SUSSIDIARIETÀ ORIZZONTALE E AFFIDAMENTO “IN HOUSE”

di Antonio D’Atena

(Nota a. Corte cost. n. 439/2008, in corso di pubblicazione
in “*Giurisprudenza costituzionale*”, 2008)

1. A costo di deludere il lettore, in questo breve commento non mi soffermerò sulle questioni affrontate dalla sentenza in epigrafe, ma su una questione che essa, non solo, non affronta, ma che – stante il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato – non avrebbe, comunque, potuto affrontare: la questione dell’applicabilità, alla materia dei servizi pubblici locali, del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all’art. 118 u.c. Cost. Una questione, peraltro, di enorme rilievo in relazione al *thema decidendum*. Come si vedrà, infatti, se alla domanda ad essa sottesa si risponde positivamente, problemi come quello su cui la Corte si è pronunciata dovrebbero essere impostati in modo sensibilmente diverso: non facendo esclusivo riferimento alla normativa comunitaria, ma attraendo nel parametro del giudizio la disciplina costituzionale italiana. Dalla quale – come si cercherà di dimostrare – sono deducibili limiti più rigorosi di quelli ricavabili dalla disciplina europea, nell’interpretazione offertane dalla Corte di Giustizia.

Stando alla giurisprudenza comunitaria – com’è noto – in materia di servizi pubblici, 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’ente¹, sarebbe sottratta alla necessità del confronto con il mercato. In relazione ad essa, il problema che viene affrontato (e risolto) dalla Corte di Giustizia riguarda i caratteri che le società miste debbono presentare per essere prese in considerazione ai fini dell’affidamento diretto². Che è – sia aggiunto di passaggio – il problema affrontato dalla Corte costituzionale nella sentenza che si annota. La quale ha annullato una

¹ Spec. CGCE, sentenza Stadt Halle dell’11.1.2005, in causa C-26/03)

² Cfr., 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.

legge provinciale che dettava una disciplina delle società partecipate utilizzabili a tale scopo più blanda di quella europea.

2. 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 giuridico³. Il quale – se è tale – non può ritenersi subordinato alla decisione dell'ente pubblico ... di attenersi.

Se si accoglie questa premessa, dalla disposizione dovrebbe dedursi che gli enti territoriali elencati dalla norma, in tanto, siano 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 intervenire direttamente, ma anche *prima*: essendo ragionevole ritenere che l'intervento diretto si giustifichi esclusivamente nel rispetto della logica della sussidiarietà⁴.

3. È, peraltro, noto che questa interpretazione non è pacifica in dottrina. Non mancano, infatti, letture svalutative 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

³ Analogamente, già: RESCIGNO, G.U., *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir.publ.*, 2002, 29 ss.

⁴ 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". Nella stessa linea, significativamente: Consiglio Stato, sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080. Per la precisazione che la preferenza accordata al mercato non operi solo quando questo sia in grado di assicurare condizioni più favorevoli, ma anche a parità di condizioni, *infra*, n. 5 e nt. 12.

favorire la partecipazione dei privati. Non inciderebbe, cioè, sull'*an*, ma sul *quomodo* dell'intervento pubblico⁵.

L'opinione non sembra, però, convincente, né convincenti sembrano gli argomenti comunemente adottati a suo sostegno.

Ciò vale, in primo luogo, per l'argomento "topografico": alla stregua del quale, un principio di così dirompente portata avrebbe dovuto trovare la propria collocazione in altra parte della Costituzione (non nella disposizione dedicata alle funzioni amministrative, ma nell'ambito dei principi fondamentali che precedono la parte prima)⁶. Anche, infatti, a prescindere dalla non insuperabile forza di argomenti di questa natura, non può dimenticarsi che la riforma del 2001, avendo avuto ad oggetto il solo tit. V, non disponeva di una diversa *sedes materiae*. Del resto, 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 felicissimamente inserito nell'articolo che distribuisce le potestà normative tra i diversi livelli territoriali di governo.

In senso contrario alla tesi qui sostenuta non sembra nemmeno invocabile il tenore letterale della disposizione.

Infatti, quand'anche non si ritenesse che la forma verbale "favoriscono" evochi la *Vorrangentscheidung* che costituisce il cuore del principio di sussidiarietà (e, cioè, la "decisione di preferenza" *in favore* dell'ambito più prossimo: nella specie, del "privato")⁷, non potrebbe ignorarsi l'inciso che conclude il comma. Il quale, richiamando espressamente il "principio di sussidiarietà" ("favoriscono [...] *sulla base del 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 sussidiarietà⁸. E rende, così, palese 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

⁵ Così, spec. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli 2003, 135 ss.

⁶ Ancora MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà*, cit., 148.

⁷ In senso contrario sembra esprimersi, ad es., POLITO, *Art. 118 u.c. della Costituzione, Un approfondimento sul "favoriscono"*, nel sito-web di Astrid, *passim*, spec. 21 ss.

⁸ Esattissime, in proposito, le osservazioni di RESCIGNO, G.U., *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit., 30.

grado di svolgere; d'altro lato, nel ruolo sussidiario dell'ente pubblico, chiamato a sopperire all'eventuale inadeguatezza dei cittadini singoli o associati.

4. È significativo che chi nega queste implicazioni della norma muova da una concezione *riveduta e corretta* – se così ci si può esprimere – del principio di sussidiarietà, del quale cancella la più profonda connotazione strutturale.

In questa linea si colloca – ad esempio – una decisione adottata dal TAR Sardegna nel 2007⁹, la 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. Il che consente al giudice di dedurre dalla norma “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”¹⁰.

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* (per riprendere le parole pronunziate in Assemblea Costituente da Giuseppe Dossetti, più di 60 anni or sono). E sia, conseguentemente, privo di qualsiasi giustificazione quando questo, al contrario, *basti*.

5. 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: la regola, in forza della quale gli enti territoriali possono assumere direttamente la gestione di attività imprenditoriali, solo se (ed in

⁹ 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.

¹⁰ Analogamente, in dottrina, già: ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir.pubbl.*, 2002, 77.

quanto) siano in grado di farlo a condizioni *più favorevoli* di quelle offerte dal mercato¹¹.

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 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*¹².

Il tutto – ovviamente – purché il servizio, per sua natura, non renda imprescindibile l'intervento del soggetto pubblico, in considerazione di garanzie che solo questo può assicurare (si pensi – per fare un solo esempio – alla garanzia dell'imparzialità delle forze dell'ordine). Non è, infatti, contestabile che, in presenza di esigenze di garanzia di questo tipo, il "privato" – per dirla ancora con Giuseppe Dossetti – *non basti*.

¹¹ Significativa, al riguardo, la disciplina dettata dalla *Gemeindeordnung* bavarese (nella versione pubblicata il 2.8.1998 e da ultimo emendata il 20.12.2007), il cui art. 87, comma 1, subordina la creazione, la rilevazione od il significativo ampliamento di un'impresa da parte del Comune alla condizione che lo scopo non sia, né possa essere, altrettanto bene ed altrettanto economicamente conseguito da altri soggetti. Formulazioni pressoché identiche si trovano – ad es. – nella *Gemeindeordnung* della Renania-Palatinato, nella versione del 31.1.1994, da ultimo, modificata il 28.5.2008 (§ 85, comma 1) e nella *Gemeindeordnung* del Land Hessen, nella versione dell'1.4.2005 (§ 121, comma 1). Diversa la "disposizione", ma analoga la "norma" (secondo la terminologia crisafulliana) del § 100, comma 3, della *Gemeindeordnung* del Brandeburgo (nella versione pubblicata il 10.10.2001 e da ultimo emendata il 22.6.2005), nel quale si legge: "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".

¹² Il punto è posto nel giusto rilievo dal maggiore studio in argomento: ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft*, Berlin 1968, 75 ss., nel quale si evidenzia che non corrispondono alla logica della sussidiarietà le *Gemeindeordnungen* che subordinano l'intervento del comune alla mancanza di offerte *più favorevoli* da parte del mercato (così, ad es., l'art. 102, comma 1, n. 3 della *Gemeindeordnung* del Baden-Württemberg, nell'edizione del 24.7.2000, da ultimo modificata il 28.5.2003). A giudizio di Isensee – infatti – la decisione di preferenza che è alla base del principio di sussidiarietà esige che siano gli enti pubblici a dover assicurare condizioni più favorevoli, per essere preferiti: in caso di parità, la scelta dovendo cadere sugli operatori privati. Adesivamente, nella dottrina italiana: D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Quaderni cost.*, 2001, 18 s.