

***IL MERCATO: PROFILI COSTITUZIONALI \****

*\* Il contributo fa parte dei risultati del Progetto scientifico “Diritto amministrativo e società civile. Muovendo dalle opere di Fabio Roversi Monaco”. Ulteriori contributi sono in corso di redazione. Notizie e riferimenti sul Progetto scientifico si trovano nel sito <http://www.spisa.unibo.it/diritto-amministrativo-e-societa-civile>*

Sommario

1. Il mercato nella Costituzione italiana: assente o presente? – 2. Un'altra incognita: la concorrenza. – 3. Attività economica e principi etico-politici. – 4. Il diritto europeo entra a far parte della Costituzione economica. – 5. Stato e mercato nei Trattati europei. – 6. Le quattro libertà di circolazione. – 7. Il mercato delle commesse pubbliche: lo Stato come acquirente di beni e servizi. – 8. L'impresa pubblica nel diritto dei Trattati. – 9. Servizi di interesse economico generale. 10. Le modifiche costituzionali proporzionate e imposte dai Trattati. – 11. Una sintesi.

1. La parola mercato non figura nel testo originario della Costituzione, ma il concetto di mercato è sottinteso.

La Costituzione menziona tutti i fattori di produzione; la terra (art. 44), il capitale che si forma col risparmio ed è destinato all'esercizio del credito (art. 47), il lavoro (artt. 1, 4, 33-35), l'impresa (artt. 43-46). Imprenditore, come si legge nel Codice civile, è colui che esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi (art. 2082); un'attività che tendenzialmente richiede l'impiego di tutti gli altri fattori produttivi.

La proprietà privata è riconosciuta e garantita (art. 42 co. 2). Se il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose (art. 832 c.c.) e ne dispone anche e soprattutto trasferendole ad altri, il riconoscimento della proprietà implica il riconoscimento della

libertà contrattuale, ossia dell'autonomia privata, che si esprime anche nella libertà di disporre per testamento (art. 42 u. co.). La legge che determina i modi di acquisto della proprietà (art. 42 co. 2) ovviamente non si limita a elencare i modi di acquisto a titolo originario (artt. 923 ss. c.c.), ma disciplina anche l'acquisto "per effetto di contratti" (art. 922 c.c.); cosicché viene ribadito il nesso tra proprietà e contratto. In ogni caso, l'art. 41 ("l'iniziativa economica privata è libera") enuncia implicitamente il principio dell'autonomia privata.

L'iniziativa economica privata di cui parla la Costituzione non è quella di un Robinson solitario che produce da solo i beni che gli servono per vivere, ma è l'iniziativa che si manifesta essenzialmente nello scambio, e quindi si avvale del contratto. Il contratto di affitto della terra, il contratto di mutuo per ottenere il capitale necessario, il contratto di lavoro che assicura all'imprenditore la forza lavoro che occorre per la produzione dei beni o dei servizi, i contratti di compravendita, appalto, somministrazione con cui i beni e i servizi prodotti vengono ceduti.

La libertà d'impresa, la proprietà privata e il contratto sono gli ingredienti che concorrono a creare e a mantenere il mercato. La Costituzione, senza menzionarlo, presuppone l'esistenza del mercato e ne garantisce il funzionamento. Garantisce un'economia di mercato.

Accanto all'attività economica privata è prevista una attività economica pubblica (art. 41 u. co.). Non è tracciata una linea di demarcazione tra il pubblico e privato.

Non c'è nella Costituzione una norma come quella contenuta nella Carta del Lavoro del 1927. "L'intervento dello Stato nella produzione economica ha "luogo soltanto quando manchi o sia insufficiente l'iniziativa privata o quando "sono in gioco interessi politici dello Stato. Tale intervento può assumere la "forma del controllo, dell'incoraggiamento e della gestione diretta" (così la dichiarazione IX). Un'impostazione liberale, che verrà

poi disattesa dal fascismo perché, dopo la crisi del '29, si farà largo ricorso all'impresa pubblica (enti pubblici economici, società a partecipazione pubblica, aziende di Stato, etc.).

La Carta del lavoro prefigura uno Stato che interviene come attore economico solo per colmare un vuoto di iniziativa privata o per ovviare a una sua insufficienza; e quando interviene lo fa gradatamente arrivando alla gestione diretta solo quando il "controllo" e "l'incoraggiamento" si sono dimostrati inadeguati.

La Costituzione sembra non porre limiti all'attività economica pubblica: "non esistono compiti sottratti a priori all'attività imprenditoriale dello Stato" (così la relazione programmatica presentata nel 1973 dal ministro delle partecipazioni statali)<sup>1</sup>.

L'art. 43 Cost. prende in considerazione un'attività economica pubblica che esclude da certe aree e in certi casi l'attività economica privata: prevede cioè monopoli pubblici. La riserva originaria riguarda, o l'espropriazione può colpire, "determinate" imprese o categorie di imprese, che si riferiscono a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio: sempre che "abbiano carattere di pienamente interesse generale".

Questa disposizione, che è stata a base dell'unica nazionalizzazione effettuata in Italia in questo dopo guerra e che apparentemente sembra allargare al massimo l'ambito dell'economia pubblica (nel senso che in certe aree l'attività economica privata non è ammessa), può essere vista anche dal punto di vista dei limiti che essa pone: non soltanto per quanto riguarda gli strumenti (una riserva di legge ancorata a dei fini: "fini di utilità generale", "interesse nazionale"), ma anche per quanto riguarda gli ambiti. Al di fuori delle aree e delle situazioni previste (servizi pubblici essenziali, fonti di energia, situazioni di monopolio) la riserva alla mano pubblica non è ammessa.

---

<sup>1</sup> È citata in F. GALGANO, Commentario della Costituzione a cura di G. Branca, Bologna 1982, sub art. 41, pag. 16.

Ciò non esclude, tuttavia, che lo Stato possa farsi imprenditore al di fuori degli ambiti indicati dall'art. 43. L'attività economica pubblica contemplata dall'art. 41 co. 3 è propria (anche) di imprese pubbliche diverse dalle imprese nazionalizzate ex art. 43 Cost. Solo che, in questo caso (art. 41 co. 3), sembra che il regime delle imprese pubbliche non possa essere diverso dal regime delle imprese private. Stabilendo che la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fine sociali, l'art. 41 sembra voler dire che i programmi e i controlli debbono essere gli stessi, per l'attività economica pubblica e per l'attività economica privata. Sembra precludere un regime di favore per l'impresa pubblica capace di causare l'espulsione delle imprese private da specifici settori produttivi e specifici mercati. È lecito dedurre "che nelle aree diverse da quelle previste nell'art. 43 lo Stato, se vi opera con proprie imprese, non può farlo a condizioni tali (tipicamente e per esempio: vendendo beni e servizi sotto costo) che produrrebbero rapidamente e inesorabilmente la fuoriuscita di tutte le imprese private (le quali lavorano per profitto) dal mercato di quelle aree"<sup>2</sup>. Si può aggiungere che il regime differenziato, da ritenere egualmente precluso, potrebbe derivare dal finanziamento delle imprese pubbliche con risorse ottenute al gettito tributario o da un differente trattamento delle crisi di impresa o dall'attribuzione a singole imprese pubbliche di monopoli legali: profili ai quali, come vedremo, hanno dedicato particolare attenzione le istituzioni europee, ma che non sono presi in considerazione dalla Costituzione italiana.

2. Altro termine che è ignorato dal testo costituzionale, nella sua versione originaria, anteriore alla novella del 2001, è "concorrenza".

Ciò ha indotto qualche autore, scrivendo prima della riforma costituzionale del 2001, ad

---

<sup>2</sup> G. BOGNETTI, Il modello economico della democrazia sociale, in "Gruppo di Milano", Verso una nuova Costituzione, Milano 1983, vol. I, p. 168.

affermare che la concorrenza non è tutelata dalla Costituzione italiana: perché la libertà di iniziativa economica privata, riconosciuta dall'art. 41 co. 1 Cost., è una figura verticale, che indica una sfera d'azione protetta contro lo Stato, mentre la concorrenza è una figura orizzontale che esprime rapporti tra imprenditori, cioè tra soggetti che esercitano la libertà di iniziativa economica<sup>3</sup>.

Anche la Corte Costituzionale, talvolta, si è espressa in termini analoghi: che la concorrenza “*sia anche una norma costituzionale – cioè dove essa sia contenuta o da dove sia ricavabile - non è precisato né per esplicito né per implicito*” (sent. n. 384/1990)<sup>4</sup>.

Non è difficile obiettare che l'iniziativa economica privata, in quanto assunta, come è naturale, da una pluralità di soggetti, comporta una “*concorrenza*” fra loro, una competizione, quando l'iniziativa è volta alla produzione della stessa specie di merce o di servizio. E a chi osservasse che, questo è semplicemente un fatto, la conseguenza del convergere di più soggetti verso la produzione di un medesimo bene, sarebbe agevole replicare che “*riconoscere ad una pluralità di soggetti la stessa situazione giuridica soggettiva, significa porli in concorrenza tra loro, e questo vale così nelle libere professioni, nell'industria e nel commercio, come nell'esperienza delle confessioni religiose e delle associazioni, nella lotta politica (l'art. 49 parla appunto di “concorrenza” tra i partiti politici), nei conflitti sindacali, nei settori della stampa e della televisione e così via*”<sup>5</sup>.

A parte l'art. 41 co. 1 c'è un'altra disposizione costituzionale dalla quale si può desumere che la concorrenza, nel sistema costituzionale anteriore alla novella del 2001 è

---

<sup>3</sup> N. IRTI, L'ordine giuridico del mercato, Bari 1998, p. 95-96, lo stesso scritto in Per una nuova costituzione economica, a cura di G. della CANANEA e G. NAPOLITANO, Bologna 1998 p. 25.

<sup>4</sup> Annotata in modo critico da A. PACE, La Corte disconosce il valore costituzionale della libertà di concorrenza? In Giur. Cost., 1999, 2965 ss.

<sup>5</sup> A. PACE, op. cit., p. 2968; ID, Gli aiuti di Stato sono forme di “tutela” della concorrenza? In Giur. Cost., 2004, p. 262.

un valore riconosciuto. Tra i presupposti della nazionalizzazione ammessa dall'art. 43 Cost. ci sono le “*situazioni di monopolio*”: segno è che il monopolio privato è avvertito come un male al quale porre rimedio. Anche se la soluzione è cercata nel monopolio pubblico, come se gli inconvenienti generati dal monopolio dipendessero solo dall'essere un monopolio privato<sup>6</sup>.

In realtà la Corte Costituzionale ha riconosciuto in altre occasioni il rilievo costituzionale del principio di concorrenza e ne ha colto la duplice valenza. “*La libertà di concorrenza tra imprese ha, come è noto, una duplice finalità; da un lato, integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori, e dall'altro, è diretta alla protezione della collettività, in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenere i prezzi*”<sup>7</sup>.

Ogni dubbio sul rilievo costituzionale della concorrenza verrà meno con la riforma costituzionale del 2001 e la riformulazione dell'art. 117 Cost.: ove è elencata, tra le materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato, la “*tutela della concorrenza*” (art. 117 co. 2 lett. e)). Che la concorrenza fosse un principio Costituzionale era comunque pacifico anche prima, trattandosi di un principio fondamentale del diritto dell'Unione europea, e quindi parte della Costituzione economica italiana per il rango che tale diritto ha acquisito nel sistema delle fonti italiane anche prima di essere formalizzato dall'art. 117 novellato (“*La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*”).

---

<sup>6</sup> G. AMATO, Il mercato nella Costituzione, AA.VV. La Costituzione economica, Padova 1997, p. 7 ss. e ora in ID, Le istituzioni della democrazia, Bologna 2014, p. 302.

<sup>7</sup> Sent. n. 273/1982 annotata criticamente da G. FLORIDIA, I patti di non concorrenza davanti alla Corte Costituzionale, in Giur. Comm. 1983, I, p. 814 ss. Valorizza la funzione di “*protezione degli interessi dei consumatori*”, la sent. n. 241/1990.

3. Le norme della Costituzione sull'attività economica (artt. 41-47) si inscrivono in un quadro di principi etico-politici che prevedono, almeno apparentemente, massicci interventi dello Stato nella vita economica.

La Repubblica tutela il lavoro in tutte le forme ed applicazioni (art. 35); ed assicura al lavoratore il diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia una esistenza libera e dignitosa (art. 36). Se a ciò si aggiunge che la legge stabilisce la durata massima della giornata lavorativa e che al lavoratore è garantito il diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, risulta evidente che il contratto di lavoro che l'imprenditore o più semplicemente il datore di lavoro stipula col lavoratore non è solo fondato su una logica di scambio (alla quale rinvia il criterio di proporzionalità della retribuzione alla quantità e qualità del lavoro prestato), ma deve tener conto anche di esigenze che sono esterne allo scambio lavoro-retribuzione (la componente "familiare" del salario, la tutela della salute che richiede il riposo settimanale e le ferie annuali).

Accanto alla iniziativa pubblica a carattere regolatorio (disciplina in parte pubblicistica del rapporto di lavoro) la Costituzione enuncia un principio molto più ampio all'art. 3 co. 2. Un ampio progetto di emancipazione, volto a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana; un progetto al quale concorrono tutti i cittadini (o meglio tutti i singoli) sui quali gravano doveri inderogabili di solidarietà politica economica e sociale (art. 2 Cost.).

Se il discorso finisse qui, si aprirebbero alle istituzioni pubbliche spazi amplissimi di intervento nella vita economica, possibilità pressoché illimitate di redistribuzione della ricchezza, moltiplicazione dei doveri di solidarietà dei singoli definiti con legge. Ma il discorso non finisce con gli artt. 2 e 3 Cost.

Il programma delineato dall'art. 3 co. 2 viene specificato e ridimensionato nel secondo e nel terzo titolo della parte I della Costituzione.

Un'opera volta alla rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana, potrebbe comportare: istruzione gratuita per tutti sino ai gradi più alti degli studi, sanità gratuita per tutti, interventi sulla famiglia (che è anch'essa, spesso, un'istituzione che soffoca la libertà e l'uguaglianza), limiti alla estensione della proprietà privata (all'espropriazione della parte che eccede questi limiti), devoluzione allo Stato della proprietà del defunto, prelievo fiscale che pareggia i redditi, proprietà pubblica dei mezzi di produzione.

Ma la Costituzione negli articoli successivi ci dice cose diverse.

L'istruzione è sì gratuita: ma solo l'istruzione inferiore, e solo per otto anni. I poveri hanno diritto a proseguire negli studi senza spesa solo se "capaci e meritevoli" (art. 34 co. 3). La sanità è gratuita ma solo per gli indigenti (art. 32). La famiglia è una società naturale sul cui funzionamento lo Stato non può interferire, salvo i casi di incapacità dei genitori; casi in cui la legge prevede che siano assolti i loro compiti (art. 30 co. 2).

Limiti alla estensione delle proprietà possono essere previsti, ma solo alle proprietà terriere (il latifondo; art. 44). Il patrimonio del defunto non viene avocato allo Stato, ma la sua sorte è stabilita dal de cuius col testamento, purché siano rispettati i limiti della successione legittima (art. 42 u. co).

Il prelievo fiscale è commisurato alla capacità contributiva del singolo (e non, semplicemente, alla volontà dello Stato di pareggiare i redditi); la funzione redistributiva è affidata al criterio di progressività del sistema tributario (art. 53). I mezzi di produzione non possono essere tutti nazionalizzati perché i beni economici (e quindi non soltanto i beni destinati al consumo) appartengono a privati oltre che allo

Stato o ad enti (art. 42 co. 1).

Lungi dal voler sopprimere la proprietà privata, la Costituzione immagina una società di piccoli proprietari e mira a promuovere l'accesso alla proprietà privata; la proprietà dell'abitazione, la proprietà diretta coltivatrice, la proprietà di quote e di azioni delle società cui fanno capo "*i grandi complessi produttivi del Paese*" (art. 47 co. 2)<sup>8</sup>.

L'approccio del Costituente, nonostante le ambizioni implicite nel progetto di eguaglianza sostanziale (art. 3 co. 2 Cost.), è un approccio realistico: di chi sa che le risorse non sono illimitate e che la spesa pubblica deve essere commisurata alle entrate, a loro volta proporzionate alla capacità contributiva dei cittadini, ossia alla capacità di concorrere alla soddisfazione dei bisogni collettivi, dopo che ciascuno ha soddisfatto i bisogni propri e della famiglia.

Prima che la Corte Costituzionale affermasse che la copertura della spesa può essere assicurata anche dal debito pubblico (sent. n. 1/1966), era diffusa l'opinione che l'art. 81 avesse costituzionalizzato il principio del pareggio di bilancio: perché le leggi di spesa devono indicare i mezzi per farvi fronte, e nessuna spesa può essere disposta se non con leggi di spesa (e quindi non con la legge di bilancio).

4. Una ricostruzione della Costituzione economica vigente in Italia non sarebbe completa, anzi sarebbe del tutto monca, se ci si limitasse a prendere in considerazione le norme della Costituzione e si ignorasse il contributo del diritto dell'Unione europea, che ha profondamente alterato il quadro originario.

Con una sentenza del 1963 (*van Gend en Loos v. Nederlandse administratie der belastingen*, causa 26/62), la Corte di Giustizia spiega che la Comunità è un ordinamento nuovo di diritto internazionale a vantaggio del quale gli Stati membri

---

<sup>8</sup> Sulla sproporzione tra il programma ambizioso enunciato nell'art. 3 co. 2 Cost. e le concrete applicazioni nella vita economica fatte nelle disposizioni successive G. BOGNETTI, *op. cit.*, pp. 180-208.

hanno limitato i loro diritti sovrani, anche se in ambiti specifici; ed i suoi soggetti non sono solo gli Stati membri ma anche gli individui. L'applicazione degli articoli del Trattato (nella specie, l'art. 12 del Trattato di Roma) è immediata e non richiede per la sua operatività un intervento legislativo degli Stati. L'art. 12, che vieta agli Stati membri di introdurre fra loro nuovi dazi doganali all'importazione o all'esportazione o tasse di effetto equivalente, va interpretato nel senso che esso produce effetti diretti e crea negli individui diritti che i giudici nazionali devono proteggere.

Allo stesso risultato la Corte Costituzionale è pervenuta per gradi.

Nell'art. 11 Cost., che in realtà era stato pensato ad altri fini, la Corte Costituzionale ha ravvisato il fondamento della partecipazione dell'Italia alla Comunità europea. La Comunità viene assimilata ad un ordinamento volto ad assicurare la pace e la giustizia fra le nazioni e quindi tale da giustificare limitazioni di sovranità in condizioni di parità con gli altri Stati. Secondo l'impostazione originaria della Corte Costituzionale, le norme comunitarie stanno sullo stesso piano delle norme di legge ordinarie, perché sono state recepite con legge ordinaria (sent. n. 14/1964). La Corte ha successivamente riconosciuto il primato del diritto comunitario (sent. n. 183/1973 e n. 170/1984), pur ribadendo che si tratta di due ordinamenti diversi; sino a quando, con la riforma costituzionale del 2001 che assoggetta la potestà legislativa statale e regionale non solo alla Costituzione, ma anche ai "*vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario*" (così il nuovo art. 117 co. 1 Cost.), le norme europee – non solo le norme dei trattati ma anche le norme del diritto europeo derivato – sono entrate a far parte dell'ordinamento italiano, come norme collocate al suo vertice.

È questa la ragione per cui le numerose norme, (oggi trasfuse nel Trattato di Lisbona) sulla costituzione economica concorrono a formare, con le originarie norme della Costituzione italiana, un'unica costituzione.

Il tema dei rapporti tra Stato e mercato nel diritto dell'Unione europea (e quindi nel nostro diritto, in ragione dell'avvenuta costituzionalizzazione delle norme dei due Trattati) è comunque troppo complesso per essere affrontato in poche battute.

Mi limito a richiamare alcuni tratti essenziali ai fini del nostro discorso.

5. Il TFUE (ma il discorso non cambierebbe se fosse riferito all'epoca in cui era in vigore solo il Trattato di Roma) contiene due gruppi di articoli sui rapporti tra Stato e mercato: da un lato, le disposizioni sulle quattro libertà di circolazione dei prodotti (merci e servizi) e dei fattori produttivi (persone – lavoratori e imprese – e capitali); dall'altro, le regole di concorrenza.

Le prime obbligano gli Stati; le seconde le imprese, ma anche gli Stati. Lo Stato è il soggetto che va dietro le disposizioni che riguardano le imprese pubbliche, imprese incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale, e stabiliscono il divieto di aiuti di Stato: sebbene tali norme siano contenute fra le regole di concorrenza che vincolano le imprese.

Tra i due gruppi di disposizioni ci sono nessi evidenti. Le quattro libertà di circolazione dei prodotti e dei fattori produttivi concorrono a promuovere la concorrenza (non solo fra le imprese dei diversi Stati membri, ma anche delle imprese all'interno di ciascuno Stato) mentre i vincoli a carico di ciascun Stato membro, posti dalle regole di concorrenza, concorrono ad ampliare l'ambito delle quattro libertà.

Le implicazioni che la Corte di Giustizia ha tratto dalle norme richiamate (e dal diritto europeo derivato) sono tali da restringere drasticamente la portata dei poteri che allo Stato italiano (e alle regioni italiane) sono conferiti dall'art. 41 co. 3 Cost. Le prescrizioni contenute in numerose leggi italiane come condizioni per lo svolgimento dell'attività economica, e molti regimi autorizzativi ai quali tale svolgimento è

sottoposto, si sono rivelati incompatibili con i trattati europei, ancorché pienamente ammissibili nell'ambito dei programmi e dei controlli a cui la legge può assoggettare l'attività economica pubblica e privata, ai sensi dell'art. 41 co. 3 Cost.

Dal diritto europeo discende pure, come vedremo, un notevole ridimensionamento dell'attività economica pubblica, anche per effetto delle regole europee che squalificano molti dei privilegi di cui l'impresa pubblica ha goduto in Italia sino agli anni novanta del secolo scorso.

L'economia di mercato, che non viene menzionata nella Costituzione italiana (anche se da essa risulta solo implicitamente) è invece un obiettivo dichiarato dai Trattati europei.

Al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza devono essere ispirate le politiche economiche generali dell'Unione (art. 119 TFUE) e la politica monetaria gestita dal Sistema europeo delle banche centrali (SEBC: art. 127).

L'economia sociale di mercato è richiamata nel Trattato sull'Unione europea (art. 3 co. 3).

La conseguenza? Mentre la Costituzione italiana pone essenzialmente limiti all'impresa privata (art. 41 co. 2 e 3; art. 43) e prevede ampi poteri di intervento per lo Stato e le altre istituzioni che formano la Repubblica (art. 3 ss., art. 41 co. 3 e 43, etc.), la Costituzione economica europea risulta essenzialmente da un complesso di limitazioni a carico degli Stati.

Essi non possono limitare le quattro libertà di circolazione, adottare misure restrittive o distorsive della concorrenza, autorizzare le imprese, private e pubbliche a tenere comportamenti restrittivi della concorrenza.

6. Nell'interpretazione delle norme che garantiscono le quattro libertà di circolazione, la Corte di Giustizia è andata ben al di là dell'obiettivo perseguito da padri fondatori.

Questi si erano proposti di eliminare le barriere costituiti dai confini fra gli Stati membri, obbligando ciascuno Stato membro a praticare ai cittadini e alle imprese degli altri Stati dell'Unione le "stesse condizioni imposte da tale Stato ai propri cittadini" (art. 57 co. 3). Da questa regola, che è dettata per la libera prestazione di servizi, ma che vale anche per le altre libertà, la Corte di Giustizia ne ha ricavato in molti casi un'altra. Non basta che una misura sia indistintamente applicabile a cittadini e non cittadini per essere giudicata compatibile col diritto dell'Unione: anche misure applicabili indistintamente ai cittadini dello Stato e ai cittadini degli altri Stati membri possono dar luogo ad una indebita restrizione di una delle quattro libertà. Sicché, per es., della libertà di circolazione delle merci o della libertà di prestazione dei servizi hanno finito per beneficiare anche i cittadini e le imprese dello Stato; restrizioni posti a loro carico sono cadute per effetto della applicazione del diritto europeo.

Un esempio?

Si pensi al principio del mutuo riconoscimento delle legislazioni elaborato prima dalla Corte di Giustizia (sent. 20 febbraio 1979, *Rewe – Zentral*, causa 120/78: è il famoso caso Cassis de Dijon) e poi dalla Commissione europea (comunicazione del 3 ottobre 1980, in G.U. n. C 256 del 3 ottobre 1980): principio che opera in alternativa alle misure di armonizzazione della legislazione, affidate alle direttive.

Se una merce è stata prodotta e commercializzata nello Stato esportatore (Host State) nell'osservanza delle regole proprie quest'ultimo, non può l'Home State pretendere di assoggettarla anche alle sue regole: regole in tema di denominazione, composizione, etichettatura del prodotto. È tenuto a riconoscere le regole poste dallo Stato esportatore come se fossero sue. Se lo Stato italiano riserva la denominazione "aceto" al solo "aceto di vino", impedendo così la vendita di aceto di diversa origine proveniente da altri Stati membri, o riserva la denominazione "pasta" alla sola pasta di grano duro, adotta una

misura equivalente ad una restrizione quantitativa dell'importazione (oggi art. 34 TFUE: sent. 26 giugno 1980, Gilli, causa 788/73; sent. 4 luglio 1988, Zomi, causa 90/86). Lo stesso fanno i Paesi Bassi quando prescrivono che le bevande importate rechino un'etichetta in lingua olandese (sent. 16 dicembre 1980, Fietje, causa 27/80) o la Francia quando vieta la vendita di yogurt surgelato sotto la denominazione "yogurt" (sent. 14 luglio 1988, Smonor, causa 298/87) o la Germania quando vieta la vendita di birra non rispondente alla composizione tradizionale tedesca (sent. 12 marzo 1987, Commissione c. Germania, causa 17/84).

Quest'approccio costringe gli Stati membri ad allentare le maglie della normativa sui prodotti – essenzialmente normativa tecnica – per non pregiudicare le imprese nazionali. Mantenendo in vita prescrizioni restrittive, lo Stato rischierebbe di assoggettare le imprese nazionali a costi di produzione da cui sono esenti i concorrenti stranieri. Di questo rilassamento delle regole finiscono per beneficiare anche le imprese nazionali che potranno vendere, per ritornare ai nostri esempi, pasta di grano tenero come pasta, o aceto non di vino come aceto.

Questa sorta di ultra attività delle libertà di circolazione è del pari percepibile in materia di prestazione di servizi o di forniture. È incompatibile col Trattato la legislazione italiana che riserva la fornitura di servizi informatici alla pubblica amministrazione alle sole imprese pubbliche o a prevalente partecipazione pubblica (sent. 5 dicembre 1989, Commissione c. Italia, causa 3/88). Da questa interpretazione traggono vantaggio non soltanto le imprese degli altri Stati membri, ma anche le imprese italiane che offrono questo servizio, ma non sono imprese pubbliche. La stessa conseguenza si ha quando viene dichiarata incompatibile col Trattato la norma di legge italiana che, in tema di concessione di lavori pubblici, conferisce una preferenza nei subappalti alle imprese che svolgono la loro attività prevalentemente nella regione interessata. Del principio

enunciato dalla Corte beneficiarono le imprese subappaltatrici che operano nelle altre regioni italiane.

Per cogliere la differenza tra la Costituzione italiana (non soltanto la Costituzione economica) e la Costituzione economica europea basta considerare il caso che segue.

La legislazione italiana sul Mezzogiorno prevede che gli enti pubblici che vogliono acquisire certe forniture debbono approvvigionarsi per una quota (30%) presso imprese che hanno sede nel Mezzogiorno. È una misura in linea con l'art. 119 co. 3 Cost. (il testo vigente sino al 2001) che prevede l'assegnazione a singole regioni di "contributi speciali" "per valorizzare il Mezzogiorno e le isole". Un obiettivo di redistribuzione della ricchezza secondo un criterio territoriale, alla luce del quale ai "contributi speciali" di cui all'art. 119 Cost. possono essere assimilate misure che sono comunque volte a "valorizzare il Mezzogiorno e le isole".

La Corte di Giustizia ritiene che la riserva di forniture a favore di imprese del Mezzogiorno sia una misura con effetto equivalente ad una restrizione quantitativa delle importazioni perché "impedisce alle amministrazioni e agli enti pubblici interessati di rifornirsi per una parte del materiale occorrente presso imprese ubicate in altri Stati membri" (sent. 20 marzo 1990, Du Pont de Nemours, causa 21/88).

È superfluo sottolineare che dalla eliminazione della riserva di forniture trarranno giovamento non soltanto le imprese che hanno sede in altri stati membri ma anche le imprese italiane ubicate al di fuori delle regioni del Mezzogiorno.

7. Una quota rilevante (circa un terzo) del mercato europeo (prima comune, poi unico) è costituita dalle commesse pubbliche (public procurement).

Sebbene il Trattato di Roma non preveda una competenza delle istituzioni europee nella materia, sin dal 1970 sono state adottate direttive sugli appalti pubblici (prima di lavori,

poi anche di servizi e di forniture): nell'assunto che la libertà di stabilimento e la libertà di prestazione di servizi debbono trovare applicazione anche alle operazioni con i quali lo Stato e gli enti pubblici si procurano beni e servizi. Una estensione necessaria della portata degli originari articoli del Trattato del 1957 considerato che il public procurement è un ambito nel quale gli Stati tendono a privilegiare le imprese nazionali, sottraendolo alla concorrenza.

Per garantire questo privilegio la originaria legislazione degli Stati membri prevede spesso l'assegnazione diretta della commessa a imprese pubbliche o a imprese partecipate dello Stato o da enti pubblici: e quando prevede una gara, subordina la partecipazione alla iscrizione dell'impresa in un albo nazionale (con conseguente esclusione delle imprese straniere) o autorizza la formulazione di bandi con specifiche tecniche ritagliate sui prodotti delle imprese nazionali (per es. in materia di acquisto di autoveicoli). Tutti espedienti ritenuti incompatibili col diritto europeo: a conclusione di un percorso giurisprudenziale spesso laborioso, che ha visto la nascita di figure ignote agli ordinamenti degli Stati membri, come l'in house providing o l'organismo di diritto pubblico.

La Corte di Giustizia, dopo aver precisato che l'autorità pubblica non è obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi, per acquisire un prodotto o un servizio (sent. 11 gennaio 2005, causa 26/04, Stadt Halle, par. 48), ha chiarito che l'autoproduzione consentita comprende anche il caso che l'autorità abbia stipulato un contratto con una persona giuridica distinta: purché eserciti su di essa un controllo analogo a quello che l'autorità esercita sui propri servizi e purché questo ente distinto realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente pubblico o gli enti pubblici che lo controllano (sent. 18 novembre 1999, causa 107/98, Tekal s.r.l., par. 50). Quando tali elementi sono presenti, ricorre l'in house providing: l'ente pubblico si

procura “*in casa*” il bene o il servizio, se lo procura da sé, anche se il produttore è un soggetto diverso che tuttavia, opera come sua longa manus.

Le condizioni dell’in house providing mancano quando la società di cui l’ente pubblico intende avvalersi è partecipata, anche in piccola parte, da soci privati (in questi casi è escluso, per definizione, il controllo analogo) o quando la società rende prestazioni di una certa consistenza anche ad enti diversi dall’ente pubblico titolare del capitale sociale (sent. 11 maggio 2006, causa 340/04, Carbotermo, Spa, par. 62<sup>^</sup>; sent. 8 dicembre 2016, causa 553/15, Undis Servizi s.r.l. par. 33). Se non ricorre una delle due condizioni (controllo analogo; destinazione della prestazione esclusivamente a favore dell’ente controllante) trovano applicazione le direttive appalti, e quindi l’obbligo di scegliere il contraente a mezzo gara.

C’è stato storicamente un altro modo per eludere l’applicazione delle direttive appalti. L’ente pubblico, per acquisire un bene o un servizio, si avvale come acquirente di un soggetto giuridico diverso, di solito di diritto privato (come una società di capitale) che esso finanzia in modo prevalente o del quale controlla la gestione e il cui organo d’amministrazione, direzione e vigilanza è costituito da membri dei quali più della metà è designata dall’ente o dagli enti pubblici.

Trattandosi, di solito di persona giuridica privata, essa non sarebbe sottoposta alle direttive comunitarie nell’acquisire la commessa. È per questa ragione – per impedire la elusione dei vincoli comunitari in tema di public procurement – che dagli anni novanta del secolo scorso le direttive appalti trovano applicazione pure a questi soggetti, qualificati come organismi di diritto pubblico; anche se, ripeto nella maggioranza dei casi essi sono soggetti giuridici privati (un’applicazione recente nella sentenza 5 ottobre 2017, causa 567/15, Lit SpecMit).

8. I Trattati europei “*lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli stati membri*” (art. 345 TFUE), e quindi implicitamente confermano la distinzione tra beni pubblici e beni privati che esiste in ciascuno degli Stati membri.

Sono previste, in particolare, le imprese pubbliche (e quindi la proprietà pubblica del capitale di società che svolgono attività di impresa: art. 106 par. 2). Nei loro confronti gli Stati membri non emanano né mantengono misure contrarie alle norme dei Trattati – in particolare la norma che vieta ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità (art. 18) e le norme sulla concorrenza (artt. 101-109).

Tra le norme della concorrenza sono comprese quelle sugli aiuti concessi dagli Stati (artt. 107-109), che vietano aiuti, incidenti sugli scambi fra gli Stati membri, che falsino o minaccino di falsare la concorrenza. Essi sono incompatibili col Trattato qualunque sia la forma con cui l’aiuto è concesso.

Se si pensa che l’impresa pubblica in ciascuno Stato membro è spesso un’impresa che opera in regime di monopolio legale, e che il monopolio non va “*mantenuto*”, e quindi va eliminato, non è difficile capire l’impatto del diritto dei Trattati sul regime giuridico statale delle imprese pubbliche: imprese che devono essere assoggettate alle regole di concorrenza.

Ciò di per sé non comporterebbe, giuridicamente, la riduzione del numero delle imprese pubbliche esistenti o l’impossibilità di crearne di nuove, ma solo richiederebbe una modifica rilevante del regime di molte di esse. Le conseguenze sono comunque rilevanti in concreto: basta considerare che molte imprese pubbliche sono state create perché esse operino in regime di monopolio, sicché la regola di concorrenza fa venir meno in molti casi le ragioni della loro esistenza e della loro sopravvivenza.

Forse più radicali sono gli effetti specifici del divieto di aiuti di Stato. Premesso che l’impresa pubblica è alimentata da “*risorse statali*” – all’atto del conferimento o

dell'aumento del capitale sociale (quando l'impresa, come avviene di solito, ha la forma di società di capitale) – ci si chiede quando l'impiego di tali risorse è ammesso, e quando non lo è, perché darebbe luogo ad un aiuto di Stato che falsa o minaccia di falsare la concorrenza (art. 107 par. 1).

La Corte di giustizia ha elaborato un criterio per distinguere le due situazioni: il criterio dell'investitore privato in un'economia di mercato. Il finanziamento con risorse pubbliche dell'impresa è ammesso quando avviene in circostanze nelle quali anche un investitore privato avrebbe preso la stessa decisione: il caso, per es., del privato azionista che sottoscrive il capitale necessario ad assicurare la sopravvivenza di un'impresa che sta vivendo difficoltà temporanee ma che è suscettibile di tornare al profitto, possibilmente dopo una riorganizzazione<sup>9</sup>. Se, invece, l'iniezione di capitali effettuata dall'investitore pubblico ignora qualsiasi prospettiva di redditività, anche a lungo termine, siamo in presenza di un aiuto di Stato, che deve essere giudicato inammissibile se falsa o minaccia di falsare la concorrenza<sup>10</sup>.

Non rileva che l'impresa sia finanziata non direttamente dallo Stato, ma da altro soggetto, per es. un ente di gestione di partecipazioni statali. Il divieto colpisce l'aiuto di Stato “*sotto qualsiasi forma*” esso venga concesso. Gli oltre 260 miliardi di lire che sono stati versati dall'ENI tra il 1983 e il 1987 per ripianare le perdite della Lanerossi e delle società collegate costituiscono aiuti di stato inammissibili perché sono stati attinti al fondo di dotazione dell'Ente di gestione che è a sua volta alimentato da leggi del parlamento; l'ENI non ha comunque piena libertà di azione perché è tenuto a osservare le direttive del Comitato Interministeriale per la Programmazione economica<sup>11</sup>.

L'assoggettamento delle imprese pubbliche alle regole di concorrenza, e in particolare

---

<sup>9</sup> C. Giust., Causa 234/84, Belgio c. Commissione, p. 15.

<sup>10</sup> C. Giust., causa C-482/1999, Francia c. Commissione; Tribunale di 1° grado, causa T-305, SACE c. Commissione.

<sup>11</sup> C. Giust. Causa C.-303/88, punto 12.

al divieto di aiuti di Stato distorsivi della concorrenza, ha finito per mettere in discussione lo stesso sistema delle partecipazioni statali. Anche per questo, tale sistema è stato smantellato negli anni novanta del secolo scorso, con la soppressione del relativo ministero, la trasformazione per legge o imposta dalla legge degli enti di gestione in società per azioni e la successiva privatizzazione, anche se in certi casi parziali, delle società nato dalla trasformazione degli enti.

Che lo Stato possa farsi imprenditore in qualunque ambito, come per decenni si è ritenuto, e come in definitiva era consentito dal generico riferimento dell'attività economica pubblica contenuto nell'art. 41 co. 3 cost., è oggi escluso dal diritto europeo.

Il legislatore italiano ne ha preso atto stabilendo che le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società (art. 4 d.lgs.vo n. 175/2016, che approva il T.U. in materia di società a partecipazione pubblica).

La portata delle regole europee sulla concorrenza che vincolano le imprese (e lo Stato sia come regolatore di queste sia come imprenditore esso stesso) è stata ampliata nella giurisprudenza europea per effetto della nozione di impresa che viene accolta e che è più ampia di quella propria del diritto degli Stati membri.

A fronte della contestazione del monopolio del collocamento del personale direttivo, sollevata nel corso di un giudizio davanti a un tribunale tedesco, la parte convenuta eccepisce che tale monopolio è attribuito per legge all'ufficio pubblico per l'occupazione: un'entità che, in quanto organo dello Stato, non può essere qualificata impresa, e quindi non è soggetta alle regole di concorrenza.

Secondo la Corte di Giustizia, invece, nel contesto del diritto della concorrenza, la

nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento. Poiché l'attività di collocamento è un'attività economica anche l'ufficio dell'occupazione tedesco è un'impresa<sup>12</sup>.

In una successiva pronuncia, che riguarda sempre il collocamento del lavoro, come è disciplinato in Italia, la Corte di Giustizia ha ribadito le ragioni per cui il monopolio degli uffici di collocamento è incompatibile col diritto europeo: perché *“non è manifestamente in grado di soddisfare la domanda presente sul mercato per tale attività”* e nello stesso tempo *“l'esercizio effettivo di queste attività da parte di società private è reso impossibile”*<sup>13</sup>. Si tratta, cioè, di un effetto tipico del monopolio, che è quello di lasciare inevasa una parte della domanda di prestazioni.

Sebbene i trattati contemplino imprese *“cui si riconoscono diritti speciali o esclusivi”* (ossia posizioni di oligopolio o monopolio legale: v. art. 106 par. 1 TFUE), gli Stati non sono del tutto liberi di attribuire tali diritti. In presenza di particolari condizioni, il solo fatto di attribuire un diritto esclusivo è di per sé vietato. Ciò si verifica quando *“l'impresa è indotta, con il mero esercizio dei diritti esclusivi, a sfruttare abusivamente la sua posizione dominante o quando questi diritti sono atti a produrre una situazione in cui l'impresa è indotta a commettere abusi del genere”* (Sent. in causa C-163/96, Raso, a proposito del diritto esclusivo dell'ex compagnia portuale del porto di Genova di fornire lavoro temporaneo a determinati utenti, ossia ad imprese di servizi portuali, costrette a corrispondere prezzi esorbitanti per la fornitura di forza lavoro spesso meno idonea ai compiti da svolgere. Cfr. anche C. Giust., causa C-260/89, ERT e causa C-179/90, Merci convenzionali).

Il diritto europeo ha un approccio più specifico rispetto alla Costituzione italiana perché

---

<sup>12</sup> Sent. in causa C-41/90, Höfner e Elser c. Macroron GmbH, punto 21.

<sup>13</sup> C. Giust. Causa C-55/96, Job Center).

invece di richiamare dei “*fini generali*” (art. 41 co. 3) individua gli interessi pubblici che possono limitare la libertà di circolazione della merci, di stabilimento, di circolazione delle persone, di prestazione di servizi, di circolazione dei capitali.

Divieti o restrizioni all’importazione e alla restrizione delle merci possono essere giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico e archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale, purché ciò non sia “un mezzo di discriminazione arbitraria o una restrizione dissimilata al commercio tra gli Stati membri” (art. 36 TFUE).

A questa lista la Corte di Giustizia ha aggiunto un limite ulteriore (motivi imperativi di interesse generale), capace di abbracciare la tutela dei consumatori, la previsione della frode o della inclinazione dei cittadini ad una spesa eccessiva collegata al gioco (per es. sent. 8 settembre 2009, causa 42/07, Liga Portuguesa de Futebol Professional par. 56) o la prevenzione di turbative all’ordine sociale in generale (sent. 6 marzo 2007, cause riunite 338/04, 359/04 e 360/04, Placanica e a., par. 46).

La Corte di Giustizia esclude che divieti o restrizioni alla circolazione delle merci attuati anche con misure di effetto equivalente possano essere giustificati da esigenze nazionali di carattere economico, quali i provvedimenti destinati a risanare la bilancia dei pagamenti (sent. 19 dicembre 1961, Commissione c. Italia, causa 7/61; 7 febbraio 1984 Duphar, causa 238/82; 28 aprile 1998, Decker, causa 120/95).

Il principio di tassatività dei motivi che giustificano un divieto o una restrizione della libertà di circolazione è esteso dai Trattati al diritto di stabilimento, (art. 52 TFUE), alla libertà di prestazione dei servizi (art. 62 che rinvia ad articoli precedenti, incluso il 52) e alla libertà di circolazione dei capitali (art. 65).

Anzi, in rapporto a tali libertà la lista degli interessi-limite è più ristretta: ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica per la libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi, ordine pubblico e sicurezza pubblica per la libertà di circolazione dei capitali.

Tutto questo, come si è visto, influisce anche sui rapporti economici puramente interni: determinando un profondo mutamento dei regimi autorizzativi, abilitativi, certificativi a cui era stata sottoposta in precedenza l'attività economica privata.

9. Un ambito tradizionale di intervento dei pubblici poteri nella vita economica è quello dei servizi pubblici.

La Costituzione italiana menziona i servizi pubblici essenziali (art. 43). Le imprese che li gestiscono possono essere nazionalizzate, mediante riserva originaria o espropriazione, “*a fini di utilità generale*”, quando “*abbiano carattere di preminente interesse generale*”. Il che significa che in assenza di nazionalizzazione il servizio pubblico può essere erogato da imprese private e che comunque, anche in caso di nazionalizzazione, le prestazioni sono rese da un'impresa (impresa pubblica).

Specifici servizi pubblici sono presi in considerazione in articoli precedenti: la sanità (art. 32), l'istruzione (artt. 33 e 34), l'assistenza e la previdenza sociale (art. 38): e ciò nell'ambito dei rapporti etico-sociali (titolo III).

Sembra escluso, quindi, che le relative prestazioni possano essere rese in questi casi nella forma dell'impresa e possano essere ricondotte ai servizi pubblici essenziali di cui all'art. 43, disciplinati nell'ambito dei “*rapporti economici*” (titolo III). È escluso in ogni caso che sanità, istruzione, previdenza e assistenza possano formare oggetto di “*riserva*” a favore dei pubblici poteri perché accanto all'istruzione pubblica, all'assistenza pubblica e alla previdenza pubblica, la Costituzione garantisce il “*diritto*”

dei privati di istituire scuole (art. 33 co. 3), e la “*libertà dei privati di svolgere attività di assistenza*” (art. 38 co. 3), nonché la libertà e di “*concorrere*” con lo Stato e gli enti pubblici alla costituzione di un sistema di previdenza sociale (art. 38 co. 4).

La Costituzione accoglie, usando espressioni diverse, la distinzione tradizionale fatta dalla dottrina francese e italiana tra i “*servizi pubblici propriamente detti*” e i servizi pubblici “*industriali e commerciali*”: fra i primi rientrano i servizi contemplati nell’ambito dei “*rapporti etico-sociali*”, mentre coincidono con i servizi “*industriali e commerciali*” “*i servizi pubblici essenziali*” di cui all’art. 43.

La stessa distinzione è fatta nei trattati europei, che si occupano essenzialmente solo dei secondi, qualificandoli come “*servizi di interesse economico generale*” (oggi art. 105 TFUE): i soli la cui disciplina sia stata trasferita alla competenza delle istituzioni europee perché sugli altri – i servizi sociali – gli Stati membri conservano una competenza quasi esclusiva.

A differenza della Costituzione italiana, che considera i servizi pubblici essenziali esclusivamente sotto l’aspetto della formula organizzativa (impresa) e del soggetto titolare (privati, Stato, ente pubblico, comunità di lavoratori o di utenti), ma non stabilisce un regime giuridico, i Trattati europei dettano una regola. Le imprese incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale sono sottoposte alle norme del Trattato e, in particolare, alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l’applicazione di tali norme non osti all’adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata.

A parte la riserva finale per cui le regole di concorrenza non si applicano quando ostacolerebbero la specifica missione che è affidata all’impresa o alle imprese incaricate della gestione del servizio, i SIEG sembrano ricevere un trattamento non diverso dai servizi di cui il Trattato garantisce la libertà di prestazione: servizi di interesse

economico generale – per es. la distribuzione dell’energia elettrica o dell’acqua potabile o il trasporto pubblico o le comunicazioni elettroniche – non sono altro che una specie di servizi che possono essere prestati liberamente ai sensi degli artt. 56 ss.

Una differenza in realtà esiste. I SIEG sono resi da imprese che sono state incaricate della loro gestione, e l’incarico è stato conferito dallo Stato o dalle amministrazioni territoriali che hanno l’esigenza che il servizio venga reso a tutti quelli che lo richiedono perché ciò risponde a un “*interesse generale*”, ancorché di tipo economico.

Quest’aspetto è stato rafforzato dal Trattato di Amsterdam nel quale è stato inserito un articolo che oggi corrisponde all’art. 14 del TFUE del seguente tenore.

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 di applicazione del presente trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere ai loro compiti.

Poiché i SIEG concorrono a promuovere la coesione sociale e territoriale, e svolgono quindi un ruolo di legittimazione delle istituzioni nazionali e locali che è stata sempre loro proprio, è necessario che le prestazioni siano accessibili a tutti: esse hanno un costo, e quindi richiedono un corrispettivo (non si tratterebbe altrimenti di un servizio “*economico*”), ma il corrispettivo deve esser “abbordabile”. Proprio per questo delle regole di concorrenza viene sospesa l’applicazione quando sarebbe impedito l’adempimento della specifica missione affidata al servizio: quando, ad es., il costo della prestazione sarebbe talmente elevato che l’utente non sarebbe in grado di coprirlo con il prezzo, come nel caso della distribuzione della posta in paesini di montagna con pochi abitanti.

L'obbligo dell'ente postale di *“garantire i suoi servizi in condizioni di equilibrio economico presuppone la possibilità di una compensazione tra i settori di attività redditizi e quelli meno redditizi e giustifica quindi una limitazione della concorrenza da parte di imprenditori privati nei settori economicamente redditizi”* (C. Giust., causa 390/91, Corbeau). È ammessa, cioè, la c.d. sovvenzione incrociata per cui il servizio universale (strutturalmente deficitario) viene finanziato con i profitti che l'impresa monopolista può realizzare gestendo in esclusiva servizi sui mercati contigui (sicché si giustifica il monopolio dell'ente o dell'azienda per la gestione della posta ordinaria che consente di compensare con i profitti ottenuti con la distribuzione della corrispondenza nelle grandi città le perdite subite quando la stessa prestazione è resa in posti isolati e difficilmente accessibili).

Il monopolio non si giustifica – e torna quindi ad operare la regola di concorrenza – qualora si tratti di servizi specifici, scindibili dal servizio di interesse generale, che rispondono ad esigenze specifiche di operatori economici e che richiedono determinate prestazioni supplementari, che il servizio postale tradizionale non offre (...) e non pregiudicano l'equilibrio economico dei servizi di interesse economico generale esercitati dal titolare del diritto esclusivo (nella specie si trattava di un servizio di corriere espresso Bruxelles-Liegi, con prelievo della posta, consegna entro le dodici del giorno successivo, e possibilità di chiedere la modifica della destinazione nel corso dell'inoltro).

In altre parole, la *“specifica missione”* richiede che all'interno del SIEG si distingua il c.d. servizio universale, da rendere a tutti quelli che lo richiedono a prezzi abbordabili (anche se inferiore al costo di produzione) dai c.d. servizi con valore aggiunto, per la produzione dei quali valgono le regole di concorrenza, la conseguente possibilità di una pluralità di operatori, e la determinazione del corrispettivo in base alle regole di mercato.

Le direttive di liberalizzazione hanno aperto alla concorrenza SIEG che tradizionalmente venivano resi in regime di monopolio o da un'impresa pubblica o da una concessionaria dell'amministrazione pubblica: dai grandi servizi pubblici nazionali (poste, energia, telefonia, trasporti, etc.) ai servizi pubblici locali.

Una concorrenza che in alcuni casi, come quello della telefonia mobile è concorrenza piena, perché il progresso tecnologico ha ridotto i costi al punto che una produzione del servizio sottocosto e quindi un servizio universale distinto dai servizi con valore aggiunto non è più ipotizzabile.

10. Il diritto europeo ha esercitato, come si è visto, una grande influenza sul diritto interno, squalificando il sistema delle partecipazioni statali, togliendo al credito il carattere di "*servizio pubblicistico*", aprendo alla concorrenza i servizi pubblici, nazionali e locali, ridimensionando i regimi autoritativi a cui è sottoposta l'attività economica privata. Ma ha anche influito sui contenuti della riforma costituzionale del 2001 (e poi del 2012): quando si è formalizzato in termini costituzionali il principio, già entrato a far parte del nostro ordinamento sulla base della giurisprudenza e della Corte di Giustizia e della Corte Costituzionale (v. supra par. 4) che la potestà legislativa, statale e regionale, è soggetta non soltanto alla Costituzione, ma anche ai "*vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario*" e "*dagli obblighi internazionali*" (art. 117 co. 1 come sostituito dall'art. 3 L. cost. n. 3/2001).

Nel 2012 (L. cost. n. 1) è stato introdotto in Costituzione (o reintrodotta, se si ricorda quale fosse l'interpretazione originaria dell'art. 81) il principio del pareggio di bilancio (così il nuovo art. 81): con le relative applicazioni alla pubblica amministrazione (così l'art. 2 L. cost. n. 1 (2012 che modifica l'art. 97 Cost.) e in particolare alle regioni e agli enti locali (così l'art. 4 L. cost. cit. che modifica l'art. 119 Cost.).

Ai fini del nostro discorso è particolarmente rilevante la previsione, tra le materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato della “*tutela della concorrenza*” (art. 117 co. 2 lett. d)).

La concorrenza non è più soltanto una conseguenza della libertà di iniziativa economica privata – “*la libertà di concorrenza*” come manifestazione della libertà di iniziativa economica privata, suscettibile di limitazioni giustificate da ragioni di “*utilità sociale*” e da “*fini sociali*” (art. 41 co. 2 e 3: C. Cost. sent.ze n. 46/1963 e n. 87/1969). La concorrenza, a seguito della novella costituzionale, è anche un “*bene giuridico distinto dalla libertà di concorrenza*” (C. Cost., n. 94/2013, par. 7.2), volto alla “*protezione della collettività, in quanto l’esistenza di un a pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e contenerne i prezzi*” (sent. cit., par. 7.1, ove è segnalato che questa accezione era stata già anticipata, nel vigore del testo originario della Costituzione, dalla sent. n. 223/1982)<sup>14</sup>.

Il nuovo art. 117 Cost. non si limita a stabilire che la “*materia*” concorrenza rientra tra le materie di competenza esclusiva dello Stato: prevede anche che la concorrenza sia oggetto di “*tutela*”. Non si tratta quindi di una semplice regola di competenza, nel riparto tra Stato e regione, ma è un bene o valore giuridico, a carattere oggettivo, non riducibile “*ad una astratta libertà negoziale oggettiva*”<sup>15</sup>: libertà, quest’ultima che può essere esercitata anche in senso negativo ( non-concorrenza) o comunque in direzione contraria al benessere del consumatore e allo sviluppo economico<sup>16</sup>.

La tutela della concorrenza implica anche la promozione della concorrenza secondo la giurisprudenza costituzionale, ossia di “*una delle leve della politica economica del*

---

<sup>14</sup> La distinzione tra i due profili della concorrenza è chiarita nel commento di M. LIBERTINI alla sent. n. 94/2013, Sulla legittimità costituzionale delle norme che impongono l’esclusività dell’oggetto sociale delle Società Organismi di Attestazione (S.O.A.) e vietano la partecipazione al capitale delle stesse da parte degli organismi di certificazione delle imprese, in Giur. Cost. 2013, p. 1663 ss., in particolare, p. 1665.

<sup>15</sup> M. LIBERTINI, op. loc. cit.

<sup>16</sup> M. LIBERTINI, La tutela della concorrenza nell’ordinamento italiano: dal codice anche del 1942 alla riforma costituzionale del 2001, testo dell’intervento al convegno su Mercato e Concorrenza il 18 novembre 2015 presso l’Accademia Nazionale dei Lincei, par. 20).

*Paese*” (sent.ze n. 80/2006, n. 245/2005, n. 175/2005, n. 272/2007), sicché la essa comprende accanto alle misure di *“tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti e i comportamenti delle imprese che influiscono negativamente sull’assetto anticoncorrenziale dei mercati e ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione”*, anche *“le misure legislative di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l’apertura, eliminando barriere all’entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, in generale i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche”* (C. cost. sent. n. 270/2010). In questo modo viene ampliata *“l’area di libera scelta sia dai cittadini, sia dalle imprese, queste ultime anche quali fruitrici, a loro volta, di beni e di servizi”* (sent.ze n. 430 e n. 401/2007).

Sotto il primo aspetto la novella costituzionale fornisce una base costituzionale alle legislazioni antitrust: una base che l’art. 1 della L. 287/1990, istitutiva dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato aveva individuato nell’art. 41 Cost. e nei *“principi dell’ordinamento delle comunità europee in materia di disciplina della concorrenza”* (art. 1 co. 1 e 4).

La promozione alla concorrenza (il secondo aspetto) riguarda, più che le imprese, gli organi legislativi dello Stato e delle regioni: tenuti a liberalizzare i mercati e a rimuovere le barriere che li delimitano, anche al di là degli obblighi che sugli Stati membri gravano in conseguenza delle regole europee sulle imprese pubbliche e sulle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale (imprese che in passato spesso coincidevano).

Significativo è il contenuto di norme di legge statali impugnate dalle regioni davanti la Corte Costituzionale o assunte come criterio di valutazione di norme regionali impugnate a loro volta dallo Stato: *“...l’iniziativa e l’attività economica privata sono*

*libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge*” (art. 3 d.l. n. 138/2011 come modificato in sede di convenzione dalla L. n. 148/2011: C. Cost. sent. n. 200/2012); *“secondo la disciplina dell’Unione Europea e nazionale in materia di concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi, costituisce principio generale dell’ordinamento nazionale la libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali sul territorio senza contingente, limiti territoriali o altri vincoli di qualsiasi altra natura, esclusi quelli connessi alla tutela della salute, dei lavoratori, dell’ambiente, ivi incluso l’ambiente urbano e dei servizi culturali”* (art. 31 co. 2 d.l. n. 201/2011, come convertito dalla L. 214/2011: sent.ze n. 38/2013 e n. 104/2014).

La tutela della concorrenza, più che una materia, come la moneta (art. 117 co. 2 lett. e)), o un comparto di legislazione, come la *“giurisdizione”* o l’*“ordinamento civile”* o la *“giustizia amministrativa”* (art. 117 co. 2 lett. l), o un fenomeno sociale , come l’*“immigrazione”* (art. 117 co. 2 lett. b)), è un fine, un obiettivo da perseguire: come la tutela dell’ambiente o dei beni culturali, che pure ha un substrato materiale (art. 117 co. 2 lett. s)).

Quando una competenza è formulata in termini teologici finisce inevitabilmente per incrociare competenze materiali delle Regioni e interferire su di esse. Dato il suo carattere finalistico, la tutela della concorrenza non è una materia di estensione certa e delimitata, ma è configurabile come trasversale, corrispondente ai mercati di riferimento delle attività economiche incise dall’intervento e in grado di influire anche su materie attribuite alla competenza legislativa, concorrente e residuale, delle regioni (C. Cost. sent. n. 58/2013 che richiama le sentenze n. 80/2006 n. 175/2005, n. 272 e n. 14/2004).

Ciò vale anche nei riguardi delle regioni a statuto speciale, la cui competenza in materia di commercio *“non è idonea ad impedire il pieno esercizio della suddetta competenza”*:

la disciplina statale della concorrenza costituisce un limite alla disciplina che le medesime Regioni possono adottare in altre materie di loro competenza” (sent. n. 299/2012).

11. In estrema sintesi.

Il diritto europeo:

- a) ha introdotto una delimitazione fra attività economica pubblica e attività economica privata, comprimendo l’ambito della prima;
- b) ha modificato il regime dell’impresa pubblica;
- c) ha aperto alla concorrenza la produzione dei servizi pubblici di interesse economico;
- d) ha arricchito i contenuti della concorrenza che non è più soltanto libertà di concorrenza, ma è un bene o un valore a beneficio dei consumatori, che perciò non va soltanto modificato e delimitato l’ambito delle sovvenzioni pubbliche, vietandole quando falsano o minacciano di falsare la concorrenza;
- e) ha fornito una ratio ulteriore alla vecchia normativa di contabilità pubblica, imponendo l’apertura delle commesse pubbliche in funzione di tutela delle imprese e del pubblico;
- f) ha innovato il regime delle autorizzazioni allo svolgimento dell’attività economica, limitandone l’ammissibilità alla tutela di pochi e specifici interessi pubblici;
- g) ha sottratto allo Stato italiano la competenza in materia di politica monetaria (art. 3 – lett. c) TFUE);
- h) ha sottoposto la politica della spesa pubblica ai vincoli in tema di disavanzo pubblico e debito pubblico in rapporto al prodotto interno lordo (Protocollo n. 12 sulla procedura per i disavanzi eccessivi – 1992), e all’osservanza di una serie di principi direttivi (prezzi stabili, finanze pubbliche e condizioni monetarie sane, bilanci dei pagamenti

sostenibili. Art. 119 par. 3 TFUE).

La Costituzione economica italiana, in particolare quella delineata dagli artt. 41, 43 e 47 cost., va reinterpretrata alla luce delle modifiche sopra sintetizzate apportate dal diritto dei Trattati europei.