



NUMERO SPECIALE 5 2019
25 OTTOBRE 2019

Passato e (incerto) futuro delle
“nazionalizzazioni” tra dettato
costituzionale e principi europei

di Anna Papa

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Napoli “Parthenope”

Passato e (incerto) futuro delle “nazionalizzazioni” tra dettato costituzionale e principi europei*

di Anna Papa

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Napoli “Parthenope”

Sommario: 1. Premessa. 2. I “Rapporti economici” nel disegno costituente. 3. L’articolato disposto dell’art. 43 della Costituzione. 4. L’ambito e i limiti all’ingresso autoritativo dello Stato. 5. Segue: la gestione dei servizi pubblici nella dimensione nazionale e locale. 6. Le nazionalizzazioni e il diritto europeo. 7. Le “prospettive” dell’intervento *ex art.* 43 Cost. dello Stato nell’economia

1. Premessa

Il tema della gestione pubblica di attività produttive e di servizi è stata nel tempo oggetto di studi e riflessioni, anche politiche, sia in periodi di crisi economica e di ripercussioni di quest’ultima sulla tutela di diritti sociali, sia in relazione a rafforzamenti o arretramenti dell’integrazione europea¹. È noto, e su

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ La letteratura sull’art. 43 Cost. è quanto mai ampia e di essa non è possibile dar conto in questa sede. Per gli aspetti che più direttamente verranno analizzati in questa sede cfr. S. CASSESE, *Legge di riserva e art. 43 Cost.*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1960; F. GABRIELE, *In tema di nazionalizzazione e di altre forme di intervento pubblico nell’economia. Esempi di nazionalizzazione nel settore petrolifero in alcuni ordinamenti stranieri*, in *Il Foro Amministrativo e delle Acque pubbliche*, 1972; F. ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Milano, 1973; E. DE MARCO, *Collettivizzazione e libertà economiche*, in *Il Foro amministrativo*, 6/1977; F. ROVERSI MONACO, *L’attività economica pubblica*, in *Trattato di Diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, I, Padova, 1977; G. QUADRI, *Diritto pubblico dell’economia*, Padova, 1980; A. PACE, *Iniziativa privata e governo pubblico dell’economia*, in *Scritti in onore di Egidio Tosato*, II, Milano, 1982; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983; F. TRIMARCHI BANFI, *Organizzazione economica ad iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli articoli 41 e 43 della Costituzione*, in *Politica del diritto*, 1992; P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996; R. BIFULCO, *Costituzioni pluraliste e modelli economici*, in AA.VV., *Governi ed economia. La transizione istituzionale nell’XI Legislatura*, Padova, 1998; A. PAPA, *Le imprese pubbliche tra Costituzione ed ordinamento comunitario*, in S. LABRIOLA-A. CATELANI (a cura di), *La Costituzione materiale: percorsi culturali e attualità di un’idea*, Milano, 2001; A. LUCARELLI, *Commento all’art 43*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006; G. LUCHENA, *La tutela della concorrenza nella giurisprudenza costituzionale*, in F. GABRIELE-M.A. CABIDDU (a cura di), *Governance dell’economia e integrazione europea*, I, Milano, 2008; G. DI PLINIO, *La Costituzione economica*, in *Percorsi Costituzionali*, 2/2009; P. RIDOLA, *Diritti di libertà e mercato nella “Costituzione europea”*, in P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010; C. IBBA, *Le società pubbliche*, Torino, 2011; G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrazione*, in *Amministrazioneincammino.it*, 2012; M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013; P. BILANCIA, *The social market economy model between the Italian Constitution and the European Treaties*, in J.M. GIL ROBLES-F. DE QUADRO-D. VEL (a cura di), *The European Union and Social Market Economy*, Bari, 2014; AA.VV., *Le società partecipate dopo la Riforma Madia*, Roma, 2016; F. BALAGUER CALLEJÓN-M. AZPITARTE SANCHEZ-E. GUILLEN LOPEZ-J.F. SANCHEZ BARILLAO (a cura di), *The reform of the European Union economic governance and the progress of political integration – La reforma de la gobernanza económica de la Union*

questo si avrà modo di soffermarsi *infra*, che in Italia la presenza “imprenditoriale” dello Stato e degli altri enti territoriali nell’economia ha sempre rivestito un ruolo significativo che, tuttavia, negli ultimi decenni si è espletato essenzialmente nelle forme del diritto privato, mediante la costituzione o partecipazione a società per azioni². Negli ultimi anni, sulla scia di considerazioni critiche su quello che viene da taluno definito il “fallimento del mercato”³ è tornato di attualità nel dibattito politico, di opinione pubblica e scientifico anche il tema delle “nazionalizzazioni”, latamente intese⁴, fornendo lo spunto per indagare in questa sede se, e in quale misura, forme di intervento pubblico nell’economia nelle forme previste dall’art. 43 Cost. possano oggi trovare rinnovato spazio nell’ambito dell’attuale modello di intervento pubblico nell’economia, profondamente mutato rispetto al momento della scrittura della Carta costituzionale e che trova i propri principi ormai in modo incontrovertito nell’integrazione tra quest’ultima e i Trattati europei⁵.

2. I “Rapporti economici” nel disegno costituente

La parte della Costituzione italiana che disciplina i rapporti economici rappresenta, come è noto, la sintesi della ricerca di un equilibrio, in Assemblea costituente, tra ideologie e posizioni diverse⁶. La compresenza,

Europea y el progreso de la integración política, Pamplona, 2017; R. MICCÙ - G. ROMA, *Le società pubbliche tra competenza legislativa statale e regionale*, in *Federalismi.it*, 2018.

² Come viene sottolineato, a prima lettura potrebbe ritenersi che ci sia prodotta negli anni una rilevante contrazione della presenza pubblica nell’economia; ad una analisi più approfondita emerge invece come le imprese pubbliche continuino ad occupare un ruolo significativo nell’economia nazionale e a livello locale. Molto significative sono le partecipazioni azionarie in imprese che operano in settori strategici e di erogazione di servizi pubblici. Anche per questo può condividersi l’idea che più che parlare di una rinuncia occorra far riferimento ad una trasformazione di tale presenza, non solo sul piano della regolazione ma anche su quello del “rifugio” nelle forme privatistiche di gestione. Per una analisi di questi aspetti, cfr., tra gli altri, i contributi raccolti in C. BRESCIA MORRA - G. MEO - A. NUZZO, *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, in *Analisi giuridica dell’economia*, 2/2015.

³ Cfr., tra gli altri, B. TONOLETTI, *Il mercato come oggetto della regolazione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1/2014; D. CHIRICO, *Per una lettura giuridica della crisi economica, sociale ed istituzionale, tra mercato e democrazia*, in AA.VV., *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Bari, 2016. Diverse sono le motivazioni che vengono addotte a fondamento di questa rinnovata esigenza, come la salvaguardia di *asset* strategici come le banche o la garanzia del perseguimento di quelle finalità proprie dell’economia sociale di mercato, sancite dagli artt. 2 e 3 della Costituzione, rivolte a garantire la fruizione delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che trovano concretizzazione nei servizi pubblici essenziali.

⁴ Riprendendo la classificazione operata da M.S. GIANNINI (*Diritto pubblico dell’economia*, Bologna, 1985) si qualificano come “collettivizzazioni quegli istituti giuridici per i quali beni o attività produttive si trovano in mano al pubblico potere che è il solo legittimato a detenerli o a svolgerle. È collettivizzazione tanto la vicenda del passaggio in mano pubblica, quanto il modo di essere in mano pubblica. (...) Si distinguono tre specie di collettivizzazioni: quelle in cui potere pubblico riservatario è l’ente territoriale della collettività, ente a fini generali: quindi lo Stato in primo luogo e poi comuni ed altri enti territoriali esponenziali; si hanno così le statizzazioni, le municipalizzazioni, le regionalizzazioni e simili. (...) Si chiamano nazionalizzazioni le forme in cui il pubblico potere è un organismo centrale diverso dallo Stato, di solito un ente pubblico”.

⁵ Per una significativa analisi di questi aspetti, cfr., in particolare, P. BILANCIA, *L’effettività della Costituzione economica nel contesto dell’integrazione sovranazionale e della globalizzazione*, in questo numero, pp. 1 ss..

⁶ Per una ricostruzione del dibattito costituzionale sul punto cfr. F. GALGANO, *Collettivizzazione*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, pp. 418 ss.

infatti, di istituti riconducibili a forme di organizzazione economica differenti e talora contrapposte evidenzia il compromesso raggiunto in quella sede, nella quale, più che definire un modello di presenza pubblica nell'economia, si vollero porre dei limiti per evitare che ad una tale definizione si potesse infine giungere⁷. Al tempo stesso, i Costituenti – consapevoli che lo Stato e gli enti locali già da alcuni decenni avevano acquisito partecipazioni azionarie di imprese o avevano intrapreso la strada dell'erogazione di servizi pubblici mediante la costituzione di imprese pubbliche in diverse forme – ritennero necessario dare copertura e legittimazione alla situazione esistente, ritenendola utile al perseguimento delle finalità sociali poste dagli artt. 2 e 3 della Costituzione stessa⁸.

Al di là di ogni altra considerazione, può ritenersi che – alla luce dei profondi cambiamenti politici, sociali ed economici che hanno caratterizzato in meno di un secolo il mondo occidentale – la scelta di conferire al quadro costituzionale di riferimento questa sensibile elasticità abbia, da un lato, consentito allo stesso di adeguarsi ai cambiamenti registratisi nel campo del governo dell'economia, soprattutto in relazione al processo di integrazione euro-unitaria, dall'altro, fornito agli interpreti il minimo comune denominatore per giustificare, nell'esperienza repubblicana, i differenti modi, che si sono succeduti, di atteggiarsi del rapporto pubblico-privato⁹. Può ricordarsi, infatti, come ad una prima fase della storia repubblicana, nella quale la presenza dell'imprenditore pubblico ha assunto dimensioni molto significative, ha fatto seguito

⁷ Su questi aspetti cfr. P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, cit., *passim*, la quale sottolinea come la Costituzione abbia voluto definire un quadro costituzionale di riferimento e non un modello economico. Da qui la difficoltà di utilizzare la locuzione “Costituzione economica” che, invece, richiede l'individuazione di un chiaro modello di riferimento.

⁸ Come è stato sottolineato, sulla scrittura del titolo dedicato ai rapporti economici influirono fattori diversi: dalle nazionalizzazioni poste in essere in altri Paesi europei, alla volontà praticamente di tutti i partiti di porre in essere ampie riforme di sistema, all'esigenza di dar vita ad un sistema coerente, quale definito dagli artt. 41-43 Cost. Ne è risultato un modello economico nel quale lo Stato è stato, nell'idea costituente, chiamato a regolare la produzione e la crescita dei settori strategici dell'economia, gestiti da imprenditori privati o in maniera diretta dagli stessi soggetti pubblici, attraverso la previsione di riserve di impresa ed espropriazioni di singole imprese e la definizione di tre figure di collettivizzazione: le statalizzazioni, le nazionalizzazioni e socializzazioni, consolidando, di fatto, un sistema che ha contribuito alla crescita economica ed allo sviluppo sociale del Paese. Infatti, mentre l'art. 43 riconosce allo Stato la facoltà di riservare a sé le attività produttive in un determinato numero di settori, l'iniziativa economica privata viene riconosciuta e legittimata ai sensi dell'art. 41 Cost., nella maggior parte dei settori produttivi dell'apparato economico. Cfr. F. GALGANO, *Collettivizzazione*, cit., p. 419; G. BOGNETTI, *Costituzione economica e Corte Costituzionale*, Milano, 1983, p. 53, secondo cui l'attività economica dei privati rimaneva, nel pensiero dei Costituenti, una colonna portante nell'edificio complessivo dell'economia del Paese; A. LUCARELLI, *Commento all'art. 43*, cit., p. 304.

⁹ Sul punto cfr. P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, cit., *passim*, la quale sottolinea come il modello di economia di mercato controllata, progettato dal Costituente, abbia consentito ai legislatori nel corso dei decenni di utilizzare “seppure con una sorta di improvvisazione” strumenti con essa coerenti, come in una prima fase la costituzione di imprese pubbliche, il rafforzamento di quelle esistenti, la nazionalizzazione di fonti di energia, le collettivizzazioni fredde o striscianti costituite dal rafforzamento delle partecipazioni statali; nella seconda fase le privatizzazioni, le deregolamentazioni, la valorizzazione delle imprese private.

una stagione di privatizzazioni, formali e sostanziali, motivate da ragioni diverse, non da ultime le esigenze di risanamento dei conti pubblici¹⁰.

Oggi, il dibattito ripropone la possibilità di una nuova diversa fase dell'intervento pubblico nell'economia, eventualmente anche utilizzando gli istituti contenuti nell'art. 43 Cost., confrontandosi tuttavia non solo con mutate condizioni economiche e finanziarie di contesto bensì anche, e soprattutto per quanto qui rileva, con un quadro costituzionale economico non più nazionale ma europeo¹¹.

3. L'articolato disposto dell'art. 43 della Costituzione

Nella scrittura del Titolo della Costituzione dedicato ai rapporti economici, i Costituenti, muovendo dall'esigenza di garantire il rispetto dei principi di solidarietà ed uguaglianza, immaginarono, come è noto, un irrinunciabile collegamento tra gli artt. 41, 42, 43 e 44 Cost.¹², utile a che l'attività economica pubblica e privata, al pari della proprietà, potesse svilupparsi secondo un paradigma contrapposto sia ad un'idea di collettivismo "puro", caratterizzato da pubblici poteri o comunità di produttori-gestori di tutte le attività produttive, sia ad un sistema in cui il soggetto pubblico fosse chiamato a ricoprire il solo ruolo di regolatore di attività produttive riservate interamente ad imprenditori privati¹³.

¹⁰ Cfr. E. SCIARRA, *Le società pubbliche e le crisi d'impresa: caratteri, limiti e incertezze di una riforma provvisoria*, in *federalismi.it*, 16 novembre 2018. Come riportato anche in una indagine recente sul tema, l'IRI (Istituto per la ricostruzione industriale) aveva nel 1993 una esposizione di 70000 miliardi di lire; l'EFIM, nel 1992, aveva un indebitamento di 18000 miliardi e al termine del processo di liquidazione costò al Paese altri 5 miliardi di euro. Per questo motivo viene sottolineato che il processo di privatizzazione fu reso necessario non solo dalla criticità dei conti pubblici ma anche da quello dei singoli enti di gestione. Così F. DE BORTOLI, *Quanto è invadente il nuovo Stato padrone*, in *Corriere della sera*, 8 luglio 2019.

¹¹ Su questi aspetti cfr. G. Di Plinio, *Il Common core della deregulation*, Milano, 2005; P. BILANCIA, *L'effettività della Costituzione economica nel contesto dell'integrazione sovranazionale e della globalizzazione*, cit., passim, alla quale si rinvia anche per la bibliografia.

¹² Cfr. V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, p. 338; F. GALGANO, *Art. 43*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1982, p. 193. Contra, U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, p. 107, il quale esclude che l'attività di cui all'art. 41 Cost. coincida con i casi previsti dall'art. 43 Cost.

¹³ Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 123. In Assemblea Costituente si contrappose da un lato il modello basato sul mercato, dall'altro quello incentrato sulla proprietà pubblica e generalizzata. Come è stato sottolineato, i sostenitori di una Costituzione garante del mercato e della libertà di impresa quale valore assoluto e regola della concorrenza rappresentarono, all'interno dell'Assemblea Costituente, una parte decisamente minoritaria. Cfr. G. AMATO, *La nuova Costituzione economica*, in G. DELLA CANANEA - G. NAPOLITANO (a cura di), *Per una nuova Costituzione economica*, Bologna, 1998, p. 12, il quale evidenzia come la difesa dell'economia di mercato fatta dalle forze politiche cattoliche in Assemblea Costituente non fosse la difesa dei valori positivi del mercato, ma la salvaguardia politica del regime di democrazia liberale.

Questo orientamento si manifesta, nell'art. 43, sin dalla lettura dell'unica articolata e complessa disposizione che esso contiene, nella quale sono disciplinati contestualmente forme, soggetti e garanzie dell'intervento autoritativo dello Stato nella gestione delle attività produttive¹⁴.

Partendo dalle garanzie, già a prima lettura emerge come la disposizione ne contenga in realtà due, diverse ma complementari. La prima è posta a beneficio dello Stato e contempla la possibilità per quest'ultimo di intervenire in modo autoritativo nel sistema produttivo laddove si presentino le condizioni previste dall'art. 43 ed in particolare qualora emerga l'esigenza del perseguimento di fini di utilità generale non diversamente realizzabili¹⁵. La seconda, non meno importante, è invece volta a tutelare il soggetto privato che può ragionevolmente confidare sul fatto che la sua attività di impresa non possa essere "collettivizzata" in assenza dei presupposti costituzionalmente previsti e che l'eventuale presenza dello Stato o di altro ente pubblico nel suo settore di attività possa ordinariamente assumere solo la forma dell'azione imprenditoriale in condizioni di concorrenza¹⁶. In altri termini, da un lato non si vieta allo Stato di intervenire, se vi sono i presupposti indicati dallo stesso art. 43; dall'altro si garantisce l'impresa privata rispetto alla possibilità di interventi autoritativi pubblici di tipo espropriativo che non siano motivati da fini di utilità generale, pur dovendosi, sulla base di quanto stabilito dalla Corte costituzionale, intendere questi ultimi non in senso restrittivo, come meramente connessi al buon funzionamento del sistema economico, bensì in senso ampio, quali comprensivi di tutte quelle finalità ritenute necessarie a garantire il buon funzionamento del sistema democratico e rivolte quindi a dare attuazione ai più generali principi dell'art. 3 secondo comma Cost.¹⁷.

Articolati sono anche gli strumenti di azione previsti dall'art. 43 Cost. Viene infatti previsto che la nazionalizzazione possa avvenire mediante "trasferimento di imprese o categorie di imprese" o mediante "riserva originaria", intendendo quest'ultima, in modo ampio, come un complesso di divieti, rivolti a privati imprenditori o ad altri soggetti pubblici, ad intraprendere o svolgere una specifica attività

¹⁴ L'art. 43 Cost. stabilisce che "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".

¹⁵ In altri termini può affermarsi che la realizzazione dei fini di utilità sociale, vero e proprio punto di equilibrio tra il ruolo interventista dello Stato ed il riconoscimento della libertà di iniziativa economica (coincidente con il corretto funzionamento del sistema economico e, soprattutto, con la protezione diretta dei principi generali enunciati dall'art. 3, comma 2, Cost.) legittimi l'intervento del soggetto pubblico al fine di rimuovere ostacoli di ordine economico e sociale e di assicurare il soddisfacimento di determinati bisogni della comunità.

¹⁶ Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 140; E. DE MARCO, *Collettivizzazione e libertà economiche*, in *Foro amministrativo*, 6/1977, pp. 1607-1642.

¹⁷ Questo principio è stato affermato dalla Corte costituzionale sin dalle prime sentenze aventi quale parametro l'art. 43 Cost. Nella sentenza n. 59/1960, ad esempio, la Corte giustifica la riserva originaria dei servizi radiotelevisivi in ragione "dell'altissima importanza che, nell'attuale fase della nostra civiltà, gli interessi che la televisione tende a soddisfare (informazione, cultura, svago) assumono".

imprenditoriale. Come è stato sottolineato, così formulata la nozione si presenta molto ampia e suscettibile di inibire l'accesso dei privati in molteplici settori economici. Da qui l'esigenza, sulla quale la dottrina si è ampiamente soffermata, di circoscrivere la portata della locuzione costituzionale, giungendo alla considerazione, prevalente ma non unanime¹⁸, secondo la quale il carattere "originario" della riserva vada intesa in senso civilistico, e quindi nel suo significato di contrapposta a "derivata", idonea quindi a consentire al soggetto pubblico di acquisire, al pari dell'espropriazione, il controllo del settore in modo pieno, indipendentemente dai vincoli che gravavano precedentemente sullo stesso¹⁹. In questa prospettiva, non conta quindi se nel settore economico oggetto di attenzione vi siano già imprese, essendo la riserva finalizzata alla costituzione di quello che può essere considerato un monopolio di diritto²⁰.

Il secondo strumento utilizzabile per procedere ad una nazionalizzazione è dato dal "trasferimento" alla mano pubblica di imprese o categorie di imprese già presenti sul mercato. La disposizione quindi autorizza il ricorso a strumenti autoritativi qualora, come si avrà modo di sottolineare *infra*, la sostituzione della mano pubblica ai privati imprenditori si presenti di essenziale importanza e non possa essere perseguita mediante le ordinarie forme consensuali ma solo ricorrendo all'espropriazione con indennizzo. Le imprese collettivizzate debbono quindi, secondo il dettato costituzionale, presentare carattere di preminente interesse generale: per le loro dimensioni, per il loro carattere strategico, per l'influenza che presentano sul perseguimento delle finalità di utilità generale. Come sottolineato, occorre che si verifichi la presenza del duplice presupposto dell'essenzialità dell'impresa e dell'ostacolo che le imprese stesse, ascritte alla proprietà privata, costituiscono per il perseguimento di queste finalità²¹.

Plurali, ed è questo un ulteriore elemento che caratterizza l'art. 43 Cost., sono infine i soggetti ai quali la legge²² può riservare o trasferire l'attività economica: allo Stato, ad altro ente pubblico territoriale o, soprattutto, ad un ente pubblico.

¹⁸ Sul concetto di riserva la dottrina ha espresso orientamenti diversi: secondo alcuni può riferirsi solo ad attività nuove (ad esempio i trasporti interplanetari, come è stato esemplificato in dottrina), basandosi sul fatto che l'art. 43 parla di originariamente; altri ritengono invece che poiché l'art. 43 parla di riserva di imprese e non di attività produttive allora significa che la riserva vi possa essere solo se vi sono già imprese operanti. S. CASSESE, *Leggi di riserva e art. 43 Cost.*, cit., p. 1356; F. GALGANO, *Art. 43*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 193.

¹⁹ Cfr. M.S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Rivista delle società*, 1958, p. 227; G. MOTZO - A. PIRAS, *Espropriazione e pubblica utilità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1959, p. 170. *Contra* V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit., p. 324, che ritiene invece che la riserva possa riguardare solo attività nuove, non esercitate sino a quel momento da alcuno.

²⁰ Così A. PREDIERI, *voce Collettivizzazione*, in *Enciclopedia del diritto*, VII volume, Milano, 1960, pp. 419 ss..

²¹ Per una ricostruzione di questi aspetti cfr., A. NICODEMO, *Imprese pubbliche e settori speciali: l'autonomia contrattuale e le regole*, Torino, 2018.

²² L'art. 43 Cost. pone infatti una riserva di legge in materia che, come sottolineato, ha natura relativa, pur dovendo ritenere che l'eventuale "determinazione delle categorie di imprese (...) o delle singole imprese da trasferire mediante espropriazione non possa essere disposta se non con atto legislativo: non sarebbe costituzionalmente

Nei primi decenni di storia repubblicana, l'art. 43 Cost. ha trovato plurima applicazione e le nazionalizzazioni poste in essere danno conto di come il legislatore abbia sostanzialmente utilizzato buona parte degli istituti previsti. Come è noto, l'unica espropriazione di imprese operanti in un settore è stata nel 1962 quella riguardante l'energia elettrica, che ha portato all'istituzione di un ente pubblico dedicato, l'ENEL, a favore del quale è stata anche costituita la riserva dell'attività di produzione, trasporto, distribuzione e vendita dell'energia²³. Il settore, come è noto, è stato liberalizzato nel 1999, sebbene abbia conservato sino ad oggi i caratteri di un mercato "tutelato", mentre dal canto suo l'ENEL è una società quotata in borsa che ha il Ministero dell'economia come azionista di riferimento.

Più numerose sono state, invece, le riserve originarie, come ad esempio quella a favore di ENI per quanto riguarda la ricerca di idrocarburi (abolita nel 1996), dei servizi postali (di fatto cessata dal 2011), del servizio televisivo, cessato nel 1990 con il passaggio al sistema delle concessioni ma ancora oggi in evoluzione, su impulso del diritto europeo e della convergenza tecnologica²⁴. Vi è poi l'ampio panorama

legittimo un atto legislativo che nazionalizzasse le industrie di un settore determinato, indicandole ad esempio come quelle di maggiore importanza e demandando poi ad atti amministrativi la concreta individuazione, discrezionale, delle singole imprese. Così A. PREDIERI, *voce Collettivizzazione*, cit., p. 427.

²³ Si trattava, come è noto, di un ente pubblico economico al quale venne attribuita non solo una capacità generale di diritto privato ma anche e soprattutto la riserva dell'attività di produzione, importazione, esportazione, trasporto e distribuzione dell'energia elettrica. Come previsto nella l. 6 dicembre 1962, Istituzione dell'Ente nazionale per l'energia elettrica e trasferimento ad esso delle imprese esercenti le industrie elettriche, all'art. 1, comma 3, stabilisce che "ai fini di utilità generale l'ente nazionale provvederà alla utilizzazione coordinata e al potenziamento degli impianti allo scopo di assicurare con minimi costi di gestione una disponibilità di energia elettrica adeguata per quantità e prezzo alle esigenze d'un equilibrato sviluppo economico del paese". Per un'analisi più approfondita del tema, anche con riferimento alle successive vicende del settore, si rinvia a G. DI GASPARE, *L'ENEL Spa tra privatizzazione e servizio pubblico*, in *Nomos*, 2/1993, pp. 109 ss.; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001, p. 165.

²⁴ La riserva statale, giustificata dalla limitatezza dei canali e dalla necessaria realizzazione dei fini di utilità sociale, attraverso la garanzia di condizioni di obiettività, imparzialità, completezza e continuità, ha subito nel corso degli anni una inesorabile crisi che ha decretato il "tramonto del sistema monopolistico" e l'apertura del mercato agli operatori privati". Cfr. D. MESSINA, *Televisione e convergenza tecnologica*, in A. PAPA, *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale*, Torino, 2018, p. 111. Come è noto la Corte Costituzionale è stata, nel corso degli anni, chiamata a pronunciarsi in merito alla compatibilità del quadro normativo (r.d. 27 febbraio 1936, n. 645) con le disposizioni costituzionali. In una prima occasione i giudici, nel rigettare i dubbi di costituzionalità delle norme, evidenziarono come lo Stato si trovasse "istituzionalmente nelle condizioni di obiettività e imparzialità più favorevoli per conseguire il superamento delle difficoltà frapposte dalla naturale limitatezza del mezzo alla realizzazione del precetto costituzionale volto ad assicurare ai singoli la possibilità di diffondere il pensiero con qualsiasi pensiero". Cfr. Corte Cost. 13 luglio 1960, n. 59, in *www.giurcost.org*. Al tempo stesso è necessario ricordare come gli stessi giudici, con le sentt. nn. 225 e 226/1974, abbiano dato avvio all'inesorabile tramonto del monopolio statale nel settore attraverso la dichiarazione di illegittimità costituzionale della riserva in riferimento alla ritrasmissione di programmi di emittenti estere e la diffusione di programmi via cavo a livello locale. Cfr. inoltre Corte Cost., 10 luglio 1974, n. 225, in *www.giurcost.org*; Corte Cost., 10 luglio 1974, n. 226, in *www.giurcost.org*. Tale impostazione è stata, come è noto, recepita dal legislatore che, con la legge n. 103/1975, ha definito un regime di autorizzazione per quelle frequenze considerate libere da riserve e, per questo motivo, accessibili agli operatori privati. È stata, infine, la l. 223/1990 (cd. Legge Mammi) a far cadere definitivamente il monopolio pubblico nel settore aprendolo all'imprenditoria privata definendo, al tempo stesso, quei principi fondamentali alla base dello stesso sistema tra i quali rientrano, senza dubbio, il pluralismo, l'obiettività, la completezza e l'imparzialità delle

delle aziende e società locali che rappresentano oggi l'ambito di applicazione più articolato e significativo dell'art. 43 Cost. con riferimento alla gestione dei servizi pubblici essenziali.

4. L'ambito e i limiti all'ingresso autoritativo dello Stato

L'art. 43 Cost. pone precisi limiti all'ingresso autoritativo dello Stato nell'economia a garanzia dei privati al fine di garantire che non possa essere posta in essere una forzosa modificazione del modo di produzione mediante l'utilizzo della potestà di imperio per sottrarre ai privati le loro attività economiche e avocarle alla gestione pubblica o sociale. L'ambito di azione del soggetto pubblico è infatti delimitato sia dalla finalità da perseguire e dalla rilevanza delle imprese da ascrivere al diretto controllo pubblico, sia soprattutto dalla puntuale indicazione dei settori nei quali l'intervento autoritativo può avvenire²⁵. La nazionalizzazione, infatti, può riguardare solo le imprese operanti nella produzione e commercializzazione di fonti di energia; oppure qualora vi siano situazioni di monopolio privato; ed ancora, anzi soprattutto, qualora l'attività economica si sostanzi nell'erogazione di un servizio pubblico essenziale.

Per quanto concerne i monopoli, come sottolineato anche dalla Corte costituzionale, tale scelta esprime tutta la convinzione del Costituente che quelli privati ostacolano la realizzazione dei fini di utilità generale nella misura in cui l'imprenditore, con il peso della propria azienda, possa direttamente e profondamente influire su interi settori economici, con le conseguenze di ordine politico e sociale che a tale influenza sono connesse²⁶. In una economia globalizzata e, soprattutto, in un mercato quale quello dell'Unione europea, l'eventualità della presenza di un monopolio pubblico appare difficilmente configurabile, anche se il settore delle ITC, con la presenza degli *Over the top*, richiede una costante attenzione.

Analoga considerazione può esplicitarsi anche in riferimento alle fonti di energia, considerato il carattere strategico che queste ultime rivestono sia per la tutela del diritto dei singoli ad accedere a tale servizio sia per la rilevanza che la politica energetica riveste nella complessiva politica economica del Paese. Non a caso, come ricordato prima, il processo, prima ricordato, di privatizzazione e liberalizzazione del servizio elettrico, avviato negli anni '90, ha comunque portato alla definizione di un mercato "tutelato" e

informazioni e, infine, l'apertura alle diverse opinioni. Cfr. legge 14 aprile 1975, n. 103, *Nuove norme in materia di diffusione radiofonica e televisiva*; legge 6 agosto 1990, n. 223, *Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato*.

²⁵ Parte della dottrina ha ipotizzato che l'elencazione dei tre ambiti delle collettivizzazioni non sia tassativo. La Corte costituzionale, invece, sin dalla sentenza 11 del 1960 sembra essersi orientata in senso opposto stabilendo che l'appartenenza dell'impresa assoggettata a collettivizzazione ad una delle categorie indicate nell'art. 43 sia condizione per l'esercizio del potere autoritativo da parte del legislatore.

²⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 58 del 1965.

significativo è anche l'intervento indiretto dello Stato nel sostegno alle ormai diversificate forme di produzione di energia (eolico, solare, etc.)²⁷.

5. Segue: la gestione dei servizi pubblici nella dimensione nazionale e locale

Di particolare rilevanza si presenta, infine ma non da ultimo, il riferimento, contenuto nell'art. 43 Cost., ai servizi pubblici essenziali, che rappresentano indiscutibilmente un importante indice del rapporto che intercorre tra la forma di Stato sociale e il modello economico costituzionalmente orientato, incentrato sul ruolo del soggetto pubblico come garante dell'eguaglianza sostanziale e della stabilità economica. Come è stato sottolineato, la materia dei servizi pubblici può essere considerata un "intreccio" di aspetti economici, sociali, organizzatori, ed, infine, istituzionali che scaturiscono dalla funzione di garanzia assegnata in primo luogo agli enti territoriali della Repubblica²⁸.

La nozione di servizio pubblico presenta, come è noto, non solo rilevanti problemi definatori, al punto che non ne esiste una vera e propria determinazione normativa²⁹, ma anche, ed in parte conseguentemente, una natura inevitabilmente evolutiva, dal momento che ciò che può essere considerato servizio pubblico in un dato periodo storico può non esserlo in seguito e viceversa³⁰. Da qui l'avvertita esigenza di non dilatare oltremodo la nozione sul lato pubblicistico, rendendo pubblico servizio ogni attività pubblica che non si configuri come funzione, e soprattutto di circoscrivere la nozione a

²⁷ Cfr., da ultimo, il D.M. 4/7/2019, del Ministro dello Sviluppo economico, di promozione della diffusione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili di "piccola, media e grande taglia".

²⁸ Cfr. F. MONCERI, *Servizi pubblici e istanza sociali nella costituzione economica europea*, Pisa, 2012.

²⁹ Sulla base dell'articolo 19 della l. 7 agosto 2015, n. 124 (anche nota come "Legge Madia"), il legislatore delegato aveva predisposto uno schema di decreto legislativo con lo scopo di giungere ad una "disciplina generale organica" in materia di servizi pubblici locali, anche mediante la definizione della nozione di servizi pubblici locali di interesse economico generale. Superando il dualismo esistente tra la nozione europea di servizi di interesse economico generale e quella italiana di servizi pubblici locali di rilevanza economica, il legislatore delegato aveva previsto una definizione rispettosa del dettato europeo e volto alla promozione della concorrenza e del mercato. L'articolo 2, comma 1, lettera a) dello schema di decreto definiva i servizi pubblici di interesse economico generale come i "servizi erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato, che non sarebbero erogati senza un intervento pubblico o sarebbero erogati a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che i comuni e le città metropolitane, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessari per assicurare la soddisfazione dei bisogni delle comunità locali, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e della coesione sociale. In merito invece all'assunzione del servizio si stabiliva che l'individuazione delle attività volte alla produzione di beni e servizi di interesse economico generale, idonee a soddisfare gli interessi della comunità, dovesse spettare ai comuni e alle città metropolitane. Al riguardo la norma prevedeva che tale scelta dovesse essere fatta in seguito ad un'accurata analisi, da svolgersi anche attraverso una consultazione pubblica, volta ad evidenziare l'impossibilità, da parte di imprese operanti nel settore di poter fornire tali servizi in maniera soddisfacente e a condizioni accessibili, nel rispetto delle norme di mercato. La bozza di T.U., pur avendo ottenuto il parere favorevole del Consiglio di Stato, non è stata poi definitivamente approvata dal Governo, anche per l'approssimarsi della scadenza della delega. Per una ricostruzione dell'evoluzione normativa e del dibattito dottrinale in materia cfr., da ultimo, A. NAPOLITANO, *Economia sociale di mercato e tutela dei diritti. Servizi essenziali e forme di gestione*, Torino, 2019, passim.

³⁰ Sul punto cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 140.

quelle attività di produzione che presentano un fine sociale che oltrepassa l'ambito degli interessi individuali e che richiedono una significativa limitazione degli obiettivi imprenditoriali perseguibili³¹.

Questa individuazione spetta al legislatore statale, nell'ambito dell'impostazione costituzionale che, come ricordato prima, individua nell'erogazione pubblica di servizi essenziali uno strumento di eguaglianza sostanziale e di progresso della società, mentre è soprattutto a livello locale che si è concentrata sin dal XIX secolo la gestione di questi servizi al punto da rendere necessaria una loro regolamentazione già nei primissimi anni del secolo scorso (L. 103/1903, cd. Legge Giolitti)³².

I primi decenni di applicazione di tale disciplina e soprattutto l'esperienza repubblicana del sistema delle imprese pubbliche hanno registrato l'affermarsi di una prevalente situazione di monopolio locale di diritto o di fatto che ha portato alla concentrazione negli enti territoriali, in particolare sub-statali, dell'erogazione di un rilevante numero di servizi essenziali mediante la sperimentazione di forme organizzative diverse, con la crescente e tendenziale propensione al ricorso, dopo il 1990, alla costituzione di società partecipate (anche miste ed *in house*) ma senza che il sistema abbia ad oggi trovato una sistematizzazione non solo normativa ma anche giurisprudenziale. Anzi può dirsi che proprio il livello locale di gestione dei servizi pubblici rappresenti lo specchio delle difficoltà *definitorie*, per quanto riguarda la nozione di "servizio

³¹ Come sottolineato da G. DI GASPARÉ, *Origine, costituzione e struttura della nozione di servizio pubblico*, in *Amministrazioneincammino.it*, 16 gennaio 2018. In tal modo si opera una prima distinzione rispetto alla concezione più ampia, di derivazione francese, che ricomprende anche la funzione pubblica intesa come attività autoritativa dei pubblici poteri. Con il riferimento al contenuto intrinseco dell'attività economica viene ulteriormente distinto il servizio pubblico da quelle attività a contenuto sociale che, svolte dalle amministrazioni od organismi pubblici, hanno di mira finalità esclusivamente sociali e non comportano l'erogazione di un corrispettivo, anche se in termini di tariffa piuttosto che di prezzo, da parte della utenza. Tali attività sono in genere svolte a titolo gratuito, ma l'accesso per i fruitori può in alcuni casi essere subordinato ad una compartecipazione ai costi (tasse di iscrizione, pagamento di ticket).

³² Gli enti locali, a partire dalla legge 29 marzo 1903, n. 103, hanno acquisito un ruolo rilevante nella gestione dei servizi pubblici. Questa legge è stata considerata la risposta data dal legislatore alla incontrollata intensificazione degli interventi comunali nella gestione di tali servizi che la crescente urbanizzazione di quel periodo e la crescita dei c.d. bisogni collettivi da soddisfare attraverso lo strumento delle c.d. aziende municipalizzate. Con questo atto normativo si stabilirono le norme per la costituzione e l'amministrazione delle aziende speciali dei comuni, il procedimento per l'assunzione diretta dei pubblici servizi e per la vigilanza sulle aziende e sui bilanci, nonché disposizioni sulle aziende consorziali. Essa, inoltre, elencava diciannove servizi suscettibili di gestione diretta, dando vita ad una prima individuazione e cristallizzazione di servizi pubblici, alcuni dei quali sono ancora oggi di competenza degli enti locali. Si pensi ad esempio alla distribuzione di acqua potabile, al trasporto locale, all'illuminazione pubblica, alla raccolta dei rifiuti. In seguito, il legislatore nazionale, con il R.D. 2578/1925, contenente il Testo Unico sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province, stabilì che l'erogazione di determinate prestazioni, ritenute di interesse pubblico da parte dell'amministrazione comunale, fosse libera quando il servizio doveva essere somministrato in regime concorrenziale alle imprese private e limitato se doveva essere svolto in monopolio. L'intervento legislativo sul settore è poi proseguito anche nel periodo repubblicano e non è possibile darne conto in questa sede, ma occorre ricordare sia la l. 8 giugno 1990, n. 142, sia alla l. 15 maggio 1997, n. 157 (cd. Legge Bassanini bis). Per una ricostruzione di questi aspetti cfr., tra gli altri, G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005.

pubblico”, e *organizzative*, per quanto riguarda la scelta dei modelli di gestione³³, che caratterizzano la categoria dei “servizi pubblici essenziali”, di cui all’art. 43 della Costituzione, dovendosi in ogni caso conciliare, da un lato, l’esigenza di garantire agli enti territoriali di scegliere le modalità del servizio da utilizzare per l’affidamento e la gestione di un pubblico servizio e, dall’altro, tutelare i principi europei di concorrenza, libertà di stabilimento, libera prestazione dei servizi e, al tempo stesso, quelli di efficienza, efficacia ed economicità dell’azione amministrativa³⁴.

6. Le nazionalizzazioni e il diritto europeo

L’impostazione immaginata dai Costituenti nell’art. 43 Cost., e che ha trovato ampia applicazione nei primi decenni di storia repubblicana, ha nel tempo dovuto confrontarsi con significativi processi di globalizzazione dell’economia e con una sempre più intensa, almeno fino ai primi anni del III millennio, integrazione europea. Ciò ha prodotto, per la parte che qui rileva, un sostanziale ridimensionamento del ruolo di questo articolo nel complessivo sistema dei rapporti economici, che hanno portato autorevole dottrina ad affermare la sostanziale “inapplicabilità” della disposizione costituzionale in oggetto alla luce del nuovo corso del processo di integrazione europea successivo al Trattato di Maastricht³⁵. Il dibattito attuale sembra, come prima sottolineato, voler superare questo giudizio, riaprendo al ritorno ad una più intensa gestione pubblicistica, e questo rende necessario chiedersi se vi sono margini per immaginare una odierna applicazione dell’art. 43 Cost. coerente con il complessivo ordinamento euro-unitario. A tal fine appare tuttavia preliminarmente essenziale distinguere tra presenza dell’imprenditore pubblico

³³ Cfr., tra gli altri F. MERUSI, *I servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990; L. DE ANGELIS, *La trasformazione delle società*, Milano, 1998; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit.; A. LUCARELLI, *L’azienda speciale e la legittima circolazione dei modelli di impresa: riflessioni a margine di due pronunce della Corte dei conti*, in *Foro amministrativo*, 1/2014; F. FRACCHIA, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici: tra esternalizzazione e municipalizzazione*, in *federalismi.it*, Editoriale, 13 luglio 2016; A. NAPOLITANO, *Le prospettive della nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica tra interventi normativi e giurisprudenziali*, in *Diritto pubblico europeo. Rassegna online*, 2/2017.

³⁴ Queste esigenze sono formalizzate nel d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (*Testo unico delle società partecipate*), in particolare laddove (articolo 5) è previsto che l’atto deliberativo debba tener conto della necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali; delle ragioni e delle finalità che giustificano tale scelta sia sotto il profilo della convenienza economica, sia sotto il profilo della sostenibilità finanziaria; della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate; della possibilità della gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato; della compatibilità dell’intervento finanziario previsto con le norme europee in materia, in modo particolare con quella degli aiuti di Stato alle imprese. Viene inoltre anche ridefinito il processo decisionale e gli obblighi motivazionali necessari per la costituzione di una nuova società a partecipazione pubblica e l’acquisizione di partecipazioni, prevedendo ipotesi più complesse e rigorose rispetto a quelle del passato, anche attraverso il coinvolgimento della Corte dei Conti e dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato. Sul ruolo della Corte dei conti nel controllo delle società a partecipazione pubblica cfr., da ultimo, M. POZZATO, *Il ruolo della Corte dei conti sulle società a partecipazione pubblica*, in *Rivista della Corte dei conti*, 2/2019, pp. 81 ss.

³⁵ Così N. IRTI, *Andato in desuetudine*, in N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998.

nell'economia e utilizzo, da parte dello Stato, di strumenti autoritativi di acquisizione di imprese/riserva di settori produttivi.

Per quanto riguarda il primo aspetto, è opinione condivisa che in materia di “imprese pubbliche” il diritto europeo faccia prevalere una posizione di neutralità, in ragione del principio di indifferenza sulla proprietà dei beni, richiamata nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in riferimento agli aspetti soggettivi della proprietà³⁶. Le imprese pubbliche sono quindi integrate nel diritto europeo delle “imprese” con il conseguente obbligo di agire nel mercato, rispettandone le regole. Per questo motivo, come ricordato anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, non vige, in ambito sovranazionale, un divieto assoluto in ordine ad una presenza attiva dello Stato nell'economia nelle ipotesi in cui la stessa rappresenti una soluzione necessaria al perseguimento di fini di utilità sociale³⁷. Ciò ha giustificato e giustifica la permanenza dello Stato in alcuni settori con proprie imprese, aventi la forma giuridica delle società di capitali ma nelle quali il socio pubblico beneficia talvolta di “garanzie rafforzate”, e ha consentito, in alcuni Paesi europei, di non procedere a privatizzazioni in ambiti ritenuti strategici³⁸. E in questo alveo interpretativo può dirsi si sia sviluppato tutto il processo di riorganizzazione del sistema delle imprese pubbliche in Italia, a partire dagli anni '90, nel continuo dialogo anche giurisprudenziale, tra i due ordinamenti³⁹.

L'elasticità, ora richiamata, presentata dall'ordinamento europeo sul tema consente di ragionare anche sulla seconda questione, ossia se l'intervento imprenditoriale pubblico possa prendere le mosse da un intervento autoritativo e se possa portare ancora oggi ad una gestione pubblicistica di servizi pubblici, sulla base dei modelli sperimentati nei primi decenni del XX secolo.

³⁶ Cfr. art. 106 TFUE, il quale stabilisce che: “1. Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei Trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi. 2. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei Trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione. 3. La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendosi, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni”. Su questi aspetti cfr. V. SQUARATTI, *I limiti imposti dal diritto dell'Unione europea: la neutralità delle modalità di perseguimento di obiettivi imperativi di interesse generale*, in *Diritto del commercio internazionale*, 4/2014, pp. 1073 ss.

³⁷ Per un'analisi di questi aspetti G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, cit.; G. MEO - A. NUZZO, *Il testo unico sulle società pubbliche*, Bari, 2016.

³⁸ Sul punto cfr. F. FURLAN, *Articolo 43*, in F. CLEMENTI - L. CUOCOLO - F. ROSA - G.E. VIGEVANI, *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna, 2018, pp. 279 ss.

³⁹ Su questi aspetti cfr., tra gli altri, F. CAPALBO, *Società partecipate e responsabilità: criteri di riparto della giurisdizione e fattispecie di danno erariale*, in *federalismi.it*, 16 novembre 2018; R. MICCÙ-M. FRANCAVIGLIA, *Le società pubbliche e i servizi di interesse economico generale: l'impatto del d. lgs. N. 175/2016 sull'affidamento e sulla gestione del servizio idrico integrato*, in *federalismi.it*, 16 novembre 2018; A. NAPOLITANO, *Riflessioni in merito al rapporto tra società pubbliche e procedure concorsuali alla luce delle recenti novità normative*, in *federalismi.it*, 14 marzo 2018.

Sul piano teorico la risposta è affermativa in entrambi i casi ma a condizioni, derivanti dal contesto, che appaiono molto differenti rispetto al passato. Infatti, può ritenersi che mentre fino agli anni '90 la scelta basata sull'art. 43 Cost. rientrava nella piena discrezionalità politica del legislatore, ponendosi quale strumento per il perseguimento di finalità generali definibili in modo ampiamente discrezionale che andavano sovente al di là della mera erogazione del servizio, oggi, pur non essendo l'intervento pubblico messo in discussione anche a livello europeo per quanto concerne i principi, è invece certamente oggetto di sindacato "nelle sue forme, nella sua ampiezza e nella sua consistenza, nella sua intensità, nella sua efficienza e nella sua efficacia, nella corrispondenza agli obiettivi prefigurati e da perseguire nei suoi limiti e, magari, nelle garanzie comunque da assicurare"⁴⁰. Come viene sottolineato, le eccezioni permesse, con riguardo a tutti i settori soggetti a monopolio o in cui vigano diritti speciali o esclusivi, debbono trovare il proprio fondamento nella "necessità", con la conseguenza che non appaiono consentiti interventi autoritativi di lungo periodo, ritenuti fonte di regimi discriminatori o di abuso di posizione dominante o, ancora, di accordi restrittivi della concorrenza⁴¹. Analoga considerazione può farsi in relazione alla gestione dei servizi pubblici, anche locali, dove non è in discussione – né del resto lo è mai stata – l'ascrivibilità al soggetto pubblico della responsabilità dell'erogazione ma viene sottolineata l'esigenza che nella realizzazione del servizio si abbia come guida non solo il principio di economicità ma anche quelli di efficienza ed efficacia⁴².

7. Le "prospettive" dell'intervento ex art. 43 Cost. dello Stato nell'economia

La breve analisi sin qui svolta ha evidenziato come in Italia la presenza pubblica nell'economia abbia nel tempo mutato forma e dimensioni ma abbia conservato una propria significatività nel complessivo sistema produttivo nazionale. È stato tuttavia da più parti sottolineato come la riduzione, seppure per certi aspetti solo percepita, della presenza nell'economia avviata negli anni 90 e l'affidamento al mercato della gestione di settori strategici e di servizi pubblici essenziali abbiano diffuso la percezione di una sostanziale rinuncia dello Stato al proprio ruolo politico e storico di promotore dell'uguaglianza, di garante dei diritti sociali e di attore dello sviluppo economico⁴³. E, nel contempo, va sottolineato come

⁴⁰ Cfr. F. GABRIELE, *Premessa introduttiva*, in F. GABRIELE (a cura di), *Il governo dell'economia tra "crisi dello Stato" e "crisi del mercato"*, Bari, 2005, p. 10.

⁴¹ Sul punto cfr. F. FURLAN, *Articolo 43*, cit., p. 285.

⁴² Sul punto cfr. G.M. SALERNO, *L'efficienza dei poteri pubblici nei principi dell'ordinamento costituzionale*, Torino, 1999; L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, 2002; C. PAGLIARIN, *Autonomia, efficienza, responsabilità. Lineamenti costituzionali*, Torino, 2007; M. MORCIANO, *L'efficacia dell'azione pubblica: preferenze individuali, interesse pubblico e servizi*, in *Amministrazioneincammino*.it, 4/2010.

⁴³ Secondo tale visione, quindi, la tutela dei diritti garantiti mediante l'erogazione dei servizi pubblici di interesse economico generale, sarebbe svilita da ottiche meramente imprenditoriali finalizzate al mero profitto. Anche per una ricostruzione della problematica, cfr. A. LUCARELLI, *Il nuovo governo delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico-generale: profili giuspubblicistici*, in F. FIMMANÒ (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento e disciplina alla luce del Testo Unico*, Milano, 2017.

anche a livello europeo si avverte in modo crescente l'esigenza di porsi nella prospettiva della realizzazione di una economia sociale di mercato, nella quale i singoli Stati e l'Unione europea agiscono in sinergia nella definizione sia degli obiettivi economico-sociali da perseguire sia delle forme che l'intervento pubblico deve assumere in tale contesto⁴⁴. Anche per questo, come è stato sottolineato, in ossequio a quanto stabilito prima dall'articolo 3 del Trattato di Maastricht e da ultimo dal Trattato di Lisbona⁴⁵, viene ritenuto improcrastinabile che l'Unione si orienti verso un modello di economia “*non meramente liberale e di mercato, ma anche sociale di mercato in grado di rispondere alle molteplici sfide che deve subire da parte dei processi di globalizzazione*”⁴⁶.

L'insieme di questi elementi fa emergere la condivisibile esigenza di un ripensamento di alcuni automatismi, della presenza pubblica dell'economia, affermatasi in questi anni ma non sembra poter produrre un mero (peraltro non auspicabile) ritorno al passato. In questa ottica, se da un lato, in una economia globalizzata non appare prospettabile la nazionalizzazione di settori quali quello bancario o siderurgico (per riferire di settori interessati dall'attuale dibattito politico italiano), appare ragionevole ritenere che la riserva sulla produzione di energia nucleare (seppure oggi sterilizzata dal secondo referendum in materia del 2001) sia ancora operativa, come pure, come già sottolineato, il settore elettrico – seppure liberalizzato – vede ancora una significativa presenza di società partecipate pubbliche, in considerazione della sua strategicità. Anche il settore dei servizi pubblici essenziali, soprattutto a livello locale, è ancora fortemente caratterizzato dalla presenza pubblica, seppure nella pluralità delle forme di gestione. Anzi, nonostante l'approvazione nel 2016 del *Testo unico sulle società partecipate*, che sembrava voler indirizzare in modo netto questo settore verso il mercato, non mancano arresti giurisprudenziali che considerano legittime le scelte di enti locali che optano per il ricorso a forme pubblicistiche (in particolare “aziende speciali”), ritenendo che tali scelte rientrino nella discrezionalità politica dell'ente, pur con l'obbligo di una approfondita motivazione di questa opzione. E, nel caso oggetto di una recente sentenza, sono state considerati idonei ad assolvere tale onore motivazionale da un lato il maggior controllo esercitabile dall'ente pubblico sulla qualità del servizio erogato – rispetto alla possibilità di esercitare

⁴⁴ Cfr. P. BILANCIA, *The social market economy model between the Italian Constitution and the European Treaties*, cit., p. 97.

⁴⁵ Al riguardo vi è chi ritiene che, con questo Trattato, l'Unione abbia abbandonato la sua originaria ispirazione squisitamente economicistica. Così, tra gli altri, G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, 2012, p. 10.

⁴⁶ Così G. LUCHENA, *La socialità comunitaria e i “valori-base” della Costituzione, nel prisma dell'economia sociale di mercato: spunti di riflessione*, in AA.VV., *Studi in onore di Francesco Gabriele*, cit., pp. 601 ss.; sul punto cfr. anche F. SCUTO, *Il Governo dell'economia nello Stato regionale italiano tra riforme costituzionali e crisi economica: l'indissolubile legame con i principi di solidarietà, eguaglianza e tutela dei diritti sociali. Possibili “spunti” per una costruzione federale europea*, in F. BALAGUER CALLEJÓN-M. AZPITARTE SANCHEZ-E. GUILLEN LOPEZ-J.F. SANCHEZ BARILLAO (a cura di), *The reform of the European Union economic governance and the progress of political integration – La reforma de la gobernanza económica de la Union Europea y el progreso de la integración política*, cit., p. 98.

analoga azione nei confronti della società affidataria – e dall’altro il risparmio della percentuale di utile da riconoscere alla società concessionaria, idonea a compensare il preventivato maggior costo del servizio erogato dall’azienda speciale (auspicabilmente solo nel periodo dell’avviamento)⁴⁷.

Come appare evidente, le opzioni, contenute nell’art. 43 Cost., possono quindi essere considerate teoricamente ancora percorribili ma nella consapevolezza che l’attuale contesto normativo presenta, rispetto al passato, una maggiore attenzione per la responsabilità *contabile* (in un sistema ormai particolarmente attento all’equilibrio dei bilanci e al controllo dei conti), *amministrativa* e, per quanto qui rileva, soprattutto *politica* di chi è chiamato ad operare questa scelta. Il ricorso a quello che oggi possiamo definire il modello *in house* (sia in forma societaria, sia di azienda pubblica) non può, infatti, né far venire meno l’esigenza della trasparenza dell’azione gestionale ed amministrativa, né la sua efficienza, efficacia ed economicità che non sono semplicemente elementi di buona amministrazione, bensì anche scelte di equilibrata ripartizione degli oneri tra i componenti della comunità odierna e, non meno importante, tra quest’ultima e le generazioni future⁴⁸. L’esperienza del passato, il dato oggettivo dei deficit accumulati da

⁴⁷ Il riferimento è alla sentenza del Consiglio di Stato, V sezione, n. 5444 del 2019 con la quale, per la parte che qui rileva, i giudici hanno ritenuto legittima la scelta di un comune di affidare ad una azienda speciale un servizio prima gestito da una società partecipata dal comune stesso. Nell’interpretazione del Collegio, il divieto, contenuto nell’art. 14, comma 6, d.lgs. 19 agosto 2016 n. 175, di assumere e/o mantenere l’organizzazione e la gestione del servizio attraverso enti partecipati, in caso di dichiarazione di fallimento della società controllata precedente gestore del servizio, va interpretata nel senso che non è possibile costituire una nuova società ma non preclude la possibilità di provvedere all’erogazione del servizio mediante la costituzione di un’azienda speciale e, più in generale, attraverso forme di gestione diverse dalla società a partecipazione pubblica, come pure decidere di rivolgersi al mercato con una procedura di gara. Come viene sottolineato nella sentenza, “il divieto ha ad oggetto la costituzione di “nuove società”, come pure l’acquisizione di partecipazioni societarie e il loro mantenimento; l’espresso riferimento ad una delle modalità di gestione del servizio pubblico – la società a partecipazione pubblica (che a gestire un servizio pubblico può servire per l’art. 4 del d.lgs. 175 cit.) – porta ad escludere dal divieto le altre modalità, per la presunzione dell’uso preciso e consapevole da parte del legislatore dell’espressioni contenute nelle norme (argomento del c.d. legislatore consapevole, cfr. Cass. civ., Sez. Unite, 8 novembre 2018, n. 28575, ma sin da Corte cost., 18 ottobre 1995, n. 440)”. Questa sentenza si inserisce peraltro in un filone interpretativo, volto a riconoscere piena libertà di scelta all’ente territoriale in merito alla scelta della modalità di gestione di un servizio. Cfr. in questa direzione la sentenza della Corte di Cassazione, sezioni unite civili, n. 20684 del 2018. In senso dubitativo, invece, si è espresso sempre il Consiglio di Stato, V sezione, che con ordinanza del 14 gennaio 2019, ha sottoposto alla Corte di Giustizia dell’Unione europea, a mezzo rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, la questione della compatibilità delle previsioni del diritto nazionale italiano – che pongono gli affidamenti *in house* in una posizione subordinata rispetto all’affidamento che avvenga mediante selezione del contraente con procedura di gara – con i principi e le disposizioni del diritto dell’Unione europea (ed, in particolare, con l’art. 2 della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull’aggiudicazione dei contratti di concessione) che, per il principio di libera organizzazione delle pubbliche amministrazioni, sembrano comportare una piena equiordinazione fra le diverse modalità di assegnazione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche, se non addirittura la prevalenza logica del sistema di autoproduzione rispetto ai modelli di esternalizzazione.

⁴⁸ Il tema della responsabilità inter e infra generazionale, e della possibile configurazione di diritti in capo delle generazioni future idonei a limitare l’azione di quella presenta, è un tema che solo in tempi recentissimi sta acquistando spazio, peraltro limitato, nel dibattito politico, pur essendo presente da tempo nella riflessione giuridica. Cfr., tra gli altri, C. ZANGHÌ, *Per una tutela delle generazioni future*, in *Jus*, 1999, p. 636; R. BIFULCO, *Diritto*

questi organismi e dagli enti che li controllano sono elementi che non possono essere trascurati nell'assunzione di queste decisioni⁴⁹.

Occorre quindi ragionare di perseguimento di fini sociali, di utilità sociale, che rappresentano la ragion d'essere dell'intervento pubblico dell'economia, partendo dal dato giuridico, economico e sociale vigente. Più che ad una nuova mera ri-attribuzione di fiducia alle forme pubblicistiche, che non hanno dato particolare prova di efficienza non solo in riferimento alla libera circolazione dei servizi ma anche e soprattutto all'esigenza di garantire l'economicità e l'efficienza della gestione, occorre essere in grado di adottare valutazioni e scelte attente, volte per volta, al servizio da erogare, alle finalità generali da perseguire e ai mezzi a disposizione, anche sul piano delle competenze necessarie per pianificare, gestire ed erogare efficientemente e con qualità i servizi. Al tempo stesso occorre essere consapevoli che, indipendentemente dal modello di gestione prescelto, ci si trova dinanzi all'utilizzazione di un bene pubblico (strade, ferrovie, acqua) del quale occorre garantire alla comunità non solo la migliore fruizione possibile bensì anche la massima utilità⁵⁰.

e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale, Milano, 2008; M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in R. BIFULCO-A. D'ALOIA, *Un diritto per il futuro*, Napoli, 2008, pp. 423 ss.; A. PAPA - G. PALOMBINO, *Abuso del diritto e responsabilità intergenerazionale: prime note di una riflessione in divenire*, in L. CARPENTIERI (a cura di), *L'abuso del diritto. Evoluzione del principio e contesto normativo*, Torino, 2018. La Corte costituzionale, dal canto suo, ha fatto ricorso a questo, al momento assai vago, concetto in alcune sue sentenze e in particolare nella recente sentenza n. 18 del 2019, nella quale ha dichiarato incostituzionale la disposizione legislativa, contenuta nell'art. 1, comma 714, della legge 28 dicembre 2015, n. 208 che consentiva agli enti locali di modulare in un arco trentennale il piano di rientro da una situazione di pre-dissesto per violazione del diritto delle generazioni future a non essere gravate da un debito frutto di scelte politiche e amministrative lontane nel tempo. Per un commento a questa sentenza cfr. G. PALOMBINO, *La solidarietà generazionale alla luce della sentenza n. 18 del 2019 della Corte Costituzionale*, in *De Iustitia*, 2/2019, pp. 205 ss.. Il legislatore ha provveduto a dare seguito a questa sentenza modificando, con la l. 28 giugno 2019, n. 58 (di conversione del d.l.30 aprile 2019, n. 34, cd. Decreto Crescita), l'art. 243-bis del Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, diversificando la durata massima del piano di rientro (che può comunque arrivare in alcuni casi fino a venti anni).

⁴⁹ Gli enti locali, che come sottolineato rappresentano i principali erogatori di servizi pubblici, vedono i propri bilanci fortemente condizionati, nella maggior parte dei casi in negativo, dall'onere di sostenere le imprese pubbliche (latamente intese nel senso in cui in questo scritto) erogatrici dei servizi stessi.

⁵⁰ Il riferimento è, ad esempio, all'esigenza che i canoni di concessione siano adeguati al valore economico del bene offerto o che nel caso dello statuto di società pubbliche sia definito in qualche misura il reinvestimento a favore della rete infrastrutturale sottostante.