



**SUSSIDIARIETÀ ORIZZONTALE E SERVIZI PUBBLICI LOCALI  
DOPO LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 199/2012:  
UN RAPPORTO DIFFICILE MA NON IMPOSSIBILE\***

di

**Marta Mengozzi**

*(Ricercatrice di Istituzioni di diritto pubblico  
Università degli Studi di Roma Tor Vergata)*

23 ottobre 2013

**Sommario:** **1.** La mancanza di stabilità nella disciplina dei servizi pubblici locali: un problema insolubile? – **2.** Una breve ricostruzione legislativa. Gli anni novanta e il modello delle società miste – **3.** La diffusione del modello in house. – **4.** La preferenza per il privato: l'art. 23-bis D.L. n. 112 del 2008 – **5.** Il referendum abrogativo del 2011 e l'art. 4 del d.l. n. 138 del 13.8.2011 – **6.** Le scelte in materia di servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 199 del 2011 – **7.** Una ipotesi sul principio di sussidiarietà orizzontale – **8.** Principio di sussidiarietà ed attività economiche – **9.** Principio di sussidiarietà e servizi pubblici locali: una rapporto difficile (sul versante delle liberalizzazioni)... – **10.** ... ma non impossibile (sul versante delle privatizzazioni).

**1. La mancanza di stabilità nella disciplina dei servizi pubblici locali: un problema insolubile?**

La disciplina italiana dei servizi pubblici locali, da sempre piuttosto tormentata, è stata protagonista, ancora in questi ultimi anni, di importanti trasformazioni, se non di veri e propri rivolgimenti, messi in atto in rapida successione dagli attori più diversi: basti pensare, limitandoci a ricordare le ultime vicende, che all'introduzione di quella che era stata salutata

---

\* Lo scritto è destinato agli studi in onore del Prof. Antonio D'Atena.

come una potenziale “svolta decisiva nella evoluzione del quadro normativo”<sup>1</sup> – la disciplina di cui all’art. 23 bis, d.l. n. 112/2008 – è seguita, dopo pochi anni, la sua abrogazione per via referendaria; quindi, a distanza di pochi giorni, il suo sostanziale rispristino per via legislativa (*rectius*, mediante lo strumento della decretazione d’urgenza, con il d.l. n. 138 del 13.8.2011) e poi, ancora, l’annullamento di tale ultima disciplina da parte della pronuncia della Corte Costituzionale n. 199 del 2012. E tale decisione non è ancora l’ultimo atto, se si considerano gli interventi posti in essere, anche indirettamente, nell’ambito della più recente legislazione rivolta al contenimento della spesa pubblica (c.d. *spending review*).

Tali vicende lasciano pensare che l’“instabilità” di tale disciplina – già denunciata dalla dottrina<sup>2</sup> da molto tempo come problema – sia una caratteristica imputabile non soltanto alle incertezze del legislatore, ma ad una serie assai più complessa di fattori, tanto da profilarsi come malattia “cronica” di un settore obiettivamente assai delicato, nel quale emergono e si intersecano numerosi problemi giuridici e politici.

## **2. Una breve ricostruzione legislativa. Gli anni novanta e il modello delle società miste.**

E’ soprattutto a partire dagli anni novanta che la disciplina dei servizi pubblici locali è stata oggetto di un “esteso anche se ondivago”<sup>3</sup> processo di riforma, nell’ambito del quale gli obiettivi di privatizzazione, liberalizzazione ed industrializzazione del settore dei servizi pubblici<sup>4</sup> che si andavano affermando sul versante nazionale, venivano perseguiti anche a livello locale, sia pure con qualche incertezza e, soprattutto, in mancanza di un disegno organico.

Il Testo Unico degli Enti Locali approvato proprio all’inizio del decennio in esame (legge n. 142/1990) rispecchia appieno tale situazione, poiché la materia risulta ancora disciplinata, per lo più, in linea di continuità con il precedente assetto, pur con qualche significativa novità “appena abbozzata”<sup>5</sup>: in sostanza, la disciplina generale offre agli enti locali diverse opzioni per l’esercizio dei servizi pubblici, ed in particolare di quelli di rilevanza imprenditoriale. Da

---

<sup>1</sup> C. DE VICENTI, *Governo pubblico e mercato nei servizi pubblici locali*, in AA. VV., *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, Santarcangelo di Romagna 2011, 23.

<sup>2</sup> F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990

<sup>3</sup> P. RUBINO, *L’evoluzione dell’esperienza economica dei servizi pubblici locali*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino 2008, 21. Parla di “andamento ondivago” del processo di riforma e liberalizzazione del settore avviato dagli anni novanta anche C. DE VICENTI, *Governo pubblico e mercato*, cit., 23.

<sup>4</sup> V. G. PASTORI, *Pubblica amministrazione e imprese nei servizi pubblici*, in AA.VV., *Il mercato unico europeo. Pubblico e privato nell’Europa degli anni ’90*, Milano 1991, 368, a proposito del “paradosso dei servizi” avvertito in quegli anni; sull’evoluzione del rapporto pubblico-privato nell’economia italiana, cfr. S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2011.

<sup>5</sup> M. CAMMELLI, *I servizi pubblici nell’amministrazione locale*, in *Le Regioni*, 1992, 7.

un lato, cioè, restano in vita i modelli tradizionali di esercizio, quali quello dell'azienda speciale<sup>6</sup>; dall'altro, viene riconosciuta in via generale la possibilità del modello privatistico della società per azioni "a prevalente capitale pubblico locale"<sup>7</sup>. Il ricorso a tale modello è previsto "qualora si ritenesse opportuno, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici e privati" (art. 22 TUEL). Non si tratta, invero, di una novità assoluta, poiché lo strumento della società di diritto privato era già utilizzato, ma certamente con la legge n. 142/90 esso riceve una base normativa più solida<sup>8</sup>, tanto più che il contesto generale in cui essa si inserisce è quello di un'ampia ristrutturazione del settore dei servizi pubblici. Tale previsione viene, dunque, subito intesa come la "più significativa innovazione"<sup>9</sup>, ed è proprio sull'impiego del modello privatistico-societario che si innesta nel corso del decennio, una "frenetica attività normativa"<sup>10</sup>, volta ad una progressiva estensione dell'accesso ad esso.

Il punto di avvio di tale processo è, probabilmente, la legge n. 498 del 1992, la quale, all'art. 12 (modificato con successivo D.L. n. 398/1993), ha consentito la costituzione di società per azioni anche senza il vincolo della proprietà maggioritaria pubblica, ma con l'obbligo di scegliere i soci privati con procedure ad evidenza pubblica.

L'obiettivo di tale innovazione è quello di valorizzare il modello delle società miste, che consente di mettere insieme capitali pubblici e privati, con responsabilità di gestione poste in capo al socio privato<sup>11</sup>, favorendo, dunque, ad un tempo, sia l'ingresso di nuove forme di finanziamento, sia il superamento di alcune disfunzioni tipiche del sistema amministrativo ordinario, attraverso la valorizzazione delle capacità tecniche e gestionali del privato. Si tratta

---

<sup>6</sup> V. art. 22, comma 3, lett. c), TUEL. Tali aziende sono considerate "enti strumentali". Si tratta di organismi che, pur se qualificati come enti pubblici economici, non sono esentati dal seguire le regole dell'evidenza pubblica per l'attività contrattuale (come già previsto per la aziende municipalizzate di cui al TU n. 2578 del 1925): v. F. STADERINI, *Diritto degli enti locali*, Padova 1999, 269. Accanto a tale strumento, è consentita anche la gestione "in economia", laddove lo richiedano le "modeste dimensioni" o le "caratteristiche del servizio" (art. 22, comma 3, lett. a), TUEL) e la concessione a terzi, "quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale" (v. art. 22, comma 3, lett. b) TUEL). Il ricorso allo strumento dell'istituzione, invece, è previsto soltanto per quei servizi sociali che siano privi di rilevanza imprenditoriale (art. 22, comma 3, lett. d) TUEL).

<sup>7</sup> V., ancora, art. 22 comma 3, lett. e), TUEL.

<sup>8</sup> Il ricorso alla costituzione o, comunque, alla partecipazione maggioritaria in società per azioni, cui fosse devoluto l'esercizio del pubblico servizio, era già considerato legittimo in virtù di una serie di norme, anche piuttosto risalenti: non solo l'art. 2458 c.c., ma anche l'art. 5 della legge 530 del 1947, l'art. 2 della legge n. 154 del 1981 ed altre leggi speciali. Sul punto, si veda ancora F. STADERINI, *Diritto degli enti locali*, cit., 265; nonché M. CAMMELLI, *I servizi pubblici*, cit., 44, per il rilievo circa il carattere "limitato" di tali basi normative.

<sup>9</sup> M. CAMMELLI, *I servizi pubblici*, cit. 42.

<sup>10</sup> F. STADERINI, *Diritto degli enti locali*, cit. 270.

<sup>11</sup> Cfr. M. DUGATO, *Introduzione*, in AA. VV., *Le società a partecipazione pubblica degli enti territoriali*, in *Istituzioni del federalismo*, 2011, 5, il quale ricorda che non a caso il D.P.R. n. 533/1996 (del quale si dirà poco più avanti, nel testo) regolando la scelta del socio privato espressamente lo descrive con il "soggetto di reale imputazione dell'attività di gestione".

di una forma di *public-private partnership* (PPP)<sup>12</sup>, mediante la quale si mira a realizzare sinergie nell'ambito delle quali vi sia un elevato livello di coinvolgimento di capitali e conoscenze dei privati "senza tuttavia rinunciare totalmente all'apporto pubblico"<sup>13</sup>.

La nuova disciplina tarda, però, a divenire operativa. Un'accelerazione è impressa dal D.L. n. 26 del 1995<sup>14</sup>, che affida ad un regolamento (anziché ad un decreto legislativo, come era previsto nel già citato art. 12 legge n. 498/1992) la disciplina delle modalità di scelta del socio privato in tale tipo di società. Viene così alla luce il D.P.R. n. 533 del 1996, che prevede "una procedura concorsuale ristretta, assimilata all'appalto concorso"<sup>15</sup> per la scelta del soggetto privato cui spetta, in queste società, la partecipazione azionaria di maggioranza "non inferiore al cinquantuno per cento".

Su tale strumento continua a fare leva la legislazione statale della seconda metà degli anni novanta, anche attraverso le leggi Bassanini: la legge n. 127 del 1997, soprattutto, incentiva in vario modo<sup>16</sup> il passaggio a tale forma di gestione dei servizi pubblici locali.

Nello stesso periodo, prendono avvio alcuni processi di liberalizzazione settoriali, con riflessi anche sul versante locale<sup>17</sup>.

L'ingresso dei privati scelti mediante procedura ad evidenza pubblica nella gestione dei servizi pubblici – sia nella forma "intermedia" delle società miste, di cui si è appena detto, sia

---

<sup>12</sup> Quello delle società miste resta il modello più tipico di un fenomeno, quello del partenariato pubblico-privato, che ha anche altre importanti applicazioni (basti pensare al *project financing*). Sul tema, più approfonditamente, v. A.M. SANDULLI, *Servizi pubblici e ruolo del privato tra istanze solidaristiche e mercato concorrenziale*, in C. MIGNONE-G. PERICU-F. ROVERSI-MONACO (a cura di), *Le esternalizzazioni. Atti del XVI Convegno degli amministrativisti italo-spagnoli*, Bologna 2007, 66 s.; nonché M.P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, Bologna 2005.

<sup>13</sup> Così, A.M. SANDULLI, *Servizi pubblici e ruolo del privato*, cit., 67.

<sup>14</sup> V. art. 4: "Al fine di favorire l'immediato avvio di operatività delle disposizioni di cui all'articolo 12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498, concernente la costituzione di società miste con la partecipazione non maggioritaria degli enti locali per l'esercizio di servizi pubblici e la realizzazione di opere pubbliche, si provvede con regolamento da adottarsi ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sulla base dei principi e dei criteri di cui al comma 2 del medesimo articolo 12, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, nel rispetto della normativa comunitaria" (comma 1).

<sup>15</sup> Art. 1, comma 4, D.P.R. n. 533 del 1996.

<sup>16</sup> Tra le altre cose, ammette, implicitamente ma chiaramente, che tali società possano operare anche al di fuori dell'ambito territoriali di pertinenza dell'ente (introducendo "l'ambito territoriale del servizio" come ulteriore motivo che possa giustificare la scelta societaria, modificando lo stesso art. 22 TUEL) e consente anche il ricorso alla forma della società a responsabilità limitata. Sul punto, più approfonditamente, v. ancora F. STADERINI, *Diritto degli enti locali*, cit., 271 s.

<sup>17</sup> Si fa riferimento, in particolare, al d.lgs. n. 422 del 1997 (c.d. decreto Burlando), in materia di trasporti; al d.lgs. n. 79 del 1999 (c.d. decreto Bersani), in materia di elettricità; al d.lgs. n. 164 del 2000 (c.d. decreto Letta), in materia di gas naturale. Le precedenti riforme del settore dell'acqua (legge Galli, n. 36 del 1994) e di quello dei rifiuti (decreto Ronchi, d. lgs. n. 22 del 1997) sono invece rivolte al riordino industriale ma non vanno, invece, ancora nella direzione della liberalizzazione. Sul punto, cfr. P. RUBINO, *L'evoluzione dell'esperienza economica*, cit. 22, e C. DE VICENTI, *Governo pubblico e mercato*, cit. 21 s.

in quella della completa esternalizzazione<sup>18</sup> mediante concessione ai privati – incontra, tuttavia, notevoli ostacoli e resistenze da parte degli enti locali.

### 3. La diffusione del modello *in house*.

Verso la fine degli anni novanta, si diffonde un ulteriore modello di gestione, legato ad un'idea di privatizzazione solo formale, attraverso il quale gli enti locali diventano essi stessi imprenditori e la società diventa “strumento privato di azione pubblica”<sup>19</sup>: il c.d. *in house providing*. L'espressione<sup>20</sup>, ormai entrata appieno nel nostro linguaggio giuridico, indica un fenomeno di “autoproduzione” dei servizi<sup>21</sup>, nel quale l'amministrazione decide di attingere a risorse proprie, senza ricorrere al mercato, affidando il servizio ad organismi, anche strutturati nelle forme privatistiche della società, collegati ad essa in maniera così profonda da renderli in sostanza proprie proiezioni organizzative<sup>22</sup>.

E' il diritto comunitario ad offrire per primo al fenomeno una disciplina ed una perimetrazione, dettando i limiti entro i quali l'affidamento diretto del servizio, senza gara, ad un soggetto giuridicamente distinto dall'amministrazione affidante possa essere considerato legittimo in base ai principi europei in materia di concorrenza. Con la sentenza *Teckal* del 1999, la Corte di Giustizia ammette l'affidamento *in house* sottoponendolo a due condizioni: che l'ente pubblico eserciti sulla società affidataria un controllo analogo a quello esercitato dallo stesso sui propri servizi e che tale società realizzi la parte più importante della propria attività nei confronti dell'ente o degli enti che la controllano<sup>23</sup>. Senza poter, in questa sede, approfondire nel dettaglio l'effettiva portata di tali requisiti, essi sono comunque intesi dalla giurisprudenza comunitaria in modo piuttosto stringente, in modo tale, cioè, da configurare la

---

<sup>18</sup> Sul concetto di esternalizzazione, v. G. DI GASPARE, *Esternalizzazione (tramite contratti e figure soggettive della attività amministrative) societarizzazioni e privatizzazioni: un approccio teorico*, in *Amministrazione in cammino*, maggio 2006.

<sup>19</sup> M. DUGATO, *Introduzione*, cit., 5.

<sup>20</sup> Il primo utilizzo di tale sintagma è da rintracciare nel contesto del diritto comunitario e, più specificamente, nel Libro Bianco sugli appalti del 1998. Cfr. GIOVAGNOLI, *Gli affidamenti in house tra lacune del codice e recenti interventi legislativi*, pubblicato sul sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>21</sup> Il fenomeno, comunque, è riferibile anche al settore dei lavori e delle forniture di beni.

<sup>22</sup> Cfr. C. ALBERTI, *Le società in house tra modelli nazionali e ripensamenti comunitari*, in AA. VV., *Le società a partecipazione pubblica*, cit. 23 ss.; G. URBANO, *L'evoluzione giurisprudenziale dell'istituto in house providing tra tutela della concorrenza e autorganizzazione amministrativa*, in *Amministrazione in cammino*, settembre 2012.

<sup>23</sup> La sentenza *Teckal* ha costituito il punto di partenza della successiva elaborazione giurisprudenziale volta a precisare i presupposti che giustificano l'affidamento diretto di un appalto pubblico. Il suo contenuto è stato ripreso e sviluppato ulteriormente dalla Corte di Giustizia UE in altre successive decisioni: tra le principali vanno ricordate le sentenze *Stadt Halle* del 2005, *Parking Brixen* del 2005, *Carbotermo* del 2006, *Asemfo* del 2007, *Commissione/Italia* del 2008 e *Coditel Brabant* del 2008, fino alla *Econord* del 2012.

società *in house* come un'entità che agisce, dal punto di vista sostanziale, come un vero e proprio organo dell'amministrazione, un'articolazione dell'ente locale<sup>24</sup>.

La legislazione nazionale si muove nei solchi tracciati dal diritto comunitario, manifestando, però, frequenti ripensamenti e cambiamenti di rotta, soprattutto con riferimento al ruolo da riconoscere al modello di gestione da ultimo descritto.

Il nuovo testo unico degli enti locali approvato all'inizio del secolo (D.lgs. n. 267 del 2000, artt. 112 ss.) in un primo momento si limita a recepire quanto già previsto dalla legge n. 142/1990, senza apportare sostanziali innovazioni.

Ben presto, tuttavia, si manifesta l'esigenza di un adeguamento di tale disciplina al diritto comunitario che conduce, già nel 2001, ad un rilevante intervento, attuato con l'art. 35 della legge n. 448 del 2001, di riscrittura di gran parte della normativa. Tra le novità più rilevanti, viene introdotta la distinzione tra servizi pubblici industriali e non industriali<sup>25</sup>, relativa al diverso impatto dei medesimi sull'assetto concorrenziale: per i primi è introdotto il principio della gara per la gestione di reti, impianti e servizi<sup>26</sup>, mentre per i secondi resta possibile il regime dell'affidamento diretto.

Tale disciplina, ancora una volta diretta alla liberalizzazione del settore, subiva, già nel 2003<sup>27</sup>, prima ancora di essere attuata, un nuovo ripensamento, nel senso di ridimensionare l'ampiezza della portata del principio della gara e di riconoscere la generale possibilità dell'affidamento *in house*.

---

<sup>24</sup> Ai fini delle valutazioni espresse nel testo, basti considerare alcune posizioni espresse dalla Corte di giustizia al riguardo. Ad esempio, essa ha ritenuto che il requisito del controllo analogo non possa sussistere quando la società sia partecipata da privati, dal momento che "qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati", diversamente da quanto accade nel "rapporto tra un'autorità pubblica (...) ed i suoi servizi", il quale "sottostà a considerazioni ed esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico" (sentenza *Stadt Halle* del 2005, par. 50). O, ancora, che per aversi "controllo analogo" non è sufficiente la "dipendenza finanziaria", ma rilevano anche profili gestionali: l'ente locale deve essere dotato di particolari poteri di controllo sull'attività del consiglio di amministrazione, più ampi e penetranti rispetto a quelli comunemente riconosciuti alla maggioranza dei soci dal diritto societario (sentenza *Parking Brixen* del 2005). Quanto al requisito della prevalenza dello svolgimento dell'attività a favore dell'ente pubblico conferente, la Corte di Giustizia ha chiarito che lo svolgimento da parte della società di proprietà pubblica di prestazioni che non siano del tutto marginali a favore di altri soggetti (diverse dagli enti pubblici controllanti) renderebbe la società stessa attiva sul mercato, alterando le regole concorrenziali rispetto agli altri operatori (sentenza *Carbotermo* del 2006). Ciò, tuttavia, non impedisce che tale istituto sia utilizzato anche nel settore dei servizi pubblici.

<sup>25</sup> Tale distinzione veniva successivamente sostituita da quella tra servizi pubblici di rilevanza economica e quelli privi di tale rilevanza (con d.l. 269/2003), più in linea con quella utilizzata nel diritto europeo.

<sup>26</sup> Reti e impianti restano, comunque, di proprietà dell'ente locale. Sul punto, v. A. GARGANI – L. SCIANDRA, *I comuni e le "public utilities": dati e prospettive dopo vent'anni di riforme*, in W. TORTORELLA (a cura di), *Lo stato dei Comuni*, Venezia 2012, 285 ss., nonché L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna 2004, 153 ss.

<sup>27</sup> Ad opera del d.l. 30.9.2003 n. 269, il quale modifica il testo dell'art. 113 TUEL.

Il nuovo testo dell'art. 113 TUEL, cioè, individua tre possibili modalità di gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica<sup>28</sup>, tra le quali la scelta è rimessa esclusivamente all'ente locale, senza che la norma indichi alcuna soluzione privilegiata:

- 1) conferimento a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;
- 2) conferimento a società a capitale misto pubblico-privato, nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;
- 3) conferimento a società *in house*, alle due condizioni indicate dalla giurisprudenza europea.

Si opta così per un sistema che – nel rispetto dei limiti indicati dal diritto comunitario – non esprime alcuna preferenza rispetto al possibile coinvolgimento dei privati, rimettendo all'ente locale il compito di scegliere liberamente (*rectius* discrezionalmente) tra il ricorso all'esternalizzazione, totale o parziale, dei servizi o la gestione con propri mezzi, attraverso il ricorso ad organismi solo formalmente privati, ma costituenti, in realtà, una *longa manus* dell'ente locale stesso.

#### **4. La preferenza per il privato: l'art. 23-bis D.L. n. 112 del 2008**

Questo quadro è nuovamente mutato, qualche anno dopo, con l'introduzione – mediante la disciplina di cui all'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 – di una preferenza per il coinvolgimento dei privati nella gestione dei servizi pubblici locali, che lasciava l'affidamento *in house* come soluzione eccezionale (una sorta di “seconda scelta”) da adottare soltanto per le situazioni 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”.

Tale preferenza, più precisamente, trova espressione in una normativa che prevede che il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene “in via ordinaria” con due possibili modalità alternative: a) a favore dei privati individuati mediante procedure ad evidenza pubblica, nel rispetto delle norme europee e dei principi generali in materia di contratti pubblici; b) a società a partecipazione mista pubblica e privata (con quota privata non inferiore al 40%), a condizione che il socio privato sia scelto mediante procedure competitive ad evidenza pubblica che abbiano come oggetto l'attribuzione ad un tempo della qualità di socio e di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio (art. 23 bis,

---

<sup>28</sup> Occorre, tuttavia, ricordare che alcuni importanti settori dei servizi pubblici locali sono stati esclusi dall'ambito di applicazione della normativa generale richiamata nel testo, trovando le proprie regole di gestione nelle rispettive discipline di settore (è questo il caso, ad esempio, dei servizi di distribuzione di energia elettrica e gas o dei trasporti pubblici locali).

comma 2). Soltanto “in deroga alle modalità di affidamento ordinario” e per le “situazioni eccezionali” già sopra ricordate è possibile l’affidamento a società a capitale interamente pubblico, partecipate dall’ente locale, secondo le regole comunitarie del c.d. *in house* (art. 23 bis, comma 3). In questi casi l’ente affidante deve dare pubblicità alla propria scelta, “motivandola in base ad un’analisi del mercato”; deve altresì<sup>29</sup> “contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all’Autorità garante della concorrenza e del mercato”, la quale è chiamata a dare un parere preventivo entro 60 giorni (decorsi i quali il parere si intende reso in senso favorevole) (art. 23 bis, comma 4).

Questa disciplina, da molti considerata, come già si è ricordato, una potenziale “svolta decisiva”<sup>30</sup> nella disciplina del settore, imboccava decisamente la via della privatizzazione sostanziale dei servizi pubblici, senza, però, rinnegare completamente le ragioni che possono rendere necessario o opportuno il mantenimento dei servizi stessi nella sfera esclusiva dell’intervento pubblico, che resta subordinato ad una serie di valutazioni da svolgere con riferimento ai singoli casi (e verificate dall’AGCM). Si può dire, cioè, che la norma esprima in via generale un favore per l’ingresso dei privati nella gestione dei servizi pubblici locali, mantenuti comunque in un regime di esclusiva (e, dunque, non liberalizzati), consentendo in singoli casi di mantenerne la gestione in mano pubblica, motivandone le ragioni, quando taluni caratteri del contesto territoriale di riferimento non permettano un efficace e utile ricorso al mercato.

Tale opzione del legislatore a favore di una “graduazione” dell’intervento pubblico nei servizi pubblici locali di rilevanza economica – come osservato da una autorevole dottrina costituzionalistica<sup>31</sup> – in realtà non corrisponde soltanto ad un orientamento politico-economico indirizzato a favorire la privatizzazione dei settori dei servizi pubblici, ma sembra trovare una diversa e più ampia ragione d’essere nella concretizzazione legislativa del precetto costituzionale, frattanto introdotto nel novellato Titolo V della Parte II della Costituzione<sup>32</sup>, che indica il principio di sussidiarietà come criterio di orientamento per l’organizzazione e le attività dei pubblici poteri, ed in particolare di tutti gli enti territoriali, tenuti a favorire l’esercizio di attività di interesse generale da parte dei privati cittadini e delle loro organizzazioni e formazioni sociali.

---

<sup>29</sup> Almeno nei casi in cui l’affidamento superi determinate soglie, indicate con regolamento (art. 23 bis, comma 4 bis).

<sup>30</sup> C. DE VICENTI, *Governo pubblico e mercato nei servizi pubblici locali*, in AA. VV., *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, Santarcangelo di Romagna 2011, 23.

<sup>31</sup> A. D’ATENA, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento “in house”*, in *Giur. Cost.*, 2008, 5009 ss., nonché ID., *Diritto regionale*, 2012, 186 ss.

<sup>32</sup> Naturalmente, il riferimento è alla legge costituzionale n. 3 del 2001, avente ad oggetto il Titolo V, parte II, della Costituzione.



Si fa riferimento, cioè, al contenuto dell'art. 118 Cost., quarto comma, il quale pone il principio di sussidiarietà, nella sua declinazione c.d. orizzontale,<sup>33</sup> quale indicazione che integra e definisce l'impegno posto dalla Costituzione stessa in capo a tutti gli enti territoriali (Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni) a favorire "l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale"<sup>34</sup>. Si tratta di un'indicazione che non è certo priva di implicazioni, se è vero che il nucleo caratterizzante lo stesso principio di sussidiarietà va rintracciato proprio nell'espressione di una *decisione di preferenza*<sup>35</sup> per il livello decisionale più prossimo ai consociati; coerentemente, il riferimento a tale principio quale criterio di orientamento rispetto all'indicazione costituzionale di "favorire"<sup>36</sup> l'autonoma iniziativa dei cittadini non sembra poter essere letto altrimenti se non nel senso di esprimere appunto una esigenza di graduazione delle forme di organizzazione delle attività di interesse generale, nel senso di preferire – a parità di condizioni – il loro svolgimento da parte dei privati rispetto alla loro gestione da parte di strutture che costituiscono, sostanzialmente, una proiezione organizzativa dell'amministrazione stessa.

La disciplina posta dall'art. 23 bis sembra dunque rispondere perfettamente a tali indicazioni. Accanto alla decisione di preferenza, infatti, è contemplata, quale vero e proprio *subsidium*, la possibilità di intervento pubblico a condizione che esso si dimostri necessario in relazione al caso concreto. E, da questo punto di vista, la previsione esplicita dell'obbligo di motivazione in relazione alle condizioni che giustificano la scelta e dell'acquisizione, almeno

---

<sup>33</sup> La letteratura sul principio di sussidiarietà, inteso sia in senso verticale sia in senso orizzontale, è assai ampia e non è possibile darne compiutamente conto in questa sede. Senza pretesa di completezza, per una ricostruzione del significato di tale principio e delle sue radici, si segnalano (in ordine cronologico): A. D'ATENA, *Forma di Stato dalla piramide all'arcipelago*, in *Impresa & Stato*, n. 33, 1996; A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 602 ss.; A. RINELLA – L. COEN – R. SCARCIGLIA (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali*, Padova 1999; ; P. DURET, *La sussidiarietà "orizzontale": le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, 95 ss.; A. D'ATENA, *Le Camere di commercio, tra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, in *ID.*, *L'Italia verso il federalismo*, Milano 2001, 391 ss.; A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. Cost.*, 2001; G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Diritto Pubblico*, 2002, 5 ss.; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia speciale e compiti pubblici*, in *Diritto Pubblico*, 2002, 51 ss.; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art.118, u.c. della Costituzione*, in *Amministrazione in cammino*, marzo 2003; I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003; A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti. Contributo allo studio dei criteri ordinatori del sistema delle fonti*, Padova 2003; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. Giur.*, 2003; A. POGGI, *Il principio di sussidiarietà e il "ripensamento" dell'amministrazione pubblica*, in *Astrid Rassegna*, n. 4, 2005; G.C. DE MARTIN (a cura di), *Sussidiarietà e Democrazia. Esperienze a confronto e prospettive*, Padova 2008.

<sup>34</sup> Testualmente, l'art. 118, u.c., Cost. dispone: "Stato, Regioni, Province, Città Metropolitane e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio della sussidiarietà" (corsivo nostro).

<sup>35</sup> Così A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà*, in *ID.*, *Lezioni di diritto costituzionale*, 2012, 99 (corsivo dell'A.), cui si fa rinvio anche per i principali riferimenti bibliografici relativi alla dottrina tedesca sul tema; cfr. anche *ID.*, *Sussidiarietà e sovranità*, in *ID.*, *Costituzionalismo multilivello e dinamiche istituzionali*, Torino 2007, 15 ss.

<sup>36</sup> Per un'analisi puntuale del termine "favoriscono", v. G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit. , 29 ss.

per i casi più rilevanti, del parere dell’Autorità *antitrust* contribuisce a dare maggiore concretezza alla applicazione del principio, rendendo sindacabili (o meglio “giustiziabili”<sup>37</sup>) le relative scelte amministrative, sulla scia degli insegnamenti provenienti dalle più consolidate esperienze applicative del principio di sussidiarietà (anche inteso nella sua declinazione “verticale”)<sup>38</sup>.

## **5. Il referendum abrogativo del 2011 e l’art. 4 del d.l. n. 138 del 13.8.2011**

Certamente, il legame tra la disciplina dei servizi pubblici locali espressa dal citato art. 23 bis e la previsione costituzionale del principio di sussidiarietà orizzontale – peraltro non univocamente riconosciuto in dottrina<sup>39</sup> – non sembra essere stato inteso (o comunque apprezzato) dal corpo elettorale il quale, chiamato a votare nei referendum abrogativi del 12 e 13 giugno 2011 per l’abrogazione della norma in questione, si è pronunciato favorevolmente. Invero, nemmeno la decisione della Corte Costituzionale sulla ammissibilità della richiesta referendaria in questione aveva in alcun modo messo in luce e nemmeno menzionato la possibile corrispondenza di tale disciplina al precetto costituzionale, limitandosi, in sostanza, a vagliare l’ammissibilità del quesito sotto il profilo della compatibilità dei suoi esiti con i vincoli imposti dal diritto UE. E sotto tale profilo, la Corte ha rilevato l’insussistenza di norme che impedissero l’abrogazione per via referendaria dell’art. 23 bis<sup>40</sup>: il diritto e la giurisprudenza europea, in effetti, sono indifferenti rispetto alla scelta tra l’intervento pubblico diretto e il ricorso al mercato, preoccupandosi piuttosto di garantire che laddove

---

<sup>37</sup> Sui problemi legati alla “giustiziabilità” del principio di sussidiarietà, v. Cfr. A. D’ATENA, *Diritto regionale*, cit., 182 s.; ID. *Il principio di sussidiarietà*, cit., 90 ss.; ID., *Sussidiarietà e sovranità*, cit., 19 ss.: il rischio, in particolare, rileva l’A., è che al giudice vengano lasciate valutazioni che, in ragione dell’ampiezza del parametro e della complessità degli elementi che vengono in gioco, rischiano di essere arbitrarie o, all’opposto, troppo deferenti delle decisioni degli attori politici.

<sup>38</sup> Si fa riferimento soprattutto all’esperienza maturata nell’ambito dell’ordinamento UE e che ha dato luogo al Protocollo n. 2, per l’applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, scegliendo la strada della proceduralizzazione e della motivazione, proprio per affrontare i problemi ricordati alla nota precedente. Sul punto, è ancora d’obbligo il rinvio a A. D’ATENA, *il principio di sussidiarietà*, cit., 114 ss.

<sup>39</sup> Sul punto si tornerà più avanti, nel testo.

<sup>40</sup> V. sentenza n. 24 del 2011, nella quale la Corte riprende e cita la propria precedente decisione n. 325 del 2010: “questa Corte, con la sentenza n. 325 del 2010, ha espressamente escluso che l’art. 23-bis costituisca applicazione necessitata del diritto dell’Unione europea ed ha affermato che esso integra solo «una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare senza violare» il «primo comma dell’art. 117 Cost.». La stessa sentenza ha precisato che l’introduzione, attraverso il suddetto art. 23-bis, di regole concorrenziali (come sono quelle in tema di gara ad evidenza pubblica per l’affidamento della gestione di servizi pubblici) più rigorose di quelle minime richieste dal diritto dell’Unione europea non è imposta dall’ordinamento comunitario «e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell’art. 117 Cost. [...], ma neppure si pone in contrasto [...] con la [...] normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l’assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri»”.

siano coinvolti i privati la scelta di questi ultimi avvenga nel rispetto delle regole di concorrenza<sup>41</sup>.

L'abrogazione dell'art. 23 bis – rileva la Corte – avrebbe soltanto l'effetto di lasciare all'ente pubblico territoriale la scelta tra i diversi modelli di assegnazione dei servizi pubblici locali ammessi dal diritto europeo<sup>42</sup>.

L'esito della consultazione ha, dunque, prodotto un nuovo capovolgimento di fronte, ripristinando la situazione nella quale non vi è alcuna indicazione legislativa che porti a privilegiare, in via generale, un modello organizzativo rispetto ad un altro.

A ciò, peraltro, ha immediatamente reagito il legislatore (*rectius*, il Governo, mediante decretazione d'urgenza), che nei giorni subito successivi al *referendum*, e sotto la spinta delle pressanti esigenze economiche che in così larga misura hanno influito sulla legislazione degli ultimi mesi, si è preoccupato di ripristinare una disciplina che tornasse ad esprimere una decisa opzione a favore della privatizzazione dei servizi pubblici locali.

Anzi, la nuova disciplina emanata con il decreto legge 13.8.2011, n. 138<sup>43</sup> (conv. con mod. in legge 14.9.2011, n. 148 e poi più volte modificato mediante interventi successivi) ha come obiettivo non più soltanto la privatizzazione dei servizi in parola, ma anche (e principalmente) la loro liberalizzazione: non ci si limita più ad indicare la preferenza per il ricorso al mercato al fine della scelta dei soggetti cui affidare i servizi, ma si impone prioritariamente una verifica sui presupposti che giustifichino gli stessi affidamenti in esclusiva, verificando la realizzabilità di “una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”<sup>44</sup>.

Ma anche soltanto con riferimento all'aspetto della privatizzazione, la disciplina del 2011 è per molti versi assai più rigida di quella abrogata per via referendaria, se non altro perché esclude radicalmente (senza, cioè, alcuna possibilità di deroga sulla base di situazioni

---

<sup>41</sup> I vincoli che derivano dai principi concorrenziali, in sostanza, operano – come è stato efficacemente detto – “a valle” e non “a monte” della decisione dell'ente pubblico di rivolgersi ai privati ed al mercato: D'ATENA, *Diritto Regionale*, cit. 189.

<sup>42</sup> Così, testualmente, la sentenza n. 24/2011: “all'abrogazione dell'art. 23-bis [...] conseguirebbe l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (come si è visto, 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”.

<sup>43</sup> La disciplina in questione è contenuta nell'art. 4 del d.l. 138/2011.

<sup>44</sup> Così il comma 1 dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011. Sul punto, cfr. V. PARISIO, *Forma privata e sostanza pubblicistica: modello societario e gestione dei servizi pubblici locali*, in G. FALCON-B. MARCHETTI (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, Padova 2013, 197.

particolari) la possibilità di affidamento *in house* per tutti i servizi per i quali il valore economico sia superiore a 200.000 euro annui<sup>45</sup>.

Con la dichiarata intenzione di realizzare l'“adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al *referendum* popolare e alla normativa dell'Unione europea”<sup>46</sup>, viene esclusa l'applicabilità delle norme sopra richiamate al servizio idrico integrato<sup>47</sup>, con riferimento al quale si era prevalentemente (se non esclusivamente) svolta la campagna referendaria.

Ciò nonostante, la generale reintroduzione di limiti all'utilizzazione dell'affidamento *in house* ancora più incisivi di quelli che risultavano dall'abrogato art. 23-*bis* ha provocato reazioni critiche piuttosto vivaci<sup>48</sup>. Diverse Regioni hanno impugnato la nuova disciplina facendo valere, tra l'altro, la violazione da parte del legislatore statale del divieto di riproposizione della disciplina formale e sostanziale oggetto di abrogazione referendaria di cui all'art. 75 Cost.<sup>49</sup>, con conseguente lesione indiretta delle proprie competenze costituzionali in materia di servizi pubblici locali<sup>50</sup>.

Proprio tale profilo delle doglianze regionali è stato accolto dalla Corte, la quale con la sentenza n. 199 del 2012 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'intero art. 4 d.l. n.

---

<sup>45</sup> Art. 4, comma 13. L'indicazione di tale somma è, invero, frutto di una successiva modifica attuata con d.l. n. 1/2012, conv. con mod. in l. n. 27/2012. La cifra indicata nel testo originario era quella, ben più elevata, di 900.000 euro.

<sup>46</sup> Questa, infatti, l'intitolazione dell'art. 4, d.l. n. 138/2011.

<sup>47</sup> Oltre al servizio idrico integrato sono esclusi dall'integrale applicazione dell'art. 4 d.l. n. 138/2011 anche il servizio di distribuzione di gas naturale (disciplinato dal d.lgs. n. 164/2000), il servizio di distribuzione di energia elettrica (d.lgs. n. 79/1999 e legge n. 239/2004), nonché la gestione delle farmacie comunali: cfr. art. 4, comma 34, cit.

<sup>48</sup> M. RUOTOLO, *Non “ce la chiede l'Europa” e non “la vogliono i cittadini”*. *Brevi note sulla privatizzazione dei servizi pubblici locali*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2012.

<sup>49</sup> Si fa riferimento ai ricorsi, di tenore analogo, presentati dalle Regioni Puglia, Lazio, Marche, Emilia-Romagna, Umbria e della Regione autonoma della Sardegna, tutti riuniti e decisi dalla Corte con la medesima sentenza n. 199 del 2012.

<sup>50</sup> La Corte costituzionale ha considerato ammissibili tali censure, ritenendo che nel caso in esame vi fosse, in effetti, una “possibile ridondanza” della violazione dell'art. 75 Cost. sul riparto di competenze e che le Regioni ricorrenti avessero sufficientemente motivato su tale aspetto (punto 5.1 della parte in diritto della già citata sentenza n. 199/2012). Infatti, “con l'abrogazione dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, che riduceva le possibilità di affidamenti diretti dei servizi pubblici locali, con conseguente delimitazione degli ambiti di competenza legislativa residuale delle Regioni e regolamentare degli enti locali, le competenze regionali e degli enti locali nel settore dei servizi pubblici locali si sono riespanse”. Pur non potendo in questa sede soffermarsi ad esaminare adeguatamente l'interessante tema dell'intreccio di competenze legislative che coinvolgono l'ambito dei servizi pubblici locali, non si può fare a meno di ricordare che la legittimità costituzionale dell'art. 23 bis cit. era stata vagliata dalla Corte proprio con riferimento all'asserita violazione delle competenze regionali, con la sentenza n. 325/2010: in tale decisione la Corte, pur senza negare l'astratta riconducibilità della materia dei servizi pubblici locali alla competenza esclusiva residuale delle Regioni, aveva però affermato che la disciplina posta dalla norma *de qua* doveva essere considerata espressione della competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza. Sul riparto di competenze in materia di servizi pubblici locali, si vedano, tra gli altri: S. MANGIAMELI, *I servizi pubblici locali: il riparto delle competenze alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino 2008, 51 ss.; R. CARANTA, *Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 2011, 1176 ss.; L. LAMBERTI, *La disciplina dei servizi pubblici locali nella Costituzione riformata e la tutela della concorrenza*, in *Amministrazione in cammino*, marzo 2006.

138/2011 per violazione dell'art. 75 Cost., rilevando che la norma ivi contenuta “costituisce ripristino della normativa abrogata”, riproducendone sia i principi ispiratori complessivi sia contenuti normativi essenziali dei singoli precetti, senza che sussistano le condizioni che possano giustificare tale 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) ... nel quale peraltro non si è verificato nessun mutamento idoneo a legittimare la reintroduzione della disciplina abrogata”<sup>51</sup>.

Tale decisione ha dunque cancellato la normativa sopra richiamata, lasciando la disciplina del settore, esattamente come all'indomani dell'esito referendario, priva di una disciplina specificamente rivolta ad orientare le scelte delle amministrazioni pubbliche locali.

## **6. Le scelte in materia di servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 199 del 2011.**

A prescindere da ogni considerazione sulla correttezza della decisione della Corte Costituzionale in materia – sulla quale sono stati manifestati non pochi dubbi da parte di chi ha rilevato, tra l'altro, che l'interpretazione del vincolo referendario come limite giuridico al potere legislativo successivo poggia sull'idea, per più versi non convincente, di una superiorità della democrazia diretta rispetto a quella rappresentativa<sup>52</sup> – occorre piuttosto riflettere, nella prospettiva del presente lavoro, sull'attuale disciplina del settore.

Più in particolare, occorre chiedersi se, dopo la scomparsa dal nostro sistema dei sopra richiamati criteri legislativi di preferenza nella scelta tra i vari modelli di gestione dei servizi pubblici locali, le opzioni a disposizione degli enti pubblici locali siano realmente libere e prive di vincoli o se piuttosto non si possano ritracciare nel sistema norme che siano comunque idonee ad orientare le decisioni dell'amministrazione in materia.

---

<sup>51</sup> V. ancora sent. n. 199 del 2012, punto 5.2.2.

<sup>52</sup> Il punto non può essere approfondito in questa sede, sebbene risulti di grande interesse. Ci si deve limitare, dunque, a fare rinvio alle approfondite considerazioni di M. LUCIANI, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in G. BRANCA – A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna 2005, 661 ss. sul presunto divieto di ripristino, in via legislativa, della normativa abrogata in via referendaria; nonché, con specifico riferimento alla sentenza n. 199/2011, R. PINARDI, *Volontà referendaria e legislazione successiva tra regime formale e forza politica della pronuncia popolare abrogativa*, in *Giur. Cost.*, 2012, 2892 ss. Per una riflessione più generale sul rapporto tra democrazia diretta e democrazia rappresentativa e la configurazione di quest'ultima come un *aliud* e non un *minus* rispetto alla prima, v. A. D'ATENA, *La liberal-democrazia*, in ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, III ed., Torino 2012, 46 ss. Per analoghe ed ulteriori critiche alla sentenza n. 199/2012, v. anche A.L. TARASCO, *Servizi pubblici e sovranità popolare: la Corte costituzionale “terzo ramo” del Parlamento?*, in G.C. DE MARTIN-D. MORANA (a cura di), *Amministrazione e democrazia. Atti della Giornata di studi per il ventennale del Centro Vittorio Bachelet*, Padova 2013, 353 ss.

Invero, già alcuni tra i più autorevoli commentatori della decisione costituzionale appena richiamata<sup>53</sup>, nel ricostruire la disciplina normativa “di risulta”<sup>54</sup>, pur ritenendo che le gestioni pubbliche dei servizi attraverso società c.d. *in house* con diritti di esclusiva siano consentite oggi senza limitazioni, hanno rilevato che la scelta relativa alla esclusività della gestione non possa essere considerata una scelta priva di limiti, operando nei suoi confronti alcuni vincoli derivanti dall’ordinamento UE ed in particolare dall’art. 106 del Trattato sul funzionamento dell’UE<sup>55</sup>, il quale prevede che “*le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l’applicazione di tali norma non osti all’adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata*”.

Si tratta di un argomento di grande interesse, che sembra muoversi, però, prevalentemente sul fronte della decisione relativa all’esclusività del servizio, quello, cioè, della liberalizzazione, della concorrenza “nel” mercato, mentre più problematica ne risulta l’estensione – pur tentata<sup>56</sup> – alla scelta relativa all’affidamento del servizio stesso in esclusiva, alla concorrenza “per” il mercato.

I due aspetti sono, infatti, certamente connessi, ma comunque distinti. E, invero, il testo della norma (che, peraltro, deve essere letta anche alla luce dell’art. 14 TFUE<sup>57</sup> e del Protocollo n. 26 sui servizi di interesse generale allegato al Trattato), riferendosi alla sottoposizione alla concorrenza delle imprese (già) “incaricate” della gestione di servizi di interesse economico generale, fa riferimento più all’azione di tali soggetti nel mercato, che non al momento delle scelte organizzative relative al soggetto cui affidare tale incarico<sup>58</sup>.

---

<sup>53</sup> V. CERULLI IRELLI, *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, in *Giur. Cost.*, 2012, 2900 ss.

<sup>54</sup> *Ivi*, 2906.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> V. ancora V. CERULLI IRELLI, *Servizi pubblici locali*, cit. 2906 s.: “in sostanza, un’applicazione correttamente rigida della norma europea sarebbe luogo a un risultato non molto differente rispetto a quello previsto dall’abrogata disciplina nazionale”.

<sup>57</sup> “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 del presente trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i loro 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”.

<sup>58</sup> Per una valutazione analoga, sul punto, della norma in questione, v. R. CARANTA, *Il diritto dell’UE sui servizi*, cit., 1185: “...la disposizione tende a restringere la creazione di regimi non concorrenziali a favore di imprese, si ripete, non importa se pubbliche o private, incaricate della gestione dei servizi in questione, non certo a imporre l’esternalizzazione”. Si consideri anche che tale previsione europea è ripresa – con una formulazione meno

Dunque, in sostanza, sembra che dalla norma dell'art. 106 TFUE provenga l'indicazione a limitare al massimo le restrizioni della concorrenza che derivano dall'assegnazione in esclusiva di un servizio pubblico rispetto all'impresa incaricata; più problematica, è invece l'attribuzione alle norme di altre conseguenze, che semmai si muoverebbero comunque sul piano delle liberalizzazioni, ma certamente non su quello delle privatizzazioni.

Né diverse implicazioni sono mai state tratte in modo chiaro dalla giurisprudenza UE, poiché essa – come già ricordato – si è posta in una condizione di neutralità rispetto alle scelte organizzative in materia di servizi pubblici locali<sup>59</sup>, limitandosi a indicare il carattere eccezionale del possibile affidamento diretto di tali servizi in esclusiva a soggetti giuridicamente terzi rispetto alle amministrazioni. E' del resto proprio su questi presupposti che la Corte Costituzionale ha dichiarato ammissibile il *referendum* abrogativo in materia di servizi pubblici, considerando la relativa disciplina non vincolata rispetto al diritto UE<sup>60</sup>.

Sembra restare, dunque, aperta – per quanto riguarda il diritto di provenienza europea – la questione relativa alla scelta tra le varie alternative che il diritto UE lascia oggi all'amministrazione per l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: affidamento diretto a società *in house* (da configurare, come si è visto, come *longa manus* della stessa amministrazione); o affidamento ad imprese private selezionate mediante ricorso al mercato, con procedura ad evidenza pubblica; affidamento ad imprese miste, nelle quali il socio privato sia selezionato mediante gare c.d. a doppio oggetto<sup>61</sup>.

## **7. Una ipotesi sul principio di sussidiarietà orizzontale**

Qualche riflessione ulteriore su questi temi, però, è sollecitata dallo stesso diritto nazionale. Innanzitutto, una considerazione generale, piuttosto ovvia, è che le scelte relative alle modalità di organizzazione dei servizi pubblici di rilevanza economica da assegnare in esclusiva sono attribuite, come tutte le scelte amministrative, in funzione del miglior perseguimento degli interessi pubblici e, dunque, non sono in alcun caso libere, ma semmai discrezionali, e come tali devono essere esercitate, basandosi sui consueti parametri di

---

stringente ma comunque chiaramente rivolta a disciplinare l'azione delle imprese nei mercati di riferimento – nella legge italiana *antitrust* (art. 8 legge n. 287/1990).

<sup>59</sup> Si veda, ad esempio, la già citata sentenza *Stadt Halle* del 2005, nella quale la Corte di Giustizia afferma che “un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi”.

<sup>60</sup> Ci si riferisce alla già citata sentenza n. 24 del 2011, la quale, peraltro, si rifa esplicitamente alle argomentazioni più estesamente svolte dalla stessa Corte Costituzionale nella precedente decisione n. 325 del 2010.

<sup>61</sup> Aventi ad oggetto, cioè, l'attribuzione sia della qualità di socio sia di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio.

esercizio, che richiedono una valutazione comparativa di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti, l'individuazione del modello più efficiente ed economico, un'adeguata istruttoria e motivazione<sup>62</sup>.

Ma, soprattutto, c'è da tornare a riflettere sull'idea che la disciplina previgente costituisse attuazione e sviluppo del principio di sussidiarietà orizzontale<sup>63</sup>, chiedendosi se, anche dopo l'abrogazione referendaria del più volte citato art. 23 bis del d.l. n. 112/2008 e la successiva dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 4 d.l. n. 138/2011, qualche indicazione più specifica o qualche vincolo non possa derivare direttamente dal tale principio.

Come si è già accennato, si tratta di un criterio organizzativo rivolto a tutti gli enti territoriali (Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni) i quali sono chiamati, sulla base di esso, a favorire "l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per svolgimento di attività di interesse generale".

Il principio relazionale di preferenza in esso espresso riguarda, dunque, essenzialmente il rapporto pubblico/privato, intendendo quest'ultimo con riferimento sia all'individuo come singolo sia alle formazioni sociali intermedie, articolazioni spontanee della società. Tale duplicità del riferimento alla sfera del "privato", implicita nelle stesse radici culturali e filosofiche del principio, è resa infatti esplicita, nel testo dell'art. 118 u.c. Cost., dalla menzione dei cittadini "singoli e associati".

Siffatta dimensione del principio di sussidiarietà – più controversa e sfuggente rispetto a quella verticale – ne è, peraltro, in qualche modo la radice concettuale, essendo logicamente prioritaria rispetto all'altra e costituendone la necessaria premessa, oltre che l'antecedente storico<sup>64</sup>. L'idea che ne è a fondamento esprime, infatti, una concezione di fondo del rapporto tra potere pubblico e società civile, tra autorità e libertà, caratterizzante la stessa forma di stato<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> Così, espressamente, Cons. St., sez. VI, sentenza 11.2.2013, n. 762.

<sup>63</sup> Ci si riferisce, ancora, a A. D'ATENA, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento "in house"*, in *Giur. Cost.*, 2008, 5009 ss.

<sup>64</sup> P. VIPIANA, *Il principio di sussidiarietà "verticale". Attuazioni e prospettive*, Milano 2002, 6; L. PALADIN, *Spunti per la ricerca di una nuova specialità*, in *Le Regioni*, 1993, 656. Rileva come tuttavia, nei singoli ordinamenti positivi, sia stato assimilato prima e più velocemente l'aspetto verticale della sussidiarietà piuttosto che la sua dimensione orizzontale, che comporta un impatto maggiore, G. RAZZANO, *La sussidiarietà orizzontale fra programma e realtà*, in *atrid-online.it*.

<sup>65</sup> Sul tema, v. P. RIDOLA, *Il principio di sussidiarietà e la forma di Stato di democrazia pluralistica*, in A. CERVATI – S. PANUNZIO – P. RIDOLA, *Studi sulla riforma costituzionale. Itinerari e temi per l'innovazione costituzionale in Italia*, Torino 2001, 193 ss.; P. RIDOLA, *Forma di Stato e principio di sussidiarietà*, in *La riforma costituzionale*, Padova 1999, 177 ss.; A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa. "Vincoli" alla funzione legislativa*, Milano 1999, 245 ss.



Nonostante tale rilievo, il principio in parola si presta ad essere sottovalutato in ragione della suo carattere “polisenso”<sup>66</sup>, ed in qualche modo “ambiguo”<sup>67</sup>, essendo esso connotato ad un tempo da due aspetti: da un lato, la decisione di preferenza per il livello decisionale inferiore o più vicino; dall’altro, il riconoscimento della necessità dell’intervento del soggetto superiore o più lontano “se e solo se”<sup>68</sup> il risultato di tale azione si ritiene migliore di quello che si avrebbe avuto altrimenti.

Tale “dualità”<sup>69</sup>, tuttavia, rappresenta proprio il carattere distintivo e il punto di forza del principio in esame. E’ infatti proprio per la complessità dell’equilibrio che ne è a fondamento<sup>70</sup> che la sussidiarietà, pur non potendosi negare alcune difficoltà applicative che essa pone soprattutto in punto di verifica in sede giudiziale (sul tema si tornerà più avanti), appare idonea a costituire un criterio guida in una vasta gamma di decisioni organizzative ed in disparati ambiti della vita sociale.

Essa, infatti, esprime una forte carica assiologica relativa al “metodo”<sup>71</sup>, che non predetermina gli esiti delle opzioni possibili nei diversi settori dell’organizzazione della comunità statale, ma piuttosto “indica il percorso che bisogna compiere per confermare o modificare una competenza”<sup>72</sup>, senza che nessuna delle due componenti (preferenza per l’autonomo operare della società civile/intervento sussidiario dei pubblici poteri) possa essere considerata in senso riduttivo.

Proprio da tale principio costituzionale, dunque, che non fornisce soluzioni precostituite, ma indica una preferenza, si potrebbe ipotizzare che possa discendere un criterio di orientamento tra le varie scelte che il diritto UE lascia aperte in materia di servizi pubblici locali, anche in mancanza di una disciplina legislativa applicativa, sia sul fronte della liberalizzazione dei servizi stessi, sia sul fronte del rapporto tra affidamento ai privati ed intervento pubblico (eventualmente attraverso le società *in house*) configurandolo ancora in termini di regola/eccezione.

---

<sup>66</sup> A. RINELLA, *Il principio di sussidiarietà: definizioni, comparazioni e modello di analisi*, in A. RINELLA – L. COEN – R. SCARCIGLIA (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali*, cit., 3; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Diritto Pubbl.*, 2002, 57.

<sup>67</sup> P. RIDOLA, *Il principio di sussidiarietà e la forma di Stato*, cit., 204; S. CASSESE, *L’aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell’area europea*, in *Foro It.*, 1995, V, 118.

<sup>68</sup> G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit., 14.

<sup>69</sup> Sottolinea espressamente come sia preferibile parlare di “dualità” piuttosto che di “ambiguità” del principio A. POGGI, *Le autonomie funzionali “tra” sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano 2001, 295

<sup>70</sup> Cfr. A. POGGI, *Le autonomie funzionali*, cit., 295, sulla necessità, espressa dal principio in parola, di trovare un punto di equilibrio “tale che lo Stato non devii dalla sua funzione propria e non comprima l’autonomia (libertà) dei cittadini e la loro libertà di iniziativa”.

<sup>71</sup> Cfr. A. POGGI, *Le autonomie funzionali*, cit., 295.

<sup>72</sup> In questi termini è l’efficace ricostruzione di G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale*, cit., 15.

## 8. Principio di sussidiarietà ed attività economiche.

Occorre dare subito atto che la supposizione appena formulata presenta indubbiamente taluni aspetti problematici che debbono essere considerati con attenzione.

Quello logicamente preliminare risiede nel dubbio – che è stato manifestato in dottrina<sup>73</sup> – circa l'applicabilità del principio di sussidiarietà orizzontale, così come oggi costituzionalizzato nell'art. 118, comma 4, Cost. alle attività “a carattere industriale e commerciale”, quali sono i servizi pubblici locali a rilevanza economica.

Le perplessità, invero, non investono la qualificazione di tali attività come attività private “di interesse generale”, qualificazione che sembra far riferimento a caratteristiche oggettive delle medesime piuttosto che alle intenzioni dei soggetti che le svolgono.

E', infatti, comunemente riconosciuto che esse consistono essenzialmente in quella parte delle attività amministrative che si sostanziano non già nell'esercizio di poteri amministrativi (le funzioni amministrative in senso stretto) ma piuttosto nell'erogazione di servizi e benefici attraverso operazioni e prestazioni materiali, spesso accompagnate da attività negoziali<sup>74</sup>. Sono caratterizzate dal riferimento al soddisfacimento di un interesse pubblico e dai vincoli che ne discendono in termini di obblighi e regole che le disciplinano, proprio in funzione di tale interesse (si pensi all'accessibilità ed universalità delle prestazioni; alla trasparenza dei bilanci, ecc.)<sup>75</sup>.

Tali caratteri, di per sé, non sono, dunque, incompatibili con la presenza di uno scopo di lucro in capo ai soggetti che le svolgono<sup>76</sup>.

E, in effetti, chi in dottrina ha più chiaramente negato la riferibilità del principio di sussidiarietà ai servizi pubblici economici lo ha fatto non già ritenendo che questi non siano attività di interesse generale<sup>77</sup>, ma piuttosto sulla base della considerazione che in questo settore le relazioni tra pubblico e privato trovino la loro disciplina in altre norme costituzionali (gli artt. 41, 43 e 117 Cost.), nonché nella normativa dell'Unione europea<sup>78</sup>.

---

<sup>73</sup> Esplicita chiaramente tale dubbio V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc.giur.* 2003, 4.

<sup>74</sup> V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, cit., 4; G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale*, cit., 19, il quale, con riferimento al nostro ordinamento, argomenta efficacemente: “i privati non possono comandare altri privati e meno che mai usare la forza (nei casi marginali in cui ciò è ammesso i privati divengono per ciò solo esercenti di pubbliche funzioni, e quindi assimilati nei limiti e doveri ad organi e funzionari pubblici)”.

<sup>75</sup> Sul punto v. V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, cit., 6.

<sup>76</sup> Tale conclusione, peraltro, è rafforzata anche dal tenore testuale dell'art. 43 Cost.; ma sul punto si tornerà in seguito, nel testo.

<sup>77</sup> Il riferimento è a V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, cit., 6, il quale riconosce che le “attività di impresa caratterizzate dall'imposizione di obblighi di servizio pubblico, tanto ove svolte in regime di concorrenza, quanto in regime di riserva” siano “senz'altro configurabili come attività di interesse generale”.

<sup>78</sup> *Ivi*, 4.

L'argomento è suggestivo e, soprattutto con riferimento alle norme costituzionali, merita un approfondimento<sup>79</sup>.

Se, infatti, le norme costituzionali che disciplinano un determinato settore specifico di intervento dettano norme incompatibili con l'applicazione del principio di sussidiarietà, attribuendo ad un determinato soggetto pubblico la competenza a svolgere determinate attività di interesse generale, allora la diversa disciplina costituzionale esclude l'applicazione del principio di sussidiarietà<sup>80</sup>. E' questo, tanto per fare l'esempio indicato dalla dottrina come "il più chiaro e netto"<sup>81</sup>, il caso della scuola, rispetto al quale il contenuto degli artt. 33 e 34 Cost. priva la sussidiarietà orizzontale di qualsiasi spazio.

Se, invece, la Costituzione, pur disciplinando un determinato ambito, detta norme che non predeterminano le competenze dell'azione, allora occorre valutare l'interazione tra le diverse norme costituzionali, considerando il principio di sussidiarietà come il criterio-guida del percorso attraverso il quale si giunge alla definizione dei soggetti cui attribuire lo svolgimento di attività di interesse generale. Le diverse norme costituzionali, in altri termini, se non incompatibili, vanno integrate e coordinate tra loro, in una lettura sistematica.

Alla luce di tali indicazioni, occorre allora considerare il contenuto delle norme relative ai rapporti economici, per valutare se esse escludano l'applicabilità al settore dei servizi pubblici locali del principio di sussidiarietà orizzontale.

In materia non vi è dubbio che la norma costituzionale che più puntualmente disciplina la materia, nella parte dedicata ai rapporti economici, è quella contenuta nell'art. 43 Cost., che fa espresso riferimento ai servizi pubblici, riconoscendo alla legge la possibilità di riservare o trasferire allo Stato o ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o utenti "imprese" (o categoria di imprese) che si riferiscono a "servizi pubblici essenziali" ed abbiano "carattere di preminente interesse generale"<sup>82</sup>.

Salta subito agli occhi il riferimento – comune all'art. 118, u.c. Cost. – all'interesse generale: la norma, dunque, presuppone che imprese operanti in settori riconducibili a servizi pubblici essenziali possano svolgere attività di interesse generale (anzi, di "preminente" interesse

---

<sup>79</sup> Per quanto riguarda il riferimento alle norme europee, si è già visto come esse, in realtà, si mostrino in buona misura "neutrali" alle scelte organizzative degli Stati. Ad esse, comunque, si farà un breve riferimento, più avanti, nel testo.

<sup>80</sup> G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale*, cit., 20 s.; ritenere il contrario, chiarisce l'A., vorrebbe dire fare del principio di sussidiarietà un principio "sovracostituzionale".

<sup>81</sup> G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale*, cit., 32.

<sup>82</sup> Il testo completo dell'art. 43, come noto, recita: "A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale".

generale). Ciò vale a spazzare via ogni residuo dubbio circa la possibilità di ricomprendere nell'ambito delle "attività di interesse generale" di cui all'art. 118 Cost. anche attività svolte nel settore dei servizi pubblici da soggetti aventi scopo di lucro.

Ma ciò che sembra maggiormente rilevante ai fini delle riflessioni che si vanno svolgendo è piuttosto il fatto che l'art. 43 si limita ad attribuire alla legge una facoltà ("la legge può") di attribuire in esclusiva ai poteri pubblici lo svolgimento di servizi pubblici essenziali che abbiano carattere di preminente interesse generale e a dettare una disciplina degli strumenti e delle conseguenze di tale decisione ("mediante espropriazione e salvo indennizzo"). Nulla viene detto, però, riguardo ai criteri in base ai quali esercitare tale scelta, né sulla modalità di organizzazione di tali settori.

Né indicazioni più specifiche provengono da altre norme costituzionali relative ai rapporti economici. L'art. 41 Cost., anzi, riconosce, come è noto, la libertà di iniziativa economica privata rispetto alla quale la disciplina di cui all'art. 43 si pone in termini di deroga, e prevede una riserva di legge per la determinazione degli strumenti (programmi e controlli) che la possano indirizzare a fini sociali<sup>83</sup>.

L'art. 117 Cost., poi, anch'esso richiamato tra le norme che regolerebbero i rapporti tra pubblico e privato nel settore dei servizi pubblici locali<sup>84</sup>, si limita a distribuire – dando luogo, peraltro, a diversi intrecci di materie, con le difficoltà interpretative che ne conseguono<sup>85</sup> – le competenze legislative tra il livello politico statale e quello regionale.

Anche le norme europee, fino a questo momento lasciate da parte, attribuiscono – come più volte ricordato – ampi margini di scelta agli Stati membri in materia di organizzazione dei servizi pubblici, richiedendo soltanto il rispetto di alcune regole minime.

Le disposizioni indicate come quelle che regolano il settore dei servizi pubblici di rilevanza economica al livello costituzionale (o ad un livello in qualche modo analogo, come nel caso delle norme UE), dunque, consentono (ma non impongono) scelte che limitino la libertà economica privata o la escludano del tutto in determinati settori di interesse generale, quale quello dei servizi pubblici, ma non indicano alcun criterio per tali decisioni.

Esse, dunque, non predeterminano le competenze e non escludono l'applicazione del principio di sussidiarietà. Anzi, ben si prestano ad essere coordinate ed integrate dal criterio offerto da esso, tanto più che l'art. 118, u.c., utilizza il medesimo riferimento all'interesse generale già contenuto nell'art. 43 Cost.

---

<sup>83</sup> Sulla riserva di legge dell'art. 41, comma 3, v. A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e libertà economiche*, cit., 296 ss.

<sup>84</sup> Il riferimento è ancora a V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà*, cit., 4.

<sup>85</sup> La questione non può essere approfondita in questa sede. Sul tema si fa rinvio a quanto già ricordato alla nota 50 ed i contributi ivi indicati.

Del resto, che il principio di sussidiarietà orizzontale abbia importanti riflessi anche in ambito economico, potendo giungere a coinvolgere il rapporto tra Stato e mercato, non può sorprendere, se si pensa alle radici ideologiche del principio stesso, riferibili anche al pensiero liberale, da Thomas Jefferson agli ordoliberali della scuola di Friburgo<sup>86</sup>, pur se in un'ottica di superamento del liberismo puro<sup>87</sup> e di “ricerca di una terza via, alternativa sia al liberismo classico sia al collettivismo socialista”<sup>88</sup>.

Peraltro, anche nel dibattito scientifico che ha accompagnato i lavori della Commissione bicamerale istituita con legge costituzionale n. 1 del 1997, poi rimasti senza esito, il riferimento contenuto nell'art. 56 del progetto di riforma al principio di sussidiarietà, messo in connessione con il “rispetto della attività che possono essere adeguatamente svolte dall'autonoma iniziativa dei cittadini, anche attraverso le formazioni sociali”, nell'attribuzione delle funzioni pubbliche agli enti territoriali, era stato diffusamente inteso come riferibile anche alla sfera dell'attività economica privata<sup>89</sup>.

### **9. Principio di sussidiarietà e servizi pubblici locali: una rapporto difficile (sul versante delle liberalizzazioni)...**

Se, dunque, non vi è alcun ostacolo all'applicazione del principio di sussidiarietà al settore dei servizi pubblici locali, resta da esaminare quali indicazioni possano ricavarsi dal medesimo nell'attuale situazione legislativa, dopo le vicende sopra ricostruite, e come esso possa dirsi operante in concreto in relazione alle scelte spettanti in materia agli operatori politici degli enti locali.

---

<sup>86</sup> Sui quali v. P. RIDOLA, *Il principio di sussidiarietà e la forma di Stato*, cit., 213, nonché G. AMATO, *Il potere e l'anti-trust*, Bologna 1998, 44. Sulle ascendenze ideali del principio di sussidiarietà, v. A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà*, in *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino 2012, 100 ss. Sulla c.d. sussidiarietà economica, v. A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e libertà economiche*, cit., 250 s.

<sup>87</sup> Cfr. A. RINELLA, *Il principio di sussidiarietà*, cit., 36.

<sup>88</sup> A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e libertà economiche*, cit., 251. Tale configurazione del principio di sussidiarietà come terza via è peraltro coerente anche con lo sviluppo del medesimo nella dottrina sociale della Chiesa, nella quale tale principio viene proposto fin dall'Enciclica *Quadragesimo anno* del 1931, in opposizione non solo al liberismo puro (come evidenzia A. POGGI, *Il principio di sussidiarietà e il “ripensamento” dell'amministrazione pubblica*, in *astridonline.it*), ma anche ai regimi totalitari, nei quali l'azione dello Stato risultava pervasiva di ogni ambito della vita sociale ed economica. Sul punto, v. ancora A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà*, cit., 101. Cfr. anche I. MASSA PINTO, *Sussidiarietà (principio di): origini nel pensiero della Chiesa cattolica*, in *www.dircost.unito.it*, per il riconoscimento che le posizioni dell'Enciclica rispondevano ad una polemica anti-liberale, ma erano affermate anche “in opposizione al regime fascista”.

<sup>89</sup> La formulazione, invero, era meno felice di quella poi adottata con la riforma del 2001. Si veda l'ampio dibattito in tema di “principio di sussidiarietà, poteri pubblici ed autonomia privata”, contenuto in S. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e le riforme*, Milano 1998, 51 ss. Sul punto, v. anche G. PASTORI, *La sussidiarietà “orizzontale” alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative*, in A. RINELLA – L. COEN – R. SCARCIGLIA (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali*, cit., 175 s.

Il contenuto di tale principio, oggi costituzionalizzato, è – come si è già ricordato – una indicazione di preferenza per il livello decisionale più basso: dunque, nel rapporto tra Stato e società civile, per quest’ultima, o, nei termini in cui si esprime l’art. 118 Cost., per “l’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati”. L’applicazione del principio comporta, dunque, che Stato, regioni, città metropolitane, province e comuni siano giuridicamente tenuti<sup>90</sup> a privilegiare l’autonoma iniziativa dei privati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, rispetto all’intervento dei pubblici poteri; tale obbligo di preferenza, peraltro, va inteso in tutta la sua valenza “polisemica”, poiché qualora e nella misura in cui l’azione dei cittadini si riveli inadeguata rispetto al perseguimento dell’interesse generale, i pubblici poteri sono chiamati ad intervenire in via sussidiaria.

Gli attori politici, dunque, nell’assumere scelte in materia di attività di interesse generale (e, dunque, anche di servizi pubblici locali) devono prioritariamente valutare le possibilità di autonoma gestione da parte dei privati e solo laddove esse si rivelino insufficienti procedere ad affidare ai pubblici poteri lo svolgimento dell’attività.

Questo metodo, in astratto, potrebbe essere applicabile a diverse scelte che investono la materia dei servizi pubblici locali.

In primo luogo, viene in mente l’opzione che l’art. 4 del d.l. 138/2011 aveva inserito come prioritaria per gli enti locali<sup>91</sup> (e che, invece, l’art. 23 bis d.l. n. 112/2008 non contemplava): quella della liberalizzazione del servizio. In presenza di un settore di attività economica considerato di interesse generale e dunque qualificabile come “servizio pubblico”, cioè, la valutazione da fare preliminarmente è se lasciarlo alla libera iniziativa privata, pur con i necessari vincoli a garanzia dell’interesse pubblico (con particolare riferimento ai caratteri di universalità e accessibilità del servizio), oppure riservarlo in esclusiva all’ente pubblico.

Nell’ambito di tale scelta, in effetti, ben potrebbe venire in rilievo e trovare applicazione il principio di sussidiarietà orizzontale, impegnando gli enti locali a sottrarre ai privati un determinato settore economico di interesse generale soltanto quando ciò sia in grado, in base

---

<sup>90</sup> Essi, cioè, “debbono favorire” l’autonoma iniziativa dei cittadini. Sul punto, v. G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale*, cit., 30

<sup>91</sup> Così il comma 1 del citato art. 4: “Gli enti locali, nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, dopo aver individuato i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e universale, verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, di seguito ‘servizi pubblici locali’, liberalizzando tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio e limitando, negli altri casi, 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”. All’esito di tale verifica, da condurre entro 12 mesi e poi periodicamente, ciascun ente avrebbe dovuto adottare una delibera quadro (adeguatamente pubblicizzata e trasmessa all’AGCM) per illustrare l’istruttoria compiuta ed evidenziare, per i settori sottratti alla liberalizzazione, le ragioni della decisione e i benefici per la comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio (commi 2, 3 e 4).

ad analisi di mercato realizzate *ad hoc*, di apportare un effettivo vantaggio per le comunità di riferimento. In questo senso, il criterio, come si è già visto, si integra perfettamente con la previsione costituzionale dell'art. 43 Cost. che prevede la possibilità di sottrarre determinati settori imprenditoriali alla libera iniziativa economica dei privati per riservarli in esclusiva ai poteri pubblici.

Da tale punto di vista, dunque, gli enti locali si potrebbero dire tuttora vincolati, in base al principio di sussidiarietà, ad effettuare preventivamente tali valutazioni per ogni singolo servizio pubblico prima di gestirlo come una propria esclusiva.

Tuttavia, tale conclusione appare assai problematica in mancanza di una base legislativa per siffatta decisione, dopo l'eliminazione – ad opera della Corte Costituzionale – del sopra citato art. 4 d.l. 138/2011.

Se, infatti, la valutazione che attiene alla riserva agli enti pubblici dei servizi pubblici di interesse generale è attribuita dalla Costituzione alla legge, secondo quanto previsto dall'art. 43 Cost., non sembra potersi ammettere che un ente locale, privo di potestà legislativa, possa compiere tale scelta con una decisione amministrativa, senza che vi sia alcuna norma di rango primario che specificamente gli consenta tale opzione, ma anzi in presenza di una legge che attribuisce agli enti locali la gestione dei servizi pubblici locali.

Il riferimento è all'art. 112 TUEL, il quale costituisce il fondamento legislativo della sottrazione dei c.d. servizi pubblici locali al mercato, con riserva in esclusiva dei medesimi agli enti locali; tale disposizione, certamente, non contiene una nozione chiara ed univoca di tali servizi<sup>92</sup>, ma tuttavia vale in qualche modo a soddisfare la riserva.

Pertanto, per quanto tale riserva possa essere considerata relativa<sup>93</sup>, non sembra possibile, nell'attuale situazione normativa, prospettare l'autonoma decisione da parte dell'ente locale relativa alla liberalizzazione di un'attività di servizio pubblico locale, analogamente a quanto prevedeva l'annullato art. 4 cit.<sup>94</sup>, pur potendo una simile decisione, in ipotesi, costituire una corretta applicazione del principio di sussidiarietà.

Naturalmente ben potrebbe, invece, l'ente locale ritenere che una determinata attività non sia da considerare “servizio pubblico” e lasciarla integralmente al mercato (laddove essa,

---

<sup>92</sup> Sui molteplici problemi relativi a tale nozione, si fa rinvio a A. POLICE, *Sulla nozione di “servizio pubblico locale”*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, cit., 65 ss.

<sup>93</sup> Così essa è stata infatti intesa dalla giurisprudenza costituzionale, già dalla sentenza n. 11 del 1960 (proprio in materia di municipalizzazioni). Sul punto, v. M. GIAMPIERETTI, *Art. 43*, in S. BARTOLE - R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 2008, 448 s. Sulla interpretazione come relative delle riserve di legge contenute nelle norme costituzionali sui rapporti economici, con particolare riferimento all'art. 41Cost., cfr. anche A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e libertà economiche*, cit., 264 ss.

<sup>94</sup> Il cui contenuto sembrava comunque forzare non poco i paletti posti dalla riserva stessa, il cui senso sembra proprio quello di affidare alle fonti primarie la scelta sui servizi che debbano essere sottratti al mercato.

naturalmente, non riceva una disciplina *ad hoc* in una normativa di settore che la qualifica espressamente come servizio pubblico locale). Ciò che gli è precluso, invece, è di dare atto che una certa attività è di interesse generale per la propria comunità locale ma che per il perseguimento di tale funzione è sufficiente l'introduzione di specifici obblighi di servizio pubblico compatibili con l'apertura del mercato.

In questo ambito, dunque, il principio di sussidiarietà non si presta ad essere applicato in assenza di una norma di legge che gli dia attuazione.

Su tale fronte, semmai, operano nei confronti dell'ordinamento nazionale i vincoli posti dal diritto dell'UE a limitare i casi e gli effetti delle riserve in esclusiva dei servizi pubblici a quanto sia strettamente funzionale all'adempimento da parte degli incaricati della specifica missione di perseguimento degli interessi generali loro affidata (art. 106 TFUE).

#### **10. ...ma non impossibile (sul versante delle privatizzazioni).**

Per le attività da qualificare come servizi pubblici locali di rilevanza economica resta, però, attribuita all'ente locale la scelta sulle modalità di realizzazione delle stesse, scegliendo tra le tre diverse alternative (esternalizzazione; costituzione di società miste; affidamento *in house*) ammesse dalla normativa europea e, sulla scia di questa, da quella interna.

Su tale terreno il principio di sussidiarietà sembra potere e dovere pienamente costituire una guida per indirizzare tali opzioni, pur essendo venuta meno – a seguito dell'abrogazione referendaria dell'art. 23 bis del d.l. n. 112/2008 e dell'annullamento dell'art. 4 d.l. n. 138/2011 – l'indicazione legislativa di preferenza per la privatizzazione del servizio mediante l'affidamento con gara (concorrenza “per” il mercato).

Se il principio di sussidiarietà impone, infatti, ai poteri pubblici di preferire lo svolgimento di compiti di interesse generale da parte dell'autonoma iniziativa di cittadini, singoli o associati, allora, quando l'ente locale si trova a compiere la scelta tra le modalità di erogazione di un certo servizio pubblico locale, dovrà prima valutare le condizioni di svolgimento dello stesso nel caso di affidamento ad un'impresa privata, utilizzando il mercato per la scelta di quella più idonea, e solo laddove tale soluzione si mostri inadeguata al raggiungimento delle finalità di interesse pubblico, assumere in proprio il servizio, direttamente o tramite una struttura che sia una sua *longa manus* (società *in house*)<sup>95</sup>.

---

<sup>95</sup> Come si è già ricordato, la giurisprudenza europea considera le società *in house* come una proiezione organizzativa dell'ente pubblico.



Tale preferenza (a parità di condizioni<sup>96</sup>) costituisce applicazione diretta del principio costituzionale di sussidiarietà il quale, anche in mancanza di una disciplina legislativa applicativa, appare in grado di orientare le scelte amministrative in materia, in quanto affidate alla discrezionalità dei singoli enti locali. E' infatti ormai un'acquisizione pacifica che le norme costituzionali di principio debbano, nei limiti in cui ciò sia possibile, essere applicate direttamente, anche in mancanza di una intermediazione legislativa, dagli operatori giuridici<sup>97</sup> e, più specificamente, che esse vincolano l'esercizio della funzione amministrativa nell'ambito del margine di discrezionalità spettante alla singola autorità<sup>98</sup>.

Dunque, in sostanza, ciò comporta che gli enti locali debbano seguire un *iter* logico analogo allo schema indicato dall'art. 23 bis, anche dopo la sua soppressione.

Si potrebbe, anzi, pensare anche ad una ulteriore graduazione, nella "scala" preferenziale indicata dal principio di sussidiarietà tra la completa esternalizzazione del servizio e l'utilizzazione del sistema "misto" della società a capitale pubblico-privato (con socio scelto sul mercato, con il sistema della gara "a doppio oggetto"), attraverso il quale si mira a realizzare sinergie tra l'apporto pubblico, da un lato, ed i capitali e le conoscenze dei privati, dall'altro<sup>99</sup>.

Le amministrazioni non saranno, comunque, vincolate a seguire quei puntuali passaggi procedurali richiesti dalla normativa abrogata, quali, in particolare, l'obbligo di svolgere una specifica analisi di mercato, di predisporre una relazione contenente gli esiti della predetta verifica e di trasmettere la medesima all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per un parere<sup>100</sup>. Nei loro riguardi, piuttosto, varranno soltanto le generali norme sul procedimento ed i relativi principi giurisprudenziali, che impongono una istruttoria "adeguata" e una motivazione esplicita che si riveli congrua e logica. Si tratta, certamente, di concetti che si prestano ad un certo margine di opinabilità, soprattutto sul piano dell'adeguatezza dell'istruttoria, a fronte di valutazioni di elevato grado di complessità e di tecnicità quali quelle richieste da simili decisioni.

---

<sup>96</sup> Sottolinea come, secondo il principio di sussidiarietà, la preferenza debba essere accordata al privato anche "a parità di condizioni" A. D'ATENA, *Diritto regionale*, cit., 187.

<sup>97</sup> V. già V. CRISAFULLI, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952, nonché, espressamente richiamando l'insegnamento di Crisafulli sull'efficacia vincolante delle norme di principio per tutte le attività che si svolgono nello Stato ed in particolare nel "campo della discrezionalità amministrativa", P. BARILE, *La Costituzione come norma giuridica*, Firenze 1951, 56; sul tema, v. anche A. D'ATENA, *I principi ed i valori costituzionali*, in ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 15 ss.

<sup>98</sup> Così V. CRISAFULLI, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., 70 e 72.

<sup>99</sup> V. sopra, par. 2.

<sup>100</sup> Nell'analogo procedimento reintrodotta dall'art. 4 d.l. n. 138/2011 si prevedeva la trasmissione della relazione non soltanto all'AGCM, ma anche alle autorità di regolazione del settore, ove costituite.

Di qui, l'indubbia utilità di una intermediazione legislativa che, in attuazione del richiamato principio di sussidiarietà, detti le scansioni procedurali per l'acquisizione degli elementi idonei, eventualmente prevedendo, come si è già ricordato a proposito dell'art. 23 bis cit., il parere di autorità dotate di una specifica competenza giuridico-economica in materia, quale l'AGCM.

La mancanza di tali indicazioni crea, infatti, qualche difficoltà, se si considera l'importanza rivestita proprio dall'elemento della procedimentalizzazione nel consentire un effettivo sindacato giurisdizionale sull'applicazione del principio di sussidiarietà, attesa la peculiarità delle valutazioni che esso implica. Senza la verifica degli elementi istruttori ed il raffronto tra essi e la motivazione dell'atto, infatti, risulta pressoché impossibile, per il giudice formarsi un'idea attendibile e non arbitraria sul rispetto del principio di sussidiarietà<sup>101</sup>.

Mentre, tuttavia, la mancanza di regole specifiche per l'applicazione del principio di sussidiarietà diviene un ostacolo quasi insuperabile per il relativo sindacato sulle leggi o su altri atti normativi<sup>102</sup>, per le scelte riservate ad atti amministrativi le comuni regole di diritto in tema di istruttoria e di motivazione aprono comunque gli spazi per un sindacato del giudice amministrativo.

In effetti, la giurisprudenza – anche in assenza di regole procedurali specifiche – ha già riconosciuto la sindacabilità delle scelte in parola, nei limiti in cui esse siano prese in assenza di una adeguata istruttoria, non siano sufficientemente motivate, o si palesino fondate su un travisamento dei fatti o su un *iter* logico palesemente illogico o irrazionale<sup>103</sup>.

Certamente, la presenza di un parere di un'autorità qualificata e specializzata (oltrechè indipendente) quale l'*Antitrust* resta un elemento istruttorio pressoché insostituibile ai fini della verifica delle valutazioni del singolo ente pubblico e che, allo stato attuale della normativa, resta impossibile pretendere.

Si potrebbe, tuttavia, ritenere tuttora necessaria una documentata analisi di mercato ed una motivazione che faccia specifico riferimento ai dati da questa emergenti. Il modo in cui i requisiti motivazionali e istruttori vengono intesi resta, comunque, affidato alla sensibilità dell'amministrazione ed (eventualmente) del giudice.

Sarebbe, quindi, senz'altro auspicabile una normativa applicativa più puntuale sulla materia; tuttavia, non vi è dubbio che una disciplina che si ponesse in un senso analogo a quello qui

---

<sup>101</sup> Si veda quanto già ricordato alla nota 37 con riguardo ai rischi segnalati dalla dottrina.

<sup>102</sup> Al punto che la nostra Corte costituzionale, nella propria giurisprudenza sull'applicazione del principio di sussidiarietà verticale, ha dovuto tentare di elaborare alcune regole (pur non sempre secondo una linea coerente). Al riguardo, sia consentito fare rinvio a M. MENGOSI, *Chiamata in sussidiarietà ed "esplicitazione" dei relativi presupposti*, in *Giur. Cost.*, 2011, 4699 ss., anche per le indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali sul tema.

<sup>103</sup> Così la già citata decisione del Cons. St., sez. VI, n. 762/2013.

indicato incontrerebbe oggi ostacoli gravissimi nel modo in cui la giurisprudenza costituzionale ha inteso il vincolo derivante dall'esito referendario (senza chiarire, peraltro, in alcun modo quando o al sopravvenire di quali fatti esso si possa in futuro ritenere superato). Peraltro, non si può fare a meno di osservare come il tema dell'organizzazione dei servizi pubblici, nell'attuale fase di forte crisi economica del Paese, si presti, in mancanza di una adeguata e corretta applicazione del principio di sussidiarietà, a soluzioni normative ben più *tranchant* e penalizzanti per gli enti locali quali quelle contenute, ad esempio, nell'art. 9 del d.l. n. 95 del 2012 (uno dei decreti della c.d. *spending review*), che incidono pesantemente sulle opzioni organizzative a disposizione degli enti locali ponendo nei loro confronti un generale divieto di istituzione di (nuovi) enti, agenzie e "organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica" che esercitino una o più funzioni loro attribuite (v., in particolare, il comma 6)<sup>104</sup>.

---

<sup>104</sup> Nello stesso ordine di idee, viene in rilievo anche l'art. 4 dello stesso decreto, recante norme in materia di "Riduzione di spese, messa in liquidazione e privatizzazione di società pubbliche"; tale disposizione, però, è di dubbia applicazione alla materia dei servizi pubblici locali, in quanto dispone che "le disposizioni del presente articolo ... non si applicano alle società che erogano servizi in favore dei cittadini".