

## Spunti sulla giustiziabilità del principio di sussidiarietà orizzontale

di Luca Antonini \*  
(13 maggio 2003)

Lo scorso anno il Consiglio di Stato ha reso un importante parere (sez. n. 1354/2002 del 1.7.02) su un problematico regolamento ministeriale riguardante le fondazioni bancarie, appoggiando la propria motivazione anche sul principio della sussidiarietà orizzontale (art.118, u.co., Cost.). L'occasione di segnalare questo interessante documento, ricco anche di una precisa ricostruzione storica della vicenda della fondazioni bancarie come soggetti della cd. *Welfare Society*, offre lo spunto per una breve riflessione sull'ormai variegato filone giurisprudenziale relativo al principio di sussidiarietà orizzontale, che sembra dimostrare come le risorse valutative della giurisdizione siano di diversa ampiezza a seconda che in questione sia la sussidiarietà orizzontale o quella verticale.

Sulla giustiziabilità della sussidiarietà verticale, infatti, nonostante i tentativi che a vari livelli sono stati sperimentati per rendere maggiormente effettivo il principio, non sembrano ancora emerse significative pronunce. Sul versante delle esperienze costituzionali nazionali, ad esempio, rimane emblematica la vicenda della scarsa giustiziabilità dell'art.72 cpv. 2 GG anche dopo che la "clausola di bisogno" (*Bedürfnisklausel*) è stata modificata in "clausola di necessità" (*Erforderlichkeitsklausel*) ed è stato introdotto un completamento con il cpv.1 nr.2° dell'art.93 GG. Sul versante comunitario, allo stesso modo, dove pure si è percorsa la strada della procedimentalizzazione attraverso il protocollo sulla sussidiarietà allegato al Trattato di Amsterdam, si sono potuti registrare solo timidissimi accenni nella sentenza sulla pubblicità sul fumo del 5 ottobre 2000 (causa C-376/98) o nella successiva sent. del 10 dicembre 2002 (causa C-491/01, in particolare p.to 173 ss.) sulla lavorazione, presentazione e vendita dei prodotti da tabacco. Non a caso nei lavori della Convenzione, da parte del gruppo "sussidiarietà", sono emerse proposte per rafforzare, con ulteriori meccanismi procedimentali, l'effettività del principio.

Per accennare alla complessa problematica, in questa sede è sufficiente precisare che quando la giurisdizione costituzionale di uno Stato è chiamata a misurarsi con clausole come quelle della *konkurrierende Gesetzgebung*, che ammettono l'intervento della Federazione per finalità come la *tutela dell'unità giuridica o economica nell'interesse globale dello Stato*, si richiedono ad essa valutazioni di notevole complessità che facilmente sconfinano nel giudizio di ordine politico. Un destino analogo si verifica per la sussidiarietà europea, dove si legittima l'intervento della Comunità a condizione che gli obiettivi previsti non possano essere *sufficientemente* realizzati dagli Stati membri.

Nell'ambito valutativo della sussidiarietà verticale si evidenziano, quindi, profili di grande complessità che richiedono apprezzamenti che sembrano sfuggire alle possibilità della stretta tecnica giuridica.

Nel caso della sussidiarietà orizzontale, invece, non essendo in gioco la distribuzione del potere tra livelli politico/istituzionali di governo, ma il rapporto di autonomia tra apparato istituzionale pubblico e soggetti privati (o figure comunque aventi un'ontologia giuridica diversa dal primo: si pensi all'ampia gamma di figure che può andare dalle fondazioni bancarie alle autonomie funzionali), i meccanismi di applicazione e verifica della sussidiarietà, attinenti più al piano dei diritti che a quello dei rapporti politici, si semplificano fino a diventare più facilmente riconducibili nell'ambito valutativo della giurisdizione.

Il Consiglio di Stato, ad esempio, nel parere sopra richiamato, ha affrontato la questione impostandola in relazione al "grado di compressione" che è "possibile imprimere all'autonomia privata per la protezione di esigenze collettive, senza che ciò si traduca in uno stravolgimento della sua stessa nozione e del suo nucleo essenziale, che la Carta Costituzionale ha inteso preservare soprattutto con le modifiche introdotte agli articoli 117 e 118 Cost.". Da questa impostazione è quindi giunto ad escludere che "il regolamento ministeriale - valutabile alla luce del criterio di sussidiarietà orizzontale e dei canoni di ragionevolezza e proporzionalità sopra richiamati; ricadente nella materia dell'ordinamento civile; di natura squisitamente attuativa della legge - possa apportare limitazioni ulteriori all'autonomia privata delle fondazioni al di là di quelle necessarie ad eseguire il dettato legislativo e a coordinarlo con il tessuto legislativo preesistente".

In riferimento all'esperienza comparata, inoltre, si segnalano dalla Germania alcune significative pronunce in tema di servizi locali da parte delle Corti di secondo grado a livello di Land (sulle quali cfr. Fusaro, *I servizi locali in Germania: ovvero le attività economiche comunali a garanzia della Daseinsvorsorge in bilico tra fine pubblicistico e mercato*, in Riv.

*Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2001, 857 ss.) che confermano come le tredici *Gemeindeordnungen* tedesche, che spesso limitano le possibilità di istituire imprese comunali con stringenti clausole di sussidiarietà orizzontale, pongano meno problemi al sindacato giurisdizionale. Come rilevato da D'Atena (*Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *questa Riv.* 2001, 21), infatti, rispetto alle complesse questioni che si aprono sulla sussidiarietà verticale, in questi casi i giudici più semplicemente si trovano, ad esempio, a dover stabilire se la gestione pubblica di una tipografia o di un'impresa di trasporti sia economicamente più vantaggiosa di un esercizio privato. Da questo punto di vista, merita di essere inoltre ricordata la sentenza della Corte costituzionale del Land Renania-Palatinato (*RhPhVerGH* del 28.3.2000) sul cd. principio, da poco introdotto dal Land, di "sussidiarietà rinforzata" che impone ai Comuni di dimostrare che con le proprie eventuali imprese l'interesse pubblico può essere raggiunto non "altrettanto bene", ma (si badi bene) "meglio" di quanto non siano in grado di fare i privati. Nella sentenza, affermando che il fine perseguito dal legislatore del Land si fonda su una oggettiva ed equa valutazione dell'interesse pubblico, si è esclusa l'incostituzionalità di una clausola di sussidiarietà che dispone: "(il Comune è legittimato ad istituire imprese commerciali) ... quando il fine pubblico non è o non può essere perseguito in modo *altrettanto* adeguato o economico da terzi privati".

Un ulteriore approfondimento può essere svolto ricordando anche le dirompenti sentenze della Corte costituzionale tedesca relative al principio di sussidiarietà fiscale (sulle quali si rimanda ad riportate in Antonini, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Milano, 1996, 352 e 406 ss.). Si tratta di pronunce che, concretizzando il principio di capacità contributiva, hanno obbligato il legislatore a rendere fiscalmente deducibili tutte le spese necessarie per l'esistenza familiare (cd. *Familienexistenzminimum*): le spese per l'affitto, per il riscaldamento, per il mantenimento e l'educazione dei figli sono quindi diventate "intoccabili" dal fisco. La *ratio* delle sentenze è stata semplice: quelle per i figli sono spese inevitabili, per cui "lo Stato non può opporre al cittadino l'evitabilità dei figli, allo stesso modo di altri costi (evitabili) per la conduzione della vita". L'aspetto maggiormente interessante delle sentenze è rappresentato, tuttavia, dalla logica argomentativa che ha permesso di entrare nel merito delle quantificazioni legislative e di superare il tradizionale scoglio della discrezionalità del legislatore in ordine alla valutazione della capacità contributiva. E' stato infatti proprio l'aggancio al principio di sussidiarietà fiscale che ha permesso alla Corte di entrare nel merito di una valutazione complessiva della modalità legislativa di tutela della famiglia, per concludere che il reddito deve essere tutelato come strumento per la libertà personale e che quindi il risparmio fiscale viene prima dell'assistenza sociale (*Steuerverschonung geht vor Sozialleistung*). La possibilità dell'auto-sostentamento, di conseguenza, è stata ritenuta prioritaria rispetto all'assistenzialismo statale, riconoscendo come le risorse ricevute dallo Stato (attraverso assegni familiari, contributi, ecc.) non comunicano lo stesso grado di libertà delle risorse autonomamente guadagnate. La Corte costituzionale tedesca in questo modo, rovesciando un'abusata concezione dei diritti sociali, costruita più sul paternalismo che sull'effettiva tutela, ha legato in modo assai interessante la libertà di scelta (connessa alla possibilità di usare risorse proprie) alla dignità personale. Nella concezione "paternalistica", infatti, spesso si trasforma un cittadino, che senza la pressione fiscale disporrebbe di risorse proprie, in un "assistito": lo Stato con un'elevata imposizione fiscale priva il cittadino dei mezzi necessari per le sue spese inevitabili (dal mantenimento all'educazione) e poi gli concede sussidi (assegni familiari, contributi, ecc.). E' interessante, quindi, precisare che il valore costituzionale di riferimento in questo caso è stato quello della dignità personale, cui si è appoggiato quel principio della sussidiarietà fiscale che ha poi motivato la dichiarazione di incostituzionalità di un sistema normativo che non riconosceva il valore prioritario, rispetto ai trasferimenti statali, delle risorse autonomamente acquisite.

\* Professore straordinario di Diritto costituzionale Università di Padova