delle norme ordinarie sopra citate. I profili operativi confermano tale interpretazione, perché l’art.118, u.c. dipende per la sua attuazione non dalle istituzioni, ma dai cittadini; spetta infatti ad essi assumere l’autonoma iniziativa nell’interesse generale che costituisce il nucleo essenziale della disposizione. Anche sotto questo aspetto il principio di sussidiarietà orizzontale manifesta tutta la sua carica innovativa, in quanto tradizionalmente il flusso del potere, delle informazioni, delle decisioni va dalle amministrazioni verso i cittadini; in questo caso invece il flusso si inverte, il potere di iniziativa ce l’hanno i cittadini perché dipende da loro, non dalle amministrazioni, se il principio di sussidiarietà orizzontale comincerà a vivere e a produrre effetti nel nostro ordinamento. Anche perché la disposizione di cui all’art.118, u.c. non è per così dire “orfana”, non è una norma priva di riferimenti nella società, emanata solo per soddisfare esigenze ideologiche o politiche; al contrario, essa rappresenta per migliaia di cittadini e per le loro organizzazioni il riconoscimento costituzionale dell’attività che essi già svolgono da decenni, spesso nel disinteresse quando non addirittura nell’ostilità delle amministrazioni pubbliche. L’art.118, u.c. è dunque per questi settori della società italiana al tempo stesso una legittimazione, un fondamentale punto di arrivo, ma anche un punto di partenza, uno stimolo a continuare nelle loro iniziative nell’interesse generale”.

Occorre premettere che le sentenze in cui la Corte Costituzionale si pronuncia sul principio di sussidiarietà, di cui all'art. 118, u.c., Cost., sono veramente esigue e, rispetto alla sussidiarietà verticale, la Corte, volutamente o non volutamente, non approfondisce mai l'origine del principio né i suoi risvolti principali né tanto meno le sue caratterizzazioni, evitando quindi di tracciare un'ipotesi di ricostruzione del principio *de quo*.

Ciò premesso, vi è un primo gruppo di sentenze in cui i ricorrenti o i resistenti fanno esplicito riferimento al principio di sussidiarietà orizzontale senza trovare un riscontro esplicito nelle pronunce della Corte; rientra nel novero di tale gruppo la sentenza n. 26 del 20 gennaio 2004, che a seguito del ricorso presentato da alcune regioni in merito ad un articolo, introdotto nella legge finanziaria per il 2002, sulla valorizzazione dei beni culturali ed ambientali, vede citato il principio di sussidiarietà orizzontale proprio per difendere la possibilità di *“dare in concessione a soggetti diversi da quelli statali la gestione di servizi finalizzati al miglioramento della fruizione pubblica e della valorizzazione del patrimonio artistico [...]”*²²⁷, ed in particolare la difesa erariale sostiene che la norma censurata *«fissa*

²²⁷ Comma 1 dell'art. 10 del d.lgs. 20 ottobre 1998, n. 368 (Istituzione del Ministero per i beni e le attività culturali, a norma dell'articolo 11 della l. 15 marzo 1997, n. 59), lettera *b-bis*), secondo cui il Ministero può *«dare in concessione a soggetti diversi da quelli statali la gestione di servizi finalizzati al miglioramento della fruizione pubblica e della valorizzazione del patrimonio artistico come definiti dall'articolo 152, comma 3, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, secondo modalità, criteri e garanzie definiti con regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400. Il suddetto regolamento dovrà stabilire, tra l'altro: le procedure di affidamento dei servizi, che dovranno avvenire mediante licitazione privata, con i criteri concorrenti dell'offerta economica più vantaggiosa e della proposta di offerta di servizi qualitativamente più favorevole dal punto di vista della crescita culturale degli utenti e della tutela e valorizzazione dei beni, e comunque nel rispetto della normativa nazionale ed europea; i rispettivi compiti dello Stato e dei concessionari riguardo alle questioni relative ai restauri e all'ordinaria manutenzione dei beni oggetto del servizio, ferma restando la riserva statale sulla tutela dei beni; i criteri, le regole e le garanzie per il reclutamento del personale, le professionalità necessarie rispetto ai diversi compiti, i livelli retributivi minimi per il personale, a prescindere dal contratto di impiego; i parametri di offerta al pubblico e di gestione dei siti culturali. Tali parametri dovranno attenersi ai principi stabiliti all'articolo 2, comma 1, dello Statuto dell'International Council of Museums. Con lo stesso regolamento sono fissati i meccanismi per la determinazione della durata della concessione per un periodo non inferiore a cinque anni e del canone complessivo da corrispondere allo Stato per tutta la durata stabilita, da versare anticipatamente all'atto della stipulazione della relativa convenzione nella misura di almeno il 50 per cento; la stessa convenzione deve prevedere che, all'atto della cessazione per qualsiasi causa della concessione, i beni culturali conferiti in gestione dal*

principi fondamentali per la valorizzazione di detti beni e per l'organizzazione delle attività culturali (art. 117, terzo comma) e rientra «nella c.d. sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, ultimo comma, disciplinata anche dallo Stato»²²⁸.

Ancora, all'interno della sentenza n. 129, del 28 marzo 2006 a seguito del ricorso promosso dal Governo per l'illegittimità costituzionale della legge della Regione Lombardia, per il governo del territorio, in cui la Regione, difendendosi afferma come *“l'adozione di modelli perequativi risponda alla necessità di coniugare le scelte urbanistiche con le esigenze di uguaglianza e giustizia sociale”*. Inoltre la difesa della Regione Lombardia sottolinea che ciò troverebbe *“ampia copertura nel principio di sussidiarietà orizzontale di cui al nuovo art. 118 Cost., nonché nella sentenza n. 179 del 1999 di questa Corte, nella quale è stata riconosciuta la validità dell'accordo tra il privato e l'amministrazione pubblica nella materia in questione”²²⁹.*

Un'ulteriore pronuncia in cui viene citato, a sostegno di una parte, il principio di sussidiarietà orizzontale, senza avere un riscontro esplicito da parte della Corte Costituzionale, è rinvenibile nella sentenza n. 202 del 18 giugno 2007 in merito alla richiesta di illegittimità costituzionale della legge istitutiva il c.d. 5 per mille. Tra i punti a sostegno dell'infondatezza del ricorso, la *“difesa erariale sottolinea che: [...] d) la norma censurata risponde alle esigenze unitarie delle politiche socioeconomiche generali ed è volta a promuovere la sussidiarietà orizzontale, ai sensi dell'art. 118, quarto comma, Cost.”²³⁰.*

Ministero ritornino nella disponibilità di quest'ultimo. La presentazione, da parte dei soggetti concorrenti, di progetti di gestione e valorizzazione complessi e plurimi che includano accanto a beni e siti di maggiore rilevanza anche beni e siti cosiddetti “minori” collocati in centri urbani con popolazione pari o inferiore a 30.000 abitanti, verrà considerata titolo di preferenza a condizione che sia sempre e comunque salvaguardata l'autonomia scientifica e di immagine individuale propria del museo minore».

²²⁸ Corte Cost., 20 gennaio 2004, n. 20, in www.cortecostituzionale.it.

²²⁹ Corte Cost., 28 marzo 2006, n. 129, in www.cortecostituzionale.it.

²³⁰ Corte. Cost., 18 giugno 2007, n. 202 in www.cortecostituzionale.it.

Sul punto si potrebbe proseguire ulteriormente; in tale sede si vuole sottolineare principalmente le possibili “occasioni perse” in cui la Corte Costituzionale avrebbe potuto compiere significativi passi avanti sulla determinazione del principio di sussidiarietà orizzontale²³¹.

3.3.2 Le rare pronunce della Corte Costituzionale sul principio di sussidiarietà orizzontale

Vi è invece un ristrettissimo gruppo di pronunce della Corte Costituzionale in cui la stessa si esprime fornendo fondamentali indicazioni per l'inquadramento del principio di sussidiarietà orizzontale.

In merito al perseguimento di “attività di interesse generale” da parte di soggetti privati uno dei primi interventi è riferibile alla pronuncia della Corte n. 301 del 29 settembre 2003²³².

Sostiene la Corte che “*resta, in tal modo, superato il dubbio di violazione del principio di sussidiarietà di cui all'art. 118, quarto comma, Cost. che, anzi, risulta del*

²³¹ Solo ad ulteriore titolo esemplificativo si vedano: Corte Cost., 10 dicembre 2003, n. 359 “*Rileva infine la Regione che, in forza del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 Cost., la pubblica amministrazione deve favorire le iniziative dei cittadini singoli o associati per lo svolgimento di attività di interesse generale*”; Corte Cost., 29 dicembre 2004, n. 427: “*In prossimità dell'udienza pubblica del 16 novembre 2004 la Regione Emilia-Romagna ha depositato memoria, nella quale ha contestato le deduzioni dell'Avvocatura generale dello Stato, sostenendo che il c.d. principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, quarto comma, della Costituzione), vincolante tanto lo Stato quanto gli altri livelli di governo, non legittimerebbe una decisione unilaterale dello Stato non coerente con l'assetto delle competenze pubbliche*”; Corte Cost., 23 novembre 2007, n. 387: “*Le norme di cui agli art. 4- e 4- , commi 27, 29 e 30, sono, quaterdecies vicies ter inoltre, censurate per violazione dell'art. 118, quarto comma, Cost., in quanto si baserebbero su una «interpretazione estensiva del principio costituzionale della c.d. sussidiarietà orizzontale». Infatti, secondo la difesa regionale, agli enti locali (comunità montane e comuni) chiamati a svolgere compiti riconducibili alla materia dell'assistenza sociale, non spetterebbe più «favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini, ma prendere solo atto della esistenza di strutture private autorizzate a ciò finalizzate, alle quali [...] i compiti della prevenzione, della emarginalizzazione e del disadattamento sociale, nonché del reinserimento scolastico e lavorativo del tossicodipendente vanno obbligatoriamente affidati»*”. Si veda altresì: Corte Cost., 2012, n. 163; Corte Cost., 2007, n. 269; Corte Cost., 2009, n. 322.

²³² Tale sentenza è in relazione con la sentenza n. 300 del 2003, sullo stesso tema e cioè sull'attività delle fondazioni bancarie.

tutto compatibile, oltre che con la natura privata delle fondazioni, con il riconoscimento che le stesse svolgono compiti di interesse generale”.

Il tema, infatti, su cui è stata chiamata a pronunciarsi riguardava la richiesta di illegittimità costituzionale dell’articolo 11, comma 4, legge 448 del 28 dicembre 2001, riferito al settore delle fondazioni di origine bancaria; nello specifico, l’articolo 11, comma 4, legge 448 del 28 dicembre 2001 prevedeva la prevalente e qualificata rappresentanza degli enti, diversi dallo Stato, di cui all’articolo 114 della Costituzione, idonea a rifletterne le competenze nei settori ammessi in base agli articoli 117 e 118 della Costituzione, nell’organo di indirizzo; la Corte costituzionale ha quindi ritenuto tale previsione illegittima in quanto si veniva a creare una ingiustificata compressione dell’autonomia statutaria e gestionale delle fondazioni, idonea a creare *“un’influenza decisiva nell’attività della fondazione”*²³³, rappresentando *“un mezzo per rendere le fondazioni bancarie ente strumentale dell’ente locale”*²³⁴.

È stato rilevato che sembrerebbe possibile sostenere come *“tra le attività di interesse generale ne esistono alcune intimamente connesse con l’attività dei pubblici poteri, altre, complementari e integrative a queste, che possono essere svolte anche da soggetti privati come sono le fondazioni”*²³⁵.

²³³ Corte Cost., 29 settembre 2003, n. 301, in *www.cortecostituzionale.it*.

²³⁴ D. BOLOGNINO, R. CAMELI, F. GIGLIONI, *La sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza italiana e comunitaria, op. cit.*; con riferimento ai settori ammessi (articolo 11, comma 1, legge 448 del 28 dicembre 2001) la Corte costituzionale ha effettuato un’interpretazione adeguatrice, ritenendo che la riproduzione dei settori ammessi non limita l’autodeterminazione delle fondazioni, in quanto l’elencazione dei settori comprende le varie possibilità di attività che le fondazioni possono porre in essere e dunque dei possibili scopi statutariamente previsti dalle persone giuridiche di diritto privato. Anche nel momento in cui si riscontrano settori ‘dubbi’ come ‘la prevenzione della criminalità e della sicurezza pubblica’ e ‘la sicurezza alimentare ad agricoltura di qualità’, che fanno pensare a settori di intervento pubblico, o che dallo Stato dovrebbero essere tutelati, la lettura da effettuare è *“logicamente compatibile con il carattere non pubblico”* delle fondazioni.

²³⁵ F. GIGLIONI nel commento alla sentenza in questione su *www.labsus.org*.

Successivamente la Corte costituzionale, nella sentenza del 19 giugno 2007, n. 220, è intervenuta sulla *“questione di legittimità costituzionale dell’art. 14, comma 5, del decreto legislativo 17 ottobre 2005, n. 226 (Norme generali e livelli essenziali delle prestazioni relativi al secondo ciclo del sistema educativo di istruzione e formazione, a norma dell’articolo 2 della legge 28 marzo 2003, n. 53), nella parte in cui, sostituendo il terzo periodo dell’art. 4, comma 4, della legge 10 dicembre 1997, n. 425 (Disposizioni per la riforma degli esami di Stato conclusivi dei corsi di studio di istruzione secondaria superiore), dispone che, ove i candidati esterni iscritti agli esami di Stato presso le scuole paritarie superino il cinquanta per cento dei candidati interni, le commissioni d’esame per i candidati esterni eccedenti il predetto limite «possono essere costituite soltanto presso gli istituti statali» e non anche presso gli istituti paritari, per contrasto con gli artt. 3 e 33, quarto comma, 41, 76, e 118 della Costituzione”*²³⁶.

La Corte ha ritenuto che il non inserimento delle scuole paritarie sia giustificato dalla necessità di evitare che queste scuole *“diventino sedi privilegiate per sostenere gli esami di Stato da parte degli studenti ‘privatisti’”*, mettendo a rischio la serietà delle prove di valutazione. Inoltre, il giudice rileva che la scelta di privilegiare le scuole statali si spiega con la loro maggiore diffusione capillare sul territorio, circostanza non assicurata dalle scuole paritarie che si costituiscono in base a un atto d’iniziativa volontaria privata. In relazione alla eccezione di illegittimità sollevata con riferimento all’articolo 118, comma 4 della Costituzione, la corte ha ritenuto che la sussidiarietà orizzontale *“non possa offrire una rilettura dell’articolo 33 della Costituzione nel senso di assicurare l’obbligo di costituire commissioni per esami di Stato riservate agli studenti diversi dai propri alunni”*²³⁷.

In una ulteriore pronuncia, pur non citando il principio di sussidiarietà orizzontale per ciò che attiene il *“principio relazionale”* posto dal nuovo art. 118,

²³⁶ Corte Cost., 19 giugno 2007, n. 220, in *www.cortecostituzionale.it*.

²³⁷ *Ibidem*.

u.c. Cost., la Corte giunge a ritenere, invocando il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., che tale principio dovrebbe conformare i rapporti tra pubblica amministrazione e cittadini.

La pronuncia della Corte riguardava una legge regionale della Calabria, che autorizzava i comuni a disporre liberamente di aree gravate da usi civici senza prevedere un obbligo di motivare in merito le eventuali modifiche di destinazione: la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità di detta norma, sostenendo come sia palesemente irragionevole *“l'assimilazione tra godimento collettivo di un terreno sottoposto ad uso civico e l'interesse alla realizzazione sullo stesso di un'opera funzionale ad un impianto di rete per il trasporto di energia elettrica, modificando, senza una giustificazione razionale, la procedura prevista dal legislatore statale per il mutamento di destinazione del bene”*.

La corte ha sancito dunque un vero e proprio obbligo di motivazione per il legislatore in caso di sottrazione di zone già destinate alla collettività: dovere strettamente connesso ai principi di democrazia e partecipazione dell'ordinamento, dal momento che le popolazioni stesse esercitano e realizzano l'interesse generale agli usi civici.

Da ultimo la Corte è intervenuta sulla *“questione di legittimità costituzionale dell'articolo 42, comma 5, del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità, a norma dell'art. 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53), per violazione degli artt. 2, 3, 29, 32, 118, quarto comma, nonché 4 e 35 della Costituzione”*²³⁸.

Merita citare il ragionamento effettuato dalla Corte in merito alla asserita questione di illegittimità per violazione dell'art. 118, c. 4, Cost.: *“Sotto il primo profilo, la disposizione impugnata, nel testo oggi in vigore, delinea un beneficio che assicura al lavoratore una entrata per tutto il periodo in cui è esonerato dall'attività lavorativa; detta indennità è commisurata all'ultima retribuzione percepita, anche se non*

²³⁸ Corte Cost., 18 luglio 2013, n. 203, in *www.cortecostituzionale.it*.

*del tutto coincidente con la stessa, entro un tetto massimo annuale e per una durata non superiore ai due anni nell'arco dell'intera vita lavorativa; d'altra parte, l'onere economico non resta totalmente a carico del datore di lavoro, in particolare di quello privato, il quale a sua volta lo deduce dagli oneri previdenziali. In tal modo il legislatore ha istituito una forma indiretta o mediata di assistenza per i disabili gravi, basata sulla valorizzazione delle espressioni di solidarietà esistenti nel tessuto sociale e, in particolare, in ambito familiare, **conformemente alla lettera e allo spirito della Costituzione, a partire dai principi di solidarietà e di sussidiarietà di cui agli artt. 2 e 118, quarto comma, Cost.** Il legislatore ha inteso, dunque, farsi carico della situazione della persona in stato di bisogno, predisponendo anche i necessari mezzi economici, attraverso il riconoscimento di un diritto al congedo in capo ad un suo congiunto, il quale ne fruirà a beneficio dell'assistito e nell'interesse generale. Il congedo straordinario è, dunque, espressione dello Stato sociale che si realizza, piuttosto che con i più noti strumenti dell'erogazione diretta di prestazioni assistenziali o di benefici economici, tramite facilitazioni e incentivi alle manifestazioni di solidarietà fra congiunti”²³⁹.*

La Corte ha sottolineato altresì come *“tale evoluzione si pone in linea con i principi affermati nella giurisprudenza di questa Corte, la quale ha da tempo chiarito che la tutela della salute psico-fisica del disabile postula anche l'adozione di interventi economici integrativi di sostegno delle famiglie «il cui ruolo resta fondamentale nella cura e nell'assistenza dei soggetti portatori di handicap» (sentenze n. 19 del 2009, n. 158 del 2007 n. 233 del 2005), tra cui rientra anche il congedo in esame”²⁴⁰.*

3.3.3 Le occasioni mancate da parte delle parti di far valere la lesione o l'effettiva applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale

Da ultimo pare opportuno citare un ulteriore gruppo di sentenze, in cui si sarebbe potuto invocare, ad avviso di chi scrive, l'illegittimità costituzionale per

²³⁹ *Ibidem.*

²⁴⁰ *Ibidem.*

violazione dell'art. 118, c. 4, Cost., ma la lesione del principio di sussidiarietà orizzontale non è stata avanzata da parte dei soggetti remittenti.

È il caso, ad esempio, della pronuncia n. 439 del 2008, relativamente ad una norma della Provincia di Bolzano sulle modalità di affidamento ad una società *in house*. In tale sentenza, dopo aver ripercorso la giurisprudenza comunitaria in materia di società *in house*, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale della norma, per lesione dell'art. 117, c. 1, della Costituzione²⁴¹.

Un ulteriore caso in cui si ritiene leso il principio di sussidiarietà verticale, rispetto al quale poteva essere risolto invocando il principio orizzontale: il riferimento è alla sentenza n. 165 del 2007, in merito alla questione di legittimità costituzionale *“dell'art. 1, commi 366, 368 (: comma rectius 368, lettera b, numeri 1 e 2, e lettera d, numero 4, censurato soltanto dalle prime due Regioni) e 369 (comma quest'ultimo impugnato soltanto dalla terza ricorrente) della legge 23 dicembre 2005, n.*

²⁴¹ La Corte Costituzionale spiega così l'illegittimità della norma: *“Il giudizio di verifica della sussistenza del requisito in esame è, dunque, limitato alla valutazione di dati di tipo quantitativo; e tali devono ritenersi quelli che, al fine di stabilire se il soggetto in house possa considerarsi “attivo” sul mercato in ragione della rilevanza esterna dell'attività di impresa svolta, attribuiscono valenza esclusiva all'entità del fatturato e delle risorse economiche impiegate. Nella prospettiva comunitaria, invece, è necessario assegnare rilievo anche ad eventuali aspetti di natura qualitativa idonei a fare desumere, ad esempio, la propensione dell'impresa ad effettuare determinati investimenti di risorse economiche in altri mercati – anche non contigui – in vista di una eventuale espansione in settori diversi da quelli rilevanti per l'ente pubblico conferente. Deve, pertanto, ritenersi che effettivamente il legislatore provinciale abbia indicato criteri di verifica del requisito della “rilevanza dell'attività” meno rigorosi rispetto a quelli enucleati – sia pure nell'ambito di un complessivo giudizio che mantiene una valenza necessariamente casistica modulata sulle peculiarità delle singole fattispecie concrete – dalla giurisprudenza che si è formata al riguardo. Di qui la violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza poste dalle norme del Trattato invocate dal ricorrente, alla cui tutela è finalizzata la delimitazione, effettuata, in via interpretativa, dalla Corte di giustizia, dell'ambito di operatività del modello gestionale dell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali. Pertanto, la valutazione in ordine alla rilevanza preponderante dell'attività nei confronti dell'ente pubblico conferente deve essere effettuata mediante la diretta applicazione della normativa comunitaria, quale risulta dall'interpretazione datane dai giudici europei. E sotto l'indicato profilo è indubbio che la declaratoria di illegittimità costituzionale del comma in esame conduce ad una maggiore chiarezza nella applicazione della normativa provinciale, contenuta nei commi 1 e 2 dell'art. 3 della legge impugnata, che deve essere interpretata alla luce dei principi sopra richiamati”.*

266 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato legge finanziaria 2006)”²⁴².

In questo caso, la Corte costituzionale ha risolto il tema applicando *tout court* quella verticale, riconoscendo la competenza dello Stato in materia, senza nemmeno porsi il problema se quella normativa poteva essere analizzata sulla base del principio di sussidiarietà orizzontale.

Da ultimo è la pronuncia n. 325 del 2010²⁴³, che avrebbe potuto aprire la strada per comprendere ulteriormente come la Corte interpreta il principio di sussidiarietà orizzontale in relazione alla gestione e all’affidamento dei servizi pubblici locali; purtroppo non è stata invocata la lesione dell’art. 118, c. 4 della Costituzione e, per tale ragione, la Corte non ha potuto affrontare la lesione del principio di sussidiarietà orizzontale.

In conclusione la giurisprudenza della Corte Costituzionale pare essere ancora poco incisiva in merito alla difesa della lesione costituzionale del principio di sussidiarietà orizzontale, più volte sovrastato da giustificazioni relative al principio di sussidiarietà verticale, altre volte perché non affrontato dalla Corte, e, in pochissime pronunce, citato e affrontato con determinazione da parte della Corte.

²⁴² Corte Cost., 11 maggio 2007, n. 165, in www.cortecostituzionale.it.

²⁴³ Corte Cost., 17 novembre 2010, n. 325, in www.cortecostituzionale.it.

CAPITOLO IV

Uno sguardo comparato: i *Länder* tedeschi

4.1 Profili storici del federalismo tedesco; 4.2 Il Principio di sussidiarietà orizzontale nella normativa dei Länder tedeschi e la c.d. "sussidiarietà rinforzata"; 4.3 La giustiziabilità del principio di sussidiarietà nell'ordinamento tedesco

4.1 Profili storici del federalismo tedesco

La scelta di trattare l'emersione del principio di sussidiarietà nell'ambito dell'ordinamento tedesco si spiega in base alla circostanza che la storia del costituzionalismo tedesco è affine e parallela al processo costituente europeo e perché esso presenta interessanti spunti per una migliore comprensione del principio di sussidiarietà nella sua accezione orizzontale²⁴⁴.

Il pensiero federalista superando la concezione dualista, Stato-comunità sociale, combina il personalismo individualista con gli ideali comunitari. Nei sistemi federali la logica che guida le relazioni sociali, "*manifesta naturalmente un'ispirazione sussidiaria*"²⁴⁵, basandosi sul concetto solidaristico in cui i rapporti

²⁴⁴ Per quanto riguarda la partecipazione della Germania al processo di integrazione europea, ai sensi dell'art. 24 del *Grundgesetz*, il *Bund* ha trasferito alle istituzioni comunitarie i diritti di sovranità spettanti ai *Länder*, i quali si sono visti limitati i propri poteri. Per delimitare tali restrizioni, sono state adottate misure idonee ad assicurare una partecipazione più diretta dei *Länder* all'attività dell'Unione. In primo luogo, la Repubblica federale tedesca vede integrata la propria rappresentanza presso l'Unione da un responsabile dei *Länder*. Inoltre, dal 1987 è in vigore la legge di ratifica dell'Atto Unico Europeo, la quale prevede la partecipazione dei *Länder*, tramite il *Bundesrat*, alla definizione della posizione che il *Bund* deve assumere nei confronti dell'Unione. Si veda DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, op. cit.

²⁴⁵ G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Ed. Scientifiche Italiane, 2009, p. 44.

tra società e Stato sono collaborativi, anziché antagonisti, stimolano le relazioni sociali orizzontali e su di un piano paritario.

La sussidiarietà non è più strumento per risolvere il problema della sovranità come in Wilhelm von Humboldt, e alla sua elaborazione dello “*Stato minimo*”, secondo il quale «*la costituzione statale è, in quanto strumento [del libero agire della nazione], a questa subordinata, e verrà sempre scelta solo in quanto mezzo necessario e, poiché sempre determina una limitazione della libertà, come male necessario*» e quindi «*lo Stato si astenga da ogni sollecitudine positiva riguardo al benessere dei cittadini, e non compia nessun passo al di là di ciò che è necessario al mantenimento della sicurezza contro se stessi e contro i nemici esterni*»²⁴⁶, ma nella concezione federalista è criterio per la ripartizione del potere sovrano.

L’idea althusiana del patto federativo è la condizione mediante la quale le associazioni e anche gli enti territoriali vengono concepiti come equiparati allo stato, per origine e natura. La violazione legittima del patto rappresenterebbe la rottura dello stesso. La recezione della teoria federalista di lascia tracce profonde nella storia del federalismo tedesco, di stampo organicistico degli enti territoriali.

Queste concezioni hanno contribuito alla ricostruzione del principio federale come espressione di libertà culturale e corporativa, perché “*strumentale alla protezione del pluralismo culturale radicato nella storia tedesca*”²⁴⁷. La statalità, dunque, è espressione di integrazione nell’unità, attraverso un processo ascendente di autorganizzazione della società.

²⁴⁶ W. VON HUMBOLDT, *Idee circa la costituzione dello Stato occasionate dalla nuova Costituzione francese* (titolo originale *Ideen über Staatsverfassung, durch die neue französische Constitution veranlasst*), 1791. Il saggio nasce originariamente come lettera scritta nell’agosto del 1791 all’amico Friedrich von Gentz, funzionario prussiano che, filorivoluzionario fino alla decapitazione di Luigi XVI, si sposterà poi su posizioni reazionarie.

²⁴⁷ P. RIDOLA, *Le radici culturali del principio di sussidiarietà*, in (a cura di) A. CERVATI, S. PANUNZIO, P. RIDOLA, *Studi sulla riforma costituzionale. Itinerari e temi per l’innovazione costituzionale in Italia*, Giappichelli, p. 210 ss.

Ciò premesso non è un caso che la Repubblica federale tedesca abbia svolto un ruolo fondamentale non solo nella formazione dell'Unione europea, ma anche nel recepimento normativo del principio di sussidiarietà. Taluni autori ritengono che il legame tra processo costituente europeo e ordinamento federale tedesco sia strettamente relazionato in quanto *“i problemi europei sono in qualche modo dominati interamente dall'influenza tedesca, almeno sotto il profilo della forma di Governo, e che gli altri Stati membri [...] non abbiano svolto un ruolo altrettanto forte nella formazione dell'ordinamento dell'Unione europea”*²⁴⁸.

Si può quindi affermare che, per certi aspetti, il federalismo tedesco rappresenta, dunque, un modello per le organizzazioni politiche ispirate al principio di sussidiarietà, sia verticale che orizzontale, come vedremo nel prosieguo della trattazione.

La sussidiarietà, si pone dunque come *“criterio interpretativo imprescindibile per la comprensione del contemporaneo costituzionalismo multilivello”*²⁴⁹. Se la nozione di sussidiarietà orizzontale presuppone quella verticale, del riparto delle competenze, potrebbe affermarsi che l'una vive dentro l'altra, pur mantenendo una sfera di autonomia propria.

L'ordinamento federale tedesco ha mantenuto, sin dall'inizio della sua costituzione, una tendenziale promozione di ciascun Stato membro (*Land*) al fine di creare migliori condizioni di vita per i cittadini stessi, ed altresì ha cercato di favorire l'agire dei cittadini per lo svolgimento di attività di interesse generale²⁵⁰.

Se si volge lo sguardo verso gli Stati membri dell'Unione Europea, la Repubblica federale tedesca rappresenta l'unico vero Stato di antica tradizione federale dell'Unione. Essa occupa una posizione intermedia tra le diversità e le autonomie particolarmente accentuate degli stati membri della Svizzera e le

²⁴⁸ A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, op. cit., 36 ss.

²⁴⁹ G. SCACCIA, *sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, op.cit., p. 44.

²⁵⁰ M. DEGNI e G. IOVINELLA (a cura di) *Federalismo modello Germania*, Ediesse, 1995, p. 94.

modeste competenze di cui sono titolari i *Länder* austriaci e che fanno dell’Austria un caso limite di sistema federale²⁵¹.

Ciò deriva dal fatto che la Germania è caratterizzata da una lunga tradizione federale che ha conosciuto fasi alterne negli ultimi duecento anni; infatti, quale maggior paese europeo per superficie e popolazione, si è sviluppata storicamente in senso federale, nonostante l’assenza di rilevanti diversità etnico-culturali.

Le tappe fondamentali²⁵² di questa evoluzione possono essere individuate nella formazione dell’Impero germanico del 1871²⁵³, che ha unificato i piccoli stati tedeschi, e nella Legge fondamentale tedesca (*Grundgesetz*) del 1949, che ha confermato la struttura federale soprattutto come reazione al sistema instaurato dal III *Reich*.

A seguito della caduta del Sacro Romano Impero germanico nel 1806, vi furono molteplici tentativi per riunificare la Germania divisa; ciò nonostante il contrasto tra Prussia ed Austria impedì agli stati appartenenti la Confederazione Germanica di costituire, fin da subito, uno Stato federale dotato di una propria costituzione.

Un passaggio importante per la futura costituzione della Repubblica Federale Tedesca, si verificò, a seguito della rivoluzione del marzo del 1848, durante l’Assemblea nazionale riunitasi nella *Paulskirche*²⁵⁴ di Francoforte che elaborò una

²⁵¹ P. DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, op. cit.

²⁵² H. SIEDENTOPF, *Federalism and Decentralization in the Federal Republic of Germany: An Outline in "Hochschule für Verwaltungswissenschaftlichen"*, 1981, pp. 32-33.

²⁵³ Ai tempi del *Deutsches Reich*, fondato nel 1871, il federalismo rappresentava soprattutto un mezzo per raggiungere la tanto agognata costituzione di uno Stato nazionale, mentre contemporaneamente il cancelliere del Reich Otto von Bismarck lo sfruttò per ostacolare il potere esecutivo del Parlamento.

²⁵⁴ La ex chiesa di San Paolo (in tedesco: *Paulskirche*) è una chiesa sconsacrata di Francoforte, edificata tra il 1789 ed il 1833. Nata originariamente come chiesa protestante, la *Paulskirche* negli anni 1848-1849 accolse le sedute del primo parlamento democratico tedesco, il cosiddetto *Parlamento di Francoforte*.

bozza costitutiva per la nascita di uno Stato federale, pur non entrando mai in vigore. Fu solo in seguito al conflitto franco-tedesco che Stati della Germania del Nord e Stati meridionali, si unificarono fondando così, nel 1871, il *Deutsches Reich*.

In tale fase, gli Stati membri mantennero un elevato grado di autonomia. Le decisioni sullo sviluppo dell'Impero, però, non spettavano più agli Stati, ma agli organi del *Reich*, ossia all'imperatore, al cancelliere, al *Reichstag*²⁵⁵ (con certe limitazioni) e all'organo federale del *Budensrat* in cui sedevano i rappresentanti dei Governi degli Stati membri.

Conclusa la Prima guerra mondiale l'ordinamento federale si sgretolò; nella Repubblica di Weimar gli Stati furono esautorati dal potere politico e i nazionalsocialisti, comandati da Adolf Hitler, riuscirono ad affermare uno Stato totalitario che annullò il principio della divisione dei poteri e l'ordinamento federale.

In seguito alla fine della Seconda guerra mondiale le potenze vincitrici cercarono di creare in Germania un ordinamento statale che ostacolasse un nuovo accentramento del potere. Kurt Schumacher, primo presidente del Partito Socialdemocratico Tedesco (SPD) nell'immediato dopoguerra, formulò il motto: «*federalista fin quanto è possibile, centralizzato quanto è necessario*»²⁵⁶.

La fine del regime nazista delineò, quindi, un momento storico durante il quale l'interesse principale era rivolto ad inibire la presa di controllo e la concentrazione del potere in capo ad un unico soggetto (fosse esso persona od organo); la situazione politica era la seguente: ogni *Lander* era dotato di una propria Assemblea, di un proprio Governo e, in alcuni casi, di una propria Carta Costituzionale. In tale contesto, la sussidiarietà, nella sua accezione verticale, ancorchè non codificata, rappresentò la confluenza in un unico principio delle

²⁵⁵ Il parlamento tedesco.

²⁵⁶ Citazione di Kurt Schumacher, primo presidente del Partito Socialdemocratico Tedesco (SPD) nell'immediato dopoguerra.

due maggiori tradizioni del diritto pubblico tedesco antecedenti il Terzo Reich: il federalismo ed il liberalismo²⁵⁷.

Nel 1949 il Consiglio parlamentare della Germania dell'Ovest approvò una Costituzione per la Repubblica Federale Tedesca, la *Grundgesetz*, che ancora oggi rappresenta la base dell'ordinamento federale tedesco²⁵⁸; al contrario, il federalismo nella ex D.D.R.²⁵⁹ non fu mai un'opzione reale in quanto era in contrasto con l'ideologia marxista.

Alla Conferenza costituzionale di *Herrenchiemsee*, vi furono vari sostenitori dell'introduzione esplicita del principio di sussidiarietà all'interno della Legge Fondamentale; ciò nonostante una clausola esplicita non fu espressamente recepita. Nondimeno, essa fu ritenuta dalla dottrina dominante criterio implicito regolatore dei rapporti tra *Bund* e *Länder*²⁶⁰. All'epoca, infatti, della redazione della Carta Costituzionale il riferimento al principio di sussidiarietà costituì la *ratio* di numerose disposizioni: essa era ritenuta implicitamente sottesa agli articoli 23 e 30, e soprattutto, all'art. 72, relativo all'esercizio delle competenze concorrenti²⁶¹.

La Costituzione del 1949 prevedeva due processi per la riunificazione: un nuovo Statuto costituzionale come base di un nuovo Stato o l'adesione dei *Länder*. Per riunificare la Germania nel più breve tempo possibile, a seguito della caduta del muro nel 1989, si optò per la seconda soluzione e nel 1990 furono ricostituiti

²⁵⁷ G. D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'Unione Europea*, op. cit.

²⁵⁸ Il riferimento esplicito alla dimensione federale della Germania è rinvenibile all'art. 20 della Legge Fondamentale Tedesca; il comma 1 stabilisce che "La Repubblica Federale Tedesca è uno Stato federale democratico e sociale".

²⁵⁹ La Repubblica Democratica Tedesca (RDT), (in tedesco *Deutsche Demokratische Republik*, abbreviato in DDR).

²⁶⁰ A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, op. cit., p. 38.

²⁶¹ G. D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'Unione Europea*, op. cit.

cinque *Länder* nella Germania dell'Est²⁶². Il Trattato di riunificazione diede vita, il 3 ottobre del 1990, alla Repubblica Federale di Germania costituita dalla Federazione e dai *Länder*.

Passando ad analizzare, più nel dettaglio, la Legge fondamentale tedesca, si evince come la sovranità originaria degli Stati è garantita dagli articoli 20 e 79, in cui si dichiara intangibile l'articolazione della Federazione in *Länder*²⁶³. Tale concezione riceve forza dalla disposizione di principio contenuta nell'articolo 30 della Costituzione che stabilisce come l'esercizio dei poteri e l'adempimento dei compiti sono di competenza dei *Länder* salvo diversa regolazione contenuta in Costituzione²⁶⁴.

La presunzione di competenza a favore del *Land* viene ribadita dal primo comma dell'articolo 71 della Legge fondamentale, in materia di ripartizione della funzione legislativa stabilendo che essi hanno "*diritto di legiferare nella misura in cui la legge fondamentale non riservi al Bund le competenze legislative*"; nonostante tali affermazioni di principio, la prima formulazione della Legge fondamentale non specificava quale effettivamente dovesse essere la ripartizione di poteri tra centro e periferia, tipico, al contrario del modello statunitense, in vi è da sempre una demarcazione netta delle materie nel cui ambito gli enti territoriali possano esplicare una piena autonomia.

²⁶² Sono 16 i *Länder* presenti all'interno dello Stato tedesco.

²⁶³ Per quanto concerne l'art. 20 è già stato citato in precedenza, mentre l'art. 79, al comma 3, stabilisce che: "*non è consentita alcuna modifica della presente Legge fondamentale che riguardi l'articolazione della Federazione in Länder, il principio della partecipazione dei Länder alla legislazione o i principi enunciati agli articoli 1 e 20*".

²⁶⁴ Art. 30 Legge fondamentale: "*l'esercizio delle competenze statali e l'adempimento dei compiti statali spettano ai Länder, a meno che la presente Legge fondamentale non disponga altrimenti o non consenta una diversa regolazione*".

Successivamente, al fine di salvaguardare le competenze legislative dei *Länder* da indebite ingerenze della legislazione federale, si sono susseguiti vari interventi di modifica della ripartizione delle competenze.

L'elenco analitico delle materie ripartite fra *Bund* e *Länder* è ora contenuto nel settimo capitolo, recante il titolo "*Die Gesetzgebung des Bundes*" ("La legislazione della federazione), e, per la precisione, agli articoli dal 70 al 75; in particolare, l'articolo 70 prevede due norme generali: la prima dispone che i *Länder* hanno il diritto di legiferare in tutti i settori con esclusione di quelli riservati espressamente dal testo costituzionale alla federazione; la seconda stabilisce, invece i principi relativi alla legislazione esclusiva ed a quella in concorso.

Allo stato, l'autonomia legislativa dei *Länder* si esplica soprattutto nei settori dell'ambiente, dell'educazione, del diritto comunale e della cultura. A questo proposito si è parlato della "*sovranità culturale*"²⁶⁵ dei *Länder*.

Tale essendo il quadro dei poteri e dei limiti alla competenza legislativa dei *Länder*, diviene cruciale l'influenza dagli stessi esercitata, attraverso il *Bundesrat*, sulla legislazione federale sia sotto forma di iniziativa, sia per il profilo della partecipazione al processo decisionale.

L'articolo 50 prevede, infatti, che attraverso il *Bundesrat* i *Länder* collaborino alla legislazione e all'amministrazione della Federazione e agli affari dell'Unione europea. A seconda delle materie la Camera Alta ha un ruolo più o meno decisivo. In particolare, la Legge fondamentale richiede l'assenso della maggioranza assoluta dei membri del *Bundesrat* quando vengono toccati interessi dei *Länder*²⁶⁶. Negli altri casi il *Bundesrat* ha solo un potere di veto sospensivo superabile con una votazione analoga del *Bundenstag*.

²⁶⁵ D. HASELBACH, A. KLEIN, P. KNUSEL, S. OPITZ, *Kulturinfarkt: Azzerare i fondi pubblici per far rinascere la cultura* (titolo originale: *Der Kulturinfarkt. Von allem zu viel und überall das Gleiche*), Marsilio Editori, 2012.

²⁶⁶ Nei seguenti casi le leggi possono essere varate solo se si verifica l'assenso della maggioranza assoluta del *Bundesrat*: a) leggi che possono influenzare le finanze dei *Länder*; b) leggi che

Questo intreccio di attribuzioni costituisce l'aspetto tipico del federalismo tedesco da più parti definito come cooperativo od esecutivo; "ciò significa che tutti i livelli di governo coinvolti nella realizzazione di una determinata attività pubblica collaborano e coordinano le loro iniziative, suddividendosi le responsabilità esecutive; il tutto è finalizzato all'obiettivo di una maggiore efficienza pubblica"²⁶⁷.

L'interazione tra livelli di governo comporta una collaborazione continua tra gli stessi e spesso si traduce nella esistenza di procedimenti formalizzati e nella istituzione di appositi organismi. Secondo alcuni²⁶⁸ l'operare di questo sistema (denominato *Politikverflechtung* ovvero intreccio politico) ha portato a una centralizzazione surrettizia delle attribuzioni, limitando di fatto l'autonomia decisionale dei *Länder*, generando elementi di complessità e poca trasparenza dei processi decisionali.

Altri autori²⁶⁹ mettono di contro in luce la flessibilità del sistema tedesco, che si è saputo adattare nel tempo non cedendo alle sollecitazioni emerse nel corso della sua storia di un diverso modello di federalismo.

Un'ulteriore differenza tra federalismo americano e *Föderalismus* tedesco la si rinviene anche per la valorizzazione del principio di omogeneità stabilito nella Legge fondamentale tedesca; quest'ultimo, infatti, consiste nella realizzazione,

riguardano la sovranità amministrativa dei *Länder*, l'autonomia della loro amministrazione; c) leggi che riguardano i compiti comuni; d) leggi varate in uno stato di emergenza legislativa; e) leggi sulla procedura relativa alla modifica della consistenza territoriale dei *Länder*.

²⁶⁷ F. PICA D. FAUSTO, *Teoria e fatti del federalismo fiscale*, Il Mulino, 2000, p. 160.

²⁶⁸ A. FOSSATI E.W. TAMARINDO, *Il federalismo fiscale in Germania*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, LIX, 4, I, 2000, p. 561.

²⁶⁹ G. STORNAIUOLO, *La struttura federale della Repubblica tedesca e l'evoluzione del sistema della finanza pubblica*, Il Mulino, 2000, p. 157 e ss.

ove possibile, di equivalenti condizioni di vita in tutto il territorio federale e nella tutela dell'unità giuridica ed economica nell'interesse dello Stato²⁷⁰.

Con l'articolata riforma costituzionale del 2006 i rapporti tra *Bund* e *Länder* hanno subito cambiamenti rilevanti. In merito ai Comuni, per esempio, si è voluto ovviare a situazioni fino a quel momento frequenti, cioè il trasferimento di competenze da parte dello Stato senza la preoccupazione che ad essi venissero trasferite anche adeguate risorse finanziarie. Con la riforma, invece, i parlamenti dei *Länder* regolano il finanziamento delle competenze locali assegnate a livello federale. Inoltre, la legge federale non può più trasferire direttamente competenze ai Comuni; le decisioni in materia vengono ora prese in sede regionale.

Grazie alla riforma, quindi, si è raggiunto un notevole livello di integrazione tra *Land* ed enti locali. È un'applicazione aggiornata di quel "federalismo esecutivo" che è tipico della Repubblica Federale (leggi-quadro in capo al parlamento e al governo federali, leggi attuative e competenze connesse in capo ai governi e parlamenti regionali). Altro fattore degno di nota è l'esistenza di banche e casse di risparmio regionali. A questi istituti sono attribuite alcune funzioni tra cui l'assistenza creditizia degli enti locali. Tra i compiti delle banche regionali pubbliche vi è il sostegno ai *Länder* e ai rispettivi Comuni.

Dal punto di vista tributario, la competenza legislativa rimane in capo al governo centrale, e gli enti subnazionali hanno una scarsa autonomia. Tuttavia, sono particolarmente attivi in ambito di accertamento e riscossione sul territorio²⁷¹.

²⁷⁰ Si veda in particolare l'articolo 72 della Legge fondamentale; un articolo simile non è invece presente nella Costituzione americana.

²⁷¹ Il 15% dell'Irpef rimane ai Comuni, e il resto viene diviso a metà tra Stato federale e *Länder* (42,5%). L'Imposta sul reddito delle persone giuridiche va equamente a Stato e *Länder*, e così anche l'Iva: 50,5% al governo federale e 49,5% alle Regioni, che fino al 1996 incassavano solo il 30%. Per quanto riguarda i criteri di raccolta, Irpef e Irpeg vengono ripartite in base alla produzione locale del gettito, mentre l'Iva viene calcolata in base al numero di abitanti. Sono

Le competenze amministrative

L'amministrazione federale tedesca si distingue per la sua ristretta dimensione. Gli articoli 86 e 87 della Legge Fondamentale distinguono due tipi di amministrazione federale: l'amministrazione federale diretta e quella indiretta. L'amministrazione federale indiretta ha una larga autonomia nei confronti dello stato federale, mentre l'amministrazione federale diretta dipende soprattutto da quest'ultimo.

Il governo locale si articola sostanzialmente su due livelli: i c.a. 15.000 comuni (*Gemeinden*) e i 329 circondari (*Kreise*). I due livelli agiscono sulla base del principio di sussidiarietà verticale, che vede in prima battuta il comune responsabile dell'amministrazione delle questioni locali e l'intervento del circondario solo laddove il comune non fosse in grado di realizzare efficacemente gli obiettivi prefissati.

Vi è un ulteriore livello formato da associazioni intercomunali che permettono di tutelare la loro autonomia di fronte alle amministrazioni federale e federate; il funzionamento di tali realtà risponde all'obiettivo di porre in risalto l'autonomia dei comuni, sulla base del principio di sussidiarietà.

4.2 Il Principio di sussidiarietà nella ordinamento tedesco e la c.d. "sussidiarietà rinforzata"

previsti strumenti di perequazione per ovviare agli squilibri, riscontrati soprattutto tra i *Länder* occidentali e orientali. Si tratta di un sistema che agisce sia a livello orizzontale che verticale. Agisce, in altri termini, grazie alla disponibilità dei *Länder* virtuosi di aiutare quelli più dissestati (orizzontale), e grazie agli aiuti finanziari provenienti dalla Federazione (verticale). La distribuzione del potere fiscale tra i vari livelli di governo, espressamente prevista dalla Costituzione, è stata felicemente definita "federalismo cooperativo". C'è da dire, invece, che l'autonomia impositiva a livello di *Länder* è piuttosto limitata.

Vi è chi ha ritenuto che fu il liberalismo costituzionale con Robert von Mohl e Gerog Jellinek, di inizio '900²⁷², "a far emergere il concetto di sussidiarietà, ove si afferma l'idea secondo la quale lo Stato debba intervenire nella misura in cui l'azione individuale o associativa sia impotente a raggiungere gli scopi prefissati"²⁷³. Quello tedesco sarebbe quindi un federalismo basato sulla sussidiarietà²⁷⁴, che presuppone, secondo il filo conduttore della riflessione althusiana, il superamento della "contrapposizione dualistica fra governo e popolo, re e aristocrazia, Reich e ceti"²⁷⁵.

Il *Kulturkampf*²⁷⁶, uno dei conflitti più importanti della storia dell'Impero tedesco, può essere considerato il fattore determinante da cui trae origine un filone di pensiero, dei rapporti tra Stato e corpi intermedi, che sfocia nel principio di sussidiarietà. Tanto è vero che tra le righe della filosofia sottesa all'enciclica *Quadragesimo Anno* di Pio XI del 1931, sono presenti riferimenti al pensiero del teorico del «diritto sussidiario», W. E. Von Ketteler²⁷⁷. In questo senso il liberalismo tedesco ha accolto favorevolmente l'idea di sussidiarietà, quasi come una

²⁷² Sul punto si veda A. RINELLA, *Sussidiarietà*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, I Supplemento, 2001; secondo cui "Per tali autori, come è noto, i limiti vanno apposti non tanto alle finalità e ai compiti dello Stato, quanto piuttosto alla realizzazione da parte dello Stato stesso. In particolare il pensiero di Jellinek al riguardo appare chiaro: lo Stato può e deve agire nella misura in cui l'azione individuale o cooperativa non è sufficiente a raggiungere il fine e nella misura in cui lo Stato, con i suoi mezzi, può realizzare più efficacemente l'interesse che si persegue".

²⁷³ E. BLASI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nelle culture giuridiche tedesca e italiana dopo la riforma del Titolo V*, in *Labsus Papers* (21), Paper 18, 2010.

²⁷⁴ L. CAPPELLINI, *La "politica" di Althusius tra rappresentanza e diritto di resistenza*, Milano, 1995.

²⁷⁵ P. RIDOLA, *Le radici culturali del principio di sussidiarietà*, op. cit.

²⁷⁶ La "battaglia per la civiltà", come fu definita dal liberale Rudolf Virchow, impedì l'integrazione della parte cattolica della popolazione (una minoranza di un terzo) nello Stato nazionale piccolo-tedesco e portò allo sviluppo di un forte sentimento di coesione tra le masse cattoliche, creando un *milieu* cattolico molto esteso e duraturo; in M. VALENTE, *Diplomazia pontificia e Kulturkampf; la Santa Sede e la Prussia tra Pio IX e Bismarck (1862-1878)*; ed. Studium, Roma, 2004.

²⁷⁷ I. MASSA PINTO, "sussidiarietà (principio di): origini nel diritto della Chiesa cattolica", in Frammenti di un Dizionario per il Giurista, sito web dell'Università di Torino 23 aprile 2009., p. 9, nota 13.

naturale tendenza volta alla composizione pacifica dei conflitti, in particolare, tra l'idea Bismarckiana di Stato unitario e la politica della Santa Sede.

Negli anni Cinquanta e Sessanta, a differenza dell'Italia dove si è visto come il contributo di Tosato sul tema della sussidiarietà resti isolato²⁷⁸, in Germania si sviluppa un dibattito sulla sussidiarietà quale principio non scritto dell'ordinamento costituzionale²⁷⁹.

Come detto nel paragrafo precedente l'esperienza del *Verfassungskonvent di Herrenchiemsee* del 1948, ha visto l'esclusione del principio di sussidiarietà come riferimento esplicito nella Legge fondamentale tedesca. Il dato letterale normativo della *Grundgesetz* del 1948 era simile a quello italiano, non menzionando espressamente la sussidiarietà, ma si ineriva "in una tendenza comune del pensiero giuridico nella discussione degli anni cinquanta, che fu definita *Rinascimento del diritto naturale*"²⁸⁰, in cui parte della dottrina accoglie la portata tanto verticale che orizzontale della sussidiarietà²⁸¹.

La garanzia di tale principio era assicurata dall'assetto federale e dalla clausola della intangibilità e del libero sviluppo della personalità, predisposte dall'art. 1.1 e 2.1²⁸² della Legge fondamentale.

Come detto, la dottrina tedesca ebbe un importante peso nelle elaborazioni del principio di sussidiarietà in relazione alla teoria dello Stato, in particolar

²⁷⁸ Cap. III, C. MAGNANI, *Sussidiarietà e costituzione: pluralismo e diritti*, 2006, Teoria del diritto e dello stato n.1-2-3, p. 453-472.

²⁷⁹ P. DURET, *La sussidiarietà «orizzontale»: le radici e le suggestioni di un concetto*, op. cit., p. 118.

²⁸⁰ Così V. GOTZ e M. HECKER, *Il principio di sussidiarietà nel diritto costituzionale tedesco con particolare riferimento alla sua dimensione federale, in sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto* (a cura di) A. RINELLA, L. COEN, R. SCARMIGLIA, p. 46.

²⁸¹ C. MAGNANI, *sussidiarietà e costituzione: pluralismo e diritti*, op. cit.

²⁸² Art. 1.1 Legge fondamentale tedesca: "La dignità dell'uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla"; art. 2.1 "Ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità, in quanto non violi i diritti degli altri e non trasgredisca l'ordinamento costituzionale o la legge morale".

modo, nell'applicazione del principio di sussidiarietà nella teoria dello Stato federale, in particolar modo, nel saggio del 1934 di Adolf Merkl, sul contenuto costituzionale dell'Enciclica *Quadragesimo Anno*²⁸³, così da costituirlo come un parametro per la valutazione del riparto delle competenze all'interno degli Stati federali, in modo particolare di quelli di tradizione continentale²⁸⁴.

Il dibattito sulla valenza costituzionale del principio di sussidiarietà è ancora vivo, nonostante l'introduzione dello stesso negli articoli 23²⁸⁵ e 72 della Legge fondamentale²⁸⁶.

Entrambi gli articoli ricalcano i pilastri su cui il federalismo tedesco poggia le sue basi: la competizione tra livelli di governo statale e federale, della omogeneità delle condizioni di vita, nel quadro del principio di sussidiarietà. Nel modello federale, quindi, le teorie che vedono la sussidiarietà in riferimento al singolo si

²⁸³ A. MERKL, *Il Contenuto giuridico statale dell'enciclica "Quadragesimo anno"*, ora in A. MERKL, *Dottrine di diritto pubblico nelle encicliche sociali*, (a cura di) V. LATTANZI, Roma, Gangemi, 1999, p. 41 ss., (lingua originale *Der staatsrechtliche Gehalt der Enzyklika «Quadragesimo Anno»*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1934, 208 ss.).

²⁸⁴ S. MANGIAMELLI, *Sussidiarietà e servizi di interesse generale: le aporie della privatizzazione, Relazione al Convegno dal titolo Beni pubblici e servizi sociali in tempi di sussidiarietà*, 2006; di analogo contenuto il canone che valuta il riparto delle funzioni sulla base degli effetti territoriali degli atti di esercizio della competenza, dovuto alla teoria dell'analisi economica del diritto (v., in particolare, R. A. Posner, *Economic analysis of law*, Boston Toronto, 2nd ed., 1977, 489 ss.), che ha fatto da sponda anche alle necessità concrete di superare il federalismo duale nell'esperienza americana.

²⁸⁵ Se pertanto, il principio di sussidiarietà, già in precedenza definito come "*principio di rango costituzionale*" dal *Bundesverfassungsgericht* (BVerfGE 58,253), ha oggi trovato espresso riconoscimento nella *neue Fassung* dell'art.23 GG, oltre che nell'art. 72 GG, non può trascurarsi che esso ha radici profonde nell'ispirazione complessiva della Legge fondamentale, nella quale il principio federale e quello del *Sozialstaat* sono strutturati come i pilastri di un assetto democratico-liberale coeso ed indirizzato alla riduzione della conflittualità politico-sociale. P. RIDOLA, *Il principio di sussidiarietà nell'ordinamento federale tedesco*; in *op.cit.*, p. 215.

²⁸⁶ Occorre tuttavia notare che l'art.72 ha giocato un ruolo decisivo nell'affermazione del federalismo solo a partire dall'ottobre del 2002, allorché la Corte costituzionale tedesca ha applicato per la prima volta le disposizioni modificate. M. POTO, *I principi di sussidiarietà e proporzionalità nei sistemi a "vocazione federale". Una comparazione tra modello europeo, tedesco ed italiano*, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, fasc. 10 p. 2367.

articolano su due filoni differenti: una appartenente alla dottrina sociale cattolica della visione strumentale del rapporto fra persona e società, l'altra di esaltazione della responsabilità dell'individuo, tipica della dottrina delle chiese riformate²⁸⁷.

Il risultato, originale, delle concezioni della sussidiarietà in relazione al federalismo tedesco, evidenziano la propensione dei sistemi federali ad assicurare l'unità nella diversità. La sussidiarietà funge da collante, come principio in comunità, di quel patto originario stipulato tra soggetti liberi.

Secondo parte della dottrina, *"la comparazione tra le due culture giuridiche, tedesca e italiana in merito al principio di sussidiarietà nella sua accezione sociale, evidenzia che nei due sistemi giuridici lo stesso principio oltre ad avere origini diverse, assolve a funzioni diverse. Nell'ordinamento tedesco, funge da "collante" sociale, nell'ordinamento italiano è ancora un principio che fatica a svolgere la sua funzione di armonizzazione tra i diversi livelli di governo"*²⁸⁸.

Lo Stato federale è caratterizzato dalla coesione forte tra Stato e *Länder*, un rapporto che sviluppa forme di cooperazione e di coordinamento fra centro e periferia volto alla *ausgleich* della situazioni di squilibrio economico e sociale. Su questo terreno, il principio di sussidiarietà trova la sua più alta esplicazione di funzione armonizzatrice tra le diverse istanze, fino a diventare norma di competenza tra i livelli di governo.

4.2.1 La c.d. "sussidiarietà rinforzata"

Il concetto di sussidiarietà rinforzata emerge con insistenza a seguito dell'entrata in vigore, all'interno di alcune carte costituzionali dei Länder tedeschi, laddove si sottolinea la impossibilità, da parte di un comune tedesco, di

²⁸⁷ E. BLASI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nelle culture giuridiche tedesca e italiana dopo la riforma del Titolo V*, op. cit.

²⁸⁸ *Ibidem*.

svolgere attività di interesse generale, laddove i singoli cittadini possono svolgerli a costi identici.

In tale sede si citano solo alcuni esempi di *Gemeindeordnungen* germaniche:

1) il § 100, c. 3, GO Brandeburgo (nella versione pubblicata il 10/10/2001 e da ultimo emendata il 22/6/2005), stabilisce che *“il Comune deve preoccuparsi, nell’interesse dell’economicità della gestione, che agli operatori privati siano affidate le attività che questi possano svolgere a costi identici o più bassi e con garanzia di qualità ed affidabilità almeno identiche, in quanto ciò sia compatibile con il pubblico interesse”*;

2) il § 85 c. 1, n. 3, GO Renania-Palatino (nella versione del 31/1/1994, da ultimo, modificata il 28/5/2008), ove si prevede che i Comuni possono *“intraprendere, assumere in proprio o accrescere considerevolmente un’attività imprenditoriale [...] solo se il fine pubblico non è o non può essere conseguito altrettanto bene e in condizioni di pari efficienza economica da un soggetto privato”*.

La gestione di un servizio di interesse generale, necessita quindi dell’onere di dimostrare che il soggetto pubblico possa svolgerlo in condizioni di maggior efficacia, economicità, efficienza, rispetto al privato, configurando quella che è stata definita *“sussidiarietà rinforzata”*.

Le *Gemeindeordnungen* germaniche portate a titolo esemplificativo dimostrano, quindi, di garantire le condizioni della c.d. *“sussidiarietà rinforzata”* e cioè che la gestione di un servizio di interesse generale, necessita dell’onere di dimostrare che il soggetto pubblico possa svolgerlo in condizioni di maggior efficacia, economicità, efficienza, rispetto al privato.

Secondo autorevole dottrina questa è *“una dinamica che dimostra le enormi possibilità di sviluppo del principio di sussidiarietà, dove la logica fondamentale che sta emergendo è appunto il superamento della logica statalista, che si basava su questo principio: pubblico è morale, privato è immorale, cioè la logica hobbesiana dell’*homo homini lupus*. La logica nuova, invece, è quella dell’antropologia positiva, che è alla base del principio di sussidiarietà [...] laddove viene applicata la sussidiarietà trova maggiore efficacia ed efficienza, vuol dire che l’assioma pubblico = morale e privato = immorale è*

ideologico. Nella realtà non tiene, perché dai cittadini emerge che, normalmente, dove c'è la sussidiarietà c'è maggior efficienza ed efficacia; questo è un dato estremamente importante"²⁸⁹.

Un ulteriore caso dello Stato definito "attivante"²⁹⁰, da parte della dottrina, nella cooperazione fra il settore pubblico e quello privato (inteso non solo come economia di mercato ma come società civile). Un caso particolarmente interessante riguarda l'iniziativa "Germania 21 - Emergenza nell'età dell'informazione".

L'iniziativa Germania 21 o D21 è la più grande forma di partnership pubblico-privato tedesca²⁹¹. L'obiettivo principale dell'iniziativa D21 è di stimolare il contributo della Germania nella competizione internazionale per la domanda e la produzione di IT (tecnologia delle informazioni).

Le attività programmate, previste come forme di cooperazione tra vari attori sociali, spaziano in una cinquantina di ambiti progettuali, raggruppabili in quattro aree maggiori: *e-government* e sicurezza e fiducia in internet; settore sanitario; crescita e competitività; istruzione, qualificazione e uguaglianza delle opportunità.

²⁸⁹ L. ANTONINI, *sussidiarietà e...* *Pubblica Amministrazione*, in *Politiche e Reti per lo Sviluppo*, novembre 2010, n. 3.

²⁹⁰ Modello di *governance* intrapreso dal cancelliere Schröder, per un'analisi dettagliata si veda V. DE MAGISTRIS, *La Public Governance in Europa: la Germania*, in *Quaderni Formez*, 2004.

²⁹¹ Significa "la Germania nel XXI secolo". È un'iniziativa che raggruppa circa 300 partecipanti dagli ambienti economici, politici e sociali, il cui obiettivo è la creazione di una società basata sull'informazione. Fondata il 27 luglio 1999 a Stoccarda da 20 società, è un'associazione registrata senza fini di lucro, con sede amministrativa a Berlino. Si caratterizza per cooperazioni con iniziative regionali dei *Länder* Bassa Sassonia, Nordreno Vestfalia ed altri e per cooperazioni internazionali, ad esempio con la Russia. Tutti i principali settori dell'industria e i suoi protagonisti sono coinvolti nel progetto. Il Consiglio Direttivo comprende 16 membri, espressi dalle società partecipanti; il Consiglio Consultivo, che opera sotto la presidenza del Cancelliere federale, è costituito da 51 figure pubbliche di rilievo nei settori politico, economico e sociale (comprende, tra gli altri, i Primi Ministri dei *Länder*); per ulteriori particolari si veda www.initiatived21.de.

Nella cooperazione con i partner sono formate *équipe* regionali, che sviluppano sponsorizzazioni dalla durata pluriennale tra le società locali e le scuole. Le sponsorizzazioni servono, ad esempio, per finanziare gli investimenti necessari ad attrezzare le scuole per le nuove tecnologie²⁹².

Tra gli obiettivi principali si possono ricordare l'identificazione di problemi chiave e la soluzione degli aspetti organizzativi dell'*e-government*, l'analisi delle relazioni tra governo, cittadini e mondo degli affari, la promozione dell'*e-democracy* e della sicurezza.

4.3 La giustiziabilità del principio di sussidiarietà nell'ordinamento tedesco

L'analisi della giustiziabilità del principio di sussidiarietà riflette ciò che a livello sostanziale sta accompagnando il cammino del principio in esame; da quanto fino ad ora approfondito è evidente come il principio di sussidiarietà stia ponendo, da parte delle istituzioni e dei giuristi, sempre più questioni legate alla sua applicabilità all'interno dell'ordinamento, sia comunitario, sia italiano, ma anche dei singoli Stati membri, come vedremo ora.

I maggiori problemi riferibili alla questione della giustiziabilità, si riscontrano negli ordinamenti di tipo dinamico²⁹³. In particolare, c'è da chiedersi se essi fissino condizioni giustiziabili, oppure se riconoscano al livello superiore la

²⁹² Sino ad oggi più di 17 milioni di euro sono stati spesi per le sole forniture scolastiche e più di 120.000 insegnanti sono stati specificamente formati ad usare ed insegnare Internet. La realizzazione degli obiettivi passa anche attraverso la segnalazione di buoni esempi. Ricordiamo, in proposito, il concorso annuale per le migliori forme di partnership privato-pubblico, la predisposizione di una Guida sulle partnership private e pubbliche, la pubblicazione e discussione della legge sulla libertà d'informazione via Internet (in collaborazione col Ministero Federale dell'Interno), la promozione della firma elettronica e l'uso delle chip card o carte prepagate.

²⁹³ A. D'ATENA, *Prospettive della sussidiarietà, in sussidiarietà orizzontale e verticale: profili fiscali*, a cura di AA.VV., *op. cit.*

*competenza della competenza*²⁹⁴. Chi si colloca nella seconda prospettiva sostiene, ad esempio, che l'articolo 5, c. 3, TUE, altro non faccia che attribuire all'Unione europea il potere di sostituirsi agli Stati, in base ad una decisione politica praticamente insindacabile (e, quindi, di esercitare, nei loro confronti, la competenza della competenza).

In primo luogo occorre sottolineare come il tema relativo alla giustiziabilità del principio in esame non riguarda l'eventualità che esso possa essere formalmente assunto dalla giurisdizione comunitaria come parametro delle proprie decisioni, in quanto ciò è ritenuto evidentemente un presupposto per la giustiziabilità²⁹⁵. Ciò su cui si dibatte principalmente in dottrina è se il principio di sussidiarietà si possa considerare parametro sufficiente e, per conseguenza, in grado di orientare adeguatamente la decisione del giudice²⁹⁶.

Non sempre la risposta è problematica; vi sono casi, che verranno analizzati nel prosieguo, come ad esempio le norme delle *Gemeindeordnungen* tedesche che consentono l'attività imprenditoriale del Comune solo se essa può svolgersi a condizioni più favorevoli di quelle offerte dal mercato, che enunciano chiaramente la modalità in cui debba essere interpretato il principio di sussidiarietà.

Il problema invece si pone quando lo spostamento di competenza è subordinato alla sussistenza di condizioni o al perseguimento di finalità il cui

²⁹⁴ Sulla questione si veda: A. D'ATENA, *Intervento in Le prospettive dell'Unione europea e la Costituzione*, Atti del Convegno di Milano (4-5.12.1992) dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, p. 289 ss.; P. CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e sul piano dell'ordinamento nazionale*, in *Le prospettive dell'Unione europea e la Costituzione*, Atti del Convegno di Milano (4-5.12.1992) dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, p. 123 ss.

²⁹⁵ G. D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'Unione europea*, op. cit.

²⁹⁶ Sulla questione, A. D'ATENA, *Sussidiarietà e sovranità*, in AA.VV, op. cit., p. 8 ss.

apprezzamento involge valutazioni di maggiore complessità (se non, addirittura, giudizi di ordine politico).

Il primo caso in cui si sono posti limiti all'agire legislativo dell'Unione, in materie sua non stretta competenza riguarda la sentenza Corte di Giustizia Europea del Causa C-376/98, 5 ottobre 2000²⁹⁷, secondo cui *“interpretare tale articolo nel senso che attribuisca al legislatore comunitario una competenza generale a disciplinare il mercato interno non solo sarebbe contrario al tenore stesso delle disposizioni citate, ma sarebbe altresì incompatibile con il principio sancito all'art. 3 B del Trattato CE (divenuto art. 5 CE), secondo cui le competenze della Comunità sono competenze di attribuzione”*.

Un ulteriore caso che si richiama frequentemente a questo riguardo, ed analizzato nei paragrafi precedenti, è quello dell'articolo 72 della legge fondamentale tedesca: la norma sulla *konkurrierende Gesetzgebung*. Ammettendo l'intervento della Federazione a certe condizioni, una delle quali è che tale intervento sia finalizzato alla *garanzia dell'unità del diritto e dell'economia nell'interesse dello Stato nel suo complesso*, rende evidentemente difficoltoso un apprezzamento in termini di stretta tecnica giuridica.

Non è contestabile che l'articolo 5, comma 3, TUE ponga problemi non molto dissimili, quando stabilisce che l'Unione è legittimata ad intervenire nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista *non possano essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri*; come giustamente osservato, per tale ragione, *“il giudizio sulla sufficienza è, di per sé, molto sfuggente”*²⁹⁸.

Per ciò che concerne, più nello specifico, la giustiziabilità del principio di sussidiarietà orizzontale pare utile segnalare altresì l'approfondimento della

²⁹⁷ Corte di Giustizia Europea, C-376/98, 5 ottobre 2000, *Repubblica Federale di Germania vs Parlamento Europeo (c.d. Tobacco Advertising Case)*.

²⁹⁸ A. D'ATENA, *Prospettive della sussidiarietà*, in *Sussidiarietà orizzontale e verticale: profili fiscali*, op. cit.

Sentenza della Corte Costituzionale del Land Renania-Palatinato (RhPhVerGH del 28.3.2000), in cui, affermando che il fine perseguito dal legislatore del *Land* si fonda su una oggettiva ed equa valutazione dell'interesse pubblico, si è esclusa l'incostituzionalità di una clausola di sussidiarietà che dispone: *“il Comune è legittimato ad istituire imprese commerciali [...] quando il fine pubblico non è o non può essere perseguito in modo altrettanto adeguato o economico da terzi privati”*²⁹⁹.

Più in generale, all'interno dell'Unione Europea, si sta sviluppando uno strumento interessante costituito dalla procedimentalizzazione dell'azione comunitaria³⁰⁰.

In particolare, per effetto di un processo scandito dal Consiglio europeo di Edimburgo il 12 dicembre 1992), all'accordo interistituzionale dell'ottobre 1993 e dal protocollo sulla sussidiarietà allegato al Trattato di Amsterdam³⁰¹, si è venuta strutturando un'istruttoria normativa modellata sulle ragioni della sussidiarietà.

La procedimentalizzazione apre significativi spazi anche al sindacato sui vizi sostanziali. Quello che va sottolineato è che la strada della procedimentalizzazione consente di scongiurare i due rischi cui è esposta una disciplina come quella contenuta nell'art. 5, comma 3, TUE: il rischio dell'arbitrarietà della decisione giurisdizionale (in mancanza di un parametro sufficientemente determinato) e quello, opposto, della deferenza del giudice nei confronti delle contingenti determinazioni degli attori politici (con conseguente svuotamento della carica prescrittiva del principio di sussidiarietà)³⁰².

²⁹⁹ Corte Costituzionale del Land Renania-Palatinato (RhPhVerGH del 28.3.2000).

³⁰⁰ D'ATENA, *sussidiarietà e sovranità*, op. cit., p. 11 ss.; dello stesso A., *In tema di presidi procedimentali del principio di sussidiarietà*, in AA.VV., *Sovranazionalità europea: posizioni soggettive e normazione* (n. 7 dei Quaderni del Consiglio di Stato), Torino 2000, p. 178 ss.

³⁰¹ Si tratta del Protocollo (n. 2) sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

³⁰² A. D'ATENA, *Prospettive della sussidiarietà*, in *Sussidiarietà orizzontale e verticale: profili fiscali*, op. cit.

PARTE SECONDA

CAPITOLO V

I servizi pubblici locali e la loro evoluzione

5.1 Il concetto di servizio pubblico locale e la sua evoluzione; 5.2 L'in house providing; 5.3 Le società miste

5.1 Il concetto di servizio pubblico locale e la sua evoluzione

5.1.1 I primi riferimenti normativi ai servizi pubblici locali

È noto che un tempo, e comunque molto prima dell'Unità d'Italia, i Comuni sono stati il centro ed il motore economico della penisola e che l'erogazione dei servizi veniva assicurata, anche se in misura sensibilmente ridotta, da istituzioni non pubbliche, come la famiglia e organizzazioni private, per lo più religiose³⁰³.

Le situazione è cambiata con l'Unità d'Italia dove gli erogatori del servizio sono diventati l'Ente Comunale e le Province; di particolare rilievo è la c.d. Legge Crispi, legge n. 6972 del 17 Luglio 1890, che stravolse il concetto di assistenza sanitaria applicato in Italia sino a quel momento, nazionalizzando e attribuendo personalità giuridica pubblica alle ventiduemila Opere Pie, già presenti sul territorio, che assunsero la denominazione di Istituzioni Pubbliche di Assistenza e Beneficenza (c.d. IPAB)³⁰⁴.

³⁰³ S. PIGNATARO, *I servizi pubblici locali nel nuovo sistema delle autonomie*, CEDAM, Padova, 2004, p. 22.

³⁰⁴ In tale contesto si passa ad uno Stato che, qualificando come attività di pubblico interesse il soccorso ai bisognosi e agli indigenti, attribuisce carattere pubblico agli Enti che svolgono quella attività, sottoponendoli al suo controllo. In particolare l'art. 1 stabiliva che *"sono istituzioni di beneficenza soggette alla presente legge le opere pie ed ogni altro ente morale che abbia, in tutto od in parte, per fine: prestare assistenza ai poveri, tanto in stato di sanità quanto di malattia, e a procurarne l'educazione, l'istruzione, l'avviamento a qualche professione, arte o mestiere, od in qualsiasi altro modo il miglioramento morale ed economico"*.

Del pari, la prima legge avente ad oggetto la gestione diretta dei pubblici servizi ad opera dell'Ente locale si ha nel 1903, l. n. 103/1903 c.d. legge Giolitti, successivamente modificata dal R.D. n. 3047/1923³⁰⁵; nel 1904 viene varata la disciplina attuativa con il R.D. n. 108³⁰⁶. Le finalità di tale disciplina sono sostanzialmente due: la prima sociale e la seconda economica. Con la prima finalità il legislatore ha avvertito l'esigenza di assicurare ai cittadini servizi essenziali e cercare di limitare le rendite dei privati monopolisti e ridurre i costi del servizio; con la seconda mediante le acquisizioni delle rendite ai privati, ha tentato di assicurare un miglioramento dei bilanci dissestati dei Municipi³⁰⁷.

Negli anni successivi, con il T.U. n. 2578/1925, viene emanata una disciplina più dettagliata e l'art. 1 riporta una elencazione, meramente esemplificativa, dei servizi gestibili dai Comuni e dalle Province³⁰⁸. La prassi, con il passare degli

³⁰⁵ In merito a questo tema si veda M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Rivista di diritto amministrativo*, 1953, pp. 611 ss.

³⁰⁶ F. RUGGE, *Gli esordi della municipalizzazione in Italia. Appunti su Stato, autonomie, "socialismo municipale"*, in *"Jus"*, 1984, p. 195; l'autore sosteneva che l'approvazione della c.d. legge Giolitti, legge 29 marzo 1903, n. 103, istitutiva delle aziende municipalizzate, nacque istituzionalmente l'imprenditorialità pubblica locale italiana.

³⁰⁷ F. RUGGE, *Gli esordi della municipalizzazione in Italia. Appunti su Stato, autonomie, "socialismo municipale"*, *op. cit.*, p. 23.

³⁰⁸ Secondo tale norma "i Comuni possono assumere nei modi stabiliti dal presente testo unico, l'impianto e l'esercizio diretto dei pubblici servizi e segnatamente di quelli relativi agli oggetti seguenti: 1° costruzione di acquedotti e fontane e distribuzione di acqua potabile; 2° impianto ed esercizio dell'illuminazione pubblica e privata; 3° costruzione di fognature ed utilizzazione delle materie fertilizzanti; 4° costruzione ed esercizio di tramvie a trazione animale o meccanica; 5° costruzione ed esercizio di reti telefoniche nel territorio comunale; 6° impianto ed esercizio di farmacie; 7° nettezza pubblica e sgombrò di immondizie delle case; 8° trasporti funebri, anche con diritto di privativa, eccettuati i trasporti dei soci di congregazioni, confraternite ed altre associazioni costituite a tal fine riconosciute come enti morali; 9° costruzione ed esercizio di molini e di forni normali; 10° costruzione ed esercizio di stabilimenti per la macellazione, anche con diritto di privativa; 11° costruzione ed esercizio di bagni e lavatoi pubblici; 12° fabbrica e vendita del ghiaccio; 14° costruzione ed esercizio di asili notturni; 15° impianto ed esercizio di omnibus, automobili e di ogni altro simile mezzo, diretto a provvedere alle pubbliche comunicazioni; 16° produzione e distribuzione di forza motrice idraulica ed elettrica e costruzione degli impianti relativi; 17° pubbliche affissioni, anche con diritto di privativa, eccettuandone sempre i manifesti elettorali e gli atti della pubblica autorità; 18° essiccatoi di granturco e relativi depositi; 19° stabilimento e relativa vendita di semenzai e vivai di viti ed altre piante arboree e

anni, ha così individuato altre forme di gestione, come il consorzio e l'azionariato pubblico, che verranno riconosciute anche da parte della giurisprudenza.

Con la fine del fascismo, della seconda guerra mondiale e con la definitiva affermazione dello Stato pluriclasse³⁰⁹, le amministrazioni si trovano nella condizione di dover sopperire alla quasi assoluta carenza di iniziativa privata, perciò sono costrette ad intervenire in nuovi settori³¹⁰.

Oltre a ciò l'industrializzazione e la Costituzione Repubblicana del 1948, fondata su principi di uguaglianza, solidarietà, democrazia e rilevanza del lavoro, hanno imposto a Stato ed Enti pubblici di intervenire nel campo economico-sociale in maniera continua; *“per questo Stato e Pubblica Amministrazione assunsero nuovi ed ulteriori compiti con l'obiettivo di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che si frapponessero al pieno sviluppo della persona ed impedissero il raggiungimento della condizione di effettivo benessere dei cittadini (Welfare State)”*³¹¹.

Ciò ha comportato una nuova disciplina che è sfociata nel d.P.R. n. 902 del 1986, la quale, sostituendo il previgente R.D. n. 108/1904, all'articolo 1 stabiliva come i servizi pubblici potessero *“essere direttamente gestiti dai comuni in economia o mediante aziende speciali in relazione alla loro natura ed alle loro caratteristiche”*.

fruttifere. Uguale facoltà è attribuita alle Province per i servizi di cui ai numeri 4, 5, 15, 16, 18 e 19 e per altri di interesse provinciale”.

³⁰⁹ Per un approfondimento sullo Stato Pluriclasse M.S. GIANNINI, *I pubblici poteri nello Stato pluriclasse*, in *Studi in memoria di S. Satta*, Milano, 1972; Si veda anche, A. SANDULLI, *Società pluralistica e rinnovamento dello Stato*, in *Scritti giuridici*, Napoli, Jovene, 1990.

³¹⁰ S. PIGNATARO, *I servizi pubblici locali nel nuovo sistema delle autonomie*, op. cit., p. 25; i settori dove le amministrazioni pubbliche di molti Stati europei iniziarono ad operare furono: la disciplina del territorio, la tutela della salute e del lavoro, la protezione della famiglia, della donna e del bambino, la tutela dei beni culturali e dell'ambiente, l'assistenza e previdenza, i servizi sociali, lo sviluppo delle regioni sottosviluppate; interessante in merito a ciò M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, p. 240-ss, vol. XVIII.

³¹¹ S. PIGNATARO, *I servizi pubblici locali nel nuovo sistema delle autonomie*, op. cit., p. 27.

Ma è solo nel 1990, con la l. n. 142 sull'ordinamento delle Autonomie locali, che vengono dettate norme di principio in materia di servizi pubblici locali, riconoscendo esplicita legittimità alle società di capitali a partecipazione pubblica maggioritaria.

Perno fondamentale della l. n. 142/1990 è l'art. 22, in quanto modifica il metodo di approccio al tema dei servizi pubblici locali³¹²: esso non è più affrontato *“come problema di legittimità delle sue forme di gestione, ma piuttosto come problema di economicità, di produttività e funzionalità della gestione e della conduzione”*³¹³; quindi, obiettivi del servizio pubblico locale sono *“i fini sociali”* e della promozione *“dello sviluppo economico e civile delle comunità locali”*³¹⁴.

Alle modifiche intervenute negli anni '90, si aggiunse l'art 17, c. 58, della l. n. 127/1997 che, modificando la lett. e) dell'art. 22 della l. n. 142/1990, ha ammesso espressamente la possibilità di costituire, per la gestione di servizi pubblici locali, anche società a responsabilità limitata.

L'intera disciplina di cui alla l. n. 142/1990, integrata dalle varie modifiche sopracitate, è stata poi trasfusa nel d.lgs. n. 267/2000 agli artt. 112 e ss.

5.1.2 Dalla *“rilevanza industriale”* alla *“rilevanza economica”* dei servizi pubblici locali

Più problematico è stato l'assetto legislativo che ha innovato il sistema dei servizi pubblici locali, attraverso la l. n. 448/2001³¹⁵, Legge finanziaria per l'anno

³¹² A. QUADRIO CURZIO e M. FORTIS, *Le liberalizzazioni e le privatizzazioni dei servizi pubblici locali*, Bologna, Il Mulino, p. 36.

³¹³ *Ibidem*, p. 36.

³¹⁴ Art. 22, l. n. 142/1990.

³¹⁵ La legge finanziaria per l'anno 2002.

2002, in quanto ha fatto sorgere problemi di costituzionalità conseguenti alla modifica del Titolo V, Parte II, della Costituzione, operata con l. cost. n. 3/2001³¹⁶.

L'art. 35 l. n. 448/2001, individuava come principio cardine della riforma dei servizi pubblici locali la contrapposizione tra servizi caratterizzati dalla rilevanza industriale e servizi privi di tale rilevanza³¹⁷, attraverso cui veniva *“ricollegato l'utilizzo di moduli organizzativi profondamente diversi, rispettivamente contemplati dagli art. 113 e 113 bis del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267: mentre nel primo caso si realizzava un complessivo disegno di liberalizzazione, subordinando il conferimento del servizio all'esperimento di procedure ad evidenza pubblica, nel secondo venivano sostanzialmente riproposti i moduli organizzativi propri della l. n. 142/1990”*³¹⁸.

Le caratteristiche proprie dell'industrialità di un servizio, ricavabili dal significato del termine industriale, si sarebbero potute riassumere attraverso i caratteri della *“particolare complessità organizzativa; la necessità di risorse patrimoniali, strutturali e personali ingenti; la prevalenza del capitale fisso su quello circolante; la maggiore articolazione del ciclo produttivo; la maggiore incidenza dell'innovazione tecnologica; il rapporto civilistico-contrattuale tra fornitore del servizi e utente finale. In conclusione, nei servizi pubblici a rilevanza industriale sarebbe risultato prevalente il fattore capitale, in quelli scevri di rilevanza industriale il fattore lavoro”*³¹⁹.

³¹⁶ R. DE NICTOLIS e L. CAMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, Giuffrè, Milano, p. 530; tale disciplina è stata oggetto di una procedura d'infrazione attivata dalla Commissione Europea per violazione parziale delle regole comunitarie relative alla concorrenza.

³¹⁷ Precedentemente il contesto normativo faceva riferimento all'imprenditorialità, delineato attraverso la l. n. 142/1990, che costituiva lo spartiacque tra le possibili forme di gestione; l'art. 23 della suddetta legge, stabiliva che i servizi contraddistinti dalla rilevanza economica ed imprenditoriale potessero essere gestiti in economia, con concessione a terzi, mediante azienda speciale ovvero a mezzo di strutture societarie a partecipazione pubblica; mentre per i servizi privi di tale rilevanza si poteva far ricorso ad istituzioni, organi strumentali degli enti locali dotate di autonomia gestionale.

³¹⁸ S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, Giappichelli, p. 205.

³¹⁹ Così S. PIGNATARO *I servizi pubblici locali nel nuovo sistema delle autonomie*, op. cit., p. 122.

Tale impianto normativo è stato modificato, per effetto dell'entrata in vigore della legge 24 novembre 2003, n. 326 che, mantenendo la dicotomia tra due diversi regimi giuridici, ha individuato come concetto discriminante la presenza o meno della rilevanza economica del servizio; è una categoria che può ricomprendere ogni attività che *"possa produrre un utile o un avanzo di gestione"*³²⁰; per tale ragione, come contenuto di tale definizione, non possono essere ammessi tutti quei servizi erogati a titolo gratuito, bensì possono rientrarvi tutti quei servizi che siano potenzialmente suscettibili di essere inseriti in un mercato³²¹.

5.1.3 *Le società come figura gestoria nell'ordinamento dei servizi pubblici locali*

Seppur l'utilizzo della forma societaria nella gestione dei servizi pubblici locali non sia stato preceduto da una precisa politica normativa, con il passare dei decenni lo scenario si è evoluto notevolmente ed oggi il modello societario rappresenta il principale strumento per la gestione di un servizio pubblico locale³²².

Ciò nonostante l'affermazione della forma societaria ha comunque suscitato molteplici questioni di legittimità. Il caso più emblematico, che ha dato il via ad

³²⁰ G. CAIA, *I servizi pubblici locali a 100 anni dalla legge Giolitti del 1903*, Paper, p. 2, il quale sottolinea come la categoria dei servizi con rilevanza industriale risulti più ristretta perché essa presuppone *"una rilevante organizzazione di uomini e mezzi ed un conseguente impiego di capitale, nonché una complessità del processo di gestione"*.

³²¹ In merito è utile ricordare come la giurisprudenza comunitaria sia intervenuta più volte sul tema dei servizi a rilevanza economica; si vedano Corte di Giust., sent. 23 aprile 1991, Corte di Giust., sent. 11 dicembre 1997, causa C-55/96. Interessante è anche la definizione data da S. PIGNATARO, *I servizi pubblici locali nel nuovo sistema delle autonomie*, op. cit., p. 123, dove nella *"locuzione 'economiche' vi rientrerebbero tutti quei servizi che richiedono un corrispettivo che sia idoneo a retribuire i fattori produttivi impiegati per il loro assolvimento, in modo che i ricavi siano in grado di pareggiare quantomeno i costi"*.

³²² G. PIPERATA, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in M. CAMELLI e M. DUGATO, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, p. 291.

un parere contrario del Consiglio di Stato³²³, si è avuto nel 1953 quando il comune di Milano decise di costituire una S.p.A. per costruire e, successivamente, gestire le linee metropolitane cittadine; il giudice amministrativo ritenne che tale sperimentazione, realizzata attraverso la forma societaria, avrebbe dato il via “*ad una gestione diretta del servizio stesso assunta in violazione delle specifiche norme di diritto pubblico che tassativamente stabiliscono quali siano le forme della gestione diretta*”³²⁴.

Un cambiamento di tendenza, attraverso alcune pronunce della Corte di Cassazione³²⁵ si è avuto nella seconda metà degli anni '70; in tali occasioni la Suprema Corte ha ammesso, seppur timidamente, la gestione dei servizi pubblici locali attraverso il modello societario. In seguito, da un punto di vista legislativo, è intervenuta la legge sull'ordinamento degli Enti locali, d.lgs. n. 267/2000 dove il modello societario è stato ricompreso tra le forme tipiche di gestione.

³²³ Cons. Stato, 6 marzo 1956, n. 373; prima la dottrina ammetteva la possibilità che l'ente locale costituisse una società di capitale per la gestione del servizio pubblico, ma qualificava tale società alla stregua di un concessionario di pubblico servizio: M.S. GIANNINI, *Profili giudici della municipalizzazione con particolare riferimento alle aziende*, in *Rivista di diritto amministrativo*, 1953, p. 619.

³²⁴ Cons. Stato, sez I, par. 6 marzo 1956, 373.

³²⁵ V. Corte di Cassazione, sez. civile, 3 giugno 1976, n. 2008, e 6 novembre 1976, n. 4038, entrambe in *Giur. Comm.*, 1978, II, p. 220 ss., con commento di A. ROSSI, *Questioni in tema di partecipazione dei comuni ad una società per azioni*.

Attraverso l'art. 113, c. 5, T.U. n. 267/2000³²⁶ la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica³²⁷ poteva avvenire con conferimento della titolarità del servizio a³²⁸:

- a. società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;
- b. società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;
- c. società a capitale interamente pubblico, c.d. *in house*, a condizione che l'Ente o gli Enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'Ente o gli Enti pubblici che la controllano.

³²⁶ Va specificato, anche se precedentemente accennato, come la Commissione Europea ha avviato una procedura d'infrazione nei confronti della Repubblica Italiana per la violazione dei principi di non discriminazione e trasparenza in relazione alla disciplina dei servizi pubblici locali recata dall'art. 22, l. n. 142/1990, poi confluita nel d.lgs. n. 267/2000; successivamente la Commissione Europea ha inviato all'Italia una lettera di messa in mora in relazione alle modifiche introdotte dall'art. 35, legge n. 448/2001, in particolare contestando la sopravvivenza di affidamenti di servizi pubblici locali operati con regole diverse dall'evidenza pubblica e di affidamenti diretti in applicazione di normative settoriali quali quella del servizio idrico integrato (nota 226 giugno 2002, C 2002-2329).

³²⁷ La definizione dei servizi di rilevanza economica si desume indirettamente dall'art. 2082, c.c., a mente del quale è imprenditore colui che esercita "un'attività economica organizzata al fine della produzione di beni o di servizi".

³²⁸ R. DE NICTOLIS e L. CAMARIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, Giuffrè, p. 25.

Si rende quindi necessario un approfondimento circa le condizioni per un legittimo ricorso all'affidamento a società *in house* e a società mista.

5.2 *L'in house providing*

La Commissione Europea nella Comunicazione COM(98) 142, pubblicata l'11 marzo del 1998, riferendosi agli appalti pubblici, definisce che con il termine appalti *in house* si configurano "quelli (appalti) aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale o, ancora, tra un'amministrazione ed una società interamente controllata"³²⁹.

Si ha quindi la società c.d. *in house*, quando si riconosce la possibilità dell'affidamento diretto di servizi ad una società totalmente partecipata, "che opera come *longa manus* dell'Ente medesimo per la realizzazione di lavori e opere o per l'espletamento di servizi"³³⁰, quando l'Amministrazione eserciti su di essa "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi, a condizione che la stessa organizzazione *in house* svolga la "parte più importante della propria attività con l'Ente o con gli Enti locali che la controllano"³³¹.

Caratteristiche proprie del concetto di società *in house* sono, quindi, il "controllo analogo" e la "destinazione prevalente dell'attività" i quali garantiscono che l'ente *in house* non sia terzo rispetto all'Amministrazione controllante.

³²⁹ Comunicazione della Commissione, COM(98) 143, 11 marzo 1998, *Gli appalti pubblici nell'Unione Europea*.

³³⁰ R. DE NICTOLIS e L. CAMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, op. cit., p. 31.

³³¹ Corte di Giustizia, 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal.

Una terza caratteristica della società *in house*, unita al controllo analogo ed alla destinazione prevalente dell'attività, è rappresentata dal fatto che tale società debba essere a totale partecipazione pubblica, anche di più Enti pubblici³³².

5.2.1 La giurisprudenza sull'*in house*

L'esigenza di regolamentare l'emergere di situazioni in cui l'Ente pubblico deroga ai principi propri della disciplina concorrenziale, e nello specifico quella degli appalti, ha portato in primo luogo la giurisprudenza comunitaria ad elaborare i principi fondamentali in tema di affidamento diretto nella gestione dei servizi pubblici locali; prospettando l'*in house providing*, "quale *tertium genus* rispetto alle due forme giuridico-contrattuali attraverso le quali ha luogo l'operazione della esternalizzazione: il contratto di appalto e il contratto di concessione"³³³.

I principi fondamentali in materia di affidamenti diretti nella gestione di servizi pubblici locali sono stati individuati, principalmente, dall'opera interpretativa dei giudici della Corte di giustizia.

Il primo riferimento alla tematica dell'*in house* può rinvenirsi nelle sentenze *Arnhem*³³⁴ e *RI.SAN.*³³⁵, in cui si ritiene che manchi un rapporto di terzietà ogni

³³² *Ibidem*, p. 39.

³³³ V. SCARPINO, *L'affidamento in house e la clausola risolutiva espressa*, in *Giurisprudenza di merito*, in *Dejure.it*, 11/2008, p. 2994.

³³⁴ Corte giust. CE 10 novembre 1998, causa C-360/96, Bhi Holding Bv c. G. Arnhem e G. Rheden. In tale sentenza la Corte di Giustizia ha definito con maggiore chiarezza le caratteristiche della fattispecie esentata *in house*, in cui gli Avvocati Generali hanno dimostrato la dipendenza finanziaria, organizzativa e gestionale di una s.p.a. all'amministrazione, confermando l'esistenza di un nesso interorganico, ed escludendo così la fattispecie dall'ambito di applicazione della direttiva servizi.

³³⁵ Corte giust. CE 9 settembre 1999, causa C-108/98, Ri.San srl c. Comune di Ischia. In tale sentenza la Corte di Giustizia ha stabilito che gli affidamenti di pubblici servizi non ricadono nell'ambito precettivo del Trattato, sul presupposto che esso non trova applicazione in vicende che, come il caso di specie, sono circoscritte all'interno di un medesimo Stato membro; in

qualvolta l'Amministrazione ricorra ad un "potere assoluto di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato"³³⁶.

È solo con la sentenza *Teckal*³³⁷, vero *leading case* in tema di affidamento *in house*, che la Corte Europea delinea chiaramente significato e principi alla base dell'istituto dell'*in house*, specificando che è ammissibile l'affidamento diretto di servizi pubblici nel caso in cui l'Ente locale eserciti sul soggetto affidatario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e il medesimo realizzi la parte più importante della propria attività con l'Ente o con gli Enti che lo controllano.

In tale ipotesi non si applica la disciplina comunitaria in materia di appalti, la quale presuppone l'incontro di volontà tra due soggetti giuridici distinti, e

occasione della sentenza R.I.S.A.N., l'Avvocato Generale Alber ammette tale forma di gestione esclusivamente attraverso l'istituto della delegazione interorganica, laddove l'Amministrazione controlla l'intero capitale sociale, "tanto da far presumere che il soggetto istituito costituisca parte integrante dell'Ente pubblico, in presenza di un siffatto controllo amministrativo e finanziario". così F. MORFINI, *I requisiti che legittimano l'affidamento in house nei servizi pubblici locali: disciplina vigente e prospettive di riforma*, in *Giurisprudenza di merito*, in *Dejure.it*, dicembre 2007.

³³⁶ *Ibidem*, p. 2994.

³³⁷ Si veda Corte giust. CE 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal srl c. Comune di Aviano e AGAC*, in *Racc.giur.*, 1999, I-08121; Tema del giudizio era l'applicabilità dell'art. 6 della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, secondo cui "la presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di servizi aggiudicati ad un ente che sia esso stesso un'amministrazione ai sensi dell'art. 1 lett. b) in base ad un diritto esclusivo di cui beneficia in virtù delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il trattato"; in tale occasione i giudici comunitari hanno ritenuto che la disciplina da applicare risiedeva nella direttiva 93/36, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, la quale tuttavia non contiene una disposizione analoga a quella del citato art. 6, che consenta l'individuazione di diritti esclusivi. Per questa ragione, applicando l'art. 1, lett. a) della direttiva 93/36, "non risultava pregiudicato l'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di applicare le previste procedure di gara, che si perfezionano con la conclusione di un contratto scritto a titolo oneroso fra un soggetto pubblico, Ente locale, ed una persona giuridicamente distinta da questo" (così F. MORFINI, *I requisiti che legittimano l'affidamento in house nei servizi pubblici locali: disciplina vigente e prospettive di riforma*, in *Giurisprudenza di merito*, in *Dejure.it*, dicembre 2007).

sorge così l'istituto dell'affidamento diretto³³⁸; infatti la presenza di tali presupposti esclude, da una parte, l'autonomia gestoria del soggetto affidatario, e dall'altra, permette all'Ente pubblico di determinare decisioni dell'affidatario del servizio.

La *ratio* della deroga alla disciplina concorsuale ed il ricorso all'affidamento del servizio, risiede nel fatto che *"all'Amministrazione deve essere riconosciuto il potere di gestire dall'"interno" (in proprio) i servizi e le attività di pubblico interesse e che in tali casi non vengono pregiudicati i principi che regolano la concorrenza, dal momento che l'Ente pubblico non può essere paragonato a società facenti parte del libero mercato"*³³⁹.

Altre decisioni si sono susseguite con lo scopo di specificare sempre più nel dettaglio gli effetti applicativi ed i presupposti posti in essere con la sentenza *Teckal*³⁴⁰, ma è solo dal 2005 che la giurisprudenza comunitaria inizia verificare *"ex professo la compatibilità con il modello in house di società miste e di società (unicomunali o multicomunali) a totale partecipazione pubblica ma aperte,*

³³⁸ R. MORZENTI PELLEGRINI, *Società affidatarie dirette di servizi pubblici locali e "controllo analogo" esercitato in maniera congiunta e differenziata attraverso strutture decisionali "extracodicistiche"*, *Foro Amm. CDS*, in *DeJure.it*, 10, 2009, p. 2246.

³³⁹ A. PALLOTTA, *Servizi pubblici locali: affidamenti in house e società miste nella più recente giurisprudenza*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008, p. 191.

³⁴⁰ Per comprendere meglio il tema della c.d. delega interorganica, è utile richiamare il caso *Arge* del 15 giugno 2000, causa C-94/98; in quest'ultima sentenza la Corte di giustizia, pur non ritenendo necessario risolvere la questione dell'*in house providing* per il giudizio a quo, aveva deciso di approfondirla seguendo le osservazioni dell'Avv. generale Leger. Le conclusioni dell'Avvocato generale Léger vertevano soprattutto sul significato di controllo analogo; esso viene ritenuto assimilabile a quello esercitato dall'Amministrazione sui propri servizi in quanto *"la capacità dell'Ente territoriale di influire sul funzionamento del prestatore e l'assenza di autonomia che ne deriva per quest'ultimo negano qualsiasi concretezza al contratto stipulato tra l'Ente ed il prestatore di servizi"*. Per queste ragioni non è sufficiente l'origine pubblica dell'Ente aggiudicatario ma *"è determinante [...] verificare se l'autorità che esercita il suo controllo sugli enti di ricerca nella causa principale e l'amministrazione aggiudicatrice siano una sola e stessa persona"*. Ciò porta a ritenere che *"le prestazioni qualificate in house vengono definite come le prestazioni fornite da un'autorità pubblica dai propri servizi o da servizi dipendenti, i quali sebbene organicamente distinti esulano dalla sfera di applicazione della direttiva"*.

*potenzialmente od obbligatoriamente, al capitale privato (e, dunque, potenzialmente od obbligatoriamente, miste)*³⁴¹.

Nella pronuncia *Stadt Halle*³⁴², il caso sottoposto alla Corte di giustizia verteva sull'affidamento di un appalto di servizi operato da un comune in favore di una società partecipata in via maggioritaria. In tale occasione, confermando l'eccezionalità della deroga al ricorso all'*in house providing*, i giudici comunitari *"hanno affrontato la specifica questione della natura mista del capitale della società affidataria, escludendo l'applicabilità della deroga per le forme di partenariato pubblico-privato"*³⁴³.

Attraverso la sentenza *Carbotermo*³⁴⁴, la Corte di Giustizia, prosegue il cammino verso una definizione, sempre più restrittiva, dell'istituto

³⁴¹ C. IAIONE, *Le società in house degli enti locali*, op. cit., p. 53.

³⁴² Corte giust. CE 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle e RPL Recyclingpark Lochau GmbH c. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*; si veda il commento di G. MARCHEGIANI, *Gli affidamenti in house e la sindrome del cavallo a dondolo. Sentenze a confronto*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2005.

³⁴³ A. PALLOTTA, *Servizi pubblici locali: affidamenti in house e società miste nella più recente giurisprudenza*, op. cit., p. 191.

³⁴⁴ C. giust. Ce, sez. I, 11 maggio 2006, in C-340/04, *Carbotermo s.p.a. e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio e AGESP s.p.a.*, in www.curia-europa.eu; la Corte di Giustizia ritenne che, ai fini della sussistenza del controllo analogo, non fosse configurabile la situazione in cui l'ente pubblico affidante detenesse il capitale della società affidataria, non direttamente. Bensì attraverso una società holding. Per quanto concerne il controllo analogo la nozione viene ricondotta nell'alveo dell'esercizio da parte dell'Ente affidante di un'influenza *"determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti delle società partecipate"*; nel caso di specie, il fatto che l'Amministrazione controlli la società affidataria attraverso una holding pubblica non comporta nessuna significativa influenza sugli obiettivi e sulle decisioni importanti della società affidataria, proprio in ragione degli ampi poteri riconosciuti dal diritto societario ai soci di maggioranza. Per ciò che attiene il requisito dello svolgimento della parte più importante dell'attività a favore della controllante, l'attenzione maggiore si è rivolta verso l'esigenza di tutelare la concorrenza poiché *"[...] un'impresa non è necessariamente privata della libertà di azione per la sola ragione che le decisioni che la riguardano sono prese dall'Ente pubblico che la detiene, se essa può esercitare ancora una parte importante della sua attività economica presso altri operatori"*. La società avrà quindi l'obbligo di svolgere tale attività come la più importante e sarà compito del giudice adito valutare le circostanze che caso per caso, tenendo conto *"di tutte le attività realizzate da tale impresa sulla base di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente da chi remunera tale attività, potendo trattarsi della stessa amministrazione"*

dell'affidamento diretto, specificando ulteriormente i requisiti di controllo analogo e di parte più importante della propria attività svolta dal soggetto affidatario³⁴⁵.

In Italia i giudici amministrativi, a partire dalle sentenze della Corte di Giustizia, hanno rivolto sempre maggior interesse alla definizione del concetto di società *in house*; in particolar modo il Consiglio di Stato³⁴⁶ ha sostenuto come, affinché si configuri un controllo analogo, è necessario che *“la mano pubblica deve possedere la totalità del pacchetto azionario della società affidataria”*³⁴⁷.

aggiudicatrice o dell'utente delle prestazioni erogate, mentre non rileva il territorio in cui è svolta l'attività” così V. SCARPINO, *L'affidamento in house e la clausola risolutiva espressa*, op. cit., p. 2994.

³⁴⁵ Vi è poi un'ulteriore pronuncia, causa C-410/04, ANAV c/ AMTAB e Comune di Bari, in cui il Tar Puglia invoca la compatibilità dell'affidamento *in house* con la normativa europea a tutela della concorrenza già affrontata dalla Corte in più occasioni, chiedendo se la normativa nazionale, che permette alle amministrazioni locali la libera scelta, senza porre alcun limite, in ordine alle modalità di gestione del servizio pubblico, sia conforme alla disciplina comunitaria. Interessante è l'osservazione dell'Avvocato generale Geelhoed il quale ritiene che il legislatore italiano abbia sicuramente uniformato la disciplina ai principi giurisprudenziali della Corte di Giustizia, sottolineando che è necessario che il controllo da parte dell'Amministrazione affidante non venga ridotto a causa di partecipazioni di minoranza e che l'attività non sia poi svolta da parte di soggetti pubblici differenti dall'Amministrazione affidataria.

³⁴⁶ Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345; Si specifica che, per esigenze relative alla trattazione, verranno toccate solo alcune delle sentenze emesse dal Consiglio di Stato; per una trattazione più compiuta si veda F. MORFINI, *I requisiti che legittimano l'affidamento in house nei servizi pubblici locali: disciplina vigente e prospettive di riforma*, op. cit.

³⁴⁷ In altre occasioni i giudici di Palazzo Spada compiono significativi passi verso la delimitazione dei casi in cui possa essere configurato o meno, l'affidamento *in house*, *ex plurimis*: Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2006, n. 4440; Il Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5, continuando a seguire il suo orientamento restrittivo, ha dichiarato l'illegittimità dell'affidamento *in house* di un servizio pubblico locale, relativo allo smaltimento di rifiuti, perché l'Amministrazione comunale non aveva esercitato alcun tipo di controllo analogo; nel caso di specie lo statuto era stato predisposto come quello di una normale società per azioni nella quale i poteri appartenevano agli organi sociali e, soprattutto non era previsto alcun raccordo tra gli Enti pubblici territoriali e la costituzione degli organi sociali; in aggiunta *“gli Enti pubblici soci, non sono neppure menzionati, e anzi una disposizione stabilisce che “Il Consiglio di amministrazione è investito dei più ampi poteri per la gestione ordinaria e straordinaria della società ed ha facoltà di compiere tutti gli atti che ritenga opportuni per l'attuazione ed il raggiungimento degli scopi sociali, fatta eccezione soltanto per gli atti che a norma di legge e del presente statuto sono di competenza dell'Assemblea”*; un affievolimento dell'orientamento restrittivo dei Supremi giudici

È solo con l'Adunanza plenaria n. 1 del 3 marzo 2008³⁴⁸, che i Giudici di Palazzo Spada pur ritenendo che il caso sottoposto non rientrasse nella disciplina dei servizi pubblici locali, bensì in quella dei servizi pubblici in generale, hanno compiuto una ricostruzione delle caratteristiche dell'istituto dell'*in house*.

L'Adunanza Plenaria, cogliendo compiutamente il significato dell'istituto dell'*in house*, quale strumento di delegazione interorganica³⁴⁹, ha specificato

amministrativi si ha con la sentenza del 3 aprile 2007 del Cons. Stato, sez. VI, n. 1514, del 3 aprile 2007; il Consiglio di Stato valorizza l'istituto dell'affidamento *in house*, poiché riconosce che si possa configurare l'affidamento diretto anche nel caso che sia prevista l'astratta possibilità di ingresso di quote societarie private. Il Consiglio fa leva in particolar modo sul fatto che la mera possibilità, ma non l'obbligatorietà, dell'apertura non incide sul requisito del controllo analogo. È altresì vero che i magistrati di Palazzo Spada hanno stabilito che qualora vi fosse stata l'obbligatorietà della cessione di parte del capitale sociale a privati, questa avrebbe portato la società ad una vocazione commerciale che avrebbe reso impraticabile l'esercizio del controllo analogo.

³⁴⁸ In data 11 maggio 2006, L'Azienda sanitaria locale (A.S.L.) 19 di Asti, indice una gara per servizi sanitari. Successivamente, in data 4 ottobre 2006, il direttore amministrativo dell'A.S.L. invia alla Medicasa Italia s.p.a., gestrice del servizio, una nota, attraverso la quale manifesta la propria intenzione di procedere all'affidamento diretto alla società AMOS, dalla stessa ASL controllata, della gestione dell'assistenza domiciliare territoriale, e invita la società Medicasa a mettere a disposizione della società AMOS tutti i dati relativi alla gestione fino a quel momento espletata. Medicasa Italia s.p.a. impugna la nota e tutti gli atti ad essa eventualmente presupposti, chiedendo la condanna dell'A.S.L. 19 di Asti al risarcimento del danno e, con motivi aggiunti, l'annullamento dell'affidamento diretto *in house*. Il TAR Piemonte, sez. II, con sentenza del 4 giugno 2007, accoglie il ricorso e i motivi aggiunti di Medicasa Italia s.p.a., annullando i provvedimenti impugnati. Con ricorso in appello l'ASL 19 di Asti contesta la decisione di primo grado, deducendo l'inammissibilità e l'infondatezza dell'originario ricorso e la sezione V del Consiglio di Stato, con sentenza del 23 ottobre 2007, respinge il primo motivo di appello, ritenendo infondata l'eccezione dell'A.S.L. appellante di inammissibilità del ricorso di primo grado, e deferiva all'esame dell'Adunanza Plenaria diverse questioni in tema di *in house providing* e in tema di affidamento di contratti pubblici o servizi a società miste, in assenza di un'apposita procedura di gara. Si vedano R. VAIRA, *La gestione dei servizi pubblici tra in house providing e affidamenti diretti a società miste, ancora incertezze sulle rispettive condizioni di legittimità*, in www.giustamm.it, 2008; D. MARRAMA, *Società miste e in house providing al vaglio della plenaria*, in www.giustamm.it, 2008 e P. JORI, *Le società pubbliche: viaggio tra gli affidamenti diretti e l'osservanza delle procedure ad evidenza pubblica, alla ricerca della disciplina applicabile*, in www.lexitalia.it, 2008.

³⁴⁹ Si veda il punto 8 che specifica che "si è in presenza di un modello di organizzazione meramente interno, qualificabile in termini di delegazione interorganica. Mentre, la disciplina comunitaria dei

che, per quanto attiene al controllo analogo, *“la partecipazione pubblica totalitaria inoltre è necessaria ma non sufficiente, servendo maggiori strumenti di controllo da parte dell’Ente rispetto a quelli previsti dal diritto civile”*³⁵⁰.

Tutte le ulteriori condizioni rispetto alla totale partecipazione pubblica hanno come scopo quello di evitare pratiche elusive rispetto ai principi comunitari di libera concorrenza³⁵¹ e il requisito del controllo analogo assume maggior rilievo nel caso di società plurisoggettive, la cui praticabilità è peraltro espressamente consentita dalla legge³⁵².

Successivamente, ad intervenire su un tema delicato relativo alla possibilità di costituzione di società operanti nel mercato concorrenziale da parte di Università è l’Ad. Plen. del Consiglio di Stato del 3 giugno 2011, n. 10, ribadendo che *“la stessa Corte costituzionale, nel ribadire l’intangibilità in via di principio della libertà di iniziativa economica privata degli Enti pubblici, ha altresì sottolineato la*

pubblici appalti va applicata se l’ente affidatario sia distinto dall’amministrazione aggiudicatrice sul piano formale e sia autonomo sul piano sostanziale. Trattandosi di deroga ai principi di concorrenza, non discriminazione, e trasparenza (tutti costituenti canoni fondamentali del trattato istitutivo della Comunità europea), siffatto istituto è stato ritenuto ammissibile solo nel rispetto di alcune rigorose condizioni, individuate dalla giurisprudenza comunitaria ed elaborate anche da quella nazionale”.

³⁵⁰ In particolare: a) l’orientamento in virtù del quale lo statuto della società non dovrebbe consentire che una quota del capitale sociale – seppur minoritaria – possa essere alienata a soggetti privati (Cons. Stato, sez. V, sent. n. 5072 del 30 agosto 2006); b) l’orientamento secondo il quale il Consiglio di amministrazione della società affidataria non dovrebbe avere rilevanti poteri gestionali ed all’Ente proprietario dovrebbe essere consentito di esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce ordinariamente alla maggioranza sociale (Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 1514 del 3 aprile 2007); c) l’orientamento secondo il quale la società non dovrebbe aver acquisito una vocazione commerciale che renderebbe precario il controllo pubblico e che risulterebbe, tra l’altro: dall’ampliamento dell’oggetto sociale; dall’apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall’espansione territoriale della società a tutta l’Italia ed all’estero (C. giust. CE, 10 novembre 2005, C-29/04, Mödling o Commissione c. Austria; 13 ottobre 2005, C-458/03, Parking Brixen); d) l’orientamento secondo il quale le decisioni più importanti dovrebbero essere sottoposte al vaglio preventivo dell’Ente affidante (Cons. Stato, sez. V, sent. n. 5 dell’8 gennaio 2007).

³⁵¹ D. MARRAMA, *Società miste e in house providing al vaglio della plenaria*, op. cit.

³⁵² F. LIGUORI, *Sulla sopravvivenza degli affidamenti in house*, op. cit.

necessità di “evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali” (sentenza n. 326/2008). L’approccio in questione, del resto, appare pienamente compatibile con il paradigma normativo comunitario secondo cui è fatto divieto agli Stati membri di emanare o mantenere, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, misure contrarie alle disposizioni dei trattati, con particolare riguardo a quelle in tema di tutela della concorrenza e divieto di erogazione di aiuti di Stato (art. 106 TFUE – già art. 86 TCE)”³⁵³.

Da ultimo la sentenza del Consiglio di Stato dell’11 febbraio 2013, n. 762 ha rimarcato come *“la giurisprudenza comunitaria ha anche affrontato funditus il problema delle modalità del controllo analogo nel caso in cui il capitale sociale della società in house sia frazionato tra una pluralità di soci pubblici, addivenendo alla conclusione che quando più autorità pubbliche, nella loro veste di amministrazioni aggiudicatrici, istituiscono in comune un’entità incaricata di adempiere compiti di servizio pubblico ad esse spettanti, oppure quando un’autorità pubblica aderisce ad un’entità siffatta, la condizione enunciata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea, secondo cui tali autorità, per essere dispensate dal loro obbligo di avviare una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico in conformità alle norme del diritto dell’Unione, debbono esercitare congiuntamente sull’entità in questione un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi, è soddisfatta qualora ciascuna delle autorità stesse partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi dell’entità suddetta [C. giust. UE, sez. III, 29 novembre 2012 C-182-11 e 183-11, Econord s.p.a.]*.

La giurisprudenza dei giudici amministrativi prosegue confermando e specificando con sempre maggior dettaglio quali debbano essere le caratteristiche affinché vi sia legittimità di un *in house*³⁵⁴.

³⁵³ Cons. Stato, Ad. Plen., 3 giugno 2011, n. 10.

³⁵⁴ TAR Puglia, 2 aprile 2013, n. 458, secondo cui *“in forza dei citati precedenti, affinché possa ritenersi legittimo un affidamento diretto a soggetto in house, lo statuto societario deve garantire in via certa e permanente l’incedibilità a privati delle azioni, all’evidente scopo di evitare meccanismi elusivi dell’evidenza pubblici (attraverso una successione cessione di parte del capitale a soggetti privati)*.

5.2.2 Controllo analogo e attività prevalentemente dedicata al socio pubblico

Il requisito del controllo analogo rappresenta un fondamentale tassello nella ricostruzione dell'istituto dell'affidamento *in house*.

Si ha controllo analogo qualora la società di gestione risulti priva di una propria autonomia imprenditoriale e di capacità decisionali distinte da quelle della pubblica amministrazione, una *longa manus* in cui l'Ente controllante ha il potere di condizionare le scelte più importanti della società; l'Amministrazione in tal caso esercita un controllo pervasivo che *"comporta un assoluto assorbimento dell'ente controllato nella sfera pubblicistica della pubblica amministrazione e ne funzionalizza le prestazioni"*³⁵⁵.

Attraverso la sentenza *Carbotermo*³⁵⁶ la Corte di Giustizia ha compiuto un ulteriore passo avanti ritenendo che, perché vi possa essere controllo analogo, è necessaria una effettiva influenza da parte dell'Amministrazione affidante; per questo la Corte afferma che *"per valutare se l'amministrazione aggiudicatrice eserciti un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi è necessario tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti"*; inoltre è

³⁵⁵ C. M. SARACINO, *Note in tema di controllo analogo: la lente del giurista tra indici presuntivi e parametri statuari*, p. 1123, *op. cit.*

³⁵⁶ C. giust. Ce, sez. I, 11 maggio 2006, in C-340/04, *Carbotermo s.p.a. e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio e Agesp s.p.a.*, in www.curia.europa.eu; precedentemente era intervenuta la sentenza *Stadt-Halle*, in cui è stato specificato che *"la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi"*, in cui il requisito della totale partecipazione pubblica viene esplicitato e confermato ulteriormente. Successivamente, nel caso *Parking Brixen*, la Corte ha ritenuto che si ha controllo analogo in tutti quei casi in cui *"l'ente realizza la maggior parte della sua attività con l'autorità detentrici"*; i giudici comunitari si inoltrano ulteriormente nella cristallizzazione del concetto di controllo analogo affermando che esso deve risolversi in una concreta possibilità *"di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti"*.

necessario che l'Amministrazione intervenga "sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti" della affidataria.

Per quanto attiene il profilo soggettivo, in merito all'astratta previsione di un ingresso di soci privati nella compagine societaria, i giudici comunitari³⁵⁷ sembrerebbero aver intrapreso una strada meno restrittiva stabilendo che "la mera possibilità per i privati di partecipare al capitale di detta società non è sufficiente per concludere che la condizione relativa al controllo dell'autorità pubblica non è soddisfatta".

Il Consiglio di Stato, si discosta da siffatto orientamento; infatti, a più riprese, ha ritenuto che la vocazione commerciale, atta a impedire la configurabilità dell'*in house*, possa risultare dall'ampliamento, anche progressivo, dell'oggetto sociale e dall'apertura obbligatoria della società ad altri capitali³⁵⁸; i Giudici di Palazzo Spada si spingono oltre, stabilendo che, qualora lo statuto della società consenta che una quota, anche minoritaria,

³⁵⁷ Corte di giustizia Europea, sez. III, 10 settembre 2009, C-573/07, ha ritenuto che "in una situazione come quella di cui trattasi nella causa principale, in cui il capitale della società aggiudicataria è interamente pubblico e in cui non vi è alcun indizio concreto di una futura apertura del capitale di tale società ad investitori privati, la mera possibilità per i privati di partecipare al capitale di detta società non è sufficiente per concludere che la condizione relativa al controllo dell'autorità pubblica non è soddisfatta". Specificando, però che "tale conclusione non è inficiata dalle considerazioni contenute nel punto 26 della sentenza 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname (Racc. pag. I-7287)"; In realtà la Corte di Giustizia, attraverso la sentenza del 10 settembre 2009 ha ritenuto che l'apertura del capitale rileva solo se vi è un'effettiva prospettiva di ingresso di soggetti privati nella compagine sociale; specificando che l'eventuale successiva apertura del capitale sociale ad investitori privati "costituirebbe un cambiamento di una condizione fondamentale dell'appalto che necessiterebbe di un'indizione di gara"; Sul tema si veda C. VOLPE, *La Corte CE continua la rifinitura dell'in house. Ma il diritto interno va in controtendenza*, in *www.giustamm.it*, 2010, p. 48, il quale ritiene che "le criticità conseguenti a siffatta posizione sono duplici. In primo luogo, l'individuazione di una prospettiva concreta e a breve termine dell'apertura al capitale privato comporta un giudizio prognostico da parte del giudice che, non potendo essere rapportato a parametri definiti dovendo riportarsi alla specifica fattispecie, comporta di per sé incertezza, oltre alla possibilità di considerare casi identici in modo diversificato".

³⁵⁸ Cons. Stato., sez V, 26 agosto 2009, n. 5082, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*.

possa essere alienata a terzi, non si possa ritenere adempiuto il requisito del controllo analogo³⁵⁹.

Maggiormente problematica è stata la definizione qualitativa del concetto di controllo analogo; in tale situazione sia i giudici comunitari, ma ancor più i giudici amministrativi nazionali, si sono dovuti approfondire al fine di qualificare il controllo analogo, coniugandolo con la disciplina del diritto civile.

Ad avviso dei giudici nazionali, il controllo analogo richiede una *“possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti”*³⁶⁰; per verificare la sussistenza di tale influenza dominante il giudice europeo è giunto a richiedere che *“andranno specificamente esaminate tanto disposizioni generali ed astratte, come il diritto societario nazionale, quanto la configurazione concreta, come lo statuto del soggetto interessato”*³⁶¹.

Successivamente è la Corte di Giustizia ad intervenire con la sentenza del 29 novembre 2012, causa C-183/11, secondo cui *“occorre rispondere alla questione sollevata [e cioè quando sussiste un controllo analogo nel caso vi siano più enti che partecipano in una società in house] dichiarando che, quando più autorità pubbliche, nella loro veste di amministrazioni aggiudicatrici, istituiscono in comune un’entità incaricata di adempiere compiti di servizio pubblico ad esse spettanti, oppure quando un’autorità pubblica aderisce ad un’entità siffatta, la condizione enunciata dalla giurisprudenza della Corte, secondo cui tali autorità, per essere dispensate dal loro obbligo di avviare una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico in conformità alle norme del diritto dell’Unione, debbono esercitare congiuntamente*

³⁵⁹ Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2009, n. 591, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*; ragione dell’appello al Consiglio di Stato è la mancanza, all’interno dello statuto, di una clausola di incedibilità delle azioni a privati; i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto che lo statuto non garantisce in maniera certa e permanente l’incedibilità a privati delle azioni.

³⁶⁰ C. giust. CE, 13 ottobre 2005, in causa C-458/03, in *www.curia.europa.eu*.

³⁶¹ Conclusioni dell’avvocato generale C. Stix-Hackl presentate il 12 gennaio 2006, causa C-340/04, Carbotermo.

sull'entità in questione un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi, è soddisfatta qualora ciascuna delle autorità stesse partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi dell'entità suddetta"³⁶².

Da ultimo è il TAR Abruzzo, statuendo la mancanza del requisito del controllo analogo ed altresì della prevalenza specificando come *“nel caso di specie, infatti, in considerazione della minima partecipazione che l'ente locale ha nella società e della situazione normativa, statutaria e fattuale della stessa, il medesimo non ha, nell'ambito della società affidataria posseduta in comune con gli altri enti locali, una posizione idonea a garantirgli la benché minima possibilità di partecipare al controllo di tale società. Il comune, infatti, non risulta prendere parte, in alcun modo, all'esercizio del controllo analogo sulla società in questione, neanche congiuntamente con gli altri comuni soci. La minima partecipazione al capitale della società, costituita da una sola azione su 1200 totali e la circostanza che essa non partecipa agli organi direttivi e amministrativi della società, se non nelle forme del diritto comune ossia mediante la partecipazione, in qualità di socio, all'assemblea che nomina i membri del CdA, e non ha specifici poteri per indirizzarne o controllarne l'attività devono, dunque, escludere che il controllo esercitato dal comune affidante sulla società affidataria sia effettivo. Il requisito del controllo analogo, necessario ai fini della legittimità dell'affidamento in house, è pertanto assente, come il requisito della prevalenza dell'attività. Infatti, la circostanza che la società affidataria svolga in favore dei vari enti locali soci, complessivamente considerati, solamente la metà della sua attività complessiva non consente di ritenere integrato anche il secondo requisito previsto ai fini di un legittimo affidamento in house”*³⁶³.

³⁶² Corte Giustizia Europea, 29 novembre 2012, C-183/11.

³⁶³ TAR Abruzzo, Sez. I, L'Aquila, 10 luglio 2014, n. 596; dello stesso avviso altresì il TAR Piemonte, Sez. I, 13/6/2014, n. 1069, secondo cui *“è necessario, infatti, che anche il singolo socio possa vantare una posizione più che simbolica, idonea, per quanto minoritaria, a garantirgli una possibilità effettiva di partecipazione alla gestione dell'organismo del quale è parte; sicché, una presenza puramente formale nella compagine partecipata o in un organo comune incaricato della direzione della stessa, non risulterebbe sufficiente. La giurisprudenza comunitaria sottolinea inoltre la necessità che detto controllo analogo si espliciti sotto forma di partecipazione sia al capitale, sia agli organi direttivi dell'organismo controllato. La giurisprudenza comunitaria non specifica attraverso quali sistemi operativi debba*

L'attività prevalentemente dedicata al socio pubblico

Il secondo requisito richiesto dalla giurisprudenza europea si considera adempiuto nel caso in cui la società affidataria svolga la parte più importante della propria attività con l'Ente o gli Enti pubblici che ne detengono il capitale sociale.

Con la sentenza dell'11 maggio 2006, *Carbotermo*³⁶⁴, già citata, si è ritenuto che l'attività che esula da questo rapporto "interno" deve essere assolutamente marginale in modo tale da "evitare che sia falsato il gioco della concorrenza"³⁶⁵.

Il requisito dell'attività prevalentemente dedicata al socio pubblico mette in risalto la caratteristica della strumentalità attraverso la "delegazione

estrinsecarsi la presenza di ciascun socio negli organi direttivi e con quale modalità concreta quest'ultimo debba concorrere al controllo analogo. La prassi conosce svariate meccanismi, fondati ora sulla nomina diretta e concorrente di singoli rappresentanti (uno per ogni socio) in seno al consiglio di amministrazione della società; ora sulla partecipazione mediata agli organi direttivi attraverso la nomina da parte dell'assemblea di consiglieri riservati ai soci di minoranza. Validi alternative è offerta dagli strumenti di carattere parasociale, che operano attraverso la predisposizione di organismi di controllo, costituiti dai rappresentanti di ciascun ente locale, muniti di penetranti poteri di verifica preventiva sulla gestione dell'attività ordinaria e straordinaria del soggetto in house, tali da rendere l'organo amministrativo privo di apprezzabile autonomia rispetto alle direttive delle amministrazioni partecipanti. E' dato pacifico in giurisprudenza, infine, che il controllo debba essere esercitato non solo in forma propulsiva ma anche attraverso l'esercizio - in chiave preventiva - di poteri inibitori, volti a disinnescare iniziative o decisioni contrastanti con gli interessi dell'ente locale direttamente interessato al servizio".

³⁶⁴ Cort. Giust., *Carbotermo* 11 maggio 2006.

³⁶⁵ *Ibidem*, punti 60-61: "la condizione che il soggetto di cui trattasi realizzi la parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti locali che lo detengono è finalizzata, in particolare, a garantire che la direttiva 93/36 continui ad essere applicabile nel caso in cui un'impresa controllata da uno o più enti sia attiva sul mercato e possa pertanto entrare in concorrenza con altre imprese. Infatti, un'impresa non è necessariamente privata della libertà di azione per la sola ragione che le decisioni che la riguardano sono prese dall'ente pubblico che la detiene, se essa può esercitare ancora una parte della sua attività economica presso altri operatori".

interorganica”; infatti l’Ente affidatario opera per l’amministrazione, non per il mercato, in quanto è parte integrante della stessa³⁶⁶.

Il problema principale, nel rilevare l’attività prevalente, è se la nozione sia qualitativa o quantitativa; l’altro aspetto controverso è rappresentato dal rapporto intercorrente fra le attività considerate nel giudizio quantitativo-qualitativo suddetto e quelle complessivamente rientranti nell’oggetto sociale del soggetto affidatario ossia “*ci si deve chiedere se abbiano rilievo soltanto alcune specifiche attività dell’impresa considerata oppure tutte*”³⁶⁷.

Riguardo alla prima questione, un parte della dottrina³⁶⁸ ha ripreso la regola dettata in materia di appalti di servizi nei settori speciali³⁶⁹, ora presente anche nelle nuove Direttive Comunitarie in materia di appalti e concessioni³⁷⁰, individuando l’80% della cifra media d’affari, nei confronti dell’Ente affidatario, come limite per la società affidataria; mentre altro orientamento ha ritenuto che non si potesse inquadrare il concetto di parte più importante dell’attività attraverso elementi quantitativi³⁷¹; ulteriore elemento

³⁶⁶ Si veda la sentenza del 17 luglio 2008, Comune di Mantova: “secondo la costante giurisprudenza della Corte [...] da un lato, l’amministrazione pubblica, che è un’amministrazione aggiudicatrice, deve esercitare sull’ente giuridicamente distinto di cui trattasi un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi, e, dall’altro, tale ente deve svolgere la parte più importante della sua attività con l’ente o gli enti pubblici che lo detengono”; in particolare si veda anche la sentenza Teckal al punto 50, e la sentenza 8 aprile 2008, causa C-337/05, al punto 36.

³⁶⁷ Si veda il punto 101 delle conclusioni dell’Avvocato generale Stix-Hackl, in causa C-340/04.

³⁶⁸ G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, op. cit., p. 191, G. GRECO, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, op. cit., p. 1461 ss.

³⁶⁹ D’altronde, come osservato dall’Avvocato generale Stix-Hackl, all’applicazione analogica della regola dell’80% di cui all’art. 13 della direttiva n. 93/38 osta in primo luogo la circostanza che si tratta di una disposizione eccezionale contenuta in una direttiva valida solo per taluni settori e non può essere trasposta con riguardo ad altri settori rispetto ai quali la normativa comunitaria non lo abbia espressamente previsto.

³⁷⁰ Si tratta delle Direttive n. 23, 24 e 25 del 2014, di cui si parlerà nel Capitolo VII.

³⁷¹ A. PALLOTTA, *Servizi pubblici locali: affidamenti in house e società miste nella più recente giurisprudenza*, op. cit., p. 191, il quale ritiene che: “a contraddire tale conclusione va considerato che

discriminante è che la valutazione debba essere svolta in concreto, sia che si utilizzino criteri quantitativi, sia che si utilizzino criteri qualitativi³⁷².

Per quanto concerne la seconda problematica, relativa a quali attività siano da considerare nel giudizio di prevalenza, ciò che emerge è l'eccezionalità dell'affidamento *in house*, "teleologicamente orientato alla salvaguardia della concorrenza, impone un'interpretazione di stretto rigore la quale richiede la necessità che siano valutate tutte le attività esercitate dall'ente societario affidatario, indipendentemente da condizioni di luogo e dalla natura, pubblica o privata, dei soggetti destinatari delle relative prestazioni"³⁷³.

Mentre l'attività destinata a soggetti terzi, siano essi pubblici o privati, deve necessariamente essere secondaria³⁷⁴, "con la conseguenza che l'attività extraterritoriale degli Enti *in house* è soggetta ad un vincolo ulteriore rispetto a quelli

la rigidità di una percentuale fissa può costituire un ostacolo per una soluzione corretta e non consente, peraltro, di prendere in considerazione elementi che non siano quantitativi"; si veda anche il punto 88 delle conclusioni dell'Avvocato generale Stix-Hackl, in causa C-340/04.

³⁷² R. CAVALLO PERIN e D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, op. cit., p. 51; come propone l'Avv. Gen. J. Kokott nelle Conclusioni del 1 marzo 2005, causa C-458/03, Parking Brixen GmbH, al punto 83: "il contraente dell'amministrazione aggiudicatrice deve svolgere dal punto di vista sia quantitativo che qualitativo la maggior parte della sua attività per l'amministrazione o per le amministrazioni aggiudicatrici che la controllano. Un primo indizio in tal senso può essere costituito dalla quota del volume d'affari realizzato da tale società con gli appalti affidatili dal suo azionista pubblico. Inoltre, nel caso in cui un'impresa sia presente con la sua attività in numerosi settori, bisognerà accertare in quanti di questi settori d'attività tale impresa eserciti la maggior parte della sua attività per il suo azionista pubblico e quale importanza ciascuno di tali settori rivesta per l'impresa suddetta"; si veda anche Tar Campania, Sez. I, 30 marzo 2005, n. 2784.

³⁷³ A. PALLOTTA, *Servizi pubblici locali: affidamenti in house e società miste nella più recente giurisprudenza*, op. cit., p. 191.

³⁷⁴ Ove "la semplice circostanza che un'impresa pubblica locale [ente *in house*] svolga o possa svolgere la sua attività al di fuori del territorio di un Comune non esclude necessariamente che essa svolga la sua attività in prevalenza per quel Comune", Concl. Avv. Gen. J. Kokott, 1° marzo 2005, causa C-458/03, Parking Brixen GmbH, punto 84.

*a suo tempo elaborati dalla giurisprudenza per le aziende municipalizzate e poi speciali ed ora contenuti nella disciplina nazionale per i servizi pubblici locali*³⁷⁵.

5.3 Le società miste³⁷⁶

La società mista rappresenta una delle possibili forme per la realizzazione di beni o servizi di interesse pubblico, con l'ausilio di capitali privati³⁷⁷. La particolarità della società mista deriva dal fatto che i conferimenti, che vanno a formare il capitale sociale, provengono sia da soggetti pubblici che da da soggetti privati.

Proprio per tale peculiarità, il presente modulo societario si pone come alternativa alla stipulazione di un contratto di appalto pubblico e come tale non soggetto alle direttive sugli appalti bensì ai principi del Trattato CE: viene dunque, imposta all'Amministrazione, che in questo caso è compartecipe insieme al privato dell'attività svolta, la definizione, secondo precise e non discriminatorie modalità, delle prestazioni che il nuovo soggetto giuridico è incaricato a svolgere.

³⁷⁵ R. CAVALLO PERIN e D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, op. cit., p. 51.

³⁷⁶ Per una ricostruzione sulla precedente evoluzione normativa, giurisprudenziale e dottrinale, si veda M. MIOLA, *Le società miste come società di "diritto speciale"*, p. 181, in G. GIANDOMENICO, R. FAGNANO e G. RUTA (a cura di), *Le società miste locali per la gestione dei pubblici servizi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., 1997, e S. MANGIAMELI, *I servizi pubblici locali*, op. cit., p. 152 ss., Torino; per un'analisi sul più ampio problema del ruolo delle società miste nel panorama giuridico attuale, si veda M.E. BOSCHI, *Capacità e legittimazione delle società a partecipazione pubblica locale: l'ambito di applicazione delle limitazioni previste dalla legge*, in *www.giustamm.it*, 2010.

³⁷⁷ M. LEVIS, C. MANACORDA e E. GROMIS DI TRANA (a cura di), *Le società miste, Analisi e indirizzi applicativi di un modello societario speciale*, Milano, Ilsole24ore, 2005, e F. G. SCOCA, *La s.p.a. mista tra soggetto privato ed organismo pubblico*, in G. GIANDOMENICO, R. FAGNANO e G. RUTA (a cura di), *Le società miste locali per la gestione dei pubblici servizi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., 1997, p. 173.

Ancor prima di analizzare tali regole, è necessario premettere che la società mista può essere costituita soltanto per iniziativa di un soggetto pubblico³⁷⁸, il cui capitale sociale è formato da conferimenti che provengono parte da una o più amministrazioni pubbliche, e in parte da soggetti

Il concetto di società mista può acquisire diverse connotazioni, come di organismo pubblico³⁸⁰, o di impresa pubblica³⁸¹; infatti, qualora venga

³⁷⁸ Art. 1, comma 1, d.P.R. n. 533/1996: *“per l’esercizio di servizi pubblici e per la realizzazione delle opere accessorie connesse, necessarie al loro corretto svolgimento, la costituzione delle società di cui all’articolo 12, comma 1, della legge 23 dicembre 1992 n. 498, ed all’articolo 4 del D.L. del 31 gennaio 1995 n. 26, convertito nella legge 29 marzo 1995 n. 95, è promossa da uno o più enti locali”*; art. 9-bis, comma 1, d.lgs. n.229/1999: *“la conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano autorizza programmi di sperimentazione aventi ad oggetto nuovi modelli gestionali che prevedano forme di collaborazione tra strutture del servizio sanitario nazionale e soggetti privati, anche attraverso la costituzione di società miste a capitale pubblico e privato”*; art. 120, comma 1, d.lgs. n. 267/2000: *“le città metropolitane e i comuni, anche con la partecipazione della provincia e della regione, possono costituire società per azioni per progettare e realizzare interventi di trasformazione urbana, in attuazione degli strumenti urbanistici vigenti”*; art. 113, comma 5, d.lgs. n. 267/2000, come modificato dal d.l. n. 269/2003, conv. nella legge n. 326/2003: *“l’erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore nel rispetto della normativa dell’Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio b) a società a capitale misto pubblico-privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l’espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica”*; art. 30, comma 1, d.l. n. 269/2003, conv. nella legge n. 326/2003: *“ai fini della valorizzazione, trasformazione, commercializzazione e gestione del patrimonio immobiliare dello Stato, vengono promosse le società a trasformazione urbana, secondo quanto disposto dall’art. 120 del T.U.E.L. di cui al d.lgs. del 18 agosto 2000, n. 267”*.

³⁷⁹ Art. 12, comma 1, legge n. 498/1992: *“le province e i comuni possono, per l’esercizio di servizi pubblici e per la realizzazione delle opere necessarie al corretto svolgimento del servizio nonché per la realizzazione di infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico, costruire apposite società per azioni senza il vincolo della proprietà maggioritaria”*.

³⁸⁰ La Corte di giustizia europea ha da sempre affermato che per la qualificazione di organismo di diritto pubblico è necessario possedere tre requisiti: a) la personalità giuridica; b) che il capitale sociale sia detenuto in modo maggioritario da Pubbliche Amministrazioni; c) che abbia come scopo il soddisfacimento di bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale.

³⁸¹ Proprio nell’ambito degli interventi diretti, che è l’ambito di maggior interesse per questo studio, si enuclea il concetto di *“impresa pubblica, (ossia) l’impresa il cui capitale o patrimonio sia Stato conferito in tutto o in parte dallo Stato o da altro ente pubblico”* (R. DE NICTOLIS e L. CAMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste, op. cit.*, p. 16); mentre negli interventi indiretti lo Stato ha il compito di indirizzare e controllare l’economia privata. L’impresa pubblica è sempre stata vista dal soggetto pubblico come un efficace strumento per il raggiungimento dei

il requisito ulteriore del soddisfacimento di bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, necessario per la configurazione di organismo di diritto pubblico, la società mista verrà inquadrata nella diversa categoria delle imprese pubbliche.

Tema di fondamentale importanza è rappresentato dalla modalità di scelta del socio privato, in fase di costituzione della società mista, in quanto riveste notevole importanza in relazione alla possibilità che vengano rispettati i principi di libertà di concorrenza e trasparenza nella fase precedente all'affidamento da parte dell'Amministrazione per la gestione del servizio pubblico³⁸².

suoi obiettivi; per questo molto spesso è stata utilizzata in settori scarsamente produttivi. Nel quadro degli interventi diretti la partecipazione dello Stato nell'economia si è sviluppata mediante tre distinte tipologie di imprese pubbliche: l'impresa-organo, l'impresa-ente, e l'impresa a partecipazione pubblica; la di impresa-organo che è quasi scomparsa del tutto a causa delle privatizzazioni; "si ha impresa organo quando un'impresa pubblica è gestita direttamente da un organo dello Stato o di un altro Ente pubblico" (S. CASSESE, A. MASSERA *Le imprese pubbliche in Italia*, in S. CASSESE et al, *L'impresa pubblica*, Milano, Giuffrè, p. 95); per quanto concerne l'impresa-Ente pubblico si rinvengono due distinte categorie: da un lato l'impresa-Ente pubblico operativo, che produce direttamente per il mercato; dall'altro, l'impresa-Ente pubblico di gestione o "holding". Un esempio della prima categoria è rappresentata dall'ENEL; un esempio della seconda dall'ENI. Il terzo tipo di impresa pubblica è rappresentato dall'impresa a partecipazione pubblica che dagli anni '50 ha iniziato a ricoprire un ruolo fondamentale per l'intervento pubblico nell'economia; sua principale caratteristica è che il suo carattere pubblico, è riconosciuto, non per il soggetto che gestisce la società ma, per il soggetto "pubblico" che controlla la società attraverso una partecipazione azionaria. Per questa ragione tale forma di intervento pubblico nell'economia viene indicato come il modello della "società ad economia mista". La tipologia più comune di impresa a partecipazione statale è stata la società per azioni, che si distingue da quelle che adottano tipi diversi, ma sempre di diritto comune; mentre la società per azioni presenta tratti derogatori rispetto al modello di diritto comune, queste ultime sono espressamente previste da leggi. L'ultimo tipo d'impresa con partecipazione statale è costituita dalle società con partecipazione statale necessaria.

³⁸² Si veda A. RALLO, *Sistemi di scelta del partner privato nelle società miste*, op. cit., p. 147, quando afferma che ciò comporta "la conseguenza di anticipare le garanzie costituzionali e procedurali alla fase costitutiva dell'organismo misto, piuttosto che spostare la questione al successivo momento della concreta attribuzione del servizio pubblico. Se infatti appiano pienamente condivisibili le opinioni di chi ritiene una sostanziale duplicazione procedimentale l'imporre all'ente locale di rendersi concorrente di una propria concessione (con l'ulteriore stranezza - si può aggiungere - di avere un soggetto, al tempo stesso, concedente e concorrente), appare comunque indispensabile che la verifica di

L'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006, afferma l'obbligatorietà, per qualsiasi tipologia di partecipazione privata, sia essa maggioritaria o minoritaria, della procedura ad evidenza pubblica³⁸³.

In varie occasioni, pure la giurisprudenza ha aderito alla tesi che prospettava la necessità della gara³⁸⁴ e, ad oggi, è pacifico che, anche per

rispondenza ai principi paritetici debba essere svolta in una fase precedente: fase che non può essere altra che quella di scelta del partner privato con cui costituire la società mista”.

³⁸³ Art. 1, c. 2, d.lgs. n. 163/2006 secondo cui *“nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un’opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica”*. La decisione presa dal legislatore è il risultato di una lunga evoluzione normativa e giurisprudenziale, la cui genesi storica è costituita dall’art. 12, comma 1 della Legge n. 498/1992, abrogato successivamente dal d.lgs. n. 267/2000, il quale stabiliva la possibilità per province e comuni, di svolgere servizi pubblici e realizzare opere di interesse pubblico, le quali non rientrassero nelle competenze istituzionali di altri Enti, attraverso la costituzione di apposite società per azioni. Veniva specificamente previsto che *“gli Enti interessati provvedono alla scelta dei soci privati e all’eventuale collocazione dei titoli azionari sul mercato con procedure ad evidenza pubblica”*. Sul punto gran parte della dottrina ha ritenuto, attraverso una lettura formalistica dell’art. 12, che l’obbligo di scelta del socio privato, mediante procedure di evidenza pubblica, avvenisse solo in caso di partecipazione pubblica minoritaria. Infatti, mentre l’art. 22, legge n. 142/1990, non operava alcun riferimento, in primo luogo, alla possibilità di partecipazione pubblica minoritaria ed, in secondo luogo alla necessità di una procedura di evidenza pubblica per il socio privato di minoranza, la nuova disciplina veniva interpretata, dalla quasi totalità della dottrina, con l’obbligo da parte del socio privato di maggioranza di espletare procedure ad evidenza pubblica; in particolare si veda R. VILLATA, *Pubblici servizi, discussione e problemi*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 26, il quale evidenzia come da un punto di vista sistematico si avanzarono obiezioni per l’adozione di procedure ad evidenza pubblica; i rilievi poggiavano *“sull’asserita incompatibilità tra siffatte procedure ed i contratti associativi, nei quali assume un rilievo essenziale l’intuitus personae; sul piano più strettamente esecutivo si invocava l’interpretazione a contrario dell’art. 12 della l. n. 498 del 1992; infine si evidenziavano due aspetti pratici: l’impossibilità di espletare una gara dopo che l’ente pubblico ha già tutto predeterminato (statuto, quota da sottoscrivere, importo relativo) e l’equivalenza (rispetto a quelli cui è teleologicamente orientata la gara) dei risultati garantiti dal controllo sulla società da parte dell’ente pubblico”*.

³⁸⁴ In merito il T.A.R. Piemonte, sez. II, 21 marzo 1996 n. 159 in cui si evidenzia che *“nel caso in cui l’Ente Pubblico scelga un socio per la società per azioni con capitale pubblico di maggioranza destinata, ai sensi dell’art. 22, comma 3, lett. e), L. 8 giugno 1990, n. 142, a gestire un servizio pubblico, dovrà operare rispettando le procedure concorsuali dell’evidenza pubblica previste dalla normativa di contabilità dello Stato”*; alla conclusione del Tribunale Amministrativo piemontese si aggiunsero altre pronunce; in merito si veda T.A.R. Toscana, sez. II, 18 agosto 1997 n. 580, in *www.dejure.it*, in cui viene previsto che *“anche il momento di formazione della società per la gestione di servizi pubblici, deve essere ricondotto alle procedure pubblicistiche per la scelta del contraente, in quanto*

effetto dei molteplici interventi giurisprudenziali, sia comunitari che interni, la scelta del socio privato debba avvenire previa indicazione di una procedura ad evidenza pubblica.

5.3.1 Società miste ed extraterritorialità

L'art. 13, d.l. n. 223/2006, convertito nella legge n. 248/2006³⁸⁵, pone precise limitazioni alle società miste laddove queste intendano operare al di fuori della comunità sociale di appartenenza degli Enti costituenti o partecipanti, prestando i propri servizi ad Enti diversi.

Quanto all'ambito soggettivo, si deve trattare di società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali o locali, che hanno il compito di produrre beni e servizi strumentali all'attività di tali Enti.

Vengono escluse quindi, ai sensi dell'art. 13 l. n. 248/2006, le società finalizzate ai servizi pubblici locali; tuttavia nel caso in cui la società abbia

l'interesse pubblico che connota la causa della società rende la gara necessaria in ogni caso, proprio perché la società è modello organizzativo degli enti locali per la gestione di un servizio pubblico di cui questi sono titolari" e che "la gestione di un servizio pubblico che l'ente locale intenda affidare ad una società per azioni necessita dell'attivazione di una procedura ad evidenza pubblica finalizzata alla individuazione del soggetto ritenuto idoneo con il quale instaurare il rapporto associativo".

³⁸⁵ Al comma 1, l'art. 13 della legge 248/2006 recita così: "Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti. Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società od enti."; per un attento commento si veda G. CAIA, *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, op. cit.

come scopo sia la produzione di servizi strumentali che quella di servizi pubblici locali, si cade nell'ambito di applicazione dell'art. 13³⁸⁶.

È utile aggiungere che la norma limitativa si applica anche alle società miste con capitale pubblico minoritario³⁸⁷.

In questa sede è altresì necessario ricordare la sentenza emessa dal Consiglio di Stato, in data 25 agosto del 2008 n. 4080³⁸⁸, nella quale i giudici di Palazzo Spada ribadiscono che la finalità delle società miste è quella di perseguire primariamente la promozione della comunità locale, in quanto la possibilità di svolgere un'attività *extra moenia*, è subordinata *“alla dimostrazione che in tal guisa viene soddisfatta una specifica esigenza della medesima collettività, che non si traduca in un mero ritorno di carattere imprenditoriale”*.

Si ritiene altresì inammissibile l'attività *extra moenia* quando *“vi sia una concreta incompatibilità con gli interessi della collettività di riferimento,*

³⁸⁶ T.A.R. Sardegna, sez I, 11 luglio 2008 n. 1371, in www.dirittodeiservizipubblici.it, dove viene sostenuto che *“le società miste che hanno per oggetto la gestione dei servizi pubblici locali [...] devono avere oggetto sociale esclusivo. Se, infatti, sono assoggettate a tale prescrizione le società di cui al c. 1, dell'art. 13 cit., ossia le società che svolgono attività di produzione di beni e servizi strumentali, le quali pertanto non possono comprendere nel loro oggetto sociale lo svolgimento di servizi pubblici locali, ne deriva come conseguenza che anche le società miste, le quali intendano dedicarsi alla gestione di questi ultimi, devono prevedere quale loro oggetto sociale esclusivo la gestione dei servizi pubblici locali”*.

³⁸⁷ Con. Stato, sez IV, 5 marzo 2008 n. 946, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

³⁸⁸ Il caso aveva ad oggetto una gara d'appalto indetta dal comune di Nuoro per la gestione del servizio integrato di acquisto di energia elettrica, esercizio e gestione degli impianti di illuminazione, manutenzione ordinaria, programmata e straordinaria; la questione centrale trattata dalla pronuncia e risolta in senso negativo, consiste nello stabilire se alle società miste costituite da enti locali per la gestione dei servizi pubblici all'interno del territorio di riferimento sia consentito partecipare a gare di appalto indette da altre amministrazioni; la gara è aggiudicata in via definitiva a Hera Luce (controllata in via maggioritaria dal comune di Bologna) e la società Cogei, seconda classificata, impugna il bando che si vede accogliere i motivi principali; la società Hera Luce impugna la sentenza del TAR; chiamato a pronunciarsi il Consiglio di Stato riassume brevemente lo sviluppo della giurisprudenza, comunitaria e nazionale, e della legislazione nazionale, in tema di extraterritorialità di una società mista; si veda E. SCAGLIONE, *L'attività extraterritoriale delle società miste: le esigenze della collettività locale prevalgono sulla libertà imprenditoriale*, in *foro amm. CDS*, 2008, p. 3389.

*da una distrazione di risorse e mezzi effettivamente apprezzabile e realisticamente in grado di arrecare pregiudizio allo svolgimento del servizio pubblico locale*³⁸⁹.

Solo a tali condizioni viene soddisfatta la duplice esigenza che, le attività extraterritoriali da parte della società mista non si traducano in pregiudizio per per la collettività territoriale, e che, una volta che la società mista presti le sue sue attività nel mercato, vi operi in condizioni di effettiva concorrenza e parità parità con gli imprenditori privati, *“senza costituzione di una posizione di privilegio derivante dalla possibilità di usufruire, in violazione delle norme comunitarie e nazionali sugli aiuti pubblici alle imprese, di una dote economico-finanziaria costituita da denaro pubblico e, dunque, in definitiva, a carico della collettività*³⁹⁰.

È necessario quindi, comparare di volta in volta, il vincolo funzionale implicitamente imposto in sede di istituzione della società mista, con l'impegno extraterritoriale richiesto in concreto; per questo tale verifica, può ritenersi rimessa alle commissioni giudicatrici delle gare quando a queste chiedano di partecipare società miste³⁹¹.

5.3.2 *L'affidamento di servizi a società miste*³⁹²

³⁸⁹ In tal senso si veda Cons. Stato, sez. V, 30 maggio 2005, n. 2756 in www.dirittodeiservizipubblici.it.

³⁹⁰ Cons. Stato, sez. VI, del 7 settembre 2004, n. 5485.

³⁹¹ In tale senso si veda R. CAVALLO PERIN, *La riforma dei servizi pubblici locali*, op. cit.

³⁹² In tema si veda anche L. M. CARUSO, *l'in house providing nell'evoluzione giurisprudenziale comunitaria e nazionale*, in *Rivista giurisprudenza di merito*, in dejure.it, n. 5, maggio 2009, D. TASSAN MAZZOCCO, G. LEZZI e L. GUFFANTI, *Le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 76, e L. AMMANATI e F. DI PORTO, *Concorrenza e sussidiarietà nei servizi pubblici locali, modelli europei a confronto*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 79. L'art. 22, Legge n. 142/1990, successivamente abrogato, prevedeva che l'affidamento di servizi pubblici locali a società mista con capitale pubblico maggioritario poteva avvenire in via diretta, senza gara; conseguentemente le società a capitale pubblico minoritario potevano aspirare all'appalto di servizi pubblici esclusivamente a mezzo di procedura concorrenziale mediante gara per

Per ciò che concerne le modalità di affidamento della gestione di un servizio pubblico locale, la tesi sostenuta da parte della dottrina³⁹³ e della giurisprudenza³⁹⁴ maggioritaria, ritengono che una società mista a

l'affidamento di appalto. Tale articolo ha generato ampie discussioni e il diritto vivente, formatosi attraverso le sentenze della giurisprudenza comunitaria e nazionale, si è contrapposto attraverso due distinte interpretazioni. La prima tesi ha ritenuto che, in via di principio generale, non potesse considerarsi legittimo l'affidamento diretto di un servizio a società mista, anche in presenza di una gara ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato. Un opposto indirizzo ermeneutico, invece, originato inizialmente dalla dottrina, ha sostenuto che la società mista a prevalente partecipazione pubblica potesse essere sempre affidataria diretta di servizi, con la sola condizione dell'espletamento di gare ad evidenza pubblica. Al fine di comprendere meglio le due tesi è necessario distinguere le ipotesi in cui una società mista viene costituita per una specifica missione, sulla base di una gara che abbia per oggetto sia la scelta del socio che l'affidamento della specifica missione, e le ipotesi in cui si intenda operare ulteriori affidamenti ad una società mista già costituita. Nel primo caso, sia la giurisprudenza nazionale che quella comunitaria sono ora concordi nel ritenere che è sufficiente un'unica gara per la scelta del socio privato e conseguentemente la possibilità di affidamento diretto. In questo modo la procedura di evidenza pubblica per la scelta del socio privato sopperisce alla procedura concorsuale per l'affidamento dell'appalto. Per quanto concerne gli affidamenti di appalti si veda tale soluzione è stata recepita dal d.lgs. n. 163/2006, che dispone al comma 3 dell'art. 32, che le società miste non sono tenute ad applicare le disposizioni del d.lgs. n. 163/2006; ciò significa che non sono tenute a eseguire procedure ad evidenza pubblica, limitatamente alla realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali sono state specificamente costituite, se ricorrono le seguenti condizioni: la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica; il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal d.lgs. n. 163/2006 in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita; la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo.

³⁹³ In proposito si veda R. VAIRA, *La gestione dei servizi pubblici tra in house providing e affidamenti diretti a società miste, ancora incertezze sulle rispettive condizioni di legittimità*, op. cit., contra F. DE SANTIS, *Limiti operativi della società mista affidataria di appalto o servizio pubblico*, in *www.lexitalia.it*, n. 5, 2009, il quale ritiene che "tale motivazione, però, non legittima l'operato delle Amministrazioni che decidono di affidare direttamente l'appalto o il servizio pubblico alla società mista costituita tramite una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato, in quanto non sarebbe rispettosa di quei principi fondamentali vigenti nell'ordinamento comunitario posti a tutela della concorrenza, della trasparenza e del diritto alla non discriminazione nel mercato".

³⁹⁴ *Ex plurimis*: Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2005, n. 272; Di diverso avviso Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, Ad. Plen., 27 ottobre 2006, n. 589, in cui è ritenuto che, anche se il socio privato di una società mista è Stato scelto con gara, l'affidamento del servizio deve avvenire attraverso l'esecuzione di una ulteriore e distinta gara; Tale orientamento ritiene che l'affidamento diretto del servizio ad una società mista, attraverso la scelta del socio privato con gara, "non sembra trovare riscontri nel diritto comunitario, al quale è estraneo un trattamento di favore delle società miste rispetto alle regole della piena concorrenza e, quindi,

partecipazione pubblica può essere sempre affidataria diretta dei servizi, a condizione che la scelta del contraente privato sia avvenuta mediante trasparenti procedure selettive.

In particolare è l'Adunanza della Sezione Seconda del Consiglio di Stato, del 18 aprile 2007 n. 456³⁹⁵ a specificare come sia necessario separare nettamente il modello organizzativo dell'*in house*, con quello, ontologicamente diverso, della società mista; infatti il primo ricadrebbe nei meccanismi di autoproduzione, mentre il secondo strumento di cooperazione tra pubblico e privato nella realizzazione di un'opera o di un servizio³⁹⁶.

della gara specifica per l'affidamento di un servizio". Proseguendo nella spiegazione i giudici rinvennero "un'interpretazione restrittiva, se non addirittura disapplicativa, dell'art. 113, comma 5 lett. b), nel senso che la costituzione di una società mista, anche con scelta del socio a seguito di gara, non esime dall'effettuazione di una seconda gara per l'effettuazione del servizio"; Questa tesi restrittiva deriva da una convinzione secondo la quale solo in mancanza di un rapporto contrattuale fra l'Amministrazione aggiudicatrice e la società affidataria dei servizi l'ordinamento comunitario permette la non applicazione della normativa in tema di affidamenti dei servizi pubblici alle società miste; in poche parole tale deroga sarebbe consentita solo in caso di società *in house*, ancorchè vengano rispettati i requisiti del controllo analogo e dell'attività prevalente.

³⁹⁵ Cons. Stato, ad. sez. II, 18 aprile 2007 n. 456, in www.dirittodeiservizipubblici.it, un parere favorevole in merito all'aggiudicazione diretta di un contratto di servizi intercorso tra un'amministrazione aggiudicatrice (l'Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura-AGEA) e una società a capitale misto (la SIN s.r.l.) detenuta in modo maggioritario da tale amministrazione; in merito si vedano F.S. CANTELLA, *Le società miste come modello ("eccezionale"?) di organizzazione del servizio*, in www.giustamm.it; G. MARCHEGIANI, *Alcune considerazioni in tema di società miste, in relazione ad un recente parere del Consiglio di Stato*, op. cit.; R. GIOVAGNOLI, *Gli affidamenti in house tra lacune del codice e recenti interventi legislativi*; e da ultimo, A. PLAISANT, *In house providing e società miste, due rette parallele o convergenti? Nota a parere Consiglio di Stato, Sezione II, 18 aprile 2007, n. 456*, in www.giustamm.it, 2007.

³⁹⁶ Cons. Stato, ad. sez. II, 18 aprile 2007 n. 456, secondo cui, "se è vero che la società mista, in quanto tale, non è sottoposta al controllo analogo, è dirimente la circostanza che proprio la componente esterna che esclude la ricorrenza dell'*in house* è selezionata con procedure di evidenza pubblica: la quota esterna alla pubblica amministrazione è, cioè, reperita con il ricorso ad un mercato che è certamente premiato, diversamente da quanto avviene nel caso della "chiusura in se stessa" dell'amministrazione in un modello di pura autoproduzione"; Ciò che si evince dal Parere è la non divisibilità della possibilità di affidamento diretto in qualsiasi circostanza, in quanto si reputa necessario che, all'atto della costituzione della società mista e quindi nella scelta del socio privato, vengano affidati compiti ben definiti. Obiettivo dei Giudici di Palazzo Spada è interpretare la legittimità della società mista secondo i principi di concorrenza, parità di trattamento e non

Nel percorso di definizione della modalità di affidamento della società mista si incardina anche la sentenza del Consiglio di Stato del 13 febbraio 2009³⁹⁷ che, approfondendo quanto espresso in precedenza dagli stessi supremi giudici amministrativi, detta le condizioni di legittimità, relative alla gestione di servizi pubblici attraverso una società mista, ribadendo che: 1) esista una norma di legge che autorizzi l'amministrazione ad avvalersi di tale "strumento"; 2) il partner privato sia scelto con gara; 3) l'attività della costituenda società mista sia resa, almeno in via prevalente, in favore dell'autorità pubblica che ha proceduto alla costituzione della medesima; 4) la gara per la scelta del partner e l'affidamento dei servizi definisca esattamente l'oggetto dei servizi medesimi, che devono avere la caratteristica di essere "determinati"; 5) la selezione della offerta migliore sia rapportata non alla solidità finanziaria dell'offerente, ma alla capacità di

discriminazione, in coerenza con l'interesse dell'Amministrazione di poter scegliere la modalità gestionale ritenuta più idonea. Per questo la Corte ritiene adempiuti, tali principi "nel caso in cui - avendo riguardo alla sostanza dei rapporti giuridico-economici tra soggetto pubblico e privato e nel rispetto di specifiche condizioni - non si possa configurare un "affidamento diretto" alla società mista ma piuttosto un "affidamento con procedura di evidenza pubblica" dell'attività "operativa" della società mista al partner privato, tramite la stessa gara volta alla individuazione di quest'ultimo" (Par. 8, pag. 17 del Parere). In questi casi, infatti, "l'attività che si ritiene "affidata" (senza gara) alla società mista sia, nella sostanza, da ritenere affidata (con gara) al partner privato scelto con procedura ad evidenza pubblica che abbia ad oggetto, al tempo stesso, anche l'attribuzione di compiti operativi e quella della qualità di socio" (pag. 18); In sintesi si ritengono rispettati i principi comunitari nel caso in cui: a) vi sia una sostanziale equiparazione tra gara per l'affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio, in cui quest'ultimo si configuri come un "socio industriale od operativo", che concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso; b) si preveda un rinnovo della procedura di selezione "alla scadenza del periodo di affidamento", evitando così che il partner privato divenga "socio stabile" della società mista, possibilmente prevedendo che sin dagli atti di gara per la selezione del socio privato siano chiarite le modalità per l'uscita del socio stesso (con liquidazione della sua posizione), per il caso in cui all'esito della successiva gara egli risulti non più aggiudicatario.

³⁹⁷ Cons. Stato, sez. V, 13 febbraio 2009, n. 824, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, si veda il commento di F. DE SANTIS, *Limiti operativi della società mista affidataria di appalto o servizio pubblico*, op. cit., e R. MORZENTI PELLEGRINI, *L'utilizzabilità delle società a capitale misto pubblico-privato per la gestione dei servizi pubblici, tra precisazioni in ordine agli specifici requisiti legittimanti e residue necessità di chiarimenti*, op. cit., p. 802.

svolgere le prestazioni specifiche oggetto del contratto³⁹⁸; 6) il rapporto instaurando abbia durata predeterminata.

Sul punto è ovviamente intervenuto altresì il giudice europeo, al fine di configurare l'affidamento diretto della concessione di servizi ad una società mista, viene ritenuto ammissibile alle seguenti condizioni: la società deve essere all'uopo preposta per l'acquisizione del servizio, non essendo ammesso l'affidamento diretto ad una società mista già esistente; il socio privato deve essere selezionato con procedura aperta; la procedura deve avere ad oggetto la capacità finanziaria e tecnica di realizzare i servizi e le attività

³⁹⁸ Interessante è l'indicazione del requisito secondo cui la società mista deve compiere la sua attività in via prevalente con l'ente pubblico che ha provveduto alla costituzione della stessa, in quanto permette di mutuare i principi giù propri dell'affidamento *in house*. Come rileva R. MORZENTI PELLEGRINI, *L'utilizzabilità delle società a capitale misto pubblico-privato per la gestione dei servizi pubblici, tra precisazioni in ordine agli specifici requisiti legittimanti e residue necessità di chiarimenti*, p. 80, che "si tratta di una esigenza facilmente giustificabile e ragionevole, peraltro mutuata dalla disciplina delle società *in house*, alla quale, verosimilmente, si potrà far riferimento per delineare il concetto di attività «prevalente» applicando, così, l'insegnamento per cui, nel verificare la sussistenza di tale requisito, non è sufficiente ragionare in termini di determinate percentuali del fatturato a favore dell'autorità pubblica costituente, essendo invece necessario prendere in considerazione, più in generale, tutte le circostanze del caso di specie, sia quantitative (il fatturato, appunto, ma anche altri indicatori economici) che qualitative, verificando l'esistenza di un mercato per l'attività effettuata dal soggetto controllato e, conseguentemente, la circostanza che quest'ultimo offra in tale ambito una parte (significativa) delle proprie prestazioni a soggetti diversi dall'ente controllante". Ulteriori profili di sistemazione si rilevano in merito alla qualifica di partner operativo o socio industriale e non meramente finanziario, in quanto emerge la necessità che al socio privato vengano attribuiti incarichi in cui possa apportare know how, che non possiede il socio pubblico, in modo tale che possa concorrere materialmente alla realizzazione del servizio; sul punto si veda F. DE SANTIS, *Limiti operativi della società mista affidataria di appalto o servizio pubblico*, op. cit., il quale ritiene che "è da condividere quella critica mossa da parte di chi ritiene che la scelta di ritenere che al fine dell'individuazione del socio privato della società mista è necessario orientarsi verso un partner che sia idoneo a farsi materialmente carico delle attività da svolgere e non si limiti ad essere un semplice "finanziatore", possa far identificare la gara finalizzata alla scelta del socio privato ad un appalto o, più precisamente, ad una concessione di servizi, cioè agli strumenti del partenariato c.d. contrattuale", riferendosi a A. PLAISANT, *In house providing e società miste, due rette parallele o convergenti? Nota a parere Consiglio di Stato, Sezione II, 18 aprile 2007, n. 456*, op. cit., il quale ritiene che "la scelta di richiedere al partner privato un ruolo operativo, strutturando la gara finalizzata alla sua individuazione intorno a criteri di selezione qualitativa dei relativi progetti di gestione, avvicina la società mista ad un appalto (o, più precisamente, ad una concessione) di servizi, cioè agli strumenti del partenariato contrattuale".

nell'ambito dell'affidamento; deve essere previsto il rinnovo della procedura di selezione allo scadere dell'affidamento³⁹⁹.

Da ultimo è intervenuta la Corte Costituzionale, con sentenza del 16 luglio 2014, n. 199, statuendo la legittimità costituzionale *“di una disposizione regionale che dispone l'affidamento diretto dei servizi pubblici locali ad organismi a partecipazione mista pubblico/privata (fattispecie relativa all'art. 6, c. 1, della l. r. Sardegna n. 25 del 2012)”*.

³⁹⁹ La Commissione Europea, attraverso la comunicazione 5 febbraio 2008, ha affermato come risulti difficilmente applicabile al modello della società mista una “doppia procedura di gara” rimarcando quanto detto in precedenza dal Parlamento europeo nella *Risoluzione sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni* del 26 ottobre 2006 laddove, al punto 40, affermava che *“se il primo bando di gara per la costituzione di un'impresa mista è risultato preciso e completo, non è necessario un ulteriore bando di gara”*; Risoluzione del Parlamento europeo n. 2006/20043(INI); in merito si veda G. GUZZO, *Società miste: assemblea di Strasburgo e legislazione nazionale, op. cit.*, il quale ritiene che *“la risoluzione del Parlamento europeo del 26 ottobre 2006 sembra cogliere in pieno l'importanza di tale “mutazione genetica” dal momento che compie una significativa apertura verso tutti i modelli di partenariato pubblico – privato, purché rispettosi dei principi della concorrenza e non elusivi della normativa in materia di appalti pubblici e di concessioni”*. Da ultimo si inserisce la sentenza C-196/08 della Corte di Giustizia sez III, 15 ottobre 2009, la quale offre con chiarezza uno spiraglio circa la concreta possibilità di un affidamento diretto alle compagini miste. La Corte di Giustizia è chiamata a pronunciarsi sulla conformità dell'affidamento diretto di una società mista pubblico-privata costituita appositamente per l'espletamento di un determinato servizio pubblico di rilevanza industriale e con oggetto sociale esclusivo, con gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE. La corte, focalizzandosi sulla necessità di *“stabilire con maggiore precisione se l'affidamento del servizio pubblico in questione alla società mista pubblico-privata senza indizione di gara specifica sia compatibile con il diritto comunitario, dal momento che la gara d'appalto finalizzata all'individuazione del socio privato cui affidare la gestione integrale del servizio idrico è stata effettuata nel rispetto degli artt. 43 CE e 49 CE nonché dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione a motivo della nazionalità, così come dell'obbligo di trasparenza che ne discende”*, ha affermato che in tal caso *“introdurre una doppia gara sarebbe difficilmente compatibile con l'economia delle procedure cui si ispirano i partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, poiché l'istituzione di questi organismi riunisce in uno stesso atto la scelta di un socio economico privato e l'aggiudicazione della concessione alla società a capitale misto da istituire a tale esclusivo scopo”*. Di conseguenza non è necessario l'espletamento della gara in capo alla società *“dal momento che i candidati devono provare, oltre alla capacità di diventare azionisti, anzitutto la loro perizia tecnica nel fornire il servizio nonché i vantaggi economici e di altro tipo derivanti dalla propria offerta”*. La Corte precisa che *“una società a capitale misto pubblico e privato, come quella di cui trattasi deve mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione e che qualsiasi modifica sostanziale del contratto comporterebbe l'obbligo di indire una gara (sentenza 19 giugno 2008, C-454/06)”*.

Sul punto la Corte ha ritenuto che non fosse fondata la questione di legittimità costituzionale, in quanto *“a causa delle vicende legislative e referendarie alla materia in cui si controverte nel presente giudizio si applica unicamente la normativa e la giurisprudenza comunitarie, senza alcun riferimento a leggi interne. Il diritto dell’Unione europea consente, purché ricorrano le condizioni, l’affidamento diretto del servizio di rilevanza economica anche a società cosiddette miste, ed anzi esprimendo un vero e proprio favor per il partenariato pubblico/privato e gli organismi misti. La giurisprudenza comunitaria non esclude che il legislatore, come nel caso di specie, possa disporre l’affidamento diretto del servizio pubblico a società miste, purché sia rispettata la condizione della gara ad evidenza pubblica per la scelta del socio, con contestuale affidamento del servizio”*⁴⁰⁰.

⁴⁰⁰ La Corte specifica che L’art. 6, c. 1, della summenzionata legge regionale, prevede anzitutto, ponendo una regola generale, l’affidamento dei servizi pubblici di interesse generale dell’ente locale mediante procedure ad evidenza pubblica. In alternativa, consente l’affidamento diretto del servizio ad organismi "a partecipazione mista pubblica privata" o "a totale partecipazione pubblica", nel "rispetto della normativa comunitaria". Il rinvio ai principi del diritto dell’Ue è ribadito anche dal c. 2 dello stesso art. 6 della l. reg. n. 25 del 2012 - non impugnato nel presente giudizio - il quale afferma che "Gli enti locali motivano sulle ragioni della scelta della forma di affidamento adottata ai sensi del c. 1 e sulla sussistenza al riguardo dei requisiti previsti dall’ordinamento comunitario". Ne consegue che la norma censurata non soltanto non esclude che la concessione dei servizi venga affidata ad una società mista, il cui socio privato sia individuato attraverso una gara "a doppio oggetto", ma, in ragione del rinvio al diritto dell’Ue, impone l’obbligatorietà di tale procedura. Non sussiste, pertanto, il censurato contrasto tra l’art. 6, c.1, della legge reg. Sardegna n. 25 del 2012, da un lato, e gli evocati principi dei Trattati e la richiamata giurisprudenza comunitaria, dall’altro. La norma impugnata, correttamente interpretata nel senso suindicato, nella parte in cui prevede l’affidamento diretto dei servizi pubblici locali ad organismi a partecipazione mista pubblico/privata, presupponendo infatti che il socio privato della società mista venga scelto con procedura ad evidenza pubblica e con gara cosiddetta "a doppio oggetto", nella quale siano contestualmente definite le caratteristiche del servizio, esaurisce, in tal modo, la fase concorrenziale e ottempera a tutti i requisiti richiesti dal diritto dell’Ue.

CAPITOLO VI

Le ultime vicende della disciplina dei servizi pubblici locali

6.1 *L'articolo 23 bis, legge n. 133/2008; 6.2* Il Referendum abrogativo del giugno 2011 e l'articolo 4 d.l. 13 agosto 2011, n. 138; **6.3** *La Sentenza della Corte Costituzionale, 20 luglio 2012, n. 199*

6.1 L'articolo 23 bis, legge n. 133/2008

In data 25 giugno è stato emanato l'art. 23 bis del d.l. n. 112/2008, convertito in l. n. 133/2008, con successive modifiche intervenute attraverso l'art. 15 del d.l. n. 135/2009 convertito in legge, 20 novembre 2009, n. 166.

Pur non essendo oggi più in vigore in forza dell'esito del Referendum dell'11 giugno 2011, che ne ha sancito l'abrogazione dall'ordinamento nazionale, ai fini della presente ricerca, si ritiene opportuno dedicare un paragrafo all'analisi dell'art. 23 bis, in quanto ha inciso notevolmente nell'evoluzione della giurisprudenza italiana.

Ai sensi del predetto articolo, il conferimento della gestione dei servizi pubblici deve avvenire, in via ordinaria, a favore di imprenditori o società, in qualunque forma costituite, selezionati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica.

Al primo comma l'art. 23 bis afferma che *"le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali"*⁴⁰¹.

⁴⁰¹ Come osserva L. CUOCOLO, *I servizi pubblici locali tra novità legislative e iniziative degli enti territoriali*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 2008, "un altro aspetto preliminare, da mettere in luce, è che la riforma riguarda i soli servizi pubblici locali: restano pertanto esclusi i cd. servizi strumentali, per i quali sarà applicabile l'art. 13 della riforma Bersani (d.l. n. 223 del 2006, conv. in l. n. 248 del 2006). La precisazione, chiara sotto il profilo astratto, non mancherà di presentare controversie applicative, stante la perdurante incertezza dei confini tra concessione di servizio pubblico e appalto di

È utile sottolineare come il legislatore non abbia ritenuto l'art. 23 bis quale unica disposizione a cui riferirsi nella complessità della disciplina dei servizi pubblici locali, in quanto si sarebbero verificati rilevanti vuoti normativi in un sistema già regolato⁴⁰².

Già nell'*incipit* della norma si individua la sua peculiare finalità e cioè, nell'intento del legislatore, quella di disciplinare l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica⁴⁰³; la dottrina si è quindi profusa

servizi e, soprattutto, la materiale difficoltà di individuare caratteri trilaterali o bilaterali in relazione ad alcune categorie di servizi”.

⁴⁰² In merito si veda S. DELIA, *In house e servizi pubblici locali: breve storia della capitolazione di un modello*, in *www.giustamm.it*, 2009, e S. COLOMBARI, *La disciplina dei servizi pubblici locali: carattere integrativo e non riformatore dell'art. 23-bis del D.L. 112/2000*, in *www.giustamm.it*, 2008; quest'ultimo afferma che *“l'odierno art. 23-bis del D.L. n. 112/2008 non determina il superamento della sopra descritta (farraginosa) situazione ordinamentale, ma costituisce piuttosto l'ulteriore contributo ad una disciplina complessiva dei servizi pubblici locali che lo stesso articolo di legge preannuncia come ancora non compiutamente definita: in sostanza, l'art. 23-bis non scalza l'imponente sistema normativo cui si è fatto riferimento perché viene, piuttosto, a sua volta a farne parte”*; si veda anche G. CAIA, *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica nel nuovo art. 23-bis e la disciplina transitoria (premesse di inquadramento)*, op. cit., il quale osserva che *“non si può sottacere che l'art. 23-bis non è affatto innovativo; basti pensare che, nonostante la rubrica del capo VI, in cui l'art. 23-bis è collocato, la norma non ha certo determinato una liberalizzazione e deregolazione dei servizi pubblici locali, perché essi rimangono sottoposti ad un regime amministrativo di affidamento da parte della P.A., oltretutto con forti limitazioni all'azione delle imprese oggi operanti e facoltizzate a rimanere negli esercizi solo fino al termine di un periodo transitorio non completamente definito”*.

⁴⁰³ Corte Giust., 12 settembre 2008, C-180/98 Pavlov, in *www.curia.europa.ueu/it*, *“a questo proposito, dalla costante giurisprudenza risulta che costituisce attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi in un determinato mercato”* e la comunicazione 16 ottobre 2008 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato dove afferma che si ritengono servizi pubblici locali di rilevanza economica *“tutti quelli aventi ad oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali con esclusioni dei servizi sociali privi di carattere imprenditoriale”*; da ultimo si è aggiunto il Parere 11 maggio 2009, n. 195/2009/PAR, in *www.corteconti.it* quando afferma che *“non è possibile individuare a priori, in maniera definita e statica, una categoria di servizi pubblici a rilevanza economica, che va, invece, effettuata di volta in volta, con riferimento al singolo servizio da espletare”*; si veda anche L. CUOCOLO, *I servizi pubblici locali tra novità legislative e iniziative degli enti territoriali*, op. cit., il quale osserva che *“sia i giudici italiani che quelli europei si sono progressivamente attestati su una concezione 'potenziale' di economicità, ritenendo cioè che abbiano tale caratteristica tutti i servizi*

nell'intento di comprendere quando un servizio pubblico si possa considerare di rilevanza economica, *“dovendosi, all'uopo, far riferimento non tanto a categorie astratte e/o tassativamente tipizzate, quanto piuttosto alla intrinseca idoneità della gestione a produrre ricchezza”*⁴⁰⁴.

L'articolo si compone di due ben definiti insiemi di norme: i commi da 1 a 9 hanno assunto portata immediatamente precettiva; il comma 10 ha affidato l'ulteriore e più puntuale disciplina della materia ad uno o più regolamenti che il Governo avrebbe dovuto emanare entro il 31 dicembre 2009⁴⁰⁵.

Parimenti, il primo comma⁴⁰⁶ dell'art. 23 bis stabilisce che le disposizioni da esso introdotte *“prevalgono sulle relative discipline di settore con esse*

che anche solo astrattamente siano suscettibili di un'organizzazione tale da generare profitti e –di conseguenza – appetiti concorrenziali”.

⁴⁰⁴ F. LILLI, *La nuova disciplina di riforma dei servizi pubblici locali*, in *www.giustamm*, 2010.

⁴⁰⁵ Come noto il Regolamento in tema di servizi pubblici locali è stato emanato con d.p.r. del 7 settembre 2010, n. 168.

⁴⁰⁶ Il comma 1 dell'art. 23-bis, con le modifiche intervenute attraverso l'art. 15 del d.l. n. 135/2009 recita così: *“le disposizioni del presente articolo disciplinano l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione. Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili. Sono fatte salve le disposizioni del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, e dell'articolo 46-bis del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222, in materia di distribuzione di gas naturale, le disposizioni del decreto legislativo 16 marzo 1999 n. 79 e della legge 23 agosto 2004 n. 239 in materia di distribuzione di energia elettrica, le disposizioni della legge 2 aprile 1968, n. 475, e successive modificazioni, relativamente alla gestione delle farmacie comunali, nonché quelle del decreto legislativo 19 novembre 1997 n. 422 relativamente alla disciplina del trasporto ferroviario regionale. Gli ambiti territoriali minimi di cui al comma 2 del citato articolo 46-bis sono determinati entro il 31 dicembre 2012 dal Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro per i rapporti con le regioni, sentite la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, e l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, tenendo anche conto delle interconnessioni degli impianti di distribuzione*

*incompatibili*⁴⁰⁷, oltre ad avere come obiettivo quello di *“favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza”*⁴⁰⁸.

Per quanto concerne le discipline di settore la disposizione in esame *“fa salve”*, cioè non ricomprende, espressamente la disciplina relativa al servizio di distribuzione del gas⁴⁰⁹ (d.lgs. n. 164/2000 e art. 46 *bis* d.l. n. 159/2007); quella relativa alla distribuzione di energia elettrica (l. n. 239/2004) e da ultimo la disciplina relativa al trasporto ferroviario regionale (l. n. 422/1997).

In sede di conversione del d.l. n. 135/2009, è stata inoltre inserita tra le ipotesi di esclusione la disciplina relativa alla gestione delle farmacie comunali⁴¹⁰; in conclusione la disposizione è stata applicata alla gestione del

e con riferimento alle specificità territoriali e al numero dei clienti finali. In ogni caso l'ambito non può essere inferiore al territorio comunale”.

⁴⁰⁷ Si veda S. COLOMBARI, *La disciplina dei servizi pubblici locali: carattere integrativo e non riformatore dell'art. 23-bis del D.L. 112/2000, op. cit.*, il quale afferma che *“a proposito delle discipline di settore, si osserva tuttavia che il giudizio di compatibilità va condotto anche tenendo conto della loro “provenienza”: si vuole dire che se esse contengono profili direttamente applicativi di disposizioni comunitarie, non appare possibile ritenere che vengano superate dalla nuova disciplina generale che diversamente dispone. Del resto, così già prevede l'art. 113, comma 1 del d.lgs. n. 267/2000: «Restano ferme le ... disposizioni ... di attuazione di specifiche normative comunitarie»”.*

⁴⁰⁸ Come osserva G. SCARAFOCCHIA, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 2010, *“il richiamo alla tutela della concorrenza ed alla “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”(art. 117), sancisce definitivamente quanto aveva stabilito la Corte Costituzionale durante la vigenza dell'art. 113 TUEL, ovvero l'appartenenza di tale disciplina all'ambito della potestà legislativa esclusiva dello stato. Questa è, per così dire, la regola”.*

⁴⁰⁹ Come osserva G. CAIA, *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica nel nuovo art. 23-bis e la disciplina transitoria (premesse di inquadramento), op. cit.*, *“nel momento in cui il legislatore ha disposto la separazione tra l'attività di distribuzione e quella di vendita del gas naturale ed ha statuito l'anticipata scadenza delle concessioni di distribuzione per passare al nuovo sistema della relativa attribuzione con gara, il legislatore stesso non ha dichiarato ciò che emergeva comunque dall'assetto complessivo della nuova disciplina del settore del gas naturale”.*

⁴¹⁰ Per quanto ora le farmacie comunali rientrano pienamente nella definizione di servizio pubblico locale, per effetto di numerose pronunce dei giudici amministrativi, in merito si veda D. TASSAN MAZZOCCO, G. LEZZI e L. GUFFANTI, *Le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali*, p. 69, *op. cit.*, il quale al tempo in cui era vigente tale disposizione hanno rilevato che ciò *“ha l'effetto di sottrarre la gestione delle farmacie comunali dall'ambito “attrattivo” di*

trasporto pubblico locale, dei rifiuti urbani e delle risorse idriche, aggiungendo anche talune attività di minore importanza.

Per effetto delle modifiche intervenute a mezzo del d.l. n. 135/2009⁴¹¹, al comma 2 si è stabilito che le modalità di affidamento del servizio in via ordinaria potevano essere disposte:

- a) *“a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite, individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità⁴¹².”*
- b) *a società a partecipazione mista pubblica e privata a condizione che:*
 - *la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica;*
 - *vengano rispettati i principi di cui alla lettera a) del presente comma, le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio;*

applicazione proprio della disciplina dei servizi pubblici, assoggettamento, questo, di fatto riconosciuto dalla prevalente giurisprudenza amministrativa”.

⁴¹¹ L'originaria formulazione dei commi 2 e 3, abrogando le disposizioni incompatibili dell'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000, prevedeva che i servizi pubblici potessero essere affidati: in via ordinaria attraverso l'utilizzo procedure competitive ad evidenza pubblica, a favore di imprenditori o di società; in deroga a tali procedure, ed in presenza di peculiari caratteristiche economiche, sociali ed ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento tali da non consentire un utile ricorso al mercato, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria.

⁴¹² Da notarsi la distinzione con l'art. 113, comma 5, lettera a) del d.lgs. n. 267/2000, che stabiliva la facoltà di affidare la gestione dei servizi pubblici locali unicamente a favore di *“società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica”.*

- *al socio privato sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento*⁴¹³.

6.1.1 Società mista come forma ordinaria di gestione

La primigenia formulazione del comma 2, aveva suscitato un ampio dibattito in dottrina, legato principalmente al mancato inserimento dell'istituto delle società miste tra i soggetti ai quali era possibile affidare a mezzo gara ad evidenza pubblica la gestione del servizio di rilevanza economica⁴¹⁴.

L'inciso "*società in qualunque forma costituite*" poteva far propendere per l'utilizzo del modulo societario delle società miste all'interno della categoria degli affidamenti ordinari, anche se vi sono stati pareri discordanti in dottrina⁴¹⁵.

⁴¹³ Nell'originaria formulazione dell'art. 23-bis la società mista non trovava una esplicita indicazione; su tale punto si espresse l'Autorità garante della concorrenza in merito alla "*Comunicazione sull'applicazione dell'art. 23-bis, comma 3, del D.L. n. 12/2008 convertito in l. n. 133/2008 relativo all'affidamento in house dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*" del 16 ottobre 2008, nella quale menzionava esclusivamente l'affidamento *in house*, portando a ritenere, dalla maggioranza degli operatori, che l'affidamento a società mista venisse annoverato tra le forme ordinarie di affidamento del servizio; si veda anche G. GUZZO, *La nuova disciplina "dualistica" dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e il nodo gordiano delle società miste alla luce della comunicazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato del 16 ottobre 2008 e dell'articolo 2 della bozza dell'emanando regolamento di attuazione, op. cit.*

⁴¹⁴ Tra gli altri si vedano M. NICO, *Parte la riforma dei servizi pubblici locali, ecco le novità su gare ed affidamenti in house*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2008, il quale afferma che "*è da notare, per inciso, che nella versione originaria del testo proposto con l'emendamento del Governo, era previsto che alle gare potessero partecipare società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che avessero scelto il socio privato mediante procedure competitive*".

⁴¹⁵ Sul punto si veda G. GUZZO, *La controriforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e il problema irrisolto dell'operatività delle società miste*, in www.giustamm.it, 2009, il quale affermava che "*tuttavia, una lettura siffatta della norma strideva con la ricostruzione del sistema di affidamento della gestione di un servizio pubblico locale a moduli societari misti così come elaborato sia dal Consiglio di Stato che della Commissione europea che prevedeva, allora come ora, lo svolgimento di un'unica gara. Infatti, il testo previgente della norma induceva a ritenere che un modulo societario misto, una volta costituito mediante selezione del partner privato attraverso l'espletamento di una procedura di evidenza pubblica, per*

Con il subentrare della nuova versione, nella quale viene inserito in maniera esplicita il modulo della società mista come forma ordinaria di gestione del servizio, sono stati risolti numerosi dubbi interpretativi.

La formulazione del comma 2 dell'art. 23 *bis* alla lettera *b*) ha destato ulteriori problemi interpretativi che possono essere individuati nei seguenti termini:

- specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio;
- quota minima del 40% da parte del socio privato.

“Specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio”

È da rilevare che le disposizioni contenute nel testo originario dell'art. 15 d.l. n. 135/2009 si riferivano all'attribuzione, a mezzo di gara ad evidenza pubblica, nei confronti del *partner* privato di *“compiti operativi connessi alla gestione del servizio”*, mentre l'articolo definitivo che ha modificato il comma 2 dell'art. 23-*bis*, in sede di conversione in legge, ha previsto espressamente che la gara per la scelta del socio privato dovesse avere *“ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio”*.

Da taluni autori è stato osservato che *“il legislatore, come aveva già fatto altre volte, ha preso a prestito alcune affermazioni contenute nelle decisioni giurisprudenziali per trasformarle in prescrizioni normative. Allo svolgimento di compiti operativi da parte del socio privato fa riferimento, infatti, il Parere del Consiglio di Stato n. 456/07”*⁴¹⁶.

rendersi aggiudicatario della gestione del servizio era costretto a partecipare al pari degli altri soggetti economici allo svolgimento della gara.

⁴¹⁶ G. SCARAFOCCHIA, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, op. cit.

All'interno della dottrina vi è anche chi ha sostenuto che tale norma sarebbe stata difficilmente armonizzabile con quanto stabilito dalla Corte di Giustizia nella pronuncia C-196/08⁴¹⁷.

“Misura minima del 40 per cento”

Altro elemento distintivo dell'art. 23 bis è caratterizzato dalla quota minima di partecipazione privata, pari al 40 per cento; obiettivo del legislatore era quello di rendere più efficiente il servizio attraverso una piena partecipazione del *partner* privato all'interno della compagine azionaria, cosicché il socio privato potesse gestire più attivamente l'affidamento del servizio.

Oltre a quanto affermato da autorevole dottrina⁴¹⁸, che ha ritenuto che la misura minima del 40 per cento da riservare al privato avrebbe suscitato non pochi dubbi, la dottrina maggioritaria ha categoricamente escluso la legittimità di una partecipazione societaria, da parte del *partner* privato, al di sotto del

⁴¹⁷ L. ALLA, *La nuova disciplina in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica dopo le modifiche introdotte dall'articolo 15 del D.L. 135/2009 convertito, con modificazioni, dalla legge 166/2009*, in *www.amministrazioneincammino.it*, 2009. In tale pronuncia, i Giudici comunitari chiamati ad esprimersi sulle condizioni di compatibilità comunitaria dell'affidamento diretto di un servizio pubblico effettuato in favore di una società mista pubblico-privata, hanno rilevato che il diritto comunitario non osta *“all'affidamento diretto di un servizio pubblico [...] nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato CE per le concessioni”*.

⁴¹⁸ F. CINTIOLI, *I servizi pubblici locali tra perentoria privatizzazione e incerta liberalizzazione. Note sull'art. 23 bis, op. cit.*, il quale ritiene che *“in primo luogo, dal momento che il modulo societario è compatibile con la presenza di più enti pubblici, ci si può chiedere se, in tal caso, la percentuale di quota del socio privato possa anche scendere al di sotto della detta soglia, e ciò al fine di garantire che la quota pubblica resti, in linea con quel che il legislatore parimenti ammette, comunque maggioritaria. [...] In secondo luogo, ci si può interrogare sulla facoltà di dare ingresso a più di un socio privato, ad esempio due, e sempre nel presupposto che la selezione sia avvenuta nelle rispettive gare in conformità a quanto dispone il comma 2, lett. b). E, di seguito, ci si può chiedere se, in casi di questo tipo, la quota complessivamente devoluta ai privati possa rimanere pari al 40 per cento, così però riservando a ciascuno dei due non più del 20 per cento”*.

40% del capitale sociale in quanto avrebbe determinato una inefficiente gestione del servizio⁴¹⁹.

6.1.2 Gli affidamenti in house ⁴²⁰

Ai sensi dell'art. 23 bis, l'affidamento *in house* è risultato essere una modalità eccezionale e derogatoria rispetto al regime ordinario di gestione, identificato nel comma 2, a cui poteva ricorrersi solo in "situazioni eccezionali" nel rispetto delle seguenti stringenti condizioni sostanziali:

- *"a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento (che) non permettono un efficace e utile ricorso al mercato";*
- *esclusivamente "a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'Ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta in house e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'Ente o gli Enti pubblici che la controllano"*⁴²¹.

⁴¹⁹ G. GUZZO, *La controriforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e il problema irrisolto dell'operatività delle società miste*, op. cit.

⁴²⁰ Il comma 3 stabilisce che *"in deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione in house e comunque nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano"*. Per una ricostruzione del previgente comma 3 dell'art. 23-bis si veda A. PURCARO, *Servizi pubblici locali: gli affidamenti in house dopo la conversione del decreto legge 112/2008. Brevi note all'art. 23-bis*, in www.lexitalia.it, 2008.

⁴²¹ Come nota F. CINTIOLI, *I servizi pubblici locali tra perentoria privatizzazione e incerta liberalizzazione. Note sull'art. 23 bis*, op. cit., *"questa precisazione dovrebbe soprattutto servire a meglio definire i casi in cui l'affidamento in house è legittimo ed a puntualizzare i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario. Dovrebbe dunque dare maggior certezza nella distinzione tra l'uno e*

Per quanto attiene le condizioni procedurali il comma 3 ha previsto che la determinazione con la quale l'Ente locale ha inteso fare ricorso all'affidamento diretto in deroga debba essere adeguatamente pubblicizzata; motivata *"in base ad un'analisi del mercato"* e preceduta da un *"parere preventivo"* che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è chiamata ad esprimere entro 60 giorni dalla ricezione della relazione contenente gli esiti dell'analisi di mercato effettuata dall'Ente locale.

In riferimento alle disposizioni che disciplinano l'acquisizione del parere dell'Autorità Garante, è da rilevare che le previsioni dettate dall'articolo 23 *bis* sono state oggetto di interventi di modifica sia da parte dell'articolo 15 del d.l. n. 135/2009 che della relativa legge di conversione n. 166/2009⁴²².

6.1.3 Il parere dell'autorità garante della concorrenza⁴²³

La nuova formulazione dell'art. 23 *bis* ha previsto che il parere dell'Autorità Garante dovesse essere preventivo ed obbligatorio, senza assumere, però, un

l'altro caso. Sennonché (ed è qui che nascono i problemi) i requisiti sono mutabili e particolari, così come mutabile e legata al particolare è la giurisprudenza comunitaria che si occupa del tema".

⁴²² Come rileva L. ALLA, *La nuova disciplina in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica dopo le modifiche introdotte dall'articolo 15 del D.L. 135/2009 convertito, con modificazioni, dalla legge 166/2009, op. cit., "L'intervento operato dall'articolo 15 del decreto legge 135/2009, da un lato, ha eliminato il riferimento alle "altre autorità di settore", disponendo così che spetti solamente all'Autorità Garante pronunciarsi sugli esiti dell'analisi di mercato, dall'altro, ha introdotto un comma 4 bis nel corpo dell'articolo 23 bis, con il quale si è inteso dare risposta ad un'esigenza, manifestatasi subito dopo l'approvazione dell'articolo 23 bis, di semplificazione e riduzione del non trascurabile onere burocratico verosimilmente derivante da un obbligo generalizzato di trasmissione di analisi di mercato e relativa richiesta di parere da parte degli Enti locali".*

⁴²³ Sulla necessità del parere di eventuali Authority di settore si veda D. TASSAN MAZZOCCO, G. LEZZI e L. GUFFANTI, *Le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali, op cit., p. 91.*

carattere vincolante, in quanto l'Ente affidante poteva comunque procedere all'affidamento anche in caso di parere negativo⁴²⁴.

Come attenta dottrina ha avuto modo di osservare, la disciplina dell'art. 23 bis aveva affidato all'Autorità un compito di fondamentale importanza in quanto, tale parere, benché non vincolante, nella gran parte dei casi ha segnato la sorte dell'iniziativa presa dall'Ente locale⁴²⁵.

Le applicazioni del modello, soprattutto avuto riguardo ai riscontri pervenuti dai pareri resi noti dall'Autorità, hanno dimostrato che in molti casi le Amministrazioni affidatarie non hanno *“dimostrato la sussistenza di tali peculiarità e, quindi, delle ragioni che non permettono un efficace e utile ricorso al mercato per l'affidamento della gestione del servizio”*⁴²⁶.

Ai sensi dell'art. 23 bis, l'Ente locale che intendeva affidare direttamente un servizio pubblico era, dunque, tenuto a dare adeguata pubblicità della scelta, motivandola in base ad una indagine di mercato dalla quale avrebbe dovuto

⁴²⁴ È la stessa Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, all'interno della segnalazione AS 457 del 4 luglio 2008, ad affermare che *“il meccanismo di controllo [...] rappresenta l'unico argine amministrativo a interpretazioni troppo estensive sulla derogabilità. L'Autorità si impegna a svolgere al meglio la sua funzione, sia pure solo consultiva, che le viene assegnata”*.

⁴²⁵ F. CINTIOLI, *I servizi pubblici locali tra perentoria privatizzazione e incerta liberalizzazione. Note sull'art. 23 bis, op. cit.*, il quale prosegue affermando che tale compito deriva *“sia dall'autorevolezza dell'istituzione da cui promana e per i riflessi politico-mediatici che possono derivarne, sia dal ruolo che dovrebbe svolgere in relazione a probabili contenziosi amministrativi”*.

⁴²⁶ Sul punto si veda S. DELIA, *In house e servizi pubblici locali: breve storia della capitolazione di un modello, op. cit.*, il quale sostiene che *“più di un dubbio, pertanto, è lecito avanzare riguardo alla compatibilità di tale modello con quei principi comunitari che, nell'intento del legislatore, volevano essere perseguiti, giacché, con lo stesso, viene fortemente limitata la capacità degli enti locali di erogare direttamente, con propri strumenti organizzativi, servizi pubblici essenziali per la collettività di riferimento, essendo gli enti stessi obbligati, nella maggior parte dei casi, a far svolgere tali servizi (che pur rientrano nell'ambito delle loro competenze) ad imprese “terze” individuate mediante procedure ad evidenza pubblica”*; si vedano anche C. TESSAROLO, *Il regime transitorio nel nuovo sistema dei servizi pubblici locali*, in www.dirittodeiservizipubblic.it, e M. LOMBARDO, *La nuova riforma dei servizi pubblici locali: art. 23-bis L. 133/08 come modificato dall'art. 15 166/09*, in SSPAL, 2009.

risultare la convenienza dell'affidamento *in house* rispetto all'esperimento di una procedura ad evidenza pubblica.

Di conseguenza gli affidamenti *in house* potevano avvenire solo alle condizioni determinate dall'art. 23 *bis* e specificate dall'Autorità: tali condizioni non erano suscettibili di "*interpretazione estensiva*" da parte degli Enti locali⁴²⁷.

6.1.4 La sentenza della Corte Costituzionale, n. 325/2010

Prima dell'abrogazione dell'art. 23 *bis*, a seguito dell'esito del referendum abrogativo di cui si parlerà nel seguente paragrafo, tale disciplina è stata contestata da alcune Regioni che hanno lamentato l'incompatibilità tra le norme contenute nell'articolo ora analizzato sia con la disciplina comunitaria dei servizi pubblici locali, che con le norme contenute nella Carta Europea dell'Autonomia Locale; più nel dettaglio, esse hanno lamentato la violazione dell'art. 117, comma I, Cost., ovvero la non necessità, a fini adeguativi, dell'intervento normativo.

La Corte, ritenendo le norme censurate né necessarie né incompatibili, ha inteso affermare che la disciplina di cui all'art. 23 *bis* rappresentava "*una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare senza violare il primo comma dell'art. 117 Cost.*"⁴²⁸.

⁴²⁷ C. MARI, *I pareri dell'Autorità sugli affidamenti in house dei servizi pubblici locali*, in www.giustamm.it, 2009.

⁴²⁸ Corte Cost., sent. 17 novembre 2010, n. 325, in www.cortecostituzionale.it; nello specifico la Corte rinvia ai punti di divergenza tra la disciplina comunitaria e quella introdotta dall'art. 23 *bis* e segnatamente: a. in materia di gestione diretta del Servizio da parte dell'autorità pubblica, ammessa dall'Ordinamento Comunitario, ed esclusa in toto da quello nazionale; b. nella disciplina degli affidamenti a società miste: se regola comune ad entrambi gli ordinamenti è la necessaria individuazione del partner privato con la regola dell'evidenza pubblica, la normativa nazionale richiede anche l'attribuzione a questo di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio - *rectius*, deve trattarsi di socio industriale e non semplice socio finanziatore - e di una quota di partecipazione non inferiore al 40%; c. nella regolamentazione degli affidamenti *in house*, legittimi, per l'ordinamento comunitario, se sono compresenti le seguenti condizioni: il capitale della società deve essere interamente pubblico; l'affidante deve esercitare

Per la Corte, infatti, le previsioni normative impugnate non sarebbero in contrasto con l'Ordinamento Comunitario in quanto questo ha definito solo un livello minimo di regole pro-concorrenza senza impedire agli Stati Membri di introdurre regole concorrenziali più rigorose⁴²⁹.

Se la normativa comunitaria ritiene lecita la gestione diretta dei servizi pubblici locali a rilevanza economica per mezzo di una società *in house*, lo Stato Italiano, "facendo uso della sfera di discrezionalità attribuitagli dall'ordinamento comunitario al riguardo", ne ha legittimamente ridotto la possibilità di utilizzo⁴³⁰.

sulla società i medesimi poteri di controllo che esercita sui propri Uffici (cd.controllo analogo); la società pubblica deve svolgere la parte più importante della propria attività in favore del soggetto affidatario. La normativa nazionale, viceversa, condiziona la legittimità della gestione in house alla compresenza delle seguenti ulteriori condizioni: sussistenza di situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato; adeguata pubblicità della scelta; motivazione della scelta, sulla base di un'analisi del mercato; trasmissione di una relazione, contenente l'esito dell'analisi del mercato, all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato finalizzata all'ottenimento di un parere preventivo. estremamente critico sulla sentenza della Corte è E. FURNO, *La never ending story dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra aspirazioni concorrenziali ed esigenze sociali: linee di tendenza e problematiche aperte alla luce del d.l. n. 138/2011, convertito nella l. n. 148/2011*, in *Rass. di Dir. Pubblico Europeo*, Vol. 11, fasc. 1, 2012, pp. 131-176.

⁴²⁹ Sulla possibilità, da parte di leggi regionali, di introdurre limiti più rigorosi agli affidamenti in house, si veda Corte Cost., Sent. 20 novembre 2009, n. 307.

⁴³⁰ La Corte si è altresì espressa "sull'asserito contrasto tra l'art. 23 bis e le norme contenute nella Carta Europea dell'Autonomia Locale Con l'adesione alla Carta, gli Stati si sono impegnati a conferire alle (proprie) Autorità Locali poteri di gestione e controllo di una parte sostanziale degli affari pubblici, nei limiti della legge e sotto la loro responsabilità. Si tratta di una esplicita applicazione del principio comunitario di sussidiarietà: gli affari pubblici devono essere gestiti al livello più vicino possibile al cittadino ed una gestione a livello superiore è resa necessaria solo se quello inferiore si rivela meno efficace. Alcune Regioni hanno ritenuto l'art. 23 bis in contrasto con gli articoli 3, comma 1, 4, commi 2 e 4 della Carta, lamentando che il restringimento degli ambiti di operatività dell'affidamento in house del servizio idrico integrato (S.I.I.), da loro considerato funzione fondamentale dei Comuni, abbia leso la capacità di autodeterminazione e mutilato gli spazi di manovra amministrativa e gestionale delle Autonomie locali, viceversa garantiti dalla Carta succitata. La Corte, contrariamente alle aspettative regionali, non ha aderito alla tesi delle ricorrenti, ritenendo prive di immediata precettività le richiamate norme della Carta Europea dell'Autonomia Locale e non annoverabile il S.I.I. tra le funzioni fondamentali degli Enti Locali". così A. AVINO, *I servizi pubblici locali a rilevanza economica tra la sentenza n. 325 del 2010 della Corte costituzionale e il referendum abrogativo*, in *www.costituzionalismo.it*, Fasc. 1, 2011.

6.2 Il referendum abrogativo del giugno 2011 e l'art. 4, d.l. n. 138/2011

6.2.1 Il referendum abrogativo del giugno 2011

Poco tempo dopo la Corte Costituzionale è stata nuovamente chiamata a pronunciarsi sul settore dei servizi pubblici locali; con la sentenza n. 24 del 26 gennaio 2011 ha stabilito l'ammissibilità di diverse richieste referendarie rivolte ad abrogare l'art. 23 bis.

In particolar modo la Corte è particolarmente chiara in merito agli effetti dell'abrogazione dell'art. 23 bis secondo cui *"all'abrogazione dell'art. 23 bis, da un lato non conseguirebbe alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo; [...] dall'altro, conseguirebbe l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica"*⁴³¹.

Non si può dimenticare che il quesito referendario è stato ritenuto dalla Corte costituzionale di portata generale e non limitabile solo ad alcuni servizi pubblici locali e non ad altri, anche perché, sempre ad avviso della Corte, *«la richiesta referendaria è atto privo di motivazione e, pertanto, l'obiettivo dei sottoscrittori del*

⁴³¹ Corte Cost., sent. 24/2011, reviviscenza, del resto, costantemente esclusa in simili ipotesi sia dalla giurisprudenza sia della stessa Corte Costituzionale – sentenze n. 31 del 2000 e n. 40 del 1997 –, sia da quella della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato. Il quesito è stato ritenuto dalla Corte *"autoapplicativo"*, di tal che, al suo accoglimento residuerebbe *"una normativa di risulta immediatamente operativa"*; sul punto si veda A. MORRONE, *Questioni di ammissibilità dei referendum elettorali*, in *www.astrid-online.it*, 2011, il quale si è domandato *"Era questa l'intenzione dei proponenti? Dalle memorie depositate nel corso del giudizio, emerge uno scopo limitato a far rivivere la normativa previgente, id est l'art. 113 del T.U. Enti Locali e, in particolare, a consentire (nuovamente) agli Enti Locali di gestire il servizio pubblico a rilevanza economica in house e con il solo rispetto dei principi di derivazione comunitaria. Per ottenere questo risultato sarebbe stata sufficiente una formulazione dei quesiti tesa ad ottenere l'abrogazione solo parziale dell'art. 23 bis, anche se non sfugge come ciò avrebbe messo a repentaglio l'ammissibilità stessa del quesito, ben nota la ritrosia della Corte ad ammettere quesiti che, di fatto, si rivelano manipolativi o propositivi. Di sicuro, l'abrogazione dell'art. 23 bis comporterà il venir meno anche di discipline che non sono state considerate nemmeno incidentalmente dai promotori"*.

referendum va desunto non dalle dichiarazioni eventualmente rese dai promotori (dichiarazioni, oltretutto, aventi spesso un contenuto diverso in sede di campagna per la raccolta delle sottoscrizioni, rispetto a quello delle difese scritte od orali espresse in sede di giudizio di ammissibilità), ma esclusivamente dalla finalità "incorporata nel quesito", cioè dalla finalità obiettivamente ricavabile in base alla sua formulazione ed all'incidenza del referendum sul quadro normativo di riferimento»⁴³².

Come è noto, a seguito del referendum del 13 giugno 2011 è stata quindi sancita l'abrogazione dell'art. 23 bis del d.l. n. 112/2008⁴³³, oltre che del d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168, «Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a norma dell'articolo 23 bis, comma 10, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133», che aveva dato attuazione al citato art. 23 bis, ai sensi del relativo comma 10⁴³⁴.

L'effetto abrogativo si è realizzato con decorrenza dal 21 luglio 2011, a seguito della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del Decreto del Presidente della Repubblica 18 luglio 2011 n. 113.

⁴³² Corte Cost., sent. 26 gennaio 2011, n. 24 ai p.ti 5.1 e 5.2. delle considerazioni in diritto, ma anche 26 gennaio 2011, n. 27 al p.to 4, in fine, delle considerazioni in diritto; la Corte prosegue stabilendo che "sono dunque irrilevanti, o comunque non decisive, le eventuali dichiarazioni rese dai promotori (ex plurimis, sentenze n. 16 e n. 15 del 2008, n. 37 del 2000, n. 17 del 1997). // Ciò premesso, appare evidente che l'obiettiva ratio del quesito n. 1 va ravvisata, come sopra rilevato, nell'intento di escludere l'applicazione delle norme, contenute nell'art. 23-bis, che limitano, rispetto al diritto comunitario, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione in house di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico). Non sussiste, pertanto, alcuna contraddizione o incongruità tra tale intento intrinseco e la formulazione – del tutto chiara, semplice ed univoca – della richiesta referendaria di abrogare l'intero art. 23-bis"; per un ulteriore commento si veda D. MOSETTI, *La nuova (?) disciplina dei servizi pubblici locali dopo il referendum abrogativo del 12-13 giugno 2011*, in www.giustamm.it, 2011.

⁴³³ C. RAPICAVOLI, *L'affidamento dei servizi pubblici locali. La manovra estiva – decreto legge 13 agosto 2011 n. 138*, in www.giustamm.it, 2011.

⁴³⁴ Il comma 10 stabiliva che "Il Governo, su proposta del Ministro per i rapporti con le regioni ed entro il 31 dicembre 2009, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, nonché le competenti Commissioni parlamentari, emana uno o più regolamenti, ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400".

In conseguenza del voto referendario si è venuta a creare una *vacatio legis* con un ampio vuoto normativo, colmabile, ad avviso della Corte Costituzionale, solo attraverso la vigente disciplina comunitaria, anche se a distanza di poco tempo il legislatore è nuovamente intervenuto per disciplinare il settore⁴³⁵.

6.2.2 L'articolo 4 d.l. 13 agosto 2011, n. 138

In occasione della manovra estiva dell'agosto 2011, il Legislatore è intervenuto nuovamente a disciplinare il settore, mediante il decreto legge del 13 agosto 2011, n. 138, concernente l' "*Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'Unione europea*", convertito, con modificazioni, in legge 16 settembre 2011, n. 148, anche a causa delle "*esigenze economiche aggravate dalla crisi mondiale*"⁴³⁶.

La quasi totalità della dottrina ha ritenuto che l'art. 4 abbia sostanzialmente riprodotto il contenuto dell'abrogato art. 23 *bis* e del relativo regolamento attuativo, in modo da colmare il vuoto normativo che si era venuto a creare in *subiecta materia*, tale, però, da disattendere le aspettative sorte dopo gli esiti referendari⁴³⁷. Taluni hanno evidenziato come tale novella abbia rappresentato

⁴³⁵ A. AVINO, *I servizi pubblici locali a rilevanza economica tra la sentenza n. 325 del 2010 della Corte costituzionale e il referendum abrogativo*, op. cit.

⁴³⁶ E. FURNO, *La never ending story dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra aspirazioni concorrenziali ed esigenze sociali: linee di tendenza e problematiche aperte alla luce del d.l. n.138/2011, convertito nella l. n. 148/2011*, in *Rass. di Dir. Pubblico Europeo*, Vol. 11, fasc. 1, 2012, pp. 131-176, secondo cui "*l'intervento legislativo si aggiunge e corregge, a distanza di appena un mese, la manovra finanziaria già dettata con il decreto legge 6 luglio 2011, n.98, convertito con modificazioni dalla legge 15 luglio 2011, n.111, "Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria", che conteneva la previsione dell'obiettivo della parità di bilancio da raggiungersi entro il 2014. La nuova normativa anticipa il raggiungimento di tale obiettivo al 2013, così come richiesto dall'Unione europea*".

⁴³⁷ M. PANI, *I servizi pubblici locali a rilevanza economica: luci e ombre dopo il decreto legge 138/2011 e la legge di stabilità*, in www.lexitalia.it, 2012; G. NICOLETTI, *lo schema di regolamento recante i criteri per la verifica della realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici a rilevanza economica*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2012; A. AVINO, *Quale destino per le società miste alla luce dell'art. 4 del D.L. 138/2011?*, in dirittodeiservizipubblic.it, 2011; L. GENINATTI SATÈ, *Servizi Pubblici Locali e Società partecipate dopo il Decreto Sviluppo e le Manovre finanziarie 2011*, relazione Firenze, 14

un "evento tanto prevedibile e auspicabile quanto anomalo ove si consideri che la disciplina così introdotta riproduce quasi integralmente quella venuta meno a seguito del citato referendum"⁴³⁸.

Nelle intenzioni del legislatore, l'intervento normativo va letto in coordinata successione con gli artt. 3⁴³⁹, 3 bis⁴⁴⁰ e 5⁴⁴¹ il cui obiettivo è quello di introdurre disposizioni volte alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica ed imporre l'applicazione di alcune norme della legge 10 ottobre 1990, n. 287⁴⁴².

Si analizzeranno, brevemente i punti salienti della nuova disciplina, tenendo in considerazione che questi riproducono, con poche varianti, la precedente disciplina abrogata dal referendum, sottraendo dalla sua applicazione il servizio idrico integrato, fatta eccezione per i commi da 19 a 27 racchiudenti un rigido

ottobre 2011, specifica come *"in sintesi, dunque, basti qui aver avvertito di questo: che l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, per il solo fatto di aver riproposto disposizioni abrogate in via referendaria, non può dirsi scontata né automatica, residuandone certamente la possibilità ove dovesse nel caso concreto riscontrarsi un'effettiva irragionevolezza della legge"*.

⁴³⁸ F. SCURA, *La "nuova" disciplina dei servizi pubblici locali nella "manovra di Ferragosto"*, in *dirittodeiservizipubblicilocali.it*, 2011.

⁴³⁹ L'art. 3 del d.l. n.138/2011, nel testo modificato in sede di conversione, è stato rubricato come *"Abrogazione delle indebite restrizioni all'accesso e all'esercizio delle professioni e delle attività economiche"*. Tale norma, al primo comma, impone allo Stato ed agli enti locali di adeguare gli ordinamenti, in previsione di una revisione dell'art.41 della Costituzione, al principio, secondo cui *"l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge"*. Tale principio viene riconosciuto, al successivo comma 2, come *"fondamentale per lo sviluppo economico e attua la piena tutela della concorrenza tra le imprese"*.

⁴⁴⁰ Art. 3 bis, d.l. n. 138/2011.

⁴⁴¹ L'art. 5 del d.l. n. 138/2011, rubricato come *"Norme in materia di società municipalizzate"*, destina una quota del Fondo infrastrutture ad investimenti degli enti territoriali, che procedano, rispettivamente entro il 31 dicembre 2012 ed entro il 31 dicembre 2013, alla dismissione di partecipazioni in società esercenti servizi pubblici locali di rilevanza economica, ad esclusione del servizio idrico.

⁴⁴² Legge 10 ottobre 1990, n. 287, recante *"Norme per la tutela della concorrenza e del mercato"*.

elenco di incompatibilità valido anche per tale settore⁴⁴³, nonché i servizi di distribuzione di gas naturale, di cui al decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, di distribuzione di energia elettrica, di cui al decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e alla legge 23 agosto 2004, n. 239, di trasporto ferroviario regionale, di cui al decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, nonché la gestione delle farmacie comunali, di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 475.

Il decreto in esame, dopo aver ribadito la specifica missione pubblica degli enti locali, chiamati ad *“assicurare agli utenti l'erogazione dei servizi pubblici che abbiano ad oggetto la produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali”*⁴⁴⁴, impone agli stessi di definire, ove necessario, gli obblighi di servizio pubblico, prevedendo le *“eventuali compensazioni economiche alle aziende esercenti i servizi stessi, tenendo conto dei proventi derivanti dalle tariffe e nei limiti della disponibilità di bilancio destinata allo scopo”*⁴⁴⁵.

L'art. 4, d.l. n. 138/2011, stabilisce, a differenza del precedente art. 23 bis, che gli enti locali, nel rispetto dei principi di concorrenza, libertà di stabilimento e

⁴⁴³ Art. 4, c. 34, del d.l. n. 138 del 2011. Ai sensi del precedente comma 35, restano altresì escluse dall'applicazione della novella le procedure di affidamento già avviate all'entrata in vigore del d.l. n. 138 del 2011; secondo A. AVINO, *Inapplicabilità dell'art. 4 D.L. 138/2011 alle procedure di affidamento già avviate al momento della sua entrata in vigore*, in *dirittodeiservizipubblici.it*, 2012, “Il TAR Sardegna, con l'Ordinanza cautelare n. 517 del 15 dicembre 2011 ha fornito una (la?) prima interpretazione giurisprudenziale del comma 35 dell'art. 4 del d.l. 138/2011 (recante disciplina dei servizi pubblici locali a seguito dell'abrogazione, per via referendaria, dell'art. 23 bis del D.L. 112/2008), che dispone la salvaguardia dall'applicazione della nuova disciplina alle “procedure di affidamento già avviate all'entrata in vigore del presente decreto”. La questione sottoposta ai giudici sardi riguardava, in particolare, la legittimazione degli affidatari diretti di servizi pubblici locali a partecipare a selezioni pubbliche aventi ad oggetto l'affidamento di tali servizi. Secondo i principi comunitari (ma anche secondo il troppo tardi scoperto art. 41 della Costituzione) gli affidamenti diretti, id est non preceduti da una selezione pubblica, costituiscono un evidente vulnus alle regole della libera competizione sul mercato tra gli operatori economici, tanto che, la partecipazione degli affidatari diretti è “idonea di per sé ad alterare in radice la procedura di gara pubblica”.

⁴⁴⁴ Così l'incipit dell'art.4, comma 5, del d.l. n. 138 del 2011.

⁴⁴⁵ Art.4, comma 5, del d.l. n. 138 del 2011.

libera prestazione dei servizi, debbano procedere ad una verifica circa la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, liberalizzando tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio.

Tale distinzione non è di poco conto⁴⁴⁶, in quanto, in precedenza la procedura *“in via ordinaria”*⁴⁴⁷, prescriveva l’evidenza pubblica o l’affidamento a mezzo di società mista, mentre ai sensi dell’art. 4, d.l. n. 138/2011, l’attribuzione di diritti di esclusiva è limitata alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità.

Al centro di tutto la delibera quadro con cui gli enti locali, una volta compiuta l’istruttoria ed entro 12 mesi, da ripetersi periodicamente e, comunque, prima di procedere al conferimento ed al rinnovo della gestione dei servizi, *“verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica [...] liberalizzando tutte le attività economiche [...] e limitando [...] l’attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità”*⁴⁴⁸.

Tale delibera⁴⁴⁹ deve essere poi trasmessa all’Autorità garante della concorrenza e del mercato che avrà il compito di valutare e offrire il proprio

⁴⁴⁶ Di diverso avviso E. FURNO, *La never ending story dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra aspirazioni concorrenziali ed esigenze sociali: linee di tendenza e problematiche aperte alla luce del d.l. n. 138/2011, convertito nella l. n.148/2011, op. cit.*, pp. 131-176, secondo cui *“appare, quindi, subito evidente che il legislatore, in continuità con il previgente sistema delineato dall’art.23 bis e dal regolamento di attuazione, privilegia la scelta del gestore mediante gara quale procedura principale di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, precisando che alla gara possono partecipare anche le società interamente pubbliche, salvo gli specifici divieti di legge”*.

⁴⁴⁷ Art. 23 bis, c. 2, d.l. n. 112/2008.

⁴⁴⁸ Art. 4, d.l. n. 138/2011.

⁴⁴⁹ C. VOLPE, *S.p.l. e legge di stabilità del 2012. Il dinamismo normativo continua*, in *www.giustamm.it*, 2012, il quale ha sottolineato come *“la delibera quadro viene ulteriormente rafforzata nella sua centralità*

parere; si è sottolineato come *“in sostanza, sembra non esserci alcun automatismo che imponga la liberalizzazione dei servizi pubblici locali, ma gli enti che intenderanno conservare un regime di esclusiva dovranno adeguatamente motivare in proposito”*⁴⁵⁰.

L'art. 4, prosegue riproducendo quasi pedissequamente l'abrogato art. 23 bis, nella parte in cui disciplina l'attribuzione di diritti di esclusiva per mezzo di affidamento del servizio; infatti, nel caso in cui l'ente locale, a seguito della verifica di cui sopra, intende procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva, il conferimento della gestione di servizi pubblici locali avviene in favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica.

Stesso discorso si ha nel caso di affidamento aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio privato, al quale deve essere conferita una partecipazione non inferiore al 40 per cento, e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio⁴⁵¹.

e nei suoi contenuti e diviene condizionante della stessa possibilità di attribuire diritti di esclusiva (o privata). Con la lett. a) dell'art. 9, comma 2, della l. n. 183/2011 - aggiungendo un periodo al comma 2 dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 - si prevede che l'ente locale, al momento dell'adozione della delibera quadro di cui al comma 2 del citato art. 4, valuti anche l'opportunità di procedere all'affidamento simultaneo, mediante procedura ad evidenza pubblica, di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui sia dimostrabile che una scelta del genere possa conseguire risultati economicamente vantaggiosi”.

⁴⁵⁰ C. RAPICAVOLI, *L'affidamento dei servizi pubblici locali La manovra estiva - decreto legge 13 agosto 2011 n. 138, op. cit.*

⁴⁵¹ Vi è chi, come G. GUZZO, *I spl di rilevanza economica dopo il restyling del d.l. n. 138/2011: “nuove” regole e vecchie questioni*, in *www.lexitalia.it*, 2011, ha ipotizzato una particolare interpretazione dell'art. 4; infatti *“in prima battuta, è possibile cogliere dalla lettura dell'attuale stesura della disposizione come il legislatore non abbia inserito tra i soggetti partecipanti alla gara le società miste. Anzi, dalla lettura combinata del comma 8 e del comma 12 dell'articolo 4 sembrerebbe che l'affidamento della gestione del servizio a società miste costituisca una sorta di tertium genus che si aggiunge a quello disposto con gara e in modo diretto, neutralizzando, di guisa, la portata estensiva della locuzione società in qualunque forma costituite. Infatti, l'inciso Fermo restando quanto previsto ai commi 8, 9, 10 e 11, contenuto nel comma 12 dell'articolo 4, pare scorporare la gara aperta a tutti gli imprenditori o società in qualunque forma costituite da quelle procedure aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio, al quale deve essere conferita una partecipazione non inferiore al 40 per cento, e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio cui fa riferimento sempre il comma 12. L'osservazione non è di poco momento dal momento che la questione impatta direttamente il sistema di controllo previsto dal legislatore al comma 1*

Uno degli aspetti più controversi è quello relativo all'operatività *extra moenia* delle società miste. Il decreto legge n. 138/2011 si è limitato a riprodurre nel comma 33 dell'articolo 4 il precedente comma 9 dell'abrogato articolo 23 *bis*. Com'è noto, la norma aveva già dato luogo a diverse interpretazioni giurisprudenziali⁴⁵² che hanno finito per alimentare un clima di incertezza in merito al corretto significato della stessa.

*dell'articolo 4. In sostanza, il problema è capire se nell'ipotesi in cui un ente locale intenda affidare la gestione di un SPL di rilevanza economica ad una società mista sia tenuto o meno a compiere la verifica di realizzabilità della gestione concorrenziale facendo appello al sistema imposto dal precedente comma 1. In altri termini, la questione è se le società miste, nell'inquadramento compiuto dal d.l. n. 138/2011, costituiscano o no delle ipotesi di liberalizzazione e, in quanto tali, rientranti tra le società in qualunque forma costituite cui fa riferimento il comma 8 dell'articolo 4. In caso contrario, si dovrebbe immaginare una sorta di "zona grigia" all'interno della quale si collocherebbe tale meccanismo di affidamento della gestione sottraendolo alle verifiche previste per i casi di "ordinario" affidamento con gara. Altro aspetto controverso riguardante la costituzione delle società miste è quello che investe la dinamica concorsuale. Infatti, da una lettura congiunta dei commi 12 e 26 dell'articolo 4 sembrerebbe che il decreto legge n. 138/2011 non abbia abbandonato l'opzione della doppia gara indicata dal Consiglio di Giustizia della Regione Siciliana con le note sentenze n. 589/2006 e 719/2007. Infatti, la lettura del comma 26 dell'articolo 4, essenzialmente dedicato alle cause di incompatibilità che investono i membri della commissione prevista dal comma 11, lett. e), evidenzia come ad una gara indetta da un ente locale per l'affidamento della gestione di un servizio pubblico locale di rilevanza economica possa partecipare anche una società partecipata dalla P.a. che la indice. Il che significa, in un certo senso, negare quanto previsto nel precedente comma 12, in specie alle lettere b) e c), decisamente più in linea con la giurisprudenza comunitaria e nazionale (Adunanza Plenaria n. 1/2008). L'attuale strutturazione del testo di legge, pertanto, sembrerebbe configurare un improbabile doppio binario: da un lato, quello caratterizzato dal meccanismo di selezione costruito sull'unica gara; da un altro, quello della doppia gara, vale a dire una tesa a costituire il modulo societario misto ed un'altra volta alla scelta del soggetto gestore del servizio. Se così fosse, si riproporrebbero tutte le perplessità già sollevate al tempo della teorizzazione di tale dinamica selettiva, la più evidente delle quali resta indubbiamente quella relativa all'ammissione ad una procedura di evidenza pubblica di un soggetto partecipato dallo stesso ente che ha indetto la selezione, con conseguente *vulnus* ai principi comunitari di tutela della concorrenza, parità di trattamento e divieto di discriminazione".*

⁴⁵² In senso positivo all'extraterritorialità delle società miste: TAR Calabria, Reggio Calabria; sentenza n. 561/2010; Cons. Stato, Sezione V, sent. n. 77/2011. Per un commento su quest'ultima pronuncia si rinvia a G. GUZZO, *Il "nuovo corso" della disciplina dei spl: Corte Costituzionale e Consiglio di Stato ancora alla ricerca di una strada comune*, in www.dirittodeiserviziipubblici.it, 2011. In senso contrario all'extraterritorialità: TAR Lombardia, Milano, sent. n. 8/2010; TAR Sardegna, Cagliari, sent. n. 1371/2008.

Qualora il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento sia pari od inferiore alla somma complessiva di 200.000 euro annui⁴⁵³, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione *in house*.

Parte della dottrina ha sottolineato che *"in particolare, è facile gioco osservare come la mancanza di un sistema di controllo che investa la verifica del valore complessivo del servizio da affidarsi possa costituire un pericoloso momento di elusione della normativa con la conseguenza che, senza adeguati riscontri, gli enti locali ben potrebbero affidare senza gara la gestione di servizi di valore superiore alla somma complessiva"*⁴⁵⁴ indicata dall'art. 4.

I successivi commi 14 e 15 dell'articolo 4, riproducendo anch'essi quanto già disposto dall'abrogato articolo 23 *bis* del d.l. n. 112/2008, prevedono rispettivamente l'assoggettamento delle società *in house* al patto di stabilità ed alle disposizioni contenute nel d.lgs. n. 163/2006 in materia di acquisto di beni e servizi. L'assoggettabilità dei moduli societari *in house* al patto di stabilità ha suscitato non poche perplessità alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 325/2010 che aveva già espunto proprio il riferimento al patto di stabilità previsto nella lettera a) del comma 10 dell'articolo 23 *bis* sul presupposto

⁴⁵³ In precedenza il limite massimo era pari a Euro 900.000, successivamente ridotti al limite indicato, per effetto della novella intervenuta mediante l'art. 9, l. 12 novembre 2011, n. 183, c.d. "legge di stabilità per il 2012".

⁴⁵⁴ G. GUZZO, *I spl di rilevanza economica dopo il restyling del d.l. n. 138/2011: "nuove" regole e vecchie questioni*, in *www.lexitalia.it*, 2011, il quale sottolinea altresì come *"in tal senso, sarebbe auspicabile la previsione di un organismo di controllo terzo, capace di "testare" la correttezza dei dati elaborati dall'ente locale azzerando il rischio di effetti distorsivi il libero gioco della concorrenza. Allo stesso organismo, inoltre, dovrebbe essere demandato anche il compito di accertare la sussistenza dei due requisiti richiesti dalla giurisprudenza comunitaria (e nazionale) per poter procedere all'affidamento in house: il "controllo analogo" e il "criterio della parte più importante dell'attività". Si tratterebbe di un controllo a valle che completerebbe quello dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato avente ad oggetto l'istruttoria compiuta dall'ente locale relativamente al fallimento del sistema concorrenziale in ordine all'affidamento di taluni servizi"*.

dell'attrazione della materia nell'ambito del coordinamento della finanza pubblica di competenza concorrente e non esclusiva dello Stato⁴⁵⁵.

Per conseguenza il fatto che la formulazione del comma 14 dell'articolo 4 del d.l. n. 138/2011, nel far riferimento alla definizione delle modalità di assoggettamento al patto di stabilità alla concertazione, ha escluso nuovamente le Regioni, con conseguente sospetto di illegittimità costituzionale della norma.

6.3 La Sentenza della Corte Costituzionale, 20 luglio 2012, n. 199

A distanza di poco tempo dalla sua emanazione, l'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, è stato impugnato dalle Regioni Puglia, Marche, Emilia Romagna, Umbria e Sardegna, lamentando, in sostanza, la violazione:

- a) dell'art. 75 Cost., avendo reintrodotta disposizioni fatte oggetto di abrogazione in via referendaria;
- b) degli artt. 14, 106 e 345 del Trattato dell'Unione europea e l'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, contrastando con i principi «di pluralismo di fonti» a danno dell'autonomia regionale, «di neutralità rispetto agli assetti proprietari delle imprese» e di *preemption*, in quanto la neutralità del diritto dell'Unione rispetto agli assetti proprietari delle imprese precluderebbe l'assunzione di un più rigido modello a livello nazionale;
- c) dell'art. 77 Cost. per l'insussistenza delle ragioni di «*straordinaria necessità ed urgenza*» per provvedere con decreto legge, giacché «*a seguito dell'abrogazione dell'art. 23 bis del D.L. n. 112/2008 sarebbe comunque applicabile direttamente nel nostro ordinamento la normativa comunitaria conferente*»;
- d) degli artt. 5, 114, 117 e 118 Cost., per la lesione delle competenze regionali residuali che deriva dall'aver il legislatore nazionale attribuito agli enti

⁴⁵⁵ Per un approfondimento sul tema si rinvia a G. GUZZO, *La Corte Costituzionale e il Consiglio di Stato indicano le nuove regole dei SPL locali*, in *www.lexitalia.it*, n. 2/2011.

locali la competenza a decidere circa le modalità di erogazione dei servizi pubblici e delimitata «*la stessa decisione degli enti locali, stabilendo vincoli stringenti alla possibilità degli affidamenti diretti*», andando ben oltre le competenze statali in materia di tutela della concorrenza – che dovranno esser ristrette al solo «*profilo dell'affidamento del servizio pubblico locale*»⁴⁵⁶.

In particolare il fondamento dell'assunto regionale muove dalla considerazione che a seguito dell'abrogazione per via referendaria dell'articolo 23 bis, è derivata l'applicabilità immediata nel nostro ordinamento dei principi comunitari in materia di servizi pubblici locali ed in particolare:

- la possibilità della gestione diretta del servizio da parte «*dell'autorità pubblica [...] nel caso in cui lo Stato nazionale ritenga che l'applicazione delle regole di concorrenza [...] ostacoli, in diritto o fatto, la speciale missione dell'ente pubblico*»⁴⁵⁷;
- la possibilità di affidare il servizio a società ed imprenditori, con l'osservanza delle regole comunitarie sull'evidenza pubblica;
- la possibilità di affidamento diretto della gestione del servizio a società miste pubblico-private, a condizione che la scelta del *partner* avvenga con gara a doppio oggetto, ma senza la necessità di attribuirgli una quota minima di partecipazione;
- la possibilità di affidamento della gestione del servizio *in house*, col rispetto sì delle regole comunitarie⁴⁵⁸, ma senza limiti di valore.

In definitiva, la diretta applicazione dei principi comunitari avrebbe portato ad una disciplina meno restrittiva rispetto a quella dettata dall'art. 4, oltre al fatto

⁴⁵⁶ L.R. PERFETTI, *Il regime dei servizi pubblici locali: il ritorno all'autonomia, il rispetto della disciplina europea, la finalizzazione alle aspettative degli utenti*, in *Giur. It.*, marzo 2013.

⁴⁵⁷ Art. 106 TFUE.

⁴⁵⁸ Cioè: capitale totalmente pubblico; controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidatario di contenuto analogo a quello esercitato dall'aggiudicante stesso sui propri uffici; svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante.

che avrebbe indubbiamente ampliato, a detta delle Regioni ricorrenti, la loro sfera di intervento sul presupposto che, anche nella materia dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, sussiste una competenza regionale⁴⁵⁹.

La Corte, dopo aver preso atto delle successive modifiche apportate dal legislatore alla disposizione impugnata ed in forza del principio di effettività della tutela costituzionale⁴⁶⁰ estendendo, quindi, la questione di costituzionalità altresì alla nuova formulazione dell'art. 4, ha messo in evidenza che, con la consultazione referendaria, era stato realizzato l'intento di «*escludere l'applicazione delle norme contenute nell'art. 23 bis, che limitano rispetto al diritto comunitario, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione in house di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico)*»⁴⁶¹ e di consentire, conseguentemente, l'applicazione diretta della normativa comunitaria conferente.

Oltre a ciò, nell'analizzare le censure regionali, ha ribadito il principio che *“le Regioni possono evocare parametri di legittimità diversi da quelli che sovrintendono al riparto di attribuzioni solo allorquando la violazione denunciata sia potenzialmente idonea a determinare un vulnus alle attribuzioni costituzionali delle Regioni”* e, appurato che, con i ricorsi, era stato puntualmente esplicitato come la

⁴⁵⁹ A. AVINO, *Competenza legislativa regionale e riproposizione di norme abrogate per via referendaria: il caso dei servizi pubblici locali*, in *www.costituzionalismo.it*, Fasc. 1, 2013. Calata sul terreno processuale, l'analisi della sussistenza del presupposto citato ha generato la sussistenza dell'interesse delle Regioni a promuovere il giudizio in via principale. Il costante indirizzo giurisprudenziale della Corte tende ad ampliare la portata dell'art. 127 Cost., non limitando la possibilità di ricorrere al caso ovvio in cui lo Stato legiferi in ambiti di competenza regionale, ma estendendola a tutte le ipotesi in cui il cattivo esercizio della competenza statale di fatto si traduca in interferenza sulla possibilità, anche solo teorica, di esercizio delle potestà legislative regionali.

⁴⁶⁰ Si veda M. DELLA MORTE, *Abrogazione referendaria e vincoli al legislatore nella sentenza 199 del 2012*, in *Quaderni Costituzionali*, 2012; si veda anche R. DICKMAN, *La corte conferma il divieto di ripristino della legislazione abrogata con referendum (nota a corte cost., 20 luglio 2012, n. 199*, in *federalismi.it*, n. 23, 2012; R. BIANCHINI, *La Consulta azzerà la disciplina su servizi pubblici locali Corte Costituzionale, sentenza 20.07.2012 n° 199*, in *www.altalex.it*, 2012.

⁴⁶¹ Corte Cost., 20 luglio 2012, n. 199, che riprende la sentenza della Corte stessa n. 24/2011.

reintroduzione della normativa abrogata *“avrebbe determinato anche una potenziale lesione delle richiamate sfere di competenza sia delle Regioni che degli Enti Locali”* quindi, che era stata fornita sufficiente motivazione *“in ordine ai profili di una possibile ridondanza della predetta violazione sul riparto di competenza, assolvendo all’onere di operare la necessaria indicazione della specifica competenza regionale che ne risulterebbe offesa e delle ragioni di tale lesione”*, ha ritenuto sussistente il loro interesse al ricorso. In altri termini, ha ammesso che anche nella materia di servizi pubblici locali, vi siano legittimi spazi per un intervento legislativo regionale⁴⁶².

La motivazione della Corte risulta evidente in tre passaggi della sentenza in cui si rileva che:

1. la *“normativa all’esame costituisce ripristino della normativa abrogata, considerato che essa introduce una nuova disciplina della materia, «senza modificare né i principi ispiratori della complessiva disciplina normativa preesistente né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti», in palese contrasto, quindi, con l’intento perseguito mediante il referendum abrogativo. Né può ritenersi che*

⁴⁶² A. AVINO, *Competenza legislativa regionale e riproposizione di norme abrogate per via referendaria: il caso dei servizi pubblici locali*, in *www.cosituzionalismo.it*, Fasc. 1, 2013. L’autore si domanda quali siano *“questi spazi?”* specificando come *“il dibattito sulle metodologie da impiegare per una corretta ripartizione delle competenze non sia nuovo. Dibattito che risente della storica difficoltà di una pre-individuazione di spazi di competenza, riproposta in maniera accentuata con la riforma del 2001 e aggravata dal fatto che per la demarcazione tra competenze statali e regionali la linea di confine è data da singole parole (concorrenza) o brevi enunciati normativi (es. livelli essenziali) e dalla circostanza che se si scorre l’elenco delle materie affidate alla legislazione esclusiva dello Stato dall’art. 117, comma 2, cost., non si fatica a scorgere che alcune di esse non individuano ambiti di intervento oggettivamente delimitabili, ossia non sono materie in senso proprio, ma attribuiscono, piuttosto, competenze di natura funzionale, individuando non gli oggetti, ma la finalità in vista della quale la potestà legislativa statale deve essere esercitata. Si tratta, invero, di quelle che sono comunemente definite come materie trasversali o come materie non materie, ambiti normativi comuni a più settori/materie, per cui l’individuazione della competenza non va condotto con la ricerca negli elenchi per materia contenuti nell’art. 117 Cost., ma avuto riguardo al livello di interesse perseguito. La materia della concorrenza è qualificabile nel senso appena citato. Com’è, parimenti, indubbio, che la materia dei servizi pubblici locali, sia materia di competenza esclusiva delle Regioni. E’ necessario, pertanto, verificare quale sia l’ambito di esercizio della competenza statale nella materia (trasversale) della concorrenza, influente sulla disciplina delle modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, e quale sia l’ambito di esercizio della competenza (residuale) delle regioni nella materia dei servizi pubblici locali a rilevanza economica in presenza di una normativa statale a tutela della concorrenza”*.

sussistano le condizioni tali da giustificare il superamento del predetto divieto di ripristino, tenuto conto del brevissimo lasso di tempo intercorso fra la pubblicazione dell'esito della consultazione referendaria e l'adozione della nuova normativa (23 giorni), ora oggetto di giudizio, nel quale peraltro non si è verificato nessun mutamento idoneo a legittimare la reintroduzione della disciplina abrogata”;

2. la “normativa comunitaria, [...] consente, anche se non impone (sentenza n. 325 del 2010), la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale, allorquando l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la «speciale missione» dell'ente pubblico (art. 106 TFUE), alle sole condizioni del capitale totalmente pubblico della società affidataria, del cosiddetto controllo "analogo" (il controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidatario deve essere di "contenuto analogo" a quello esercitato dall'aggiudicante sui propri uffici) ed infine dello svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante”;
3. “Le poche novità introdotte dall'art. 4 accentuano, infatti, la drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti diretti dei servizi pubblici locali che la consultazione referendaria aveva inteso escludere”.

In conclusione la sentenza non si discosta dall'orientamento prevalente⁴⁶³, pur avendo il rilevante merito di affrontare alcune questioni rimaste fino ad allora in ombra; invero, la Corte ha precisato sia la *ratio* del vincolo – che “*si giustifica, alla luce di una interpretazione unitaria della trama costituzionale ed in una prospettiva di integrazione degli strumenti di democrazia diretta nel sistema di democrazia rappresentativa delineato dal dettato costituzionale, al solo fine di impedire che l'esito della consultazione popolare, che costituisce esercizio di quanto previsto dall'art. 75 Cost., venga posto nel nulla e che ne venga vanificato l'effetto utile*” - che il limite temporale in cui permane il divieto - costituito dal “*mutamento [...] del quadro politico [...] e [...] delle circostanze di fatto*”. Pertanto, anche tenuto conto che

⁴⁶³ A. AVINO, *Competenza legislativa regionale e riproposizione di norme abrogate per via referendaria: il caso dei servizi pubblici locali*, op. cit.

l'art. 4, d.l. 138/2011 era stato introdotto dopo soli 23 giorni dalla pubblicazione dell'esito della consultazione referendaria, la Corte ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale⁴⁶⁴.

La dottrina maggioritaria ha altresì ritenuto che *“da questo punto di vista la sentenza non fa che – correttamente – riconoscere che la norma impugnata è stata adottata in conseguenza all'abrogazione per via referendaria (dichiarata con D.P.R. 18 luglio 2011, n. 113) dell'art. 23 bis D.L. n. 112/2008, essendo l'intento referendario quello di «escludere l'applicazione delle norme contenute nell'art. 23 bis che limitano, rispetto al diritto comunitario, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione in house di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico)» per lasciare che il settore fosse regolato dalla normativa comunitaria conferente; il Governo, invece, nonostante l'intitolazione del decreto legge (“Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione europea”), non ha affatto adeguato la disciplina in questione, riproponendo – anche testualmente – non solo le norme di legge abrogate, ma anche quelle regolamentari di attuazione ed accentuando «la drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti diretti dei servizi pubblici locali che la consultazione referendaria aveva inteso escludere»; la pronuncia della Corte era, da questo punto di vista, largamente prevedibile”*⁴⁶⁵.

⁴⁶⁴ C. VOLPE, *La “nuova normativa” sui servizi pubblici locali di rilevanza economica. Dalle ceneri ad un nuovo effetto “Lazzaro”. Ma è vera resurrezione?*, in *www.giustamm.it*, n. 1, 2013, secondo cui *“i supremi giudici hanno bacchettato il Legislatore in quanto si è limitato, attraverso un'opera meramente riproduttiva, a licenziare una disciplina dei SPL di rilevanza economica assolutamente simmetrica, per non dire identica, a quella abrogata dal referendum del 12 e 13 giugno 2011”*.

⁴⁶⁵ L.R. PERFETTI, *Il regime dei servizi pubblici locali: il ritorno all'autonomia, il rispetto della disciplina europea, la finalizzazione alle aspettative degli utenti*, op. cit.. Di parere diverso C. SABETTA, *la riforma dei servizi pubblici locali e le ragioni della sua illegittimità*, in *www.federalismi.it*, n. 18, 2012, secondo cui *“stupisce tuttavia che nel pronunciarsi sulle norme dedotte dagli enunciati testuali oggetto di giudizio, la Consulta non si sia neppure incidentalmente soffermata sulle rilevanti differenze tra la disciplina contenuta all'art. 23 bis e la normativa di cui all'art. 4. Al fine di porre in risalto le notevoli differenze intercorrenti tra la disciplina recata dall'art. 23 bis e quella contenuta all'interno dell'art. 4, è necessario evidenziare sinteticamente alcuni punti chiave, che sarebbero tutti meritevoli in realtà di separata e più esaustiva trattazione. Nel modello previsto dall'art. 23 bis l'affidamento diretto cd. in house era contemplato come deroga alle modalità ordinarie, ma i requisiti che avrebbero dovuto limitarne il ricorso si erano rivelati*

CAPITOLO VII

L'attuale disciplina dei s.p.l.

7.1 *Ciò che resta della disciplina dei s.p.l. nell'ordinamento italiano*; 7.2 *La normativa comunitaria*

7.1 *Ciò che resta della disciplina dei s.p.l. nell'ordinamento italiano*

A seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 4, d.l. n. 138/2011, si è riprodotta, quindi, la situazione esistente successivamente all'abrogazione dell'art. 23 bis, d.l. n. 112/2008, ad opera dell'istituto referendario⁴⁶⁶.

canoni indeterminati, nonostante il momento della scelta politica in merito alla possibilità di autoproduzione del servizio avrebbe dovuto essere comunque integrato da un'obbligatoria richiesta di parere all'Autorità garante per la concorrenza e per il mercato. Tuttavia, anche laddove gli enti locali non avessero continuato a ricorrere agli affidamenti diretti, la competizione si sarebbe svolta solo al fine di fornire l'erogazione del servizio in esclusiva, a seguito dell'aggiudicazione di una gara indetta dall'ente locale, volta a selezionare colui che sarebbe diventato unico affidatario, oppure socio con compiti operativi all'interno di una società mista. Risulta pertanto evidente come la concorrenza effettiva non mostri similitudini con un sistema ove il confronto competitivo si risolve tutto nella gara. Il corpus di norme introdotto dall'art. 23 bis si prefiggeva infatti piuttosto una privatizzazione sostanziale, che notoriamente allontana e non avvicina la concorrenza nel mercato, soprattutto quando non sorretta contemporaneamente da norme che aprano effettivamente alla liberalizzazione. Differente discorso invece per ciò che riguarda l'art. 4, in quanto si individuava chiaramente nella liberalizzazione delle attività economiche e nella gestione concorrenziale dei servizi da parte di una pluralità di soggetti la realizzazione di una effettiva concorrenza nel mercato, e senza che le enunciazioni iniziali restassero mere statuizioni di principio".

⁴⁶⁶ Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Basilicata, del. n. 173/2012/PAR, secondo cui "Si potrebbe, a questo punto, ipotizzare che la normativa vigente, come prevalentemente interpretata anche dalla giurisprudenza consultiva della Corte dei conti, che impedisce (per i comuni sotto i 30.000 abitanti, salvo le eccezioni contemplate) o limita (per i comuni tra i 30.000 ed i 50.000 abitanti) la possibilità di costituire o detenere società, possa costituire essa stessa una indebita compressione, per gli enti con densità demografica ridotta, della facoltà di gestione diretta di servizi pubblici locali con affidamento in house. Si potrebbe, conseguentemente, invocare la necessità di adottare una soluzione interpretativa costituzionalmente orientata che – anche utilizzando l'espressa conferma (effettuata in apertura del comma 32 dell'art. 14 del d.l. n. 78/2010) di quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29, della legge n. 244/2007 – ritenga che la costituzione di società che forniscono servizi pubblici locali sia ammessa a prescindere da qualsiasi limite demografico della popolazione di riferimento dell'ente locale. È necessario, però, per converso, considerare che il crescente disfavore mostrato dal legislatore nazionale verso lo strumento societario come modello organizzativo scelto per l'esercizio di servizi pubblici locali è stato motivato, oltre

Ciò, come sottolineato da alcuni commentatori, ha significato, pertanto, una carenza normativa in materia, oltre che l'emersione di un tema, da molti taciuto, quale quello del carattere ondivago della giurisprudenza comunitaria che impone all'interprete un'opera di ricostruzione⁴⁶⁷.

Si aggiunga che gli stravolgimenti subiti dalla disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi anni sono *“sintomatici di una certa legislazione a “strappi” “che deve fare i conti con contingenti esigenze di contrazione della spesa pubblica che, a loro volta, inevitabilmente, incrociano il forte bisogno di liberalizzare i mercati per liberare risorse”*⁴⁶⁸.

Gli enti locali, *rebus sic stantibus*, al fine di gestire un servizio pubblico di rilevanza economica potrebbero ricorrere alle seguenti formule:

- alla gestione concorrenziale c.d. “nel mercato”;
- alla concessione di diritti speciali ad un numero limitato di operatori;
- alla gestione in esclusiva, da parte di un operatore:
 - in regime concorrenziale c.d. “per il mercato” a società private scelte a seguito dell'espletamento di procedure ad evidenza pubblica⁴⁶⁹;

che dalle ovvie ragioni di tutela della concorrenza e del principio di pari trattamento dell'impresa pubblica e privata, anche dalla necessità di evitare fenomeni elusivi (degli esistenti vincoli in materia di patto di stabilità, assunzioni di personale, indebitamento) e moltiplicativi delle spese ed oneri gravanti sui bilanci degli enti locali (a causa del proliferare di società sottodimensionate). Del resto, l'individuazione di un requisito dimensionale minimo del bacino di utenti interessato dalle diverse forme organizzative adottabili per la gestione di funzioni e servizi pubblici caratterizza anche tutta la più recente legislazione relativa all'associazionismo, attraverso unioni o convenzioni, degli enti pubblici, fino alle modifiche recentemente apportate dall'art. 19 del D.l. 6 luglio 2012, n. 95 alla disciplina contenuta nell'art. 14 del D.l. 31 maggio 2010, n. 78 (convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122)”.

⁴⁶⁷ V. LEPORE, *La normativa sui servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012, in amministrazione in cammino*, 2012.

⁴⁶⁸ G. GUZZO, *la disciplina dei spl di rilevanza economica traspending review e mito delle liberalizzazioni*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 2013.

⁴⁶⁹ Modello della così detta evidenza pubblica, ossia della scelta del soggetto affidatario previa gara, rispettosa del regime comunitario di libera concorrenza.

- a società miste pubblico-privato individuate a seguito di gare a c.d. “doppio oggetto”⁴⁷⁰;
- alla gestione diretta o alla gestione tramite azienda pubblica⁴⁷¹ o a società con capitale interamente pubblico, c.d. *in house*,

⁴⁷⁰ È il fenomeno delle società miste (che a livello comunitario è conosciuto come quello del PPPI), il quale si realizza attraverso la cosiddetta gara a doppio oggetto (riguardante sia la qualità di socio che la gestione del servizio), in cui la società viene costituita per una specifica missione in base a una gara che ha ad oggetto la scelta del socio e l’affidamento della missione medesima (ipotesi che fa da contraltare a quella, diversa e non consentita, in cui si intendono affidare direttamente ulteriori appalti a una società mista già costituita). Il modello è stato ammesso dalla Corte di Giustizia U.E.; la quale, a sua volta, ha aderito alla comunicazione interpretativa della Commissione europea in data 5 febbraio 2008 “sull’applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)”. Quindi ammissibilità dell’affidamento a una società mista previa gara a doppio oggetto e senza alcuna previsione di percentuali minime di partecipazione (pubblica o privata).

⁴⁷¹ Sul punto si veda la nota dell’ANCI, *Prime osservazioni sull’affidamento dei Servizi Pubblici Locali di rilevanza economica alla luce della Sentenza della Corte Costituzionale del 20 luglio 2012 n. 199*, in www.astrid-online.it, 2012, secondo cui “pare inoltre restituita ai Comuni anche la possibilità di una gestione, oltre che mediante società a totale partecipazione pubblica, anche in economia o mediante azienda speciale. Il punto è controverso, ma – al di là delle prese di posizione del giudice amministrativo, che hanno sottolineato l’inesistenza di un divieto in tal senso nell’ordinamento interno (CdS, sez. V, 26 gennaio 2011, n. 552) – non v’è dubbio che le norme in materia di aziende speciali, recentemente introdotte nel dl 1/2012 s.m.i., non consentono di immaginare la persistenza di un divieto alla gestione in economia o mediante azienda speciale (salva l’esistenza di eventuali norme settoriali interdittive)”; ed altresì V. LEPORE, *La normativa sui servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012*, op. cit., secondo cui “la sentenza della Consulta riveste un ruolo particolarmente rilevante in quanto riporta in auge modelli gestionali che sembravano ormai superati, basti pensare alla gestione diretta e alla gestione tramite azienda speciale che era consentita solo per la gestione dei servizi pubblici privi di rilevanza economica”; contra C. VOLPE, *La “nuova normativa” sui servizi pubblici locali di rilevanza economica. Dalle ceneri ad un nuovo effetto “Lazzaro”. Ma è vera resurrezione?*, op. cit., secondo cui “E’ possibile la gestione diretta o in economia e il ricorso all’azienda speciale? Quanto alla gestione diretta o in economia la questione, risolta in modo affermativo dalla legge solo con riguardo al servizio di illuminazione votiva, nel silenzio normativo andrebbe esclusa per gli altri servizi pubblici locali; anche in conformità a quanto recentemente affermato dal Consiglio di Stato (si rimanda al paragrafo 10). Dovendosi applicare la normativa europea, l’unica possibilità di gestione diretta è quella a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house. Relativamente all’azienda speciale, l’art. 114, comma 5-bis, del d.lgs. n. 267/2000, aggiunto dall’art. 25 del d.l. n. 1/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 27/2012, ha assoggettato le aziende speciali e le istituzioni, a decorrere dall’anno 2013, al patto di stabilità interno e ha previsto, nei loro confronti, l’applicazione delle disposizioni del codice sui contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006), nonché di quelle che stabiliscono, a carico degli enti locali: divieto o limitazioni alle assunzioni di personale; contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenza anche degli amministratori; obblighi e limiti alla partecipazione societaria degli enti locali; così

purché ricorrano le condizioni richieste dall'ordinamento comunitario⁴⁷².

Tali soluzioni si prospettano solo per i servizi pubblici di rilevanza economica⁴⁷³ per i quali, al momento, non vi è una specifica disciplina di settore;

sottoponendo le aziende speciali agli stessi limiti e condizioni previsti per le società affidatarie in house dall'art. 3-bis del citato d.l. n. 138/2011. Il che non vuol dire però che la legge abbia (implicitamente) consentito l'affidamento diretto ad un'azienda speciale di un servizio pubblico locale di rilevanza economica. Nel silenzio della legge, trattandosi di ente pubblico economico strumentale dell'ente locale con autonomia imprenditoriale, il relativo affidamento, qualora rientri nei limiti e nelle condizioni dell'in house (controllo analogo e prevalenza dell'attività), sarà tendenzialmente ammissibile. Il diritto europeo, infatti, non sembra imporre l'affidamento in house solo a favore di un soggetto societario".

⁴⁷² Sul punto si veda *Ibidem*, secondo cui "è importante evidenziare che le società pubbliche in house saranno soggette alle limitazioni previste dalle sole norme comunitarie (non valendo più la soglia economica del servizio quale discriminante) anche per la partecipazione alle gare per l'affidamento di altri servizi in altri enti locali, essendo decaduta la disposizione (comma 33) che vietava a tali società la possibilità di ottenere direttamente o con gara l'affidamento di ulteriori servizi o di servizi in ambiti territoriali diversi dal proprio"; la giurisprudenza dei giudici amministrativi si è spostata ad un'accettazione, quasi senza limiti, all'affidamento in house, sul punto si veda Consiglio di Stato, Sez. V, 27/5/2014 n. 2716, secondo cui "trova, invece, applicazione la disciplina comunitaria che, come rilevato dalla stessa Corte Costituzionale, consente agli stati membri di prevedere con determinate cautele la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale (cfr. la già menzionata sentenza n. 325 del 2010). Parimenti la richiamata Corte di giustizia C-480/06 ha affermato che un'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza fare ricorso ad entità esterne e che tale modalità non contrasta con la tutela della concorrenza poiché nessuna impresa viene posta in una situazione di privilegio rispetto alle altre"; il Consiglio di Stato, Sez. V, 10/9/2014, n. 4599, è intervenuto nuovamente specificando come "l'affidamento diretto, in house - lungi dal configurarsi pertanto come un'ipotesi eccezionale e residuale di gestione dei servizi pubblici locale - costituisce invece una delle (tre) normali forme organizzative delle stesse, con la conseguenza che la decisione di un ente in ordine alla concreta gestione dei servizi pubblici locali, ivi compresa quella di avvalersi dell'affidamento diretto, in house (sempre che ne ricorrano tutti i requisiti così come sopra ricordati e delineatisi per effetto della normativa comunitaria e della relativa giurisprudenza), costituisce frutto di una scelta ampiamente discrezionale, che deve essere adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano e che, come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, irragionevolezza, irrazionalità ed arbitrarietà ovvero non sia fondata su di un altrettanto macroscopico travisamento dei fatti".

⁴⁷³ In realtà, come sottolineato da V. LEPORE, *La normativa sui servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012, op. cit.*, la Sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012 rischia di far venir meno "la rilevanza della distinzione piuttosto "labile" ed opinabile tra servizi pubblici a rilevanza economica e quelli privi di rilevanza economica dal momento che tale distinzione non comporta più l'applicazione di un distinto regime giuridico. In questo modo viene superata, seppure in via non risolutiva, la vexata quaestio sul significato di "rilevanza economica"; questione interpretativa molto controversa sia nella dottrina che nella giurisprudenza e che era stata risolta in maniera diversa dal

per quelli invece per i quali vi è una normativa *ad hoc*, quali le farmacie, il settore dell'energia, del gas e dei trasporti, oltre che il servizio idrico la disciplina specifica di ciascun settore resta in vigore e non viene intaccata nella sua efficacia dall'avvenuta abrogazione dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011.

Prima di addentrarsi nella disciplina comunitaria relativa alla gestione dei servizi pubblici locali, pare opportuno analizzare alcuni articoli⁴⁷⁴, rilevanti per il settore e non toccati dalla declaratoria di illegittimità costituzionale da parte della Corte Costituzionale con la sentenza n. 199/2012, oltretutto taluni successivi interventi normativi⁴⁷⁵.

7.1.1 Art. 3 d.l. n. 138/2011

L'art. 3 del d.l. n. 138/2011 viene in evidenza per ciò che concerne la gestione concorrenziale c.d. "nel mercato" di un servizio pubblico locale; in particolare i commi 1 e 2 dell'art. 3, d.l. n. 138/2011, convertito con modificazioni dalla l. n. 148/2011, stabiliscono che *"Comuni, Province, Regioni e Stato, entro il 30 settembre 2012, adeguano i rispettivi ordinamenti al principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge nei soli casi di: a) vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali; b) contrasto con i principi fondamentali della Costituzione; c) danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e contrasto con l'utilità sociale; d) disposizioni indispensabili per la protezione della salute umana, la conservazione delle specie animali e vegetali, dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale; e) disposizioni relative alle attività di raccolta di giochi pubblici ovvero che comunque comportano effetti sulla finanza pubblica. 2. Il comma 1 costituisce principio*

Consiglio di Stato (sentenza n. 6529 del 10 settembre 2010, Sezione V) e dalla Corte costituzionale (ex multis sentenza n. 325 del 2010)".

⁴⁷⁴ Ci si riferisce all'art. 3 e 3 bis del d.l. n. 138/2011.

⁴⁷⁵ Ci si riferisce all'art. 34 d.l. n. 179/2012 e art. 13, c. 25 bis d.l. n. 145/2013.

fondamentale per lo sviluppo economico e attua la piena tutela della concorrenza tra le imprese”.

L'art. 3 prosegue enunciando un'ulteriore disposizione di principio al comma 8 secondo cui *“le restrizioni in materia di accesso ed esercizio delle attività economiche previste dall'ordinamento vigente sono abrogate quattro mesi dopo l'entrata in vigore del presente decreto, fermo in ogni caso quanto previsto al comma 1 del presente articolo”.*

L'art. 3, d.l. n. 138/2011, pur non rappresentando una disposizione specifica per il settore dei servizi pubblici locali, comporterebbe comunque l'effetto, come evidenziato in sede di discussione parlamentare, che il divieto, espresso da una qualunque norma statale o regionale, non sia *“più condizione sufficiente per ritenere che l'iniziativa (e l'attività conseguente) economica privata non sia libera”*, dovendo quindi, il divieto, rispettare una *“precisa tipologia di atti di rango primario, cioè quelli contenutisticamente qualificati dall'ipotesi di cui alle lettere da a) ad e) del comma 1, e cioè contenenti vincoli derivanti: dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali; dall'esigenza di non contrastare con i principi fondamentali della Costituzione; dall'esigenza di non recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e contrasto con l'utilità sociale; da disposizioni indispensabili per la protezione della salute umana, la conservazione delle specie animali e vegetali, dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale; da disposizioni che comportano effetti sulla finanza pubblica”*⁴⁷⁶.

A corroborare quanto emerso in sede di lavori preparatori, è stata la sentenza della Corte Costituzionale del 20 luglio 2012, n. 200, investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 d.l. n. 138/2011, secondo cui *“con la normativa censurata, il legislatore ha inteso stabilire alcuni principi in materia economica orientati allo sviluppo della concorrenza, mantenendosi all'interno della cornice delineata dai principi costituzionali. Così, dopo l'affermazione di principio secondo cui in ambito economico «è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge», segue*

⁴⁷⁶ XVI Legislatura, Scheda di lettura su DDL A.S. n. 2887, “Conversione in legge del d.l. n. 138/2011”, in Testo emendamenti Commissione Bilancio, Settembre 2011, n. 306.

l'indicazione che il legislatore statale o regionale può e deve mantenere forme di regolazione dell'attività economica volte a garantire, tra l'altro – oltre che il rispetto degli obblighi internazionali e comunitari e la piena osservanza dei principi costituzionali legati alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e della finanza pubblica – in particolare la tutela della sicurezza, della libertà, della dignità umana, a presidio dell'utilità sociale di ogni attività economica, come l'art. 41 Cost. richiede. La disposizione impugnata afferma il principio generale della liberalizzazione delle attività economiche, richiedendo che eventuali restrizioni e limitazioni alla libera iniziativa economica debbano trovare puntuale giustificazione in interessi di rango costituzionale o negli ulteriori interessi che il legislatore statale ha elencato all'art. 3, comma 1. Complessivamente considerata, essa non rivela elementi di incoerenza con il quadro costituzionale, in quanto il principio della liberalizzazione prelude a una razionalizzazione della regolazione, che elimini, da un lato, gli ostacoli al libero esercizio dell'attività economica che si rivelino inutili o sproporzionati e, dall'altro, mantenga le normative necessarie a garantire che le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con l'utilità sociale (sentenze n. 247 e n. 152 del 2010, n. 167 del 2009 e n. 388 del 1992)"⁴⁷⁷.

In definitiva un ente locale, nel caso in cui intenda organizzare ed affidare un servizio pubblico locale, dovrà altresì rispettare quanto stabilito dall'articolo 3, d.l. n. 138/2011.

7.1.2 Art. 3 bis d.l. n. 138/2011⁴⁷⁸

⁴⁷⁷ Corte Cost., 20 luglio 2012, n. 200.

⁴⁷⁸ Art. 3 bis, c. 1: *"le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano organizzano lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica definendo il perimetro degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio e istituendo o designando gli enti di governo degli stessi, entro il termine del 30 giugno 2012. La dimensione degli ambiti o bacini territoriali ottimali di norma deve essere non inferiore almeno a quella del territorio provinciale. Le regioni possono individuare specifici bacini territoriali di dimensione diversa da quella provinciale, motivando la scelta in base a criteri di differenziazione territoriale e socio-economica e in base a principi di proporzionalità, adeguatezza ed efficienza rispetto alle caratteristiche del servizio, anche su proposta dei comuni presentata entro il 31*

La declaratoria di illegittimità da parte della Corte Costituzionale, con sentenza n. 199/2012, non ha altresì toccato l'art. 3 bis del d.l. n. 138/2011, introdotto dal d.l. n. 1/2012, conv. in l. n. 27/2012, le cui disposizioni, pur non riguardando le modalità di affidamento del servizio, hanno una generale applicazione sulla disciplina dei servizi pubblici locali; l'articolo 3 bis ha previsto la definizione, da parte delle Regioni ed entro il 30 giugno 2012, del perimetro degli ambiti o bacini territoriali (con dimensione di norma provinciale), tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio, istituendo o designando, contestualmente, gli enti di

maggio 2012 previa lettera di adesione dei sindaci interessati o delibera di un organismo associato e già costituito ai sensi dell'articolo 30 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. Fermo restando il termine di cui al primo periodo del presente comma che opera anche in deroga a disposizioni esistenti in ordine ai tempi previsti per la riorganizzazione del servizio in ambiti, è fatta salva l'organizzazione di servizi pubblici locali di settore in ambiti o bacini territoriali ottimali già prevista in attuazione di specifiche direttive europee nonché ai sensi delle discipline di settore vigenti o, infine, delle disposizioni regionali che abbiano già avviato la costituzione di ambiti o bacini territoriali in coerenza con le previsioni indicate nel presente comma. Decorso inutilmente il termine indicato, il Consiglio dei Ministri, a tutela dell'unità giuridica ed economica, esercita i poteri sostitutivi di cui all'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131, per organizzare lo svolgimento dei servizi pubblici locali in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei, comunque tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio". Con riguardo a tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica sono previsti incentivi alle gare: comma 2: "In sede di affidamento del servizio mediante procedura ad evidenza pubblica, l'adozione di strumenti di tutela dell'occupazione costituisce elemento di valutazione dell'offerta". È la cosiddetta clausola sociale; comma 3: "A decorrere dal 2013, l'applicazione di procedura di affidamento dei servizi a evidenza pubblica da parte di regioni, province e comuni o degli enti di governo locali dell'ambito o del bacino costituisce elemento di valutazione della virtù degli stessi ai sensi dell'articolo 20, comma 2, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111"; comma 4: "Fatti salvi i finanziamenti ai progetti relativi ai servizi pubblici locali di rilevanza economica cofinanziati con fondi europei, i finanziamenti a qualsiasi titolo concessi a valere su risorse pubbliche statali ai sensi dell'articolo 119, quinto comma, della Costituzione sono prioritariamente attribuiti agli enti di governo degli ambiti o dei bacini territoriali ottimali ovvero ai relativi gestori del servizio selezionati tramite procedura ad evidenza pubblica o di cui comunque l'Autorità di regolazione competente abbia verificato l'efficienza gestionale e la qualità del servizio reso sulla base dei parametri stabiliti dall'Autorità stessa"; vi sono poi ulteriori vincoli in capo ai soggetti affidatari in house: commi 5 e 6: "5. Le società affidatarie in house sono assoggettate al patto di stabilità interno secondo le modalità definite dal decreto ministeriale previsto dall'articolo 18, comma 2-bis, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni. L'ente locale o l'ente di governo locale dell'ambito o del bacino vigila sull'osservanza da parte delle società di cui al periodo precedente dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno".

governo degli stessi bacini o ambiti, per l'organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica⁴⁷⁹.

In alternativa, le Regioni possono individuare specifici bacini territoriali di dimensione diversa da quella provinciale, motivando la scelta in base a criteri di differenziazione territoriale e socio-economica e a principi di proporzionalità, adeguatezza ed efficienza rispetto alle caratteristiche del servizio, anche su proposta dei comuni (da presentarsi entro il 31 maggio 2012 previa lettera di adesione dei sindaci interessati oppure previa delibera di un organismo associato e già costituito ai sensi dell'art. 30 del d.lgs. n. 267/2000: vale a dire, attraverso una convenzione fra Enti locali).

Successivamente, l'art. 13, c. 2, d.l. n. 150/2013, conv. dalla l. n. 15/2014, ha disposto che la mancata istituzione o designazione dell'ente d'ambito comportano l'esercizio del potere sostitutivo dal parte del Prefetto territorialmente competente, che provvede al completamento della procedura di affidamento entro il 31 dicembre 2014 (con spese a carico dell'ente inadempiente).

Inoltre, ai sensi del comma 3 del medesimo art. 13, il mancato rispetto dei termini stabiliti comporta la cessazione degli affidamenti non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea alla data del 31 dicembre 2014.

L'obbligatorietà della istituzione dell'ente d'ambito va poi correlata alle disposizioni che hanno imposto l'esercizio in forma obbligatoriamente associata delle funzioni fondamentali per alcune categorie di enti locali. Infatti, l'art. 14, c. 28, del d.l. n. 78/2010 (comma sostituito dall'art. 19, c.1, lett. b), del d.l. n. 95/2012, conv. dalla l. n. 135/2012), prevede che i Comuni con popolazione fino a 5.000 abitanti, ovvero fino a 3.000 abitanti, se appartengono o sono appartenuti a Comunità montane, esercitano obbligatoriamente in forma associata, mediante unione di Comuni o convenzione, le funzioni fondamentali dei comuni di cui al

⁴⁷⁹ L. GENINATTI SATÈ, *Questioni interpretative e problemi aperti nella disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, A-I, n. 3, 2014.

comma 27, funzioni tra le quali si annovera, alla lett. f), *“l’organizzazione e la gestione dei servizi di raccolta, avvio e smaltimento e recupero dei rifiuti urbani e la riscossione dei relativi tributi”*.

Questa correlazione fra (i) gli obblighi di costituzione dell’ente d’ambito per l’organizzazione dei Servizi pubblici locali e (ii) gli obblighi di esercizio associato delle funzioni fondamentali si rinviene anche rispetto ai termini temporali per il relativo adempimento.

L’art. 14, c. 31 *ter*, del d.l. n. 78/2010, introdotto dall’art. 19, c. 1, lett. e), del d.l. n. 95/2012 e modificato dall’art. 1, c. 350, della l. n. 147/2013, prevede infatti che i comuni con popolazione inferiore a 5.000 abitanti assicurano l’attuazione delle disposizioni ivi previste (a) entro il 1° gennaio 2013 con riguardo ad almeno tre delle funzioni fondamentali di cui al comma 28, (b) entro il 30 settembre 2014 (precedentemente era il 30 giugno), con riguardo ad ulteriori tre delle funzioni fondamentali di cui al comma 27, (c) entro il 31 dicembre 2014, con riguardo alle restanti funzioni fondamentali di cui al comma 27.

Il termine del 31 dicembre 2014 coincide, quindi, tanto rispetto all’obbligo di esercizio associato delle funzioni, quanto con riferimento all’obbligo di costituzione dell’ente d’ambito per l’organizzazione e l’affidamento del Servizio di igiene urbana (poiché, come si è visto, il termine originariamente fissato al 31 dicembre 2013 per il completamento del processo di costituzione degli d’ambito è ora stabilito, per effetto del d.l. n. 150/2013, al 31 dicembre 2014).

7.1.3 Art. 34, d.l. n. 179/2012 e successive modifiche

Il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221, ulteriormente modificato dalla legge 27 febbraio 2014 del n. 15, in vigore dal 1 marzo 2014, con cui è stato convertito il d.l. n. 150/2013, c.d. Decreto Milleproroghe, dal titolo *“Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese”*, all’art. 34, *“Misure urgenti per le attività produttive, le infrastrutture e i trasporti locali,*

la valorizzazione dei beni culturali ed i comuni”, contiene in otto commi – dal 20 al 27 – la nuova disciplina in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, limitandosi a fissare soltanto la calendarizzazione del regime transitorio delle società pubbliche affidatarie dirette del servizio.

La disposizione principale, per ciò che concerne la presente analisi, è costituita dal comma 20 del citato art. 34, secondo cui, *“per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l’economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l’affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell’ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall’ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste”*⁴⁸⁰.

È quindi prevista la necessità, ai fini dell’affidamento del servizio, della redazione e della pubblicazione di una relazione, con un duplice contenuto, e cioè da un lato, l’indicazione delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall’ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta; mentre dall’altro, la definizione dei contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste.

Il comma 23, inserisce un nuovo comma (1 bis) dopo il comma 1 dell’art. 3 bis del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011, e successive modificazioni, del seguente tenore: *“le funzioni di organizzazione dei*

⁴⁸⁰ F. SCURA, *Conversione del “Decreto Milleproroghe”: modifiche alla disciplina dei servizi pubblici locali*, in dirittodeiservizipubblici.it, 2014, secondo cui *“in particolare, al fine di “salvare” dalla cessazione i numerosi affidamenti non conformi e non suscettibili di adeguamento, con il Decreto Milleproroghe si è, per l’appunto, inteso derogare al citato art. 34, senza tuttavia limitarsi a prorogare al 31.12.2014 il termine ivi previsto del 31.12.2013. Anziché introdurre una ennesima e prevedibile proroga – ormai consueta nel settore dei servizi pubblici locali – il legislatore con l’art. 13 ha così colto l’occasione per introdurre nuove disposizioni che si intrecciano con la esistente disciplina in tema di ATO e prevedono una vera e propria deroga a quanto previsto dal comma 21 dell’art. 34. Di fatto la nuova disposizione ha consentito lo slittamento al 2014 della sanzione (cessazione ex lege degli affidamenti non conformi di cui al comma 21 dell’art. 34), sia pure per il tramite di una deroga e non di una proroga”*.

servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo sono esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei istituiti o designati ai sensi del comma 1 del presente articolo".

Il comma 23 si riferisce solo ai servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani; integra la disciplina di cui all'art. 3 bis del d.l. n. 138/2011, prevedendo che l'esercizio delle diverse funzioni in materia avvenga solo da parte degli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei di cui al comma 1 del medesimo articolo.

7.1.4 Art. 13, c. 25 bis, d.l. n. 145/2013

Da ultimo è intervenuto l'art. 13, c. 25 bis, del decreto legge 23 dicembre 2013, n. 145, convertito, con modificazioni, dalla l. 21 febbraio 2014, n. 9, secondo cui *"gli enti locali sono tenuti ad inviare le relazioni di cui all'articolo 34, commi 20 e 21, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, all'Osservatorio per i servizi pubblici locali, istituito presso il Ministero dello sviluppo economico nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie già disponibili a legislazione vigente e comunque senza maggiori oneri per la finanza pubblica, che provvederà a pubblicarle nel proprio portale telematico contenente dati concernenti l'applicazione della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica sul territorio".*

A conclusione dell'analisi degli articoli dell'ordinamento italiano, riferibili all'organizzazione e alla gestione dei servizi pubblici locali, non toccati dalla sentenza della Corte, sia consentito citare quanto espresso da attenta dottrina, secondo cui *"dalle ceneri create dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012 i servizi pubblici locali sono risorti, quasi come un nuovo effetto "Lazzaro". Ma non si*

*tratta di vera resurrezione; il nuovo soggetto è trasfigurato rispetto al precedente. La "nuova normativa" è del tutto semplificata, più leggera e de minimis. Le modalità di gestione non sono più disciplinate, rimettendosi all'applicazione della normativa europea, e gli adempimenti a carico dei soggetti affidanti sono ridotti a poche e circoscritte incombenze"*⁴⁸¹.

7.2 La normativa comunitaria

La situazione attuale della disciplina dei servizi pubblici locali nell'ordinamento italiano, non permette di rispondere ad una domanda fondamentale, necessaria per fornire un ulteriore tassello alla tesi sostenuta nella presente trattazione: la sentenza della Corte Costituzionale, n. 199/2012, statuendo l'abrogazione dell'art. 4, d.l. n. 138/2011, ha comportato l'equiordinazione dei modelli di affidamento? Ossia, una volta che la Corte ha ritenuto che l'*in house* non possa essere un modello derogatorio ed eccezionale, in contrasto con la volontà scaturita dall'esito referendario sul più volte citato art. 23 bis, l'*in house* è diventato modello di affidamento ordinario⁴⁸²?

Al fine di rispondere compiutamente a tali questioni si rende necessario analizzare la normativa comunitaria; a riguardo vi sono due questioni preliminari che debbono essere affrontate.

La prima, in particolare, riguarda l'assunto, a detta della Corte costituzionale, che l'elisione delle norme interne in materia di affidamento dei servizi pubblici locali non determina l'insorgenza di una lacuna normativa propria, poiché da essa consegue *"l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa*

⁴⁸¹ C. VOLPE, *La "nuova normativa" sui servizi pubblici locali di rilevanza economica. Dalle ceneri ad un nuovo effetto "Lazzaro". Ma è vera resurrezione?*, op. cit.

⁴⁸² C. VOLPE, *La "nuova normativa" sui servizi pubblici locali di rilevanza economica. Dalle ceneri ad un nuovo effetto "Lazzaro". Ma è vera resurrezione?*, op. cit.

comunitaria [...] relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica"⁴⁸³.

L'assunto della Corte costituzionale non è, tuttavia, privo di implicazioni critiche: rinviando genericamente alla "*normativa comunitaria*", la Corte ha individuato la fonte della disciplina dell'affidamento in un complesso di atti normativi che possiedono un'efficacia molto diversa nell'ordinamento giuridico italiano⁴⁸⁴.

Una cosa è, infatti, che per "*normativa comunitaria*" s'intendano i Trattati ed i regolamenti dell'Unione Europea (i quali, questi ultimi, ai sensi dell'art. 288 del Trattato sul funzionamento dell'Unione, hanno efficacia immediata e diretta negli ordinamenti dei Paesi membri); altro è che s'intendano, altresì, le direttive dell'Unione Europea (che invece non vincolano direttamente i cittadini dei Paesi membri, ma solo gli Stati, e che quindi assumono efficacia soltanto per effetto del recepimento da parte degli organi nazionali); altro ancora è che s'intendano, anche, i provvedimenti riconducibili alla c.d. *soft law*, ossia quell'insieme di atti dell'Unione Europea che, pur non possedendo portata precettiva codificata negli ordinamenti dei Paesi membri, sono comunque assunti a riferimento per identificare l'orientamento, e le politiche normative, dell'Unione e per trarne indicazioni ai fini del ravvicinamento delle legislazioni nazionali.

Non si può certo ammettere che, mediante il rinvio generico alla "*normativa comunitaria*", la Corte costituzionale abbia inteso attribuire efficacia immediata e diretta, nell'ordinamento italiano, a tutte le disposizioni dell'Unione Europea in materia di affidamento dei servizi pubblici a rilevanza economica, indipendentemente dalla fonte normativa in cui tali regole siano collocate, poiché ne deriverebbe una inaccettabile alterazione delle norme, internazionali e

⁴⁸³ Corte Cost. 20 luglio 2012, n. 199.

⁴⁸⁴ L. GENINATTI SATÈ, *Questioni interpretative e problemi aperti nella disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, A-I, n. 3, 2014.

costituzionali, che disciplinano i rapporti fra l'ordinamento comunitario e quello nazionale.

Ciò premesso, in tale sede si analizzeranno le norme dei Trattati ed, altresì, i riferimenti della c.d. *soft law*, accennando, per ragioni di economicità, la disciplina di singole direttive.

In particolare si analizzerà nel dettaglio la disciplina dei Servizi di Interesse Economico Generale, più volte richiamati da giurisprudenza e dottrina per indicare un concetto coincidente ai servizi pubblici locali nell'ordinamento comunitario⁴⁸⁵.

7.2.1 I Servizi di Interesse Economico Generale

Al fine di comprendere il perché la definizione e la conseguente disciplina dei Servizi di Interesse Economico Generale sia fondamentale per la disciplina dei servizi pubblici locali, a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale da parte della sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012, è opportuno sottolineare come *“entrambe le nozioni fanno riferimento ad un servizio che è reso (in forma di impresa pubblica o privata) mediante un'attività economica (intesa, in senso ampio, come «qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato») e che fornisce prestazioni considerate necessarie nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni; in entrambi i casi si fa riferimento a “servizi la cui gestione deve avvenire di regola, al fine di tutelare la concorrenza, mediante affidamento a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica”*⁴⁸⁶.

I S.I.E.G. nei Trattati Comunitari

⁴⁸⁵ Corte. Cost., 17 novembre 2010, n. 325.

⁴⁸⁶ Corte dei Conti, Sez. Reg. di controllo per la Basilicata, del. n. 173/2012/PAR.

A livello europeo i servizi d'interesse economico generale (S.I.E.G.) rivestono un ruolo fondamentale nell'azione della Comunità Europea a favore dello sviluppo di un modello sociale europeo coerente con gli obiettivi di democrazia fissati dal Trattato. È quest'ultima fonte, soprattutto se considerata attraverso un'ottica di *Groundnorme*, che ha riconosciuto a questa nozione un'importanza così marcata da farla assurgere a principio costituzionale.

Per questa ragione, la dottrina è solita dividere la tematica inerente i SIEG in due macroaree concettuali distinte ma contigue. La prima è quella propria del diritto europeo della concorrenza; in questo ambito la qualifica di servizio di interesse economico generale data ad alcune entità può essere utilizzata da ogni singolo Stato membro al fine di promuovere o meno la politica protezionistica nei più svariati settori economici. La seconda invece è identificabile con la disciplina risultante dal combinato degli articoli 36 della Carta dei diritti fondamentali, II-96 e III-122 e dell'articolo 14 del TFUE.

Visti in tal senso i servizi in esame non solo sono svincolati dalla disciplina della concorrenza, ma addirittura, il loro concreto espletamento verrebbe *“a costituire una vera e propria obbligazione a carico dell'UE e degli stati membri, a cui si giustappone il diritto degli utilizzatori, in funzione di due distinte esigenze superiori: quella di un livello minimo di welfare per i cittadini dell'UE e quella di coesione europea”*⁴⁸⁷.

Secondo i Trattati unionisti, la gestione mediante concessione di diritti in esclusiva o speciali di un servizio pubblico locale da parte dell'ente pubblico, e più in generale dei servizi di interesse economico generale, è ammessa solo se lo Stato membro ritiene che l'applicazione delle regole di concorrenza c.d. *“nel mercato”* rappresenti un ostacolo, in diritto od in fatto, alla speciale missione del

⁴⁸⁷ L. GENINATTI SATÈ, L. GUFFANTI, A. SCIUMÈ, *Definizioni giuridiche di “servizio pubblico”*, in (a cura di) P. GARRONE e P. NARDI, *Libertà ed efficacia nei servizi pubblici locali*, Guerini Associati, Milano, 2010, p. 69.

servizio pubblico restando riservato all'ordinamento comunitario il sindacato sull'eventuale "errore manifesto" alla base della decisione dello Stato.

In particolare, secondo la giurisprudenza comunitaria, le regole sulla concorrenza non ostano a una disciplina nazionale che consente ad un ente pubblico di affidare un servizio pubblico direttamente ad una società della quale esso detiene l'intero capitale, a condizione che l'ente pubblico eserciti su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente che la detiene⁴⁸⁸.

Può ritenersi che ad oggi i principi dei Trattati riferibili al concetto di servizio pubblico locale, possono essere rinvenuti agli art. 106 (*ex* articolo 86 del TCE) e 14 (*ex* articolo 16 del TCE) del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea⁴⁸⁹, nella parte in cui ci si riferisce ai Servizi di Interesse Economico Generale.

L'art. 106, comma 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (T.F.U.E.) prevede che *"gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata"*; ossia, nella materia, il principio di concorrenza può essere derogato solo se esso ostacoli l'adempimento della specifica missione, costituita dalla soddisfazione dell'interesse generale, loro affidata.

⁴⁸⁸ M. SPAGNUOLO, *I servizi pubblici locali nei recenti interventi legislativi*, in *Leggi Oggi*, 2013.

⁴⁸⁹ V. LEPORE, *La normativa sui servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012*, *op. cit.*

Ciò significa che tale disposizione, da una parte, stabilendo la presenza di interessi generali non implica in via generale la disapplicazione delle norme della concorrenza c.d. “nel mercato” e i relativi principi, quali trasparenza, adeguata pubblicità, proporzionalità, non discriminazione, parità di trattamento e mutuo riconoscimento, i quali, pertanto, devono trovare applicazione; dall’altra, consente agli Stati Membri di derogare a tali norme e principi nella misura in cui dall’applicazione degli stessi possa derivare una compromissione della missione di interesse generale prospettando, pertanto, un ragionevole contemperamento tra la tutela dell’interesse generale rispetto ed il principio della concorrenza nel settore dei servizi⁴⁹⁰.

Quindi l’articolo 106, paragrafo 2, prevede un’eccezione alle norme contenute nel trattato, a condizione che siano rispettati i seguenti criteri:

1. vi deve essere un atto d’incarico mediante il quale lo Stato conferisce ad un’impresa la responsabilità dell’esecuzione di un determinato compito;
2. il conferimento dell’incarico deve essere relativo ad un servizio d’interesse economico generale;
3. l’eccezione deve essere necessaria per l’esecuzione dei compiti assegnati e proporzionale a tale scopo («*requisito della necessità*»);
4. lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità.

Per diritti esclusivi si intendono quei “*diritti riconosciuti da uno Stato membro ad un’impresa mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa che riserovi alla stessa, con riferimento ad una determinata area geografica, la facoltà di prestare un servizio o esercitare un’attività*”⁴⁹¹, mentre per diritti speciali si intendono quei “*diritti riconosciuti da uno Stato membro ad un numero limitato di*

⁴⁹⁰ V. LEPORE, *La normativa sui servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012*, op. cit.

⁴⁹¹ Direttiva 2006/111/CE dell’11 novembre 2006, c.d. Direttiva Trasparenza.

imprese mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa che, con riferimento ad una determinata area geografica: i) limiti a due o più, senza osservare criteri di oggettività, proporzionalità e non discriminazione, il numero delle imprese autorizzate a prestare un dato servizio o una data attività; o ii) designi, senza osservare detti criteri, varie imprese concorrenti come soggetti autorizzati a prestare un dato servizio o esercitare una data attività; o iii) conferisca ad una o più imprese, senza osservare detti criteri, determinati vantaggi, previsti da leggi o regolamenti, che pregiudichino in modo sostanziale la capacità di ogni altra impresa di prestare il medesimo servizio o esercitare la medesima attività nella stessa area geografica a condizioni sostanzialmente equivalenti”⁴⁹².

Tale previsione ha trovato un ulteriore riconoscimento normativo, per effetto della modifica introdotta nel Trattato di Lisbona, all’art. 14 del TFUE. Tale norma dispone che *“fatti salvi l’articolo 4 del trattato sull’Unione europea e gli articoli 93, 106 e 107 del presente trattato, in considerazione dell’importanza dei servizi di interesse economico generale nell’ambito dei valori comuni dell’Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l’Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell’ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi”⁴⁹³.*

⁴⁹² Direttiva 2006/111/CE dell’11 novembre 2006, c.d. Direttiva Trasparenza.

⁴⁹³ Modifica del vecchio articolo 16 del trattato CE (oggi, come detto, art. 14 TFUE) proposta dalla Convenzione europea nell’articolo III-6 del progetto di trattato costituzionale; sul punto la Commissione Europea, era intervenuta nel Libro Bianco COM(2004) 375, secondo cui *“con l’entrata in vigore del trattato costituzionale, queste disposizioni forniranno una base giuridica aggiuntiva per l’intervento comunitario nel settore dei servizi di interesse economico generale, nell’ambito dei poteri conferiti all’Unione e del campo di applicazione della Costituzione”*.

I tre principi cardine alla base di tale normativa possono essere riassunti in:

- 1) neutralità rispetto alla proprietà, pubblica o privata, delle imprese (garantita dall'articolo 345 del trattato sul funzionamento dell'UE, ex art. 295 del TCE⁴⁹⁴);
- 2) libertà di definizione della normativa dei S.I.E.G., in quanto spetta agli Stati membri definire che cosa si consideri per "servizi d'interesse economico generale", in funzione delle specifiche caratteristiche delle attività;
- 3) proporzionalità della legislazione dello stato membro, con riferimento all'articolo 106, par. 2, TFUE: implica che i mezzi utilizzati per la missione d'interesse generale non devono dare origine a distorsioni non indispensabili degli scambi.

In sostanza l'analisi dei Trattati Unionisti riafferma quanto detto all'inizio del presente capitolo circa le varie modalità di gestione di un servizio di interesse economico generale (*rectius* servizio pubblico locale), specificando che il regime ordinario dovrebbe essere rappresentato dalla concorrenza nel mercato e, solo in casi stabiliti e definiti, uno Stato membro può individuare determinati servizi, sempre di interesse economico generale, che possono essere svolti mediante il riconoscimento di diritti speciali od esclusivi per mezzo di una delle procedure consentite dall'ordinamento comunitario (e cioè procedura di affidamento a mezzo gara, affidamento a società mista con "gara a doppio oggetto" e affidamento a società in house⁴⁹⁵).

⁴⁹⁴ Art. 345 del TFUE secondo cui "I trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri".

⁴⁹⁵ Invero il servizio di trasporto pubblico locale può avvalersi altresì di una ulteriore forma di affidamento che è rappresentato dall'affidamento a società pubblica che non necessariamente debba rispettare i criteri soggettivi di una società *in house*.

I Libri Verdi della Commissione Europea del 1996, 2000 e 2003 e il Libro Bianco del 2004

Importanti, nell'evolversi della normativa in tema di servizi di interesse economico generale, sono state le varie comunicazioni della Commissione Europea (dapprima la Comunicazione 11/9/1996, e successivamente le Comunicazioni 20/9/2000 e del 2003), nonché il libro bianco del 12/5/2004; in particolare la Commissione, nelle varie comunicazioni, ha stabilito che, per l'esecuzione degli obblighi di servizio pubblico, possono, ma non necessariamente devono, essere concessi diritti speciali o esclusivi, o anche essere disposti specifici meccanismi di finanziamento.

Oltre a ciò la Commissione ha anche specificato che gli altri servizi di interesse economico generale, quali la gestione dei rifiuti, l'approvvigionamento idrico o il servizio pubblico di radiodiffusione, non sono soggetti ad un regime regolamentare complessivo a livello Comunitario. In generale, la prestazione e l'organizzazione di questi servizi sono soggette alle norme che disciplinano il mercato interno, la concorrenza e gli aiuti di stato a condizione che interessino gli scambi commerciali fra gli Stati membri.

In particolare la Comunicazione della Commissione Europea del 1996 ha dapprima stabilito che *"il rispetto delle scelte nazionali in fatto di organizzazione economica e sociale non è altro che un'espressione del principio di sussidiarietà. Spetta quindi agli Stati membri effettuare le grandi scelte di società, mentre la Comunità si limita ad accertare la compatibilità dei mezzi impiegati con gli impegni assunti a livello europeo. Spetta primariamente alle autorità competenti a livello nazionale, regionale e locale definire, organizzare, finanziare e monitorare i servizi di interesse economico generale"*⁴⁹⁶.

⁴⁹⁶ Commissione Europea dell'11 settembre 1996, Comunicazione su *I servizi di Interesse Generale in Europa*, COM(96) 443 def.

Successivamente la stessa Commissione, nella Comunicazione del 2000 ha specificato che *“tuttavia, se le autorità pubbliche ritengono che alcuni servizi siano d’interesse generale e che i meccanismi del mercato potrebbero non essere in grado di garantire una prestazione soddisfacente, esse possono stabilire che le richieste di taluni specifici servizi siano soddisfatte mediante obblighi di servizio d’interesse generale. Per l’esecuzione di questi obblighi possono, ma non necessariamente devono, essere concessi diritti speciali o esclusivi, o anche essere disposti specifici meccanismi di finanziamento. La definizione di una specifica missione d’interesse generale e del servizio che la adempie non deve prevedere necessariamente una particolare modalità per la prestazione del servizio stesso”*⁴⁹⁷.

Da ultimo è la Comunicazione della Commissione Europea del 2003, che ha specificato che cosa si intenda per servizi di interesse economico generale, e cioè *“l’espressione “servizi di interesse economico generale” è utilizzata negli articoli 16 e 86, paragrafo 2 [ora art. 14 e 106 TFUE]. Non è definita nel trattato o nella normativa derivata. Tuttavia, nella prassi comunitaria vi è ampio accordo sul fatto che l’espressione si riferisce a servizi di natura economica che, in virtù di un criterio di interesse generale, gli Stati membri o la Comunità assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico”*⁴⁹⁸.

Per ciò che concerne i servizi *“quali la gestione dei rifiuti, l’approvvigionamento idrico o il servizio pubblico di radiodiffusione, non sono soggetti ad un regime regolamentare complessivo a livello Comunitario. In generale, la prestazione e l’organizzazione di questi servizi sono soggette alle norme che disciplinano il mercato interno, la concorrenza e gli aiuti di stato a condizione che interessino gli scambi commerciali fra gli Stati membri”*⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ Commissione Europea del 20 settembre 2000, Comunicazione su *I servizi di Interesse Generale in Europa*, COM(2000) 580 def.

⁴⁹⁸ Commissione Europea del 21 maggio 2003, Comunicazione su *I servizi di Interesse Generale in Europa*, COM(2003) 270 def.

⁴⁹⁹ Commissione Europea, Libro Verde COM(2003) 270 del 21 maggio 2003.

I documenti della Commissione Europea in tema di S.I.E.G. si concludono con il Libro Bianco presentato dalla stessa Commissione il 12 maggio 2004, n. COM(2004) 374, in cui si afferma come vi sia *“la necessità di organizzare e regolamentare i servizi di interesse generale tenendo conto il più possibile degli interessi dei cittadini e salvaguardando nel contempo il principio di sussidiarietà”*⁵⁰⁰.

Le nuove Direttive Europee in tema di appalti, servizi e concessioni

Un importante cenno meritano le nuove direttive del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici pubblicate sulla Gazzetta ufficiale dell'UE il 28 marzo 2014⁵⁰¹.

In particolare si tratta delle direttive 2014/24/UE nei settori ordinari, 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali (settori c.d. speciali), che sostituiscono, rispettivamente, le direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, mentre la terza, direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione rappresenta una novità assoluta nel panorama comunitario.

Il riferimento più interessante riguarda l'esclusione dall'ambito di applicazione delle direttive appena citate degli appalti e delle concessioni tra enti nell'ambito del settore pubblico aggiudicati a una *“persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato”*, che trova la sua più compiuta definizione nel concetto di società *in house*, analizzato in precedenza. Il riferimento normativo è all'art. 12 della direttiva appalti (2014/24/UE), all'art. 28 della direttiva settori speciali (2014/25/UE) e all'art. 17 della direttiva concessioni (2014/23/UE)⁵⁰².

⁵⁰⁰ Commissione Europea, Libro Bianco COM(2004) 374 del 12 maggio 2004.

⁵⁰¹ La nuova normativa entra in vigore il 20° giorno successivo alla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'UE e gli Stati membri hanno tempo per recepire le direttive fino al 18 aprile 2016.

⁵⁰² L'art. 17 della Direttiva 2014/23/UE, al paragrafo 1 stabilisce che *“1. Una concessione aggiudicata da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, lettera a), a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra*

Da tali articoli si evince che i principi affermati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di *in house* sono stati in gran parte recepiti e codificati⁵⁰³. Le Direttive specificano che per l'individuazione dell'*in house* sono richiesti il controllo analogo⁵⁰⁴ la prevalenza dell'attività rivolta nei confronti dell'ente aggiudicatore⁵⁰⁵.

Novità di rilievo è quella in tema del requisito della totale partecipazione pubblica, in quanto è sempre richiesta, ma viene egualmente configurata una relazione *in house* anche in presenza di forme di partecipazione di capitali privati,

nell'ambito di applicazione della presente direttiva quando siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore di cui trattasi; e c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione di capitali privati diretti, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata".

⁵⁰³ C.VOLPE, *L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali*, in *www.giustamm.it*, n. 3/2014; per un'analisi della giurisprudenza comunitaria in tema di società *in house* si veda il Capitolo 5.2.

⁵⁰⁴ Tale condizione risulta soddisfatta qualora l'amministrazione aggiudicatrice (o anche l'ente aggiudicatore per le concessioni) eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative dell'affidatario *in house* e risolvono anche i dubbi in tema di cosiddetto controllo analogo indiretto, in quanto si prevede che il controllo possa essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua holding di partecipazioni, che si interpongono fra l'amministrazione aggiudicatrice e la società beneficiaria *in house*, o alle società consortili, dove gli enti pubblici esercitano il controllo della società consortile non direttamente ma attraverso le società consorziate, che, a loro volta, sono controllate da tali enti.

⁵⁰⁵ La condizione viene ritenuta soddisfatta qualora oltre l'80% delle attività del soggetto affidatario *in house* siano effettuate nello svolgimento dei compiti ad esso affidati dal soggetto controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione controllante. Viene indicato cosa debba considerarsi al fine della determinazione dell'80%: prevedendolo nel fatturato totale medio, o in un'adeguata misura alternativa basata sull'attività, quali i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione nei campi dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione. E in mancanza del triennio o di pertinenza del fatturato e dei costi, è sufficiente dimostrare la credibilità della misura dell'attività in base a sue proiezioni.

prescritte dalle disposizioni legislative nazionali in conformità dei trattati, che comportano, da parte del soggetto pubblico, controllo o potere di veto, attraverso le quali può essere esercitata un'influenza determinante sul soggetto affidatario in house⁵⁰⁶.

7.2.2 S.I.E.G. ed aiuti di Stato

Sino agli anni 90, la Commissione⁵⁰⁷ ha ritenuto che le compensazioni finalizzate a rimborsare il costo effettivo risultante dalla prestazione di un'attività d'interesse economico generale, non costituissero un vantaggio economico, bensì un compenso per l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico⁵⁰⁸; per conseguenza la misura compensativa non avrebbe dovuto superare quanto strettamente necessario per l'assolvimento degli oneri di servizio.

Successivamente, la Corte di Giustizia, per mezzo della sentenza *Altmark*⁵⁰⁹ del 2003, ha superato il predetto orientamento dettando quattro condizioni per le

⁵⁰⁶ La direttiva chiarisce anche le modalità attraverso cui le amministrazioni pubbliche in possesso di partecipazioni di minoranza possono esercitare il controllo analogo, codificando l'in house frazionato o pluripartecipato. Tali amministrazioni potranno esercitare il controllo in modo congiunto con le altre a condizione che siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) gli organi decisionali dell'organismo controllato siano composti da rappresentanti di tutti i soci pubblici partecipanti, ovvero, tra soggetti che possono rappresentare più o tutti i soci pubblici partecipanti; b) i soci pubblici siano in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative dell'organismo controllato; c) l'organismo controllato non persegua interessi contrari a quelli dei soci pubblici partecipanti. Vengono poi codificate le forme di cooperazione tra enti pubblici che non rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva.

⁵⁰⁷ Decisione della Commissione del 7 novembre 1996, concernente il finanziamento nei confronti dell'emittente pubblica RTP (Radiotelevisão Portuguesa).

⁵⁰⁸ Decisione della Commissione del 8 febbraio 1995, avente per oggetto il regime fiscale concesso alle Poste francesi.

⁵⁰⁹ Corte di Giustizia, 24 luglio 2003, Causa C-280/00, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*.

quali le compensazioni degli obblighi di servizio pubblico non costituiscono aiuti di Stato.

Secondo la Corte di Giustizia, *“nei limiti in cui un intervento statale deve essere considerato come una compensazione diretta a rappresentare la contropartita delle prestazioni effettuate dalle imprese beneficiarie per assolvere obblighi di servizio pubblico, cosicché tali imprese non traggono, in realtà, un vantaggio finanziario e il suddetto intervento non ha quindi l’effetto di collocarle in una posizione concorrenziale più favorevole rispetto a quelle che fanno loro concorrenza, tale intervento non ricade nell’ambito di applicazione dell’articolo 107, paragrafo 1, del trattato. Tuttavia, affinché, in un caso concreto, una siffatta compensazione possa sottrarsi alla qualificazione di aiuto di Stato, devono ricorrere taluni presupposti [cumulativamente]⁵¹⁰:*

a) in primo luogo, l’impresa beneficiaria deve essere effettivamente incaricata dell’adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi devono essere definiti in modo chiaro⁵¹¹;

b) in secondo luogo, i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente, al fine di evitare che essa comporti un vantaggio economico atto a favorire l’impresa beneficiaria rispetto a imprese concorrenti. [...] Inoltre, la compensazione da parte di uno Stato membro delle

⁵¹⁰ C. COSTANTINO, *I s.i.e.g. e gli aiuti di stato*, in *KorEuropa*, 2013.

⁵¹¹ La prima condizione della sentenza *Altmark* impone la definizione degli obblighi reciproci, tra autorità pubblica e impresa beneficiaria dell’aiuto che devono essere rispettati per la fornitura del SIEG. Questa condizione ricalca quanto già previsto dall’articolo 106, comma 2 del TFUE 54, a norma del quale le imprese incaricate della gestione di SIEG sono imprese cui è stata affidata una “specifica missione”. In generale, lo svolgimento di una specifica missione di servizio pubblico implica *“la prestazione di servizi che un’impresa, ove considerasse il proprio interesse commerciale, non si assumerebbe – o non assumerebbe – nella stessa misura o alle stesse condizioni”* (Regolamento UE n. 1370/2007). Inoltre, gli Stati membri o l’Unione possono collegare obblighi specifici a tali servizi utilizzando il criterio dell’interesse generale dell’attività. Nella sentenza della causa C-205/99, *Analir*, Racc. 2001, p. I-1271, p. 71, la Corte di Giustizia Europea, infatti, ha ritenuto non opportuno attribuire obblighi di servizio pubblico ad un’attività che è già fornita o che può essere fornita in modo soddisfacente e a condizioni quali prezzo, qualità, continuità e accesso al servizio, coerenti con il pubblico interesse, da imprese operanti secondo le normali regole del mercato.

perdite subite da un'impresa senza che siano stati previamente stabiliti i parametri di detta compensazione, allorché in un secondo tempo risulta che la gestione di alcuni servizi nell'ambito dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico non è stata economicamente redditizia, costituisce un intervento finanziario che rientra nella nozione di aiuto di Stato ai sensi dell'articolo (107, paragrafo 1, del trattato)⁵¹²;

c) in terzo luogo, la compensazione non può eccedere quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole⁵¹³;

d) in quarto luogo, quando la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico, in un caso specifico, non venga effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico che consenta di selezionare il candidato in grado di fornire tali servizi al costo minore per la collettività, il livello della necessaria compensazione deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi di trasporto al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole per l'adempimento di detti obblighi"⁵¹⁴.

⁵¹² Passando alla seconda condizione della sentenza Altmark, l'autorità pubblica deve fissare a priori alcuni parametri in base ai quali calcolare la compensazione del servizio. Tali criteri devono rispondere ad esigenze di obiettività e di trasparenza, al fine di evitare che il vantaggio economico, atto a favorire l'impresa beneficiaria rispetto alle imprese concorrenti, si tramuti nella creazione di effetti distorsivi per la concorrenza.

⁵¹³ Sulla base alla terza condizione della sentenza Altmark, la compensazione non deve eccedere quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti, nonché di un margine di utile ragionevole. In particolare, richiamando le parole della sentenza, per "margine utile ragionevole" si deve intendere il tasso di remunerazione del capitale che sarebbe richiesto da un'impresa media per valutare se prestare o meno il servizio di interesse economico generale per l'intera durata del periodo di incarico, tenendo conto del relativo livello di rischio.

⁵¹⁴ Infine, in base alla quarta condizione della Altmark, la compensazione offerta deve essere il risultato di una procedura di appalto pubblico che consenta di selezionare il candidato in grado di fornire i servizi al costo minore per la collettività, ovvero deve rappresentare l'esito di una comparazione con un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata dei mezzi necessari. Il modo più semplice per le autorità pubbliche di soddisfare la quarta condizione

Dunque, oltre che sul piano teorico, la Corte di Giustizia ha richiesto la contemporanea sussistenza di tutte e quattro le condizioni Altmark affinché la compensazione degli obblighi di servizio pubblico non costituisca un aiuto di Stato. Nel caso in cui non sia soddisfatto anche solo uno di questi criteri e siano presenti le condizioni che configurano un aiuto di Stato, invece, la compensazione degli obblighi di servizio pubblico costituisce un aiuto di Stato e, pertanto, deve essere soggetta all'obbligo di notifica alla Commissione, secondo quanto previsto dall'articolo 108, comma 3 del TFUE⁵¹⁵.

Altmark consiste, dunque, nello svolgimento di una procedura di gara in modo aperto, trasparente e non discriminatorio. In base alla giurisprudenza della Corte di giustizia una procedura di appalto pubblica tende ad escludere l'esistenza di aiuti di Stato in quanto consente di selezionare il candidato in grado di fornire il servizio al costo minore per la collettività. Da un punto di vista pratico, per garantire il rispetto delle condizioni previste dalla quarta condizione Altmark, è sicuramente idonea l'indizione di una procedura aperta conforme alle condizioni previste dalle norme sugli appalti pubblici; anche una procedura ristretta può, tuttavia, soddisfare il predetto requisito, a meno che, senza validi motivi, venga impedito agli operatori interessati di presentare un'offerta. Per soddisfare il requisito dell'*"impresa gestita in modo efficiente"*, richiamato nell'articolato della quarta condizione, gli Stati membri dovrebbero applicare criteri oggettivi, economicamente riconosciuti, rappresentativi di una gestione soddisfacente. Sul punto, la Commissione ha ritenuto che il semplice fatto di generare un utile non sia un criterio sufficiente per affermare che un'impresa è gestita in modo efficiente. Infatti, si dovrebbe tener conto anche del fatto che i risultati finanziari delle imprese, in particolare nei settori dei SIEG, possano essere fortemente influenzati dal loro potere di mercato o dalle norme settoriali a livello nazionale. Se lo Stato membro riesce a dimostrare che la struttura di costo dell'impresa incaricata della gestione del SIEG corrisponde alla struttura di costo media di imprese efficienti e comparabili del settore in questione, si può ritenere che l'importo della compensazione - che consentirà all'impresa di coprire i suoi costi compreso un utile ragionevole - rispetti la quarta condizione Altmark. In ultimo, con il termine *"impresa adeguatamente dotata dei mezzi necessari"* si è inteso riferirsi ad un'impresa che ha le risorse indispensabili per adempiere agli obblighi di servizio pubblico e con *"margine di utile ragionevole"* si è indicato il tasso di remunerazione del capitale che sarebbe richiesto da un'impresa media per valutare se prestare o meno il servizio di interesse economico generale per l'intera durata del periodo di incarico, tenendo conto del livello di rischio.

⁵¹⁵ Ad ogni modo, il fatto che una compensazione degli obblighi di servizio pubblico costituisca un aiuto di Stato non significa di per sé che non sia consentita, in quanto la compensazione può essere compatibile con il TFUE.

In considerazione del vuoto normativo in materia, nel corso degli anni il legislatore comunitario, basandosi sulla cospicua giurisprudenza elaborata dalla Corte di Giustizia, ha iniziato a regolamentare specificamente il settore dei SIEG.

Alcune delle questioni di carattere procedurale sono state, infatti, parzialmente risolte mediante l'emanazione del cd. "Pacchetto Monti-Kroes" del 28 novembre 2005, con il quale si è inteso rilanciare l'attività di controllo e di vigilanza da parte della Commissione sull'erogazione di aiuti pubblici, sia sul piano normativo che di indirizzo politico, e con il quale si è altresì rimarcato il ruolo dell'articolo 106, comma 2, al fine di giustificare eventuali compensi concessi per l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico⁵¹⁶.

Nel corso degli ultimi anni, con l'obiettivo di rielaborare e consolidare le disposizioni sui SIEG, la Commissione ha avviato una consultazione pubblica finalizzata a disciplinare ulteriormente tale settore, il cui esito ha determinato

⁵¹⁶ Nello specifico, il Pacchetto Monti-Kroes comprende due atti di natura vincolante ed uno di inquadramento generale che, di seguito, brevemente si illustrano: a) la Decisione 2005/842/CE della Commissione *"riguardante l'applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2 del TCE, agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione di obblighi di servizio pubblico concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale"*; tale Decisione ha stabilito le condizioni per le quali l'eventuale erogazione di compensazioni per l'adempimento di obblighi di servizio pubblico siano considerate compatibili con il mercato interno e, pertanto, possano ritenersi esenti dall'obbligo di notifica di cui all'articolo 108, comma 3, TFUE. Le disposizioni ivi contenute rappresentano una sintesi dell'insieme degli atti adottati dalla Commissione dopo l'emanazione della sentenza Altmark e rafforzano il ruolo dell'articolo 106, comma 2, TFUE, quale deroga all'applicazione del tradizionale criterio della compensazione. b) la Direttiva 2005/81/CE relativa alla *"trasparenza delle relazioni finanziarie tra Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese"*, con la quale la Commissione ha imposto l'obbligo di contabilità separata a qualsiasi impresa esercente un servizio pubblico, a prescindere dalla qualificazione della misura pubblica quale aiuto o meno. c) la Comunicazione relativa alla *"disciplina degli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico"*, con cui la Commissione, così come nella Decisione 2005/842/CE, ha inteso sottolineare la rilevanza dell'articolo 106, comma 2, TFUE, quale unica norma capace di porre un freno ai limiti fortemente restrittivi delle quattro condizioni Altmark. Su tali basi, il Pacchetto Monti-Kroes – disponendo, in sintesi, che l'articolo 106, comma 2, venga applicato anche qualora una o più delle quattro condizioni Altmark non sia rispettata – inizia a delineare una nuova linea direttrice basata sulla entità degli aiuti concessi: gli aiuti al di sotto di un certo tetto potrebbero rimanere esenti dall'obbligo di notifica alla Commissione.

l'emanazione di un pacchetto normativo pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 2012 il cui più importante provvedimento è rappresentato dal Regolamento UE del 25 aprile 2012, n. 360.

Il nuovo pacchetto apporta un contributo chiarificatore sui principi fondamentali in materia di aiuti di Stato a imprese fornitrici di SIEG ed introduce una serie di norme semplificate di portata ridotta o finalizzate al raggiungimento di un obiettivo sociale, che tengono conto degli aspetti relativi alla concorrenza solamente nei casi di dimensioni più ampie della sovvenzione⁵¹⁷.

Le condizioni da soddisfare affinché l'aiuto possa essere esentato dalla notifica e, quindi, dal controllo preventivo della Commissione riguardano le modalità dell'incarico e l'importo della compensazione, che non può eccedere quanto necessario per coprire il costo netto determinato dall'adempimento degli obblighi di servizio nonché un margine di utile ragionevole; ciò anche in

⁵¹⁷ Nello specifico, sono stati adottati i seguenti provvedimenti: a) l'emanazione del Regolamento UE n. 360/2012 del 25 aprile 2012; b) *“La Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale”*, integrativa rispetto alla passata struttura del pacchetto Monti-Kroes, esamina le norme in materia di aiuti di Stato e relative alla gestione dei SIEG, al fine di chiarire i concetti fondamentali sulla compensazione degli obblighi di servizio pubblico. Tale comunicazione risponde alle numerose richieste di maggiore chiarezza sul funzionamento del settore dei SIEG al fine di applicare nel modo più corretto possibile le norme in materia di aiuti di Stato alle compensazioni degli obblighi di servizio pubblico. Essa provvede, inoltre, a chiarire le definizioni di base, come la nozione di aiuto, di impresa e di attività economica o, ancora, quelle di servizi sociali ed universali, allo scopo di facilitare l'applicazione delle pertinenti norme. c) *“La Decisione del 20 dicembre 2011 riguardante l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 106, paragrafo 2, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale”*, individua le condizioni che rendono esenti dall'obbligo di notifica alla Commissione Europea le compensazioni degli oneri di servizio pubblico per talune categorie di SIEG. Tale Decisione stabilisce che taluni tipi di compensazione costituenti aiuti di Stato compatibili con il Trattato a norma dell'articolo 106, comma 2, possono rimanere al di fuori dall'obbligo di notifica di cui all'articolo 108, comma 3, del TFUE. La nuova Decisione di esenzione ha, inoltre, un campo di applicazione più esteso rispetto alla precedente del pacchetto Monti-Kroes. Infatti questa si applica anche a ospedali, a imprese operanti nell'edilizia sociale o a specifici servizi sociali (esigenze sociali in materia di assistenza sanitaria, servizi per l'infanzia, accesso e reintegrazione nel mercato del lavoro, assistenza e inclusione sociale) che prima non erano esentati dall'obbligo di notifica.

considerazione del fatto che il controllo su eventuali sovracompensazioni del servizio sarà inizialmente demandato agli Stati membri, i quali dovranno sempre essere in grado di fornire gli opportuni chiarimenti e le prove che la Commissione richieda.

In particolare il Regolamento n. 360/2012 non pregiudica l'applicazione alle imprese che forniscono servizi di interesse economico generale del Regolamento n. 1998/2006, relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del TFUE agli aiuti d'importanza minore; gli Stati membri hanno quindi la facoltà di scegliere se basarsi sul Regolamento n. 360/2012 o sul Regolamento n. 1998/2006 per quanto concerne gli aiuti concessi per la prestazione di servizi di interesse economico generale.

A tal proposito, in forza del dovere di collaborazione di cui all'articolo 4, comma 3, del Trattato sull'Unione europea, gli Stati membri sono tenuti a istituire modalità di controllo tali da garantire che l'importo complessivo degli aiuti *de minimis*, concessi alla medesima impresa per la prestazione di SIEG, non ecceda il massimale complessivo ammissibile. In aggiunta, per assicurare la conformità alle disposizioni relative al cumulo con gli aiuti di cui agli altri regolamenti *de minimis*, nel caso in cui venga concesso un aiuto in base al Regolamento n. 360/2012, gli Stati membri informano l'impresa interessata dell'importo della sovvenzione e della sua natura *de minimis*.

Entrando nel merito della novità normativa, il Regolamento n. 360/2012 detta una serie di requisiti affinché possa determinarsi la sussistenza di un aiuto compatibile e, nello specifico, che il massimale sia espresso in termini di sovvenzione diretta in denaro, che gli aiuti siano trasparenti e che non siano cumulati con altri aiuti di Stato⁵¹⁸ e, infine, che non siano cumulati con alcuna

⁵¹⁸ Se un tale cumulo dà luogo a un'intensità d'aiuto superiore a quella fissata in un regolamento di esenzione o se siano cumulati con aiuti previsti dagli altri regolamenti *de minimis* fino al massimale di 500.000 euro previsto dal regolamento n. 360/2012.

compensazione riguardante lo stesso servizio di interesse economico generale, a prescindere dal fatto che costituiscano aiuti di Stato.

In particolare, l'articolo 2 del Regolamento n. 360/2012 chiarisce che per godere della nuova soglia *de minimis*, gli aiuti devono essere "trasparenti" ovvero deve essere possibile calcolare con precisione l'equivalente della sovvenzione al lordo, senza che sia necessario compiere un'analisi su possibili rischi. Ed, ancora, i vantaggi concessi non possono essere cumulati con altre compensazioni relative allo stesso servizio, a prescindere dal fatto che questi costituiscano o meno un aiuto di Stato a norma della sentenza Altmark o un aiuto di Stato compatibile con il mercato interno a norma della Decisione 2012/21/UE.

A fortiori, l'articolo 2, al comma 5, specifica che se la soglia *de minimis* viene superata, l'aiuto non può beneficiare del Regolamento n. 360/2012 neanche per la parte non eccedente il massimale. Infine, ai sensi dell'articolo 3, del medesimo Regolamento, gli Stati membri devono seguire, prima di concedere un aiuto *de minimis*, una serie di regole volte a garantire la trasparenza dell'erogazione dell'aiuto.

PARTE III

CAPITOLO VIII

L'applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale nei s.p.l.

8.1 Concorrenza e principio di sussidiarietà nei servizi pubblici locali; 8.2 La sussidiarietà orizzontale come criterio di scelta "a monte"; 8.3 Una diversa interpretazione dell'attuale disciplina dei s.p.l.

8.1 Concorrenza e principio di sussidiarietà nei servizi pubblici locali

Giunti a questo punto è necessario affrontare un tema che lungo tutto l'arco della ricerca è sempre rimasto sullo sfondo e che ha contribuito a mantenere il filo rosso di unione tra la disciplina dei servizi pubblici locali e il principio di sussidiarietà: la relazione esistente tra principio di concorrenza e principio di sussidiarietà.

È noto che, a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione, il principio concorrenziale rientra appieno tra i fondamenti della costituzione economica⁵¹⁹,

⁵¹⁹ In ordine alla incidenza dei principi comunitari sulla disciplina costituzionale delle attività economiche, così come delineata dagli artt. 41 e 43 della Costituzione, si rinvia a V. CERULLI IRELLI, *I servizi pubblici di rilievo economico*, in AA.VV. *Le esternalizzazioni*, Atti del XVI Convegno degli amministrativisti italo-spagnoli, Genova, 25-27 maggio 2006 (a cura di C. MIGNONE, G. PERICU, F. ROVERSI-MONACO), Bologna, 2007, 109 ss. In particolare, l'A. rileva come i "principi costituzionali (invero al loro interno contraddittori), nel vigente ordinamento risultano almeno in parte sostituiti dai principi che nella nostra materia pone il Trattato europeo, e ancora più incisivamente la giurisprudenza della Corte di Giustizia". Per un'attenta disamina, anche storica, circa la valenza del principio concorrenziale in rapporto agli equilibri con gli altri valori di rango costituzionale, nonché sull'individuazione del corretto ancoraggio normativo, si rinvia a: M. ANTONIOLI, *Concorrenza e antitrust: aspetti pubblicistici*, in (a cura di M.P. CHITI e G. GRECO) *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, Parte Speciale, Vol. I, 601 ss.; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007; M. D'ALBERTI, *Diritto pubblico dei mercati e analisi economica, relazione tenuta al Convegno Analisi economica e diritto amministrativo*, Venezia, 28-29

costituendo ormai un cardine necessario delle discipline legislative relative ad attività produttive o commerciali, ancorché connotate da profili di interesse pubblico⁵²⁰.

Il nuovo testo dell'art. 117, c. 1, Cost., al riguardo, prevede che la tutela della concorrenza sia di competenza esclusiva dello Stato⁵²¹; la Corte Costituzionale⁵²² ha più volte affermato che la concorrenza, quale competenza trasversale incidente in ogni ambito di rilevanza economica, comporta interventi normativi non soltanto volti alla protezione di assetti competitivi, ma altresì ad incentivare il superamento di regimi monopolistici attraverso adeguate forme di promozione⁵²³.

Ne consegue che la tutela della concorrenza di cui all'art. 117 Cost. non si limita alla sola accezione statica del termine, ossia alla predisposizione di garanzie di tipo regolatorio con le quali assicurare il ripristino di precedenti equilibri violati; essa, invece, intesa in senso dinamico, deve comprendere le

settembre 2006, pubblicata sul sito dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo.

⁵²⁰ In merito, per un'interessante ricostruzione di tale questione, si rinvia a: L. LAMBERTI, *La disciplina dei servizi pubblici locali nella costituzione riformata e la tutela della concorrenza*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it.

⁵²¹ In ordine al rapporto tra valore costituzionale della concorrenza e servizi pubblici locali, v. A. ZITO, *Questioni "vecchie" e "nuove" in tema di servizi pubblici locali: considerazioni introduttive*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, Vol. III, 2607 ss.

⁵²² Corte Costituzionale, 1 febbraio 2006, n. 29; Corte Costituzionale 3 marzo 2006 n. 80; Corte Costituzionale, 27 luglio 2004, 272, con i commenti di A. POLICE, W. GIULIETTI, *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio*, in *Serv. pubbl. e appalti*, 2004, 831 ss.; G. SCIULLO, *Stato, Regioni e servizi pubblici nella pronuncia n. 272/04 della Consulta*, in www.lexitalia.it, 7/8, 2004; Corte Costituzionale, 13 gennaio 2004, n. 14. Per un esame complessivo della giurisprudenza della Consulta in tema di servizi pubblici, si rinvia a: E. BOSCOLO, M. CAFAGNO, *Lo "Stato dispensatore": le prestazioni di servizio pubblico tra universalismo e selettività*, in AA.VV. (a cura di G. DELLA CANANEA e M. DUGATO) *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006.

⁵²³ I. DEL GIUDICE, *I servizi pubblici e le deroghe al diritto comunitario della concorrenza*, in unina.it, 2008.

misure di riduzione di tali squilibri e, quindi, lo sviluppo del mercato anche in settori coperti da riserva.

Nei pronunciamenti della Consulta si può cogliere il processo evolutivo che impone alle amministrazioni, in conformità con le indicazioni comunitarie, di assumere il ruolo di arbitro del corretto andamento di mercati liberalizzati, privilegiando la previsione di poteri di regolazione e vigilanza, piuttosto che quello di concreto produttore di beni o di gestore di attività attraverso il ricorso ad imprese pubbliche⁵²⁴.

L'apertura alle istanze emergenti dalla comunità ha comportato il ripudio dell'identificazione fra vocazione pubblica e riserva d'attività all'istituzione⁵²⁵ e ha determinato, ancora più significativamente, una concezione in cui l'offerta diretta da parte del pubblico si è reso fenomeno sussidiario, rispetto ad una verificata incapacità dell'impresa nel soddisfare i bisogni generali⁵²⁶.

Il servizio pubblico locale, in tal modo, passerebbe da essere dominio dello Stato a simbolo dell'integrazione funzionale degli sforzi e delle iniziative private. Così, di fronte all'unitario obiettivo della risposta a necessità essenziali, le due possibilità organizzative non sono indifferenti, ma coordinabili in ragione della formula sussidiaria per una rivalutazione degli impulsi sociali e come replica alla storica tendenza fagocitatrice da parte degli enti pubblici.

⁵²⁴ L'esigenza di pervenire a profonde riforme legislative volte alla liberalizzazione di settori riservati, soprattutto in riferimento ai servizi pubblici locali, è stata più volte sottolineata dall'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato nelle note del 19 settembre 2005 e del 28 marzo 2006, ed è alla base del disegno di legge delega A 772/06, cd. ddl Lanzillotta, meglio analizzato nel successivo Capitolo IV del presente lavoro.

⁵²⁵ Come è noto, la gestione dei servizi pubblici di interesse generale in Italia è stata realizzata, salvo peculiari differenze in specifici settori, per mezzo della riserva originaria dell'attività allo Stato, ex art. 43 Cost., gestore diretto o indiretto, ovvero tramite l'affidamento del servizio in concessione ad un privato. Così, A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, op. cit., p. 492.

⁵²⁶ G. PIZZANELLI, *Servizi pubblici e principio di sussidiarietà tra società e Stato*, in *www.astrid-online.it*, 2004.

Del resto, un maggiore coinvolgimento dei privati trova ulteriore conforto nel principio di sussidiarietà; per quanto attiene tale settore, quindi, non è soltanto la rinnovata costituzione economica a spingere verso l'apertura al mercato, ma anche il modello solidaristico di tipo partecipato a giustificare l'ingresso dei privati nella gestione dei servizi pubblici locali.

Ad intervenire sul punto è stata altresì la Corte dei Conti Basilicata secondo cui *“deve, d'altra parte, essere valorizzata la stessa spinta alla liberalizzazione dei servizi pubblici proveniente dalla costituzionalizzazione (art. 118, comma 4, Cost.) del principio di sussidiarietà orizzontale, volto a privilegiare la programmazione, coordinamento e controllo della finalizzazione pubblica e condivisa di energie e risorse private (governance) rispetto alla gestione diretta (government), principio sicuramente illuminante anche le stesse decisioni di produrre o comprare (make or buy)”*⁵²⁷.

Oltre a ciò l'apertura dell'amministrazione ad una dimensione di socialità comporta ovvie implicazioni sul regime dei servizi pubblici locali, per l'importanza di una giusta conciliazione tra funzioni regolatorie e contributi imprenditoriali; in questa direzione la sussidiarietà è presupposto per un incontro adeguato tra la tutela delle esigenze generali e gli interessi imprenditoriali⁵²⁸ e per garantire il miglioramento della qualità, dell'efficienza e dell'efficacia dei servizi pubblici.

⁵²⁷ Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Basilicata, del. n. 173/2012/PAR.

⁵²⁸ Peraltro, una simile visione è piena realizzazione del principio democratico, sia per la razionale attuazione dei poteri autoritativi, sia per uno sviluppo migliore dell'erogazione delle prestazioni. La vocazione democratica del principio di sussidiarietà implica il superamento dell'opposizione tra l'amministrazione e i suoi interlocutori, con un avvicinamento naturale al dialogo e alla cooperazione, con particolare riferimento allo schema del servizio pubblico che impone la protezione delle esigenze generali della collettività. Così, R. PINI, *Sussidiarietà ed essenzialità nei servizi pubblici*, (a cura di) F. ROVERSI MONACO, *op. cit.*, p. 412.

Vi è chi⁵²⁹ ha ritenuto che l'articolo 118 della Costituzione non richiami espressamente il dovere di astensione dei soggetti pubblici, ma pone come alternativa la modalità di organizzazione di funzioni pubbliche da parte di enti che ne sono titolari⁵³⁰. In questa interpretazione però va colto solo l'aspetto "negativo" del principio, mentre un'importante pronuncia del Consiglio di Stato, n. 4080/2008, in cui riconosce il ricorso al mercato da parte dell'amministrazione e il carattere eccezionale delle società miste per la gestione di servizi pubblici, ha mostrato un certo *favor* nell'interpretare la norma secondo parametri propri del mercato della concorrenza⁵³¹.

In modo strettamente riferibile alla interpretazione dell'articolo 118, Cost., la giurisprudenza ha, quindi, accolto il profilo "positivo" della sussidiarietà riconoscendo "un dovere di intervento dei pubblici poteri ove gli individui e le forze sociali non abbiano la capacità di provvedere da sé alle proprie necessità", ma non un "dovere di astensione [...] laddove le forze individuali e della società siano in grado di soddisfare i propri bisogni autonomamente"⁵³²; secondo tale interpretazione la formulazione sembra evocare una dimensione attiva, e, se confrontata con le *Gemeindeordnungen* germaniche, si ritiene che la stessa sia maggiormente ambigua, lasciando spazio a considerazioni ideologiche di diversa natura sulla

⁵²⁹ E. BLASI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nelle culture giuridiche tedesca ed italiana dopo la riforma del Titolo V*, op. cit.

⁵³⁰ In definitiva, seppure il legame lessicale e sistematico che lega, nell'art. 118, il verbo "favoriscono" con la locuzione "sulla base del principio di sussidiarietà" autorizza a ritenere che il test di adeguatezza sia imprescindibile ai fini della competenza ad agire (traducendosi in un obbligo motivazionale per l'amministrazione procedente), questa deduzione interpretativa fatica a tradursi in una precisa e univoca regola giudizialmente applicabile alla stregua delle *Gemeindeordnungen* germaniche. G. SCACCIA, op.cit., p. 73.

⁵³¹ F. GIGLIONI, Consiglio di Stato, sentenza 25 agosto 2008, n. 4080; *Società miste e sussidiarietà*; in *www.labsus.org*.

⁵³² P. ACERBO, Tar Sardegna, Sez. I, 21 dicembre 2007 n. 2407; *Il significato positivo e negativo della sussidiarietà orizzontale*; in *www.labsus.org*.

giudicabilità dei criteri di astensione del pubblico in favore del privato per l'esercizio di funzioni di interesse generale⁵³³.

Ciò nonostante, le normative recenti si sono caratterizzate, rispetto al passato, nell'obiettivo di ampliare verso forme di mercato le modalità di fornitura dei servizi pubblici, poiché si riducono gli aspetti di inconciliabilità con il normale funzionamento di mercato; anche a seguito della sentenza n. 199/2012, si ritiene che per assicurare i servizi siano sufficienti, in molti casi, forme adeguate di regolazione dei mercati che si allontanano da una normativa amministrativa per assomigliare maggiormente ad una normativa di diritto comune.

Non si può non cogliere in questo la stretta correlazione fra la nuova concezione di servizio pubblico e l'affermazione del principio di sussidiarietà orizzontale. La percezione è che gli ambiti di operatività delle due nozioni tendono a coincidere o, meglio, che la sussidiarietà operi nello stesso ambito in cui operano i servizi pubblici locali, ma nel caso in cui il mercato non funzioni o non funzioni in momenti particolari.

D'altro canto il crescente riconoscimento da parte del diritto positivo del principio di sussidiarietà contribuisce all'affermazione sempre più decisa della nozione "oggettiva" dei servizi pubblici, non soltanto nel senso più elementare che essi possano essere svolti anche da soggetti privati, ma nel senso che non occorra necessariamente un collegamento al potere pubblico che implichi direzione o meglio ampia conformazione all'attività⁵³⁴.

In definitiva l'art. 118 Cost. deve essere inteso nel senso di consentire ai cittadini di agire nell'interesse generale senza la necessità che i soggetti pubblici trasferiscano ad essi, in tutto o in parte, le proprie funzioni. Per tale ragione

⁵³³ E. BLASI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nelle culture giuridiche tedesca ed italiana dopo la riforma del Titolo V*, in *www.labsus.org*, 2010.

⁵³⁴ Tali implicazioni conformative condurrebbero alla negazione nella sostanza della distinzione soggettiva dal potere pubblico e quindi la possibilità applicativa del principio di sussidiarietà. In tal senso, P. DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico*, op. cit., p. 231 e ss.

sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale sono suscettibili di un'applicazione integrata: una volta individuato, in base alla prima, il livello istituzionale più appropriato per l'attribuzione di determinate responsabilità, la sussidiarietà principia ad operare nella sua dimensione orizzontale: non più, quindi, un passaggio di responsabilità pubbliche a cascata da un livello istituzionale all'altro, ma l'astensione del livello superiore di governo a favore di quello inferiore e della stessa autonoma iniziativa privata.

L'Amministrazione non si astiene né si ritrae dall'assolvimento delle responsabilità pubbliche, ma provvede al loro esercizio in sinergia con i cittadini, tanto che l'azione del privato e quella delle istituzioni pubbliche sono ciascuna sussidiaria rispetto all'altra. La convergenza dell'azione di soggetti pubblici e privati sulla base del principio di sussidiarietà in vista del perseguimento congiunto di fini di utilità pubblica, dà vita ad una sorta di alleanza volta alla piena attuazione del principio costituzionale di eguaglianza sostanziale.

8.2 La sussidiarietà orizzontale come criterio di scelta "a monte"

È anzitutto necessario richiamare quanto disposto dall'art. 3, comma, 5 T.U.E.L., ai sensi del quale *"i Comuni e le province sono titolari di funzioni proprie e conferite loro con legge dello Stato e della Regione, secondo il principio di sussidiarietà. 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"*.

Come più volte ripetuto, secondo una logica diversa a quella che sottende le origini della pubblica funzione e del pubblico servizio, nel sistema vigente gli obiettivi della Pubblica Amministrazione possono quindi essere efficacemente perseguiti anche senza intervenire direttamente sul mercato, attraverso lo svolgimento di un'azione regolatrice che renda l'esercizio dell'impresa privata compatibile con gli interessi della collettività.

Ne consegue, dunque, che a fronte del normale esplicarsi delle regole di mercato, può affermarsi che l'ente locale debba intervenire soltanto laddove l'autonomia privata non consenta di soddisfare adeguatamente gli interessi della collettività e gli obiettivi che l'amministrazione intende perseguire, ciò che costituisce, appunto, efficace sintesi del principio di sussidiarietà orizzontale.

La scelta sulle modalità di affidamento e di gestione viene, come sempre, rimessa agli enti affidanti, che eserciteranno un potere discrezionale, ma nel doveroso rispetto: a) dei principi europei: di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi; b) dell'obbligo di motivazione; c) dei principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa⁵³⁵.

Principi, questi ultimi, che inducono a favore non solo della scelta meno onerosa o più vantaggiosa per l'amministrazione, ma anche di quella più idonea a soddisfare gli interessi degli appartenenti alla comunità di riferimento, in quanto soggetti utenti dei servizi.

Come sottolineato da attenta dottrina⁵³⁶, *"è vero che il diritto europeo è neutro rispetto alle scelte operate dalle amministrazioni sulla modalità di gestione dei servizi di interesse economico generale; scelte che rientrano nella libertà e nel potere (di autorganizzazione) delle stesse. Tuttavia, se è vero che la scelta di non trasferire ad un soggetto terzo la funzione amministrativa idonea a soddisfare la domanda relativa ad un pubblico servizio costituisce per la pubblica amministrazione una facoltà legittima, ciò non esclude che comunque la decisione di ricorrere ad una società in house anziché ad un soggetto terzo debba essere effettuata previa valutazione comparativa dei rispettivi servizi offerti"*⁵³⁷.

⁵³⁵ C. VOLPE, *La "nuova normativa" sui servizi pubblici locali di rilevanza economica. Dalle ceneri ad un nuovo effetto "Lazzaro". Ma è vera resurrezione?*, op. cit.

⁵³⁶ C. VOLPE, *La "nuova normativa" sui servizi pubblici locali di rilevanza economica. Dalle ceneri ad un nuovo effetto "Lazzaro". Ma è vera resurrezione?*, op. cit.

⁵³⁷ TAR Liguria, sez. II, 1 febbraio 2012, n. 225, in www.giustizia-amministrativa.it.

A ciò si aggiunga che l'affidamento *in house* senza gara costituisce pur sempre un'eccezione alle direttive comunitarie che vanno interpretate restrittivamente⁵³⁸. Ne consegue che la gara costituisce pur sempre la modalità principale di scelta del soggetto a cui affidare la gestione del servizio. Tra l'altro, la disciplina comunitaria consente ma non impone agli Stati membri di prevedere con determinate cautele la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale⁵³⁹.

Il che conferma la tesi di chi ritiene che il ricorso all'*in house* non sia "liberalizzato" ed equiordinato agli altri modelli di gestione, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012; dovendosi, invece, ai fini dell'affidamento, necessariamente valutare, e conseguentemente motivare, sulla convenienza, soprattutto economica e finanziaria, rispetto al modello dell'evidenza pubblica (gara semplice o a doppio oggetto). Tanto più che il ricorso all'*in house* non consente all'ente affidante di usufruire degli incentivi (anche economici) previsti in caso di procedura ad evidenza pubblica (art. 3 *bis*, commi 3 e 4, del d.l. n. 138/2011).

Stando alla giurisprudenza comunitaria in materia di servizi pubblici locali, la logica della concorrenza ed i principi ad essa correlati troverebbero applicazione *a valle* della decisione dell'ente pubblico di rivolgersi al mercato, mentre non opererebbero nella fase *a monte* di tale decisione: non precludendo all'ente pubblico di operare *direttamente*, anche in presenza di favorevoli (o, addirittura, più favorevoli) offerte da parte del mercato. La scelta dell'affidamento *in house*, infatti, rientrando nella potestà auto-organizzativa dell'ente⁵⁴⁰, sarebbe sottratta alla necessità del confronto con il mercato.

⁵³⁸ Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Foro it.*, 2008, 4, III, 161.

⁵³⁹ In tal senso Corte Cost. n. 325/2010.

⁵⁴⁰ Corte Giust. UE, sentenza Stadt Halle dell'11.1.2005, in causa C-26/03.

In relazione ad essa, il problema che più volte viene affrontato dalla Corte di Giustizia riguarda i caratteri che le società *in house* debbono presentare per essere prese in considerazione ai fini dell'affidamento diretto⁵⁴¹.

Ebbene, è proprio l'ammissibilità di questa zona franca (*a monte*) che l'art. 118 u.c. Cost. mette in discussione. Tale disposizione, infatti, imponendo a tutti gli enti territoriali di favorire "*l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività d'interesse generale*" non sembra conferire una mera facoltà, ma sancire un obbligo giuridico⁵⁴². Il quale, se è tale, non può ritenersi subordinato alla libera decisione dell'ente pubblico di attenervisi.

Vi è chi ha contestato tale interpretazione sostenendo in particolar modo l'argomento "topografico"⁵⁴³: alla stregua del quale, un principio così dirimente avrebbe dovuto trovare la propria collocazione in altra parte della Costituzione, non nella disposizione dedicata alle funzioni amministrative, bensì nell'ambito dei principi fondamentali che precedono la parte prima⁵⁴⁴; non può tuttavia dimenticarsi che la riforma del 2001, avendo avuto ad oggetto il solo titolo V, non disponeva di una diversa *sedes materiae*.

Oltre a ciò, la situazione è analoga per altre disposizioni, che avrebbero potuto trovare altrove più adeguata collocazione. Si pensi, ad esempio, al primo comma dell'art. 117, il quale, non riferendosi al riparto delle competenze, ma all'esercizio della funzione legislativa ed ai limiti generali ad essa apposti, non risulta logicamente inserito nell'articolo che distribuisce le potestà normative tra

⁵⁴¹ Come visto nel capitolo V, in particolare, le sentenze: Teckal, del 19.11.1999, in causa C-107/98; Parking Brixen del 13.10.2005, in causa C-458/03; Stadt Halle, cit.; Carbotermo dell'11.5.2006, in causa C-340/04.

⁵⁴² G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, op. cit., p. 29 ss.

⁵⁴³ Cioè la posizione della disposizione del principio di sussidiarietà all'interno della Costituzione.

⁵⁴⁴ I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà*, op. cit., p. 148.

i diversi livelli territoriali di governo. In senso contrario alla tesi qui sostenuta non sembra nemmeno invocabile il tenore letterale della disposizione⁵⁴⁵.

Infatti, *“quand’anche non si ritenesse che la forma verbale “favoriscono” evochi la Vorrangentscheidung che costituisce il cuore del principio di sussidiarietà”*⁵⁴⁶, non potrebbe ignorarsi l’inciso che conclude il comma; richiamando espressamente il *“principio di sussidiarietà”*, chiarisce, al di là di ogni possibilità di dubbio, che il modo in cui il *“favorire”* da parte degli enti territoriali deve trovare espressione sia (debba essere) quello tipico della sussidiarietà⁵⁴⁷. Si rende evidente il fatto che il *favor* predicato dalla norma debba tradursi da un lato, nella *preferenza* accordata alla società civile, con riferimento alle attività d’interesse generale che essa sia in grado di svolgere, mentre, d’altro lato, nel ruolo sussidiario dell’ente pubblico, chiamato a sopperire all’eventuale ed effettiva inadeguatezza dei cittadini singoli o associati.

Come già analizzato nei capitoli precedenti, l’interpretazione riduttiva viene esplicitata in particolar modo dal TAR Sardegna nel 2007⁵⁴⁸, il quale spezza il principio in due affermando che, nell’art. 118 u.c., il versante *negativo* ed il versante *positivo* della sussidiarietà non siano complementari, ma si presentino separati. Per tale ragione il giudice amministrativo afferma l’obbligatorietà di *“un dovere di intervento dei pubblici poteri ove gli individui e le forze sociali non abbiano la capacità di provvedere da sé alle proprie necessità”*, ma non un *“dovere di astensione*

⁵⁴⁵ A. D’ATENA, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento in house*, nota a Corte Cost. n. 439/2008, *op. cit.*

⁵⁴⁶ E cioè, la *“decisione di preferenza”* in favore dell’ambito più prossimo: nella specie, del *“privato”*; in senso contrario sembra esprimersi, ad es., POLITO, *Art. 118 u.c. della Costituzione, Un approfondimento sul “favoriscono”*, in *www.astrid-online.it*, p. 21 ss.

⁵⁴⁷ A. D’ATENA, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento in house*, nota a Corte Cost. n. 439/2008, *op. cit.* Esattissime, in proposito, le osservazioni di G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, *op. cit.*, p. 30.

⁵⁴⁸ TAR Sardegna, sez. I, 21.12.2007 n. 2407, criticato da DI GIACOMO RUSSO, TAR Sardegna: l’affidamento in *“house”* alla luce del Regolamento CE n. 1370/2007 e della sentenza del 17 luglio 2008 (causa C-371/05) della Corte di Giustizia CE., in *Foro amm. TAR*, 2008, 2254 ss., spec. 2256 ss.

[...] laddove le forze individuali e della società siano in grado di soddisfare i propri bisogni autonomamente”⁵⁴⁹.

L’incompatibilità di una simile configurazione con la logica della sussidiarietà non sembra contestabile. Tutta l’elaborazione che il principio ha alle spalle ruota, infatti, intorno all’idea che l’intervento del livello superiore (nella specie, del potere pubblico) non si giustifichi *sempre e comunque*, ma solo se rivolto ad ovviare all’inadeguatezza del livello più vicino (nella specie, del “privato”). Si tratta, in altri termini, di un *subsidium* destinato a divenire attuale, allorquando l’ambito in favore del quale opera la decisione di preferenza *non basti*⁵⁵⁰. E sia, conseguentemente, privo di qualsiasi giustificazione quando questo, al contrario, *basti*.

Se si sviluppano con coerenza queste premesse (e se, alla loro stregua, si legge l’ultimo comma dell’art. 118), risulta ragionevolmente sostenibile che in Italia viga ormai una regola analoga a quella frequentemente enunciata dalle *Gemeindeordnungen* tedesche, analizzate nel capitolo IV: la regola, in forza della quale gli enti territoriali possono assumere direttamente la gestione di attività imprenditoriali, solo se (ed in quanto) siano in grado di farlo a condizioni *più favorevoli* di quelle offerte dal mercato⁵⁵¹.

Infatti, se la *decisione di preferenza* enunciata dalla norma ha un senso, da essa non possono non dedursi due corollari: *a)* che la scelta di procedere all’affidamento *in house* non sia dispensata dal rispetto del principio di sussidiarietà; *b)* che essa non sia inibita soltanto quando le condizioni offerte dal

⁵⁴⁹ A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir.publ.*, 2002, p. 77.

⁵⁵⁰ Queste le parole pronunziate in Assemblea Costituente da Giuseppe Dossetti, più di 60 anni or sono.

⁵⁵¹ Come analizzato nel Capitolo IV.

mercato siano più vantaggiose di quelle che l'impresa pubblica (o partecipata) sia in grado di garantire, ma anche, si badi, *a parità di condizioni*.

Il tutto purché il servizio, per sua natura, non renda imprescindibile l'intervento del soggetto pubblico, in considerazione di garanzie che solo questo può assicurare⁵⁵². Non è, infatti, contestabile che, *“in presenza di esigenze di garanzia di questo tipo, il “privato” – per dirla ancora con Giuseppe Dossetti – non basti”*⁵⁵³.

8.3 Una diversa interpretazione dell'attuale disciplina dei s.p.l.

Pertanto in riferimento al principio di sussidiarietà orizzontale, a seguito dell'analisi esposta nei capitoli precedenti, si può affermare quanto segue:

- il principio di sussidiarietà rappresenta una “conquista” recentissima dell'ordinamento costituzionale italiano, in quanto è stato reso esplicito solo con la riforma del Titolo V del 2001;
- l'art. 118, c. 4, sintetizza i caratteri fondamentali del principio in esame: la previsione di un'azione da parte degli Enti pubblici di favorire la libera iniziativa dei privati; la possibilità da parte dei privati di poter liberamente proporre ed avviare un'attività di interesse generale; il fatto che tale attività debba avere la caratteristica di essere un'iniziativa di interesse generale (sia essa economica o non economica);
- la dottrina è divisa sull'effettiva applicazione del principio di sussidiarietà anche ad attività economiche;
- la giurisprudenza, in particolar modo amministrativa, pur ritenendo applicabile il principio di sussidiarietà alle attività economiche, è restia nell'applicarlo alla disciplina dei servizi pubblici locali;

⁵⁵² Si pensi, per fare un solo esempio, alla garanzia dell'imparzialità delle forze dell'ordine.

⁵⁵³ A. D'ATENA, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento in house, nota a Corte Cost. n. 439/2008, op. cit.*

- la Corte Costituzionale non si pronuncia quasi mai sul principio di sussidiarietà orizzontale e quando lo fa omette di inquadrare il principio nella sua dimensione storica e giuridica, rispondendo solo puntualmente alle questioni poste;
- a livello comparato la Germania ha applicato il principio in esame al settore dei servizi pubblici locali, mediante la previsione della c.d. sussidiarietà rinforzata che stabilisce espressamente come un ente locale può attivarsi per la gestione dei servizi pubblici locali solo qualora possa svolgere il servizio meglio del privato.

In merito all'altro tema della ricerca, si è visto come la disciplina attuale dei servizi pubblici locali (*rectius* servizi di interesse economico generale), dal combinato disposto della disciplina comunitaria con quella nazionale, sia così caratterizzata:

- da un punto di vista definitorio vi è identità tra il concetto di servizio di interesse economico generale e servizio pubblico locale a rilevanza economica, secondo quanto espresso dalla Corte Costituzionale secondo cui *“entrambe le nozioni fanno riferimento ad un servizio che è reso (in forma di impresa pubblica o privata) mediante un’attività economica (intesa, in senso ampio, come «qualsiasi attività che consista nell’offrire beni o servizi su un determinato mercato») e che fornisce prestazioni considerate necessarie nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni; in entrambi i casi si fa riferimento a “servizi la cui gestione deve avvenire di regola, al fine di tutelare la concorrenza, mediante affidamento a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica”*⁵⁵⁴;
- l’ordinamento europeo (art. 106 TFUE) e nazionale (art. 3 d.l. n. 138/2011) stabiliscono una preferenza per la concorrenza c.d. nel mercato;

⁵⁵⁴ Corte dei Conti, Sez. Reg. di controllo per la Basilicata, del. n. 173/2012/PAR.

- vi è ad ogni modo l'ammissione per la concessione di diritti speciali o esclusivi, ai sensi dell'art. 106 e art. 14 TFUE, e precisamente:
 - alla concessione di diritti speciali ad un numero limitato di operatori;
 - alla gestione in esclusiva, da parte di un operatore:
 - in regime concorrenziale c.d. "per il mercato" a società private scelte a seguito dell'espletamento di procedure ad evidenza pubblica;
 - a società miste pubblico-privato individuate a seguito di gare a c.d. "doppio oggetto";
 - alla gestione diretta o alla gestione tramite azienda pubblica o a società con capitale interamente pubblico, c.d. *in house*, purché ricorrano le condizioni richieste dall'ordinamento comunitario;
- la concessione di tali diritti deve essere giustificata solo se lo Stato membro ritiene che l'applicazione delle regole di concorrenza c.d. "nel mercato" rappresenti un ostacolo, in diritto od in fatto, alla speciale missione del servizio pubblico restando riservato all'ordinamento comunitario il sindacato sull'eventuale "errore manifesto" alla base della decisione dello Stato;
- nello specifico la concessione di diritti in esclusiva è soggetta, ai sensi dell'art. 34, d.l. n. 179/2012, ad una preventiva relazione sulle ragioni che hanno indotto l'ente locale a concedere tali diritti;
- l'organizzazione dei servizi pubblici locali è demandata, ai sensi dell'art. 3 *bis*, d.l. n. 138/2011, ad enti di governo di bacini o ambiti territoriali, generalmente di natura provinciale;
- secondo quanto disciplinato dalle direttive europee in tema di concessioni, lavori, servizi e forniture (anche per i settori speciali) è ammessa, come modalità derogatoria a quella ordinaria, l'affidamento del servizio per mezzo di società *in house* secondo i criteri indicati dalla giurisprudenza nel corso degli anni e dalle direttive da poco emanate; cioè vi deve essere

controllo analogo da parte dell'ente affidante e la parte più importante dell'attività (80%) deve essere svolta nei confronti dell'ente affidante.

Per conseguenza, mettendo in stretta correlazione le due discipline, può affermarsi quanto segue:

- il concetto di "*attività di interesse generale*", enunciato al c. 4 dell'art. 118 Cost., può essere ricavato dall'ordinamento comunitario nella definizione dei servizi di interesse economico generale, sottocategoria di quella più ampia di servizi di interesse generale;
- per tale ragione si può affermare che l'art. 118, c. 4, può applicarsi direttamente, per effetto della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 4, d.l. n. 138/2011, al settore dei servizi pubblici locali (*rectius* servizi di interesse economico generale);
- l'art. 118, c. 4, stabilendo, da un lato, la libera iniziativa da parte dei privati (siano essi associati altresì mediante società, o singoli), e dall'altro, un'azione da parte degli enti pubblici, stabilisce un esplicito *favor* nei confronti della gestione privata di un servizio pubblico locale (*rectius* servizio di interesse economico generale);
- secondo l'interpretazione di parte della giurisprudenza europea e dei commentatori, l'ente locale dovrebbe comunque rivolgersi al mercato prima di affidare la gestione del servizio in esclusiva;
- solo qualora non vi sia interesse ad un affidamento concorrenziale, questo può avvenire mediante l'affidamento *in house*, pur soggiacendo oltre che alla specificità del controllo analogo e dell'attività prevalentemente svolta a favore dell'ente affidante, tale affidamento deve attenersi e rispettare altresì la disciplina in tema di aiuti di stato.

In definitiva, prima di procedere all'affidamento di un servizio pubblico locale, l'ente locale dovrebbe rivolgersi alla c.d. concorrenza nel mercato,

successivamente alla c.d. concorrenza per il mercato (sia essa a società totalmente privata o a società mista) e solo da ultimo, qualora nessuna delle precedenti situazioni abbia portato esiti positivi, affidare il servizio ad una società *in house*.

In questa innovativa impostazione, in cui pubblico e privato appaiono complementari, più che antagonisti, l'assunzione e la gestione di un servizio da parte dell'ente locale non può pertanto giustificarsi soltanto con il perseguimento di finalità di interesse generale, ma deve piuttosto trovare il suo fondamento in un giudizio di inadeguatezza del mercato e delle regole della libera concorrenza a fornire una determinata prestazione con le caratteristiche richieste dall'Amministrazione.

Più precisamente, l'ente locale dovrà provvedere ad organizzare il servizio solo nel caso in cui lo svolgimento dello stesso in regime di concorrenza non sia in grado di assicurare la regolarità, la continuità, l'accessibilità, l'economicità e la qualità dell'erogazione in condizioni di eguaglianza.

Conclusioni

Il complessivo assetto dei servizi pubblici locali è stato oggetto, negli anni recenti, di reiterati interventi di riforma che ne hanno mutato radicalmente la configurazione.

In Italia, dal 1990, assistiamo ad una situazione ibrida in cui si è cercato di orientare l'attività della pubblica amministrazione verso compiti di controllo che avrebbero dovuto divenire progressivamente prevalenti con un abbandono dell'attività di gestione; ad oggi l'Italia continua a trovarsi in tale situazione: c'è l'attività di controllo, ma non si è abbandonata l'attività di gestione. Si è generato perciò il contrario di un modello di Stato e di istituzioni leggere che dovrebbero svolgere una funzione di controllo, orientata secondo il bene comune: verificare e controllare che coloro che operano nella società civile svolgano la loro attività in modo adeguato al raggiungimento del bene comune.

Se, in un primo momento, fattore propulsivo del mutamento del quadro ordinamentale dei servizi pubblici locali veniva individuato nel processo di integrazione europea con la conseguente privatizzazione di molti settori dell'economia, gli ultimi accadimenti hanno frenato la spinta concorrenziale offrendo la possibilità al soggetto pubblico di ingerirsi nuovamente come gestore diretto di un servizio pubblico locale, anche violando, non di rado, quanto stabilito dall'ordinamento.

Basti pensare che una recentissima indagine svolta dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato⁵⁵⁵, nel settore della gestione dei servizi di igiene ambientale, ha evidenziato un ricorso significativo all'affidamento pubblico diretto anche in assenza dei requisiti per l'*in house* (46,8% del campione

⁵⁵⁵ Audizione del Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, sul tema dei profili concorrenziali nell'ambito della gestione dei rifiuti solidi urbani, anche con riferimento alle attività dei consorzi per la raccolta, Roma, 6 novembre 2014.

analizzato dall'Autorità) e una durata, nella maggior parte dei casi, superiore a quella che si ritiene necessaria per recuperare gli investimenti (nel 43,8% dei casi superiore a 5 anni).

La mutevolezza della disciplina non ha certamente aiutato a sedimentare i principi cardine degli istituti afferenti alla disciplina dei servizi pubblici locali; è stata invece, come oramai quasi sempre avviene, la giurisprudenza, sia comunitaria che nazionale, a supplire le carenze del Legislatore, creando e trasformando gli istituti secondo le indicazioni tratte in particolar modo dai Trattati, per quanto riguarda l'aspetto comunitario, e dal susseguirsi delle discipline specifiche, per quanto concerne il livello nazionale.

Ciò nonostante le questioni fondamentali sottostanti la disciplina dei servizi pubblici locali, più che risolversi, si sono acuite senza trovare risposta ed anzi il soggetto pubblico ha finito con il proliferare, come detto, sia nella sua azione di controllo che in quella gestoria.

È indubbio, per conseguenza, che l'eterna dicotomia tra pubblico e privato, di cui è imperniato il diritto moderno e contemporaneo, anche nel settore dei servizi pubblici locali, continua ad ergersi quale limite invalicabile dell'ordinamento attuale; ciò deriva primariamente da una premessa erronea: *"c'è il soggetto, l'individuo, e c'è lo Stato, il macrosoggetto"*⁵⁵⁶, e null'altro.

L'antagonismo tra azione pubblica e agire privato si ripete relegando il cittadino, sia esso singolo o associato, quale mero fruitore delle prestazioni erogate dagli apparati pubblici, da cui ancor oggi dipende la realizzazione della maggior parte delle istanze della società civile.

È in tale *iato* che il principio di sussidiarietà, in particolar modo orizzontale, irrompe, mediante l'articolo 118, c. 4 della Costituzione, indicando il passaggio da una concezione monadica ed antagonista ad una concezione comunitaria e

⁵⁵⁶ F. GENTILE, *Tecnocrazia: tecnica, diritto, potere*, Atti del Convegno presso l'Università Bocconi, 7 maggio 2007.

relazionale, tra *polis* e *oikos*, anche per quanto concerne la vita economica nell'espletamento dei servizi di interesse generale.

Il principio di sussidiarietà orizzontale stabilisce una complementarità tra pubblico e privato in cui gli interessi generali possono essere efficacemente perseguiti anche senza l'intervento diretto della Pubblica Amministrazione: a fronte infatti del normale esplicarsi delle regole di mercato, l'ente locale può intervenire soltanto laddove l'autonomia privata non consenta di soddisfare adeguatamente gli interessi della collettività.

Un servizio pubblico locale gestito secondo le regole del mercato *"costituisce l'effetto sostanziale del necessario collegamento del servizio con la società, anzi della sua derivazione da questa sul filo della conoscenza dei bisogni sociali da soddisfare"*⁵⁵⁷, valorizzando così la logica sussidiaria delle funzioni in cui l'intervento pubblico giunge solo qualora l'agire privato non basti per soddisfare l'interesse generale.

Il principio di sussidiarietà orizzontale genera un nuovo equilibrio tra diritti sociali e libertà economiche, subordinando l'intervento pubblico alla verifica dell'insufficienza dell'agire autonomo dei privati rispetto al soddisfacimento dei bisogni primari della collettività.

Di conseguenza, il principio in esame, assumendo un limite all'estensione dell'ambito dell'intervento pubblico, valorizza l'autoregolamentazione della società civile nell'ambito del disegno politico e della comunità.

Non è più quindi compito del Legislatore decidere quali siano gli interessi e i bisogni da soddisfare, in quanto l'affermarsi del principio di sussidiarietà, valorizza la capacità individuale di attivarsi per il soddisfacimento delle esigenze amministrative della collettività cui il singolo appartiene.

⁵⁵⁷ G. BERTI, *I pubblici servizi tra funzione e privatizzazione*, in *Jus*, 1999, p. 873.

Si disvela così appieno ciò che è stato correttamente definito come la *“politicalità dell’agire individuale”*⁵⁵⁸, la capacità cioè della persona di comprendere l’essenzialità del rapporto comunitario e di individuare quanto è opportuno, conveniente e necessario per la vita della comunità: traducendolo concretamente nell’agire economico, mediante la configurazione dell’assetto produttivo alla società la migliore allocazione delle risorse disponibili.

La struttura di relazione è la struttura che fa degli uomini delle persone e non dei semplici atomi individuali; il principio di sussidiarietà esalta questa concezione assumendo il diritto come *“una relazione reale e personale di un uomo all’altro, l’osservanza inviolata della quale conserva la società umana, l’inosservanza invece la distrugge”*⁵⁵⁹, confermando quanto chiaramente espresso da San Tommaso in cui il diritto era visto come *“rationis ordinatio ab bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata”*⁵⁶⁰.

La sussidiarietà fa sì che le decisioni essenziali per la comunità siano assunte da coloro la cui vita è direttamente coinvolta dalla loro attuazione, competendo agli organi pubblici di coordinare le varie iniziative individuali, emendandole od integrandole qualora appaiano inadeguate rispetto agli interessi ed ai bisogni dell’intera comunità.

Tutto lo sviluppo del principio di sussidiarietà si fonda sulla consapevolezza dell’idoneità della persona, singola ed associata, ma comunque in un rapporto relazionale, ad ordinare la propria condotta.

⁵⁵⁸ F. GENTILE, *Politicalità e positività nell’opera del legislatore*, in *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza*, Catanzaro, 1998.

⁵⁵⁹ DANTE ALIGHIERI, *De Monarchia*, 2, 5, 1.

⁵⁶⁰ *“Ordine della ragione fondato sul bene comune, ordine promulgato da chi ha cura della comunità”*. TOMMASO D’ACQUINO, *Summa Theologiae*, Ia-IIae, q. 90, art. 4.

La forza antropologica di tale concezione emerge chiaramente nella risoluzione dell'antinomia di cui è imperniata la società contemporanea ed in particolar modo il diritto attuale.

In questo contesto, la tesi avanzata si pone come sostenitrice di una interpretazione relazionale e comunitaria dell'ordinamento giuridico attuale del fenomeno della gestione dei servizi pubblici locali; è infatti attraverso l'art. 118, c. 4, della Costituzione che la sussidiarietà orizzontale subentra, non già a valle, bensì a monte della scelta che l'ente locale deve compiere.

Il principio di sussidiarietà orizzontale, per come esplicitato dall'art. 118, u.c. della Costituzione, rinvia nel *favor* rivolto al cittadino il naturale esplicarsi della gestione di un servizio pubblico locale. Il cittadino non è visto più come mero fruitore, bensì come il principale agente attivo dell'azione sociale ed in particolar modo per la cura degli interessi economici generali di una comunità.

Gli obiettivi di servizio pubblico possono quindi essere efficacemente perseguiti, da parte dell'ente pubblico, anche senza intervenire direttamente sul mercato, attraverso lo svolgimento di un'azione regolatrice che renda l'esercizio dell'impresa privata compatibile con gli interessi della collettività.

Ciò non toglie che la scelta sulle modalità di affidamento e di gestione rimanga di competenza agli enti affidanti, che eserciteranno un potere discrezionale seppur con la necessaria indicazione di una motivazione, ma nel doveroso rispetto dei principi europei di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi e dei principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.

Ed è attraverso questi ultimi principi che l'ente locale deve compiere una scelta che sia la più idonea a soddisfare gli interessi degli appartenenti alla comunità di riferimento.

Risulta quindi evidente come il principio di sussidiarietà debba operare in stretta relazione con il principio concorrenziale; il cittadino dovrà espletare il

servizio di interesse generale tenendo ben presenti i paletti concorrenziali, senza quindi riproporre il grande equivoco al quale gli enti locali continuano ad incappare: gestire uno o più servizi pubblici locali mantenendo comunque un vantaggio competitivo rispetto agli altri soggetti per aver ottenuto un diritto di esclusiva in un determinato territorio.

È indubbio come il nuovo testo dell'art. 117, c. 1, Cost. preveda la competenza esclusiva dello Stato per la tutela della concorrenza, essendo altresì competenza trasversale incidente in ogni ambito di rilevanza economica, volta anche ad incentivare il superamento di regimi monopolistici attraverso adeguate forme di promozione e misure di riduzione di tali squilibri sviluppando, quindi, il mercato anche in settori coperti da riserva.

Il maggiore coinvolgimento dei privati, poggiando i propri principi sulla rinnovata costituzione economica e trovando ulteriore conforto nel principio di sussidiarietà orizzontale, spinge inevitabilmente la gestione del servizio pubblico locale verso una maggiore apertura al mercato intrecciandosi con il modello solidaristico di tipo partecipato, proprio della sussidiarietà.

A conferma di quanto ora affermato, la Corte dei Conti Basilicata ha inteso valorizzare *“la spinta alla liberalizzazione dei servizi pubblici proveniente dalla costituzionalizzazione (art. 118, comma 4, Cost.) del principio di sussidiarietà orizzontale, volto a privilegiare la programmazione, coordinamento e controllo della finalizzazione pubblica e condivisa di energie e risorse private (governance) rispetto alla gestione diretta (government)”*⁵⁶¹.

Si badi bene, l'Amministrazione non si astiene né si ritrae dall'assolvimento delle responsabilità pubbliche, ma ha il compito di provvede al loro esercizio in sinergia con i cittadini, tanto che l'azione del privato e quella delle istituzioni pubbliche sono ciascuna sussidiaria rispetto all'altra.

⁵⁶¹ Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Basilicata, del. n. 173/2012/PAR.

Per tale ragione il principio di sussidiarietà orizzontale, lungi dall'essere un principio meccanico né tanto meno statico, dovrà essere attuato nelle singole fattispecie, privilegiando l'agire privato e permettendo l'agire sussidiario, da parte dell'ente pubblico, solo in quei casi determinati in cui effettivamente risulterebbe inefficace un'azione concorrenziale; l'intervento sussidiario da parte dell'ente locale opera nello stesso ambito in cui operano i servizi pubblici locali, ma nel caso in cui il mercato non funzioni o non funzioni in momenti particolari.

A ciò si aggiunga che l'affidamento *in house* senza gara costituisce pur sempre un'eccezione alle direttive comunitarie che vanno interpretate restrittivamente⁵⁶². Ne consegue che la procedura ad evidenza pubblica risulta comunque essere la modalità principale di scelta del soggetto a cui affidare la gestione del servizio.

Ciò conferma la tesi secondo cui il ricorso all'*in house* non è "liberalizzato" ed equiordinato agli altri modelli di gestione, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012; dovendosi, invece, ai fini dell'affidamento, necessariamente valutare, e conseguentemente motivare, sulla convenienza, soprattutto economica e finanziaria, rispetto al modello dell'evidenza pubblica.

In definitiva si può quindi affermare che in Italia vige una regola analoga alla c.d. sussidiarietà rinforzata presente nelle *Gemeindeordnungen* tedesche: la regola, in forza della quale gli enti territoriali possono assumere direttamente la gestione di attività imprenditoriali, solo se (ed in quanto) siano in grado di farlo a condizioni *più favorevoli* di quelle offerte dal mercato.

Infatti, dalla *decisione di preferenza* enunciata dalla norma possono dedursi due corollari: *a)* che la scelta di procedere all'affidamento *in house* non sia dispensata dal rispetto del principio di sussidiarietà; *b)* che essa non sia inibita soltanto quando le condizioni offerte dal mercato siano più vantaggiose di quelle che

⁵⁶² Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Foro it.*, 2008, 4, III, 161.

l'impresa pubblica (o partecipata) sia in grado di garantire, ma anche, si badi, *a parità di condizioni*.

Si badi bene, il principio di sussidiarietà orizzontale incide non solo nel caso della concorrenza "nel mercato", bensì anche nella c.d. concorrenza "per il mercato"; tale aspetto risulta essere determinante in tutti quei servizi in cui la liberalizzazione non sarebbe possibile ed in cui le opzioni possibili potrebbero essere rinvenute o nell'affidamento diretto ad una società controllata dall'ente locale o mediante procedura ad evidenza pubblica (sia essa svolta nei confronti di società private o nei confronti del socio privato di una società mista).

In quest'ottica si comprende come i risultati attesi individuati nell'introduzione⁵⁶³ non siano più sufficienti a definire esaustivamente il contributo del presente scritto; l'approfondimento svolto ha messo in luce la perdurevole esigenza del dipanarsi del principio di sussidiarietà, quale principale veicolo affinché il diritto torni a concepire il rapporto, tra agire pubblico e agire privato, come una relazione e non già in forma antinomica.

Laddove quindi l'iniziativa economica privata sia in grado di intervenire nel settore, una volta stabilito che una determinata attività risulta di interesse generale e che è concretamente e autonomamente svolta da soggetti privati, i pubblici poteri non potrebbero porre in essere interventi diretti sul mercato, a meno di non dimostrare che l'attività liberamente esercitata non sia in grado di

⁵⁶³ Punto 0.3 dell'Introduzione a questa Tesi, in cui si individuavano quali ipotetici risultati attesi: "a) studio del principio di sussidiarietà orizzontale rivolto non esclusivamente alle attività di interesse generale non economiche, bensì nei confronti di quelle economiche (come i s.p.l.); b) valorizzazione del principio costituzionale del principio di sussidiarietà orizzontale, all'art. 118, c. 4, ai fini di una sua diretta applicazione nella normativa italiana della disciplina dei s.p.l., supportata da uno studio comparato, quale quella relativa ai Länder tedeschi; c) ricostruzione sistematica della disciplina dei s.p.l., con particolare attenzione alla normativa comunitaria in tema di S.I.E.G., alla disciplina relativa alle società pubbliche e alle diverse definizioni di servizio pubblico; d) in conclusione la possibilità di sostenere l'applicazione del principio di sussidiarietà in via diretta ed "a monte" nella gestione e nell'affidamento dei servizi pubblici locali".

garantire la regolarità, la continuità, l'accessibilità, l'economicità e la qualità dell'erogazione.

D'altra parte, stante il carattere di doverosità che connota l'attività di servizio pubblico, l'intervento dei pubblici poteri non può essere circoscritto all'introduzione di misure derogatorie al regime concorrenziale, ma andrebbe considerato come somma di interventi di natura e grado diversi, riconducibili all'utilizzo di strumenti di regolazione e conformazione dell'attività privata in un determinato settore in relazione al quale il soggetto pubblico assume la garanzia di determinati obblighi di risultato nei confronti degli utenti (e tale garanzia si struttura, nei confronti dei privati operanti sul mercato, quale vincolo per gli stessi a svolgere l'attività e soddisfare la domanda futura).

Pertanto, in riferimento al principio di sussidiarietà orizzontale, si può affermare che lo stesso, rappresentando una "conquista" recentissima dell'ordinamento costituzionale italiano in quanto reso esplicito solo con la riforma del Titolo V del 2001 mediante l'art. 118, c. 4, intende favorire la libera iniziativa dei privati per la gestione di un'attività di interesse generale (sia essa economica o non economica).

Come analizzato, la dottrina è divisa sull'effettiva applicazione del principio di sussidiarietà nei confronti di attività generali economiche; mentre la giurisprudenza, in particolar modo amministrativa, pur ritenendo applicabile il principio di sussidiarietà alle attività economiche, è restia nell'applicarlo alla disciplina dei servizi pubblici locali; da ultimo la Corte Costituzionale non si pronuncia quasi mai sul principio di sussidiarietà orizzontale e quando lo fa omette di inquadrare il principio nella sua dimensione storica e giuridica, rispondendo solo puntualmente alle questioni poste.

In merito alla disciplina attuale dei servizi pubblici locali (*rectius* servizi di interesse economico generale), dal combinato disposto della disciplina

comunitaria con quella nazionale e sotto un profilo definitorio, vi è identità tra il concetto di servizio di interesse economico generale e servizio pubblico locale a rilevanza economica, secondo quanto espresso dalla Corte Costituzionale, secondo cui *“entrambe le nozioni fanno riferimento ad un servizio che è reso (in forma di impresa pubblica o privata) mediante un’attività economica (intesa, in senso ampio, come «qualsiasi attività che consista nell’offrire beni o servizi su un determinato mercato») e che fornisce prestazioni considerate necessarie nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni*⁵⁶⁴.

L’ordinamento europeo (art. 106 TFUE) e nazionale (art. 3 d.l. n. 138/2011) stabiliscono una preferenza per la concorrenza c.d. nel mercato, anche se è ammessa per la concessione di diritti speciali o esclusivi, ai sensi dell’art. 106 e art. 14 TFUE, e precisamente: *a)* alla concessione di diritti speciali ad un numero limitato di operatori; *b)* alla gestione in esclusiva, da parte di un operatore (in regime concorrenziale c.d. “per il mercato” a società private scelte a seguito dell’espletamento di procedure ad evidenza pubblica; a società miste pubblico-privato individuate a seguito di gare a c.d. “doppio oggetto”; alla gestione diretta o alla gestione tramite azienda pubblica o a società con capitale interamente pubblico, c.d. *in house*, purché ricorrano le condizioni richieste dall’ordinamento comunitario).

In particolare la concessione di tali diritti deve essere giustificata solo se lo Stato membro ritiene che l’applicazione delle regole di concorrenza c.d. “nel mercato” rappresenti un ostacolo, in diritto od in fatto, alla speciale missione del servizio pubblico, mentre, per ciò che concerne l’ordinamento italiano, la concessione di diritti in esclusiva è soggetta, ai sensi dell’art. 34, d.l. n. 179/2012, ad una preventiva relazione sulle ragioni che hanno indotto l’ente locale a concedere tali diritti.

⁵⁶⁴ Corte dei Conti, Sez. Reg. di controllo per la Basilicata, del. n. 173/2012/PAR.

In conclusione, la stretta relazione tra le due discipline analizzate conduce a ritenere che il concetto di “*attività di interesse generale*”, enunciato al c. 4 dell’art. 118 Cost., possa essere ricavato dall’ordinamento comunitario nella definizione dei servizi di interesse economico generale, sottocategoria di quella più ampia di servizi di interesse generale.

Per conseguenza l’art. 118, c. 4, può applicarsi direttamente, per effetto della declaratoria di illegittimità costituzionale dell’art. 4, d.l. n. 138/2011, al settore dei servizi pubblici locali (*rectius* servizi di interesse economico generale); quest’ultimo, stabilendo sia la libera iniziativa da parte dei privati sia un’azione da parte degli enti pubblici, stabilisce un esplicito *favor* nei confronti della gestione privata di un servizio pubblico locale (*rectius* servizio di interesse economico generale).

In definitiva, prima di procedere all’affidamento di un servizio pubblico locale, l’ente locale dovrebbe rivolgersi alla c.d. concorrenza nel mercato, successivamente alla c.d. concorrenza per il mercato (sia essa a società totalmente privata o a gara a doppio oggetto mediante società mista) e solo da ultimo, qualora nessuna delle precedenti situazioni abbia portato esiti positivi, secondo i criteri già esplicitati, affidare il servizio ad una società *in house*.

In questa innovativa impostazione, in cui pubblico e privato appaiono complementari, più che antagonisti, l’assunzione e la gestione di un servizio da parte dell’ente locale non può pertanto giustificarsi soltanto con il perseguimento di finalità di interesse generale, ma deve piuttosto trovare il suo fondamento in un giudizio di inadeguatezza del mercato e delle regole della libera concorrenza a fornire una determinata prestazione con le caratteristiche richieste dall’Amministrazione.

Sotto il profilo più strettamente operativo, ciò significa che, in sede di qualificazione e assunzione del servizio, l’ente locale non solo dovrà tener conto delle esigenze della collettività e dei pubblici interessi, ma dovrà altresì rilevare l’insufficienza o l’inefficienza di certi servizi erogati dai privati ovvero la

necessità di garantire tariffe o finalità sociali che l'impresa non potrebbe assicurare, motivando sulle ragioni che giustificano la gestione dell'attività da parte dell'Ente.

Bibliografia

AA.VV (F. BUBBICO, G. GIORGETTI, E. GIOVANNINI, E. MOAVERO MILANESI, G. PITRUZZELLA e S. ROSSI) *Agenda Possibile, Relazione del Gruppo di lavoro in materia economica-sociale ed europea*, istituito il 30 marzo 2013 dal Presidente della Repubblica

A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2002

L. ALLA, *La nuova disciplina in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica dopo le modifiche introdotte dall'articolo 15 del D.L. 135/2009 convertito, con modificazioni, dalla legge 166/2009*, in *www.amministrazioneincammino.it*, 2009

G. ALPA, A. CARULLO e A. CLARIZIA, *Le Spa comunali e la gestione dei servizi pubblici*, Milano, 1998

G. ALTHUSIUS, *La politica. Elaborata organicamente con metodo e illustrata con esempi sacri e profani* (titolo originale: *Politica methodice digesta Atque Exemplis Sacris et Profanis Illustrata*, 1603), (a cura di) C. MALANDRINO, F. INGRAVILLE, M. POVERO, Claudiana, 2009

L. AMMANATI e F. DI PORTO a cura di, *Concorrenza e sussidiarietà nei servizi pubblici locali, modelli europei a confronto*, Milano, 2007

L. ANTONINI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: da Welfare State a Welfare Society*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, n. 1, 2000

L. ANTONINI, *Sussidiarietà fiscale la frontiera della democrazia*, Milano, 2005

L. ANTONINI, *Il regionalismo differenziato*, Milano, 2000

L. ANTONINI, *L'attuazione regionale del Terzo decentramento*, Milano, 2001

L. ANTONINI, *Spunti sulla giustiziabilità del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Quaderni Costituzionali*, Milano, 2003

L. ANTONINI, *sussidiarietà e... Pubblica Amministrazione*, in *Politiche e Reti per lo Sviluppo*, novembre 2010, n. 3

L. ANTONINI, *Lo spazio della sussidiarietà nel terzo decentramento: dalle leggi Bassanini alla riforma delle autonomie locali*, in www.fga.it

M. ANTONIOLI, *Concorrenza e antitrust: aspetti pubblicistici*, in (a cura di M.P. CHITI e G. GRECO) *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, Parte Speciale, Vol. I

G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art.118, u.c. della Costituzione*, relazione al convegno *Cittadini attivi per una nuova amministrazione*, in www.astridonline.it, Roma, 7-8 febbraio 2003

G. ARENA, *La sussidiarietà nella Caritas in veritate. Una "nuova" sussidiarietà nell'enciclica di Benedetto XVI?*, in www.atrid-online.it, 2009

ARISTOTELE, *Politica*, III, 16, 1287, a 20-25; III, 14, 1285; I, 2, 1252b10

A. AVINO, *I servizi pubblici locali a rilevanza economica tra la sentenza n. 325 del 2010 della Corte costituzionale e il referendum abrogativo*, in www.costituzionalismo.it, Fasc. 1, 2011

A. AVINO, *Inapplicabilità dell'art. 4 D.L. 138/2011 alle procedure di affidamento già avviate al momento della sua entrata in vigore*, in dirittodeiservizipubblici.it, 2012

A. AVINO, *Quale destino per le società miste alla luce dell'art. 4 del D.L. 138/2011?*, in dirittodeiservizipubblici.it, 2011

A. AVINO, *Competenza legislativa regionale e riproposizione di norme abrogate per via referendaria: il caso dei servizi pubblici locali*, in www.cosituzionalismo.it, Fasc. 1, 2013

L. AZZERA, *Il sistema delle competenze*, in *Il Foro italiano*, n. 1 2005

A. M. BALESTRIERI, *sussidiarietà, territorio, cooperazione fra mano pubblica e soggetti privati. Spunti per un inquadramento giuridico*, in *Dir. amm.*, 1998

L. BARRA CARACCILO, *Società a partecipazione pubblica e correlazioni con le dinamiche del bilancio pubblico*, in giustamm.it, 2011

F. BASSI, *Natura giuridica dell'azienda municipalizzata*, Milano, 1957

M. BAUDREZ, *Un principio ispiratore di riforme: la sussidiarietà in Francia*, in *sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto* (a cura di) A. RINELLA, L. COEN, R. SCARMIGLIA, Padova, Cedam, 1999

R. BIANCHINI, *I divieti previsti dal comma 9 dell'art. 23 bis della l. 133/2008 dopo il dl n. 135/2009*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2009

R. BIANCHINI, *La Consulta azzera la disciplina su servizi pubblici locali Corte Costituzionale, sentenza 20.07.2012 n° 199*, in www.altalex.it, 2012

R. BIN, *Bicamerale e sussidiarietà*, Relazione alla Conferenza su "Federalismo e solidarietà" promossa dall'Università del Terzo Settore, Portonovo 15 novembre 1997

E. BLASI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nelle culture giuridiche tedesca e italiana dopo la riforma del Titolo V*, in *Labsus Papers* (21), Paper 18, Milano, 2009

L. BOCCACCIN, *Il terzo settore tra le generazioni*, Milano, 2003

D. BOLOGNINO, R. CAMELI, F. GIGLIONI, *La sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza italiana e comunitaria*, in www.labsus.org, 2010

D. BOLOGNINO, *Una ulteriore conferma del potere del giudice di valutare la legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste*, in www.labsus.org, 2007

E. BOSCOLO, M. CAFAGNO, *Lo "Stato dispensatore": le prestazioni di servizio pubblico tra universalismo e selettività*, in AA.VV. (a cura di G. DELLA CANANEA e M. DUGATO) *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006

G. BRONZINI, *Il modello sociale europeo* in (a cura di F. BASSANINI e G. TIBERI) *Le nuove istituzioni europee*, Il Mulino, 2008

R. CAFARI PANICO, *Il principio di sussidiarietà e il ravvicinamento delle legislazioni nazionali*, in *Rivista di diritto europeo*, n. 1, 1994

G. CAIA, *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica nel nuovo art. 23-bis e la disciplina transitoria (premesse di inquadramento)*, atti del convegno *La riforma dei servizi pubblici locali*, 2008

G. CAIA, *I servizi pubblici locali a 100 anni dalla legge Giolitti del 1903, (paper)*, 2003

G. CAIA, *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2008

R. CAMELI, *La sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza italiana e comunitaria*, in *Labsus Papers*, 2009, Paper n. 11, p. 21, in *www.labsus.org*

V.Q. CAMERLENGO, *Art. 118*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006

F.S. CANTELLA, *Le società miste come modello ("eccezionale"?) di organizzazione del servizio*, in *www.giustamm.it*

L. CAPPELLINI, *La "politica" di Althusius tra rappresentanza e diritto di resistenza*, Milano, 1995

B. CARAVITA, *The italian challenge between federalism and subsidiarity*, in *federalismi.it* n. 5, 2010

B. CARAVITA, *La sussidiarietà come strumento di governo delle società democratiche moderne*, in *www.sussidiarieta.net*, 2010

P. CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e sul piano dell'ordinamento nazionale*, in *Le prospettive dell'Unione europea e la Costituzione*, Atti del Convegno di Milano (4-5.12.1992) dell'Associazione italiana dei costituzionalisti

F. CARINCI, *Il principio di sussidiarietà verticale nel sistema delle fonti*, in *ADL*, n. 6, 2006

B. CARUSO, *Sistemi contrattuali e regolazione legislativa in Europa*, in *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 4, 2006

L. M. CARUSO, *l'in house providing nell'evoluzione giurisprudenziale comunitaria e nazionale*, in *Rivista giurisprudenza di merito*, in *dejure.it*, n. 5, maggio 2009

F. CASAVOLA, *Dal federalismo alla sussidiarietà: le ragioni di un principio*, in *Il Foro italiano*, n. 4, 1996

S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari, 2007

S. CASSESE, *et al.*, *L'impresa pubblica*, Milano, 1977

S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962

S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.*, 1995, V

R. CAVALLO PERIN a cura di, *La riforma dei servizi pubblici locali*, Milano, 2008

R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993

R. CAVALLO PERIN e D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Diritto Amministrativo, De Jure*, 1, 2006

V. CERULLI IRELLI, *L'impresa pubblica nella Costituzione economica italiana*, Roma, 2003

V. CERULLI IRELLI - R. CAMELI, *Principio di sussidiarietà Orizzontale nei Lavori dell'Assemblea Costituente*, in *www.astridonline.it*

V. CERULLI IRELLI e A. SODA, *Relazione della I commissione permanente - affari costituzionali, della presidenza del consiglio e interni -*, 11 novembre 1999

V. CERULLI IRELLI, voce *Sussidiarietà*, *Enciclopedia Giuridica Treccani, Volume XII (aggiornamento)*, Roma, 2004

V. CERULLI IRELLI, *I servizi pubblici di rilievo economico*, in AA.VV. *Le esternalizzazioni*, Atti del XVI Convegno degli amministrativisti italo-spagnoli,

Genova, 25-27 maggio 2006 (a cura di C. MIGNONE, G. PERICU, F. ROVERSI-MONACO), Bologna, 2007

L. CERVONE, *Principio di sussidiarietà e sistema delle fonti*, Bologna, 2006

O. CHESSA, *La sussidiarietà (verticale) come “precepto di ottimizzazione” e come criterio ordinatore*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4, 2002

F. CINTIOLI, *I servizi pubblici locali tra perentoria privatizzazione e incerta liberalizzazione. Note sull'art. 23 bis*, in *giustamm.it*, 2009

F. CINTIOLI, *Disciplina pubblicistica e corporate governance delle società partecipate da enti pubblici*, in *Convegno “Le società a partecipazione pubblica”*, 2010

M. CLARICH, *Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina*, Convegno organizzato da ASSONIME e dall'Università LUISS “Guido Carli” di Roma, 2009

M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998

S. COLOMBARI, *La disciplina dei servizi pubblici locali: carattere integrativo e non riformatore dell'art. 23-bis del D.L. 112/2000*, in *www.giustamm.it*, 2008

A. CORPACI, *Revisione del Titolo V e sistema amministrativo*, in *Le Regioni*, Bologna, n. 5, 2001

G. CORSO, *La gestione dei servizi tra pubblico e privato*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Milano, 1997

M. COSSUTTA, *Questioni sulle fonti del diritto*, Giappichelli, 2005

C. COSTANTINO, *Servizi di interesse economico generale ed aiuti di stato: il regolamento n. 360/2012 e la soglia de minimis per le compensazioni degli obblighi di servizio pubblico*, Enna, 2012

C. COSTANTINO, *I s.i.e.g. e gli aiuti di stato*, in *KorEuropa*, 2013

G. COTTURRI, *Novità e portata progressiva della sussidiarietà orizzontale nella costituzione italiana*, in *www.astrid-online.it*, 2003

L. CUOCOLO, *I servizi pubblici locali tra novità legislative e iniziative degli enti territoriali*, in *dirittodeiservizipubblici.it*, 2008

D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'Unione Europea*, CEDAM, Padova, 1998

M. D'ALBERTI, *Diritto pubblico dei mercati e analisi economica, relazione tenuta al Convegno Analisi economica e diritto amministrativo*, Venezia, 28-29 settembre 2006

M. D'ALEMA, *Atti della seduta della Camera dei deputati del giorno 21 settembre 2000*, in *www.camera.it*

T. D'AQUINO, *De Regno*, Editori di San Tommaso, Roma, 1979

T. D'AQUINO, *Summa teologica*, I, II, qu. 21

A. D'ATENA, *Intervento in Le prospettive dell'Unione europea e la Costituzione*, Atti del Convegno di Milano (4-5.12.1992) dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, p. 289 ss.

A. D'ATENA, *Prospettive della sussidiarietà, in sussidiarietà orizzontale e verticale: profili fiscali*, a cura di AA.VV., in *Ricerche e Pubblicazioni IReR*, 2010

A. D'ATENA, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento in house, nota a Corte Cost. n. 439/2008*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2008

A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1, 2001

A. D'ATENA, *La sussidiarietà tra valori e regole*, in *Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente*, n. 2, 2004

A. D'ATENA, *Modelli federali e sussidiarietà nel riparto di competenze tra Unione europea e Stati membri*, in *Diritto dell'Unione Europea*, n. 1, 2005

D'ATENA, *La vicenda del regionalismo italiano ed i problemi della transizione al federalismo*, in D'ATENA (a cura di), *Federalismo e regionalismo in Europa*, Milano, 1994

- P. DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico*, Giuffrè, Milano, 2002
- M. V. DE GIORGI, *Il nuovo diritto degli enti senza scopo di lucro*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I
- V. DE MAGISTRIS, *La Public Governance in Europa: la Germania*, in *Quaderni Formez*, 2004
- G C. DE MARTIN, a cura di, *sussidiarietà e democrazia*, Padova, 2008
- R. DE NICTOLIS e L. CAMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008
- P. DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, Editoriale Scientifica, 2000
- M. DEGNI e G. IOVINELLA (a cura di) *Federalismo modello Germania*, Ediesse, 1995
- I. DEL GIUDICE, *I servizi pubblici e le deroghe al diritto comunitario della concorrenza*, in *unina.it*, 2008
- A. DELCAMP, *Principio di sussidiarietà e decentralizzazione*, in *Managerialità e sussidiarietà: due sfide per il governo locale*, a cura di M. BALDUCCI, Milano, F. Angeli, 1997
- S. DELIA, *In house e servizi pubblici locali: breve storia della capitolazione di un modello*, in *www.giustamm.it*, 2009
- M. DELLA MORTE, *Abrogazione referendaria e vincoli al legislatore nella sentenza 199 del 2012*, in *Quaderni Costituzionali*, 2012
- R. DICKMAN, *La corte conferma il divieto di ripristino della legislazione abrogata con referendum (nota a corte cost., 20 luglio 2012, n. 199*, in *federalismi.it*, n. 23, 2012
- D. DONATI, A. PACI (a cura di), *La sussidiarietà orizzontale da principio a modello: dinamiche, limiti e ruolo della concorrenza*, in *sussidiarietà e concorrenza. Una nuova prospettiva per la gestione dei beni comuni*, Il Mulino, 2010

- P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004
- P. DURET, *La sussidiarietà orizzontale: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000
- G.P. FERRARI, *In house providing: le sentenze della Corte di Giustizia 6 aprile 2006 e 11 maggio 2006*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2006
- E. FERRARI, *Lo Stato sussidiario: il caso dei servizi sociali*, in *Dir. Pubbl.*, n. 1, 2002
- E. FORCELLINI, voci *Subsidiarius*, *Subsidium*, *Sbusido*, in *Lexicon totius latinitatis*, Padova, 1945
- A. FOSSATI E.W. TAMARINDO, *Il federalismo fiscale in Germania*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, LIX, 4, I, 2000
- F. FRACCHIA, *La distinzione fra le concessioni di servizio pubblico e di opera pubblica*, in *La concessione di servizio pubblico*, Milano, 1995
- F. FRACCHIA, *Servizi pubblici e scelta del concessionario*, in *Rivista di Diritto Amministrativo*, 1995
- F. FRACCHIA e M. OCCHIENA, *Società pubbliche tra golden share e 2449: non è tutto oro ciò che luccica*, in *giustamm.it*, 2007
- T.E. FROSINI, *Estratti dalla voce "Sussidiarietà"*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali della casa editrice Giuffrè, in *www.ildenaro.it*, 2009
- E. FURNO, *La never ending story dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra aspirazioni concorrenziali ed esigenze sociali: linee di tendenza e problematiche aperte alla luce del d.l. n. 138/2011, convertito nella l. n. 148/2011*, in *Rass. di Dir. Pubblico Europeo*, Vol. 11, fasc. 1, 2012
- S. GAMBINO, *I diritti sociali e l'Unione europea*, in *La cittadinanza europea*, 2008
- L. GENINATTI SATÈ, L. GUFFANTI, A. SCIUMÈ, *Definizioni giuridiche di "servizio pubblico"*, in (a cura di) P. GARRONE e P. NARDI, *Libertà ed efficacia nei servizi pubblici locali*, Guerini Associati, Milano, 2010

- L. GENINATTI SATÈ, *Servizi Pubblici Locali e Società partecipate dopo il Decreto Sviluppo e le Manovre finanziarie 2011*, relazione Firenze, 14 ottobre 2011
- L. GENINATTI SATÈ, *Questioni interpretative e problemi aperti nella disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, A-I, n. 3, 2014
- F. GENTILE, *Ordinamento giuridico, tra virtualità e realtà*, Padova, 2001
- A. GENTILI, *La riforma delle fondazioni di origine bancaria*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1999
- M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Rivista di diritto amministrativo*, 1953, pp. 611 ss.
- M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995
- M.S. GIANNINI, *Lezioni di Diritto Amministrativo*, Milano, 1950
- M.S. GIANNINI, *I pubblici poteri nello Stato pluriclasse*, in *Studi in memoria di S. Satta*, Milano, 1972
- L. GIANNITI, *I Parlamenti nazionali garanti del principio di sussidiarietà*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1, 2003
- F. GIGLIONI, *La sussidiarietà orizzontale quale criterio di legittimazione*, in *www.labsus.org*, 2007
- F. GIGLIONI, *I diritti degli utenti si ripercuotono sull'accreditamento sanitario*, in *Labsus.org*, 2010
- R. GIOVAGNOLI, *Gli affidamenti in house tra lacune del codice e recenti interventi legislativi*, *www.giustizia-amministrativa.it*, 2007
- GIOVANNI PAOLO II, *Enciclica Centesimus Annus*, in *www.vatican.va*, Roma 1991
- GIOVANNI XXIII, *Enciclica Mater et Magistra*, Roma, in *www.vatican.va*, 1961
- L. GIUNTA, *La Corte dei Conti apre alla sussidiarietà orizzontale*, in *www.labsus.org*, 2011

V. GOTZ e M. HECKER, *Il principio di sussidiarietà nel diritto costituzionale tedesco con particolare riferimento alla sua dimensione federale, in sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto* (a cura di) A. RINELLA, L. COEN, R. SCARMIGLIA

P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana: un profilo storico 1860-1950*. Milano, 2000

G. GUZZO, *Società miste: assemblea di Strasburgo e legislazione nazionale*, www.lexitalia.it, 2007

G. GUZZO, *La controriforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e il problema irrisolto dell'operatività delle società miste*, in www.giustamm.it, 2009

G. GUZZO, *I spl di rilevanza economica dopo il restyling del d.l. n. 138/2011: "nuove" regole e vecchie questioni*, in www.lexitalia.it, 2011

G. GUZZO, *La Corte Costituzionale e il Consiglio di Stato indicano le nuove regole dei SPL locali*, in www.lexitalia.it, n. 2/2011

G. GUZZO, *la disciplina dei spl di rilevanza economica traspending review e mito delle liberalizzazioni*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2013

D. HASELBACH, A. KLEIN, P. KNUSEL, S. OPITZ, *Kulturinfarkt: Azzerare i fondi pubblici per far rinascere la cultura* (titolo originale: *Der Kulturinfarkt. Von allem zu viel und überall das Gleiche*), Marsilio Editori, 2012

F. IPPOLITO, *Sussidiarietà e armonizzazione: il caso British American Tabacco*, in *Il diritto dell'unione europea*, n. 3 2004

T. JEFFERSON, *Il decentramento del potere*, in A. AQUARONE (a cura di), *Antologia degli scritti politici di Thomas Jefferson*, Bologna 1961

P. JORI, *Le società pubbliche: viaggio tra gli affidamenti diretti e l'osservanza delle procedure ad evidenza pubblica, alla ricerca della disciplina applicabile*, in www.lexitalia.it, 2008

H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto, giurisdizione ed amministrazione*, Torino, Einaudi, 1998

- O. KARRER, *La Chiesa del Vaticano II*, Vallecchi, Firenze, 1966
- G. LA PIRA in *Assemblea Costituente*, seduta dell'11 marzo 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Camera dei Deputati, Roma, 1971, I, 316
- LEONE XIII, *Rerum Novarum*, 1891, par. B1
- V. LEPORE, *La normativa sui servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012*, in *amministrazione in cammino*, 2012
- F. LILLI, *La nuova disciplina di riforma dei servizi pubblici locali*, in *www.giustamm*, 2010
- M. LOMBARDO, F. SCURA, *Liberalizzazione e "pubblicizzazione" dei servizi pubblici locali nel d.l. 1/2012*, in *dirittodeiservizipubblici.it*, 2012
- M. LOMBARDO, *La nuova riforma dei servizi pubblici locali: art. 23-bis L. 133/08 come modificato dall'art. 15 166/09*, in *SSPAL*, 2009
- J. LUTHER, *Il principio di sussidiarietà: un "principio speranza" per l'ordinamento europeo?*, in *Il Foro Italiano*, n. 4, 1996
- C. MAGNANI, *Sussidiarietà e costituzione: pluralismo e diritti*, in *Teoria del diritto e dello stato*, n. 1-2-3, 2006
- S. MANGIAMELLI, *Sussidiarietà e servizi di interesse generale: le aporie della privatizzazione*, *Relazione al Convegno dal titolo Beni pubblici e servizi sociali in tempi di sussidiarietà*, 2006
- G. MARCHEGIANI, *Gli affidamenti in house e la sindrome del cavallo a dondolo. Sentenze a confronto*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2005
- C. MARI, *I pareri dell'Autorità sugli affidamenti in house dei servizi pubblici locali*, in *www.giustamm.it*, 2009
- D. MARRAMA, *Società miste e in house providing al vaglio della plenaria*, in *www.giustamm.it*, 2008

I. MASSA PINTO, *sussidiarietà (principio di): origini nel diritto della chiesa cattolica*, in *Frammenti di un Dizionario per il Giurista*, Torino, 2009

I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà, profili storici e costituzionali*, Jovene, Napoli, 2003

I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà nel Progetto di Trattato che istituisce una costituzione per l'Europa*, in *Diritto pubblico comparato europeo*, n. 3, 2003

L. MELICA, *Sussidiarietà*, in *Dizionario di diritto pubblico* (diretto da S. CASSESE), vol. VI, Milano, 2006, 5836

L. MENEGHINI, *Nuovi valori costituzionali e volontariato*, Milano, 1989

P. MENGA, *I servizi di interesse economico generale verso la definizione di principi e criteri comuni*, Milano, 2004

A. MERKL, *Il Contenuto giuridico statale dell'enciclica "Quadragesimo anno"*, ora in A. MERKL, *Dottrine di diritto pubblico nelle encicliche sociali*, (a cura di) V. LATTANZI, Roma, Gangemi, 1999, (lingua originale *Der staatsrechtliche Gehalt der Enzyklika «Quadragesimo Anno»*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1934)

F. MERLONI, *Funzioni comunali e principio di sussidiarietà*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999

M. MIOLA, *Le società miste come società di "diritto speciale"*, in G. GIANDOMENICO, R. FAGNANO e G. RUTA (a cura di), *Le società miste locali per la gestione dei pubblici servizi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., 1997

G. MONTEDORO, I. TRETOLA, *Le liberalizzazioni dei servizi pubblici locali dopo la nuova "riforma" del decreto "Cresci Italia" 2012*, in *giustamm.it*, 2012

F. MORFINI, *I requisiti che legittimano l'affidamento in house nei servizi pubblici locali: disciplina vigente e prospettive di riforma*, in *Giurisprudenza di merito*, in *Dejure.it*, dicembre 2007

A. MORRONE, *Questioni di ammissibilità dei referendum elettorali*, in *www.astrid-online.it*, 2011

- C. MORTATI, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, Torino, ERI, 1959
- R. MORZENTI PELLEGRINI, *Società affidatarie dirette di servizi pubblici locali e "controllo analogo" esercitato in maniera congiunta e differenziata attraverso strutture decisionali "extracodicistiche"*, *Foro Amm. CDS*, in *DeJure.it*, 10, 2009
- A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e libertà economiche*, *Le trasformazioni della funzione legislativa* (a cura di) F. MODUGNO, Milano 1999, ed in *Diritto e Società*, 1999
- A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, CEDAM, 2003
- D. MOSETTI, *La nuova (?) disciplina dei servizi pubblici locali dopo il referendum abrogativo del 12-13 giugno 2011*, in *www.giustamm.it*, 2011
- G. NAPOLITANO, *Soggetti privati "enti pubblici"?*, in *Dir. amm.*, 2003
- M. NICO, *Parte la riforma dei servizi pubblici locali, ecco le novità su gare ed affidamenti in house*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 2008
- G. NICOLETTI, *Lo schema di regolamento recante i criteri per la verifica della realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici a rilevanza economica*, in *dirittodeiservizipubblici.it*, 2012
- Nomisma - Osservatorio Economico sui servizi pubblici locali, *L'andamento della gestione delle local utilities in Italia*, 2010
- M. NUZZO, *Sussidiarietà e autoregolamentazione nel nuovo riparto di competenze tra poteri pubblici e autonomia privata*, in *Atti di presentazione della ricerca Università Lum Jan Monet*, 11 ottobre 2003
- F. OCCHETTA, *Il principio di sussidiarietà*, in *Aggiornamenti sociali*, anno 52, n. 6, p. 528, Centro studi sociali, Milano 2001
- A. QUADRIO CURZIO e M. FORTIS, *Le liberalizzazioni e le privatizzazioni dei servizi pubblici locali*, Bologna, Il Mulino
- A. PALLOTTA, *Servizi pubblici locali: affidamenti in house e società miste nella più recente giurisprudenza*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008

M. PALOMBA, *Il decreto - legge 24 gennaio 2012, n. 1 c.d. "Cresci- Italia" - Le principali novità introdotte nel settore*, in *dirittodeiservizipubblici.it*, 2012

M. PANI, *I servizi pubblici locali a rilevanza economica: luci e ombre dopo il decreto legge 138/2011 e la legge di stabilità*, in *www.lexitalia.it*, 2012

C. PANZERA, *Il doppio volto della sussidiarietà*, n. 4 2003

M. PELLINGRA CONTINO, *Principio di sussidiarietà orizzontale: nuove forme di esercizio della sovranità popolare*, in *norma dbi*, 2009

M. PELLINGRA CONTINO, *Uno sguardo di insieme alla liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale tra disciplina nazionale e normativa comunitaria*, in *norma dbi*, 2008

R. PENI, *sussidiarietà ed essenzialità nei servizi pubblici*, in F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni*, cit., pp. 413-414

L.R. PERFETTI, *Il regime dei servizi pubblici locali: il ritorno all'autonomia, il rispetto della disciplina europea, la finalizzazione alle aspettative degli utenti*, in *Giur. It.*, marzo 2013

F. PICA D. FAUSTO, *Teoria e fatti del federalismo fiscale*, Il Mulino, 2000

R. PINI, *Sussidiarietà ed essenzialità nei servizi pubblici*, in *Dir. econ.*, 1997

F. PETRANGELI, *Sussidiarietà e Parlamenti nazionali: i rischi di confusione istituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1, 2003

S. PIGNATARO, *I servizi pubblici locali nel nuovo sistema delle autonomie*, Padova, 2004

C. PINELLI, *Il disegno delle istituzioni politiche*, in *Il Foro italiano*, n. 1, 2005; A. RINELLA, *Il principio di sussidiarietà: definizioni, comparazioni e modello d'analisi*, in *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto* a cura di A. RINELLA, L. COEN, R. SCARMIGLIA, Padova, Cedam, 1999

PIO XI, Enciclica *Quadragesimo Anno*, "Sulla restaurazione dell'ordine sociale in piena conformità con le norme della legge evangelica nella ricorrenza del XL anniversario dell'enciclica *rerum novarum* di S. S. Leone XIII", Roma, 1931

G. PIPERATA, *L'attualità. A proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia di un sistema, Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 3-4 2009

G. PIPERATA, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in M. CAMELLI e M. DUGATO, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli

G. PIZZANELLI, *Servizi pubblici e principio di sussidiarietà tra società e stato*, in *www.astrid-online.it*, 2004

F. PIZZETTI, *Il ruolo delle istituzioni nel quadro della "democrazia della cittadinanza"*, Atti del Convegno Astrid, Roma, 2003

A. PLAISANT, *In house providing e società miste, due rette parallele o convergenti? Nota a parere Consiglio di Stato, Sezione II, 18 aprile 2007, n. 456*, in *www.giustamm.it*, 2007

A. POGGI, *La sussidiarietà orizzontale*, Comunicazione al Seminario di Astrid, Roma, 2003

A. M. POGGI, *La sussidiarietà nelle riforme amministrative: dal d. lgs. n. 112 del 1998 al T.U. sulle autonomie locali*, in *Quad. regionali*, 3, 2001, 933

A.M. POGGI, *Comunicazione al Seminario di Astrid sulla sussidiarietà orizzontale*, Roma, 7 febbraio 2003

A. POLICE, W. GIULIETTI, *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio*, in *Serv. pubbl. e appalti*, 2004

A. POLICE, *La nozione di servizio pubblico locale tra limiti territoriali e principio di sussidiarietà*, in *Pubblico - Privato: I pubblici servizi. Quaderni del pluralismo*, Torino, 1998

- A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007
- N. POLITO, *Strumenti per la sussidiarietà orizzontale: un'ipotesi per l'applicazione dell'art. 118, quarto comma, della Costituzione*, in *www.labusus.org*, 2008
- POLITO, *Art. 118 u.c. della Costituzione, Un approfondimento sul "favoriscono"*, in *www.astrid-online.it*
- G. PONZANELLI, *Relazione*, in D. CARUSI (a cura di), *Associazioni e fondazioni, Dal codice civile alle riforme annunciate*, Convegno di studi in onore di Pietro Rescigno, Milano, 2001
- M. POTO, *I principi di sussidiarietà e proporzionalità nei sistemi a "vocazione federale". Una comparazione tra modello europeo, tedesco ed italiano*, in *Giurisprudenza italiana*, 2008
- A. PURCARO, *Servizi pubblici locali: gli affidamenti in house dopo la conversione del decreto legge 112/2008. Brevi note all'art. 23-bis*, in *www.lexitalia.it*, 2008
- C. RAPICAVOLI, *La liberalizzazione delle attività economiche e la coerenza con l'articolo 41 della Costituzione*, in *dirittodeiservizipubblici.it*, 2012
- C. RAPICAVOLI, *L'affidamento dei servizi pubblici locali. La manovra estiva – decreto legge 13 agosto 2011 n. 138*, in *www.giustamm.it*, 2011
- G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. Pubbl.*, n. 1, 2002
- P. RIDOLA, *Forma di stato e principio di sussidiarietà*, in *La riforma costituzionale* (Atti convegno AIC 6-7.11.1998), Padova, 1999
- P. RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, 1997
- P. RIDOLA, *Le radici culturali del principio di sussidiarietà*, in (a cura di) A. CERVATI, S. PANUNZIO, P. RIDOLA, *Studi sulla riforma costituzionale. Itinerari e temi per l'innovazione costituzionale in Italia*, Giappichelli
- A. RINELLA, *Sussidiarietà*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, I Supplemento, 2001

F. RUGGE, *Gli esordi della municipalizzazione in Italia. Appunti su Stato, autonomie, "socialismo municipale"*, in *"Jus"*, 1984

C. SABETTA, *la riforma dei servizi pubblici locali e le ragioni della sua illegittimità*, in *www.federalismi.it*, n. 18, 2012

G.C. SALERNO, *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione europea*, Giappichelli, 2010

A. SANDULLI, *Società pluralistica e rinnovamento dello Stato*, in *Scritti giuridici*, Napoli, Jovene, 1990

G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 2009

E. SCAGLIONE, *L'attività extraterritoriale delle società miste: le esigenze della collettività locale prevalgono sulla libertà imprenditoriale*, in *foro amm. CDS*, 2008

G. SCARAFOCCHIA, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 2010

V. SCARPINO, *L'affidamento in house e la clausola risolutiva espressa*, in *Giurisprudenza di merito*, in *Dejure.it*, 11/2008

G. SCIULLO, *Stato, Regioni e servizi pubblici nella pronuncia n. 272/04 della Consulta*, in *www.lexitalia.it*, 7/8, 2004

F. SCURA, *La "nuova" disciplina dei servizi pubblici locali nella "manovra di Ferragosto"*, in *dirittodeiservizipubblicilocali.it*, 2011

F. SCURA, *Conversione del "Decreto Milleproroghe": modifiche alla disciplina dei servizi pubblici locali*, in *dirittodeiservizipubblici.it*, 2014

H. SIEDENTOPF, *Federalism and Decentralization in the Federal Republic of Germany: An Outline* in *"Hochschule für Verwaltungswissenschaftlichen"*, 1981

D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999

D. SORACE, *Servizi pubblici locali e iniziativa privata*, in *Econ. pubbl.*, 1993

D. SORACE, *Note sui servizi pubblici locali dalla prospettiva della libertà di iniziativa, economica e non, dei privati*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vittorio Ottaviano*, Vol. II, Milano, 1993

B. SPADONI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali I riflessi sulla concorrenza e sulla politica industriale*, in dirittodeiservizipubblici.it, 2012

M. SPAGNUOLO, *I servizi pubblici locali nei recenti interventi legislativi*, in *Leggi Oggi*, 2013

S. STAIANO, *Principio di sussidiarietà orizzontale: nuove forme di esercizio della sovranità popolare*, in *Federalismi.it* n. 5, 2006

S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici* in www.federalismi.it, 9 marzo 2006

A. STERPA, *Il principio di sussidiarietà nel diritto comunitario e nella costituzione*, in www.federalismi.it, 2010

G. STORNAIUOLO, *La struttura federale della Repubblica tedesca e l'evoluzione del sistema della finanza pubblica*, Il Mulino, 2000

G. STROZZI, *Il principio di sussidiarietà nel futuro dell'integrazione europea: un'incognita e molte aspettative*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comparato*, n. 1, 1993

D. TASSAN MAZZOCCO, G. LEZZI e L. GUFFANTI, *Le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2010

V. TONDI della MURA, *Il «rapporto sulla sussidiarietà 2009»: le inedite (ma inesorabili) applicazioni del principio*, in *Federalismi.it*, n. 12, 2010

V. TONDI DELLA MURA, *La Legge-quadro sul volontariato*, in *Amministrazione e Politica*, 1992, pp. 65-72; e, dello stesso A., *Rapporti tra volontariato ed enti pubblici nell'evoluzione della forma di stato sociale*, in E. ROSSI - L. BRUSCUGLIA (a cura di) *Il volontariato a dieci anni dalla legge quadro*, Milano, 2002

E. TOSATO, *Persona, società intermedie e Stato*, Giuffrè, Milano, 1989

R. VAIRA, *La gestione dei servizi pubblici tra in house providing e affidamenti diretti a società miste, ancora incertezze sulle rispettive condizioni di legittimità*, in *www.giustamm.it*, 2008

L. VANDELLI, *Il principio di sussidiarietà nel riparto di competenze tra i diversi livelli territoriali: a proposito dell'art. 3 B del Trattato sull'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 379 ss

S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, Giappichelli

G. VECCHIO, *sussidiarietà ("orizzontale") e Costituzione. Dal concetto normativo alla formula testuale*, dattiloscritto, Comunicazione al Seminario *Beni pubblici e servizi sociali in tempi di sussidiarietà*, Urbino, 9-10 novembre 2006

F. VECCHIO, *Declinazioni Costituzionali del principio di sussidiarietà*, *I paper Forum dei Quaderni Costituzionali*, in *www.forumcosituzionale.it*; (con alcune variazioni il saggio è compreso anche in C. MAGNANI (a cura di), *Beni pubblici e servizi sociali in tempi di sussidiarietà*, G. Giappichelli Editore, 2007)

R. VILLATA, *Pubblici servizi, discussione e problemi*, Milano, 2008

L. VIOLANTE, in AA.VV., *Sussidiarietà e sviluppo economico*, testo tratto dai lavori dell'Intergruppo parlamentare per la sussidiarietà, 2003

L. VIOLINI, *Sussidiarietà e decentramento: approfondimenti sulle esperienze europee e sulle politiche regionali in Italia*, Guerini, Milano, 2003

L. VIOLINI e A. PISANESCHI (a cura di), *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione: scritti per Giovanni Grottanelli De' Santi*, Milano, Giuffrè, 2007

P. VIPIANA, *Il principio di sussidiarietà verticale*, Giuffrè, Milano, 2002

T. VISIONE, *Principio di sussidiarietà nell'esperienza federale tedesca – Storia, idea e possibili sviluppi*, in *www.federalist.eu*, Anno LII, 2010, n. 1

C. VOLPE, *La Corte CE continua la rifinitura dell'in house. Ma il diritto interno va in controtendenza*, in *giustamm.it*, 2010

C. VOLPE, *S.p.l. e legge di stabilità del 2012. Il dinamismo normativo continua*, in *www.giustamm.it*, 2012

C. VOLPE, *La "nuova normativa" sui servizi pubblici locali di rilevanza economica. Dalle ceneri ad un nuovo effetto "Lazzaro". Ma è vera resurrezione?*, in *www.giustamm.it*, n. 1, 2013

C. VOLPE, *L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali*, in *www.giustamm.it*, n. 3/2014

W. VON HUMBOLDT, *Idee circa la costituzione dello Stato occasionate dalla nuova Costituzione francese (titolo originale Ideen über Staatsverfassung, durch die neue französische Constitution veranlasst)*, 1791

A. ZITO, *Questioni "vecchie" e "nuove" in tema di servizi pubblici locali: considerazioni introduttive*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, Vol. III