



L'impresa pubblica nella Costituzione economica italiana*

di Vincenzo Cerulli Irelli

1. Premessa: l'intervento pubblico nell'economia tra il vecchio e il nuovo ordinamento.

L'intervento pubblico nell'economia, attraverso imprese pubbliche organizzate nelle diverse forme previste dall'ordinamento (aziende pubbliche, enti pubblici economici, società per azioni a partecipazione pubblica) è stato assai cospicuo nella nostra esperienza positiva, quasi pervasivo in determinati settori, investendo massicciamente le attività di servizio pubblico spesso in posizione monopolistica ed operando anche al di fuori di queste attività, in settori di mercato in concorrenza con operatori privati. Da una parte, lo Stato operatore in via esclusiva nella produzione e nella distribuzione dell'energia elettrica o del gas, o nella coltivazione degli idrocarburi, o nella telefonia; dall'altra parte lo Stato fabbricante di panettoni o di automobili o costruttore edile, in concorrenza con i privati (1).

Questa situazione si è venuta radicalmente modificando, negli ultimi anni, attraverso i fenomeni delle privatizzazioni (alienazione progressiva di parti consistenti dell'azionariato pubblico, smantellamento del sistema organizzativo delle partecipazioni statali) e delle liberalizzazioni (che hanno investito i principali servizi aprendo alla concorrenza le relative attività economiche e, in alcuni casi, ritraendo del tutto o in gran parte la presenza pubblica da essi) (2).

I fenomeni sono tuttavia in corso, come è noto, e non possono dirsi compiuti anche se ormai irreversibili. Essi trovano la loro radice non solo in mutati orientamenti della politica economica e finanziaria dei governi che si sono succeduti negli ultimi anni (dal primo Amato in giù, si direbbe) dovuti anche ad esigenze di riequilibrio della

* Nota elaborata per il gruppo di studio di Astrid su "La Costituzione economica a 60 anni dalla Costituzione".

finanza pubblica e di contenimento del debito (esigenze ancora del tutto insoddisfatte); ma anche in un diverso assetto del sistema costituzionale venutosi a delineare per effetto dell'erompere del diritto europeo, dal momento in cui i principi scritti nei Trattati sono divenuti senz'altro operativi, attraverso la normazione europea applicativa (secondaria) e soprattutto la giurisprudenza della Corte di giustizia. Da qui una serie di principi (di rango costituzionale) che via via si sono imposti agli ordinamenti degli Stati membri, e segnatamente al nostro, parecchio distante da quei principi, modificandone la costituzione economica.

Ciò ha prodotto (sta producendo) una trasformazione rilevante del ruolo dell'impresa pubblica, presenza dominante da noi nei primi decenni dell'esperienza dello Stato costituzionale, supportata peraltro dalla normativa della stessa Carta, e adesso in principio marginale e recessiva (anche se di fatto ancora cospicua); una diversa configurazione dei servizi pubblici come attività consistenti in prestazioni rese ai cittadini anche in forma economica (e perciò attraverso imprese), prima espletate per regola dai pubblici poteri attraverso proprie strutture operative ed adesso gestite da operatori indifferentemente pubblici o privati, ma tendenzialmente privati, sottoposti ad obblighi di servizio imposti e regolati dai pubblici poteri; un ridimensionamento del ruolo di questi ultimi (dello Stato) ricondotti si direbbe alla loro posizione originaria di soggetti esercenti funzioni pubbliche (di regolazione, di direzione, di sanzione) piuttosto che gestori diretti di servizi attraverso operazioni e prestazioni.

In questo nuovo scenario emerge la necessità di distinguere, al fine di delimitare i giusti confini del "pubblico", cioè della sfera di azione propria dei pubblici poteri, l'economico dal sociale, se così può dirsi; le attività che in quanto necessarie in un determinato assetto di vita della società devono essere rese ai cittadini (servizi pubblici), nella forma di attività economiche, (e a fronte di esse, il pubblico recede ai compiti di regolazione); dalle attività che viceversa non sono rese in forma economica (non possono essere rese in tale forma, ovvero si ritiene che non debbano essere rese in tale forma) ed in esse il pubblico resta operatore e gestore delle prestazioni. In tale settore si situano i cd. servizi sociali, noti nella nostra legislazione positiva, e da ultimo emersi anche nell'ambito delle politiche europee (3).

2. L'impresa pubblica nella Costituzione economica: dal diritto costituzionale interno al diritto europeo.

2.1. Art. 41 Cost.

Nella Costituzione italiana, com'è noto, l'art. 41, al 3° co., prevede che "l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali", mediante la determinazione per legge di programmi e controlli opportuni.

Questa norma, situata in un contesto che costituisce il fondamento costituzionale dell'autonomia privata, equipara le imprese pubbliche e le imprese private ("l'attività economica", infatti, ad entrambe è riferita); consentendo che possano essere sottoposte a regimi particolari, derogatori evidentemente rispetto al regime comune dell'attività di impresa, perché possano essere realizzati determinati fini sociali.

Mentre l'art. 42, 1° co., stabilisce a sua volta che i beni economici appartengano allo Stato, ad enti o a privati, affermando in tal modo il principio, proprio di una economia mista, che l'attività economica (quella che si svolge per regola attraverso imprese) possa essere svolta da soggetti indifferentemente pubblici o privati.

L'antico principio sancito dal codice di commercio (ma già del tutto superato nell'evoluzione dell'ordinamento) inteso al divieto per gli enti pubblici di esercitare attività di impresa ("non possono acquistare la qualità di commercianti": art.7) viene così definitivamente accantonato.

Ma l'art. 41, nel principio stabilito al primo comma, garantisce anzitutto la libertà dell'iniziativa economica privata (che presuppone, appunto, l'autonomia negoziale dei privati), la quale non può essere limitata dalla legge (mediante obblighi e vincoli) se non per evitare che il suo (libero) esplicarsi si ponga in contrasto con esigenze superiori (la sicurezza, la dignità umana, etc.).

E' da ritenere condivisibile la posizione di coloro che ritengono che nella norma ci sia già (si direbbe *ante litteram*) la garanzia e la tutela della libertà di mercato, come il luogo nel quale, appunto, la libera iniziativa economica si manifesta e si svolge; e sul quale il legislatore ha la possibilità di intervenire correttivamente, "nel limite in cui il perseguimento di un fine sociale collettivamente riconosciuto lo imponga" (4).

Solo al 3° comma compaiono le imprese pubbliche; come quelle che, al pari delle imprese private, possono essere assoggettate a programmi e controlli perchè la relativa attività "possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali". La norma, che è

stata intesa per lungo tempo nel suo significato estensivo, come la base costituzionale della programmazione economica (da ritenere ormai superata in questa accezione) (5) nonchè come quella nella quale si fonda il concetto dei servizi pubblici in senso oggettivo (attività nelle quali operatori pubblici e operatori privati agiscono sotto il controllo pubblico, poichè presentano interesse generale) (6), abilita il legislatore a sottoporre in determinati settori, imprese pubbliche e private, equiparate tra loro, a determinati obblighi e vincoli perchè possano essere perseguiti determinati fini sociali.

La dizione “fini sociali” (che compare in Costituzione, solo nell’art. 41), da ritenere sostanzialmente coincidente con quella di “utilità sociale” di cui allo stesso art. 41, nonché con quella di “utilità generale” di cui all’art. 43, indica nozioni e oggetti diversi tra loro, nella cui determinazione il legislatore è vincolato da altre norme costituzionali (e adesso, come si vedrà segnatamente dai principi dell’ordinamento europeo). Indica anche i fini che caratterizzano le attività di servizio pubblico; intendendosi con questa espressione le attività ritenute in un determinato momento storico e in un determinato contesto sociale, necessarie nell’interesse della collettività; al di là di quelle ascritte alla pubblica amministrazione in senso stretto (7).

Esse perciò devono essere esercitate in maniera tale da consentire, almeno tendenzialmente, l’accesso ad esse (poterne usufruire), a tutti i membri della collettività medesima. Attività a carattere economico o non economico, esercitate o meno in forma imprenditoriale, da parte di soggetti pubblici o privati. Ma nella norma sono contemplate le attività economiche; chè solo per queste si pone un problema di deroga alle comuni regole del mercato, mentre le altre, almeno nella concezione del nostro costituente, rientrano senz’altro nella pubblica amministrazione, nelle varie forme in cui essa si articola.

2.2. Fini sociali dell’impresa pubblica

Fini sociali dell’impresa (di una impresa) si possono considerare i fini (come obiettivi della propria azione) che l’impresa stessa si pone o che ad essa vengono imposti dall’esterno (ad esempio dalla legge o da atti dell’autorità amministrativa) diversi ed ulteriori rispetto a quelli propri della attività imprenditoriale, cioè di una attività economica (intesa alla realizzazione di un profitto) esercitata professionalmente mediante la produzione o lo scambio di beni o di servizi (art. 2082 cod. civ.). Fini cioè,

che secondo le esigenze proprie delle attività economiche nelle quali si realizza l'impresa, non verrebbero perseguiti. Le relative azioni non verrebbero poste in essere, perchè appunto non necessarie o senz'altro superflue e finanche contrastanti con le finalità proprie dell'impresa; anche soltanto per i mezzi finanziari che vengono distolti, in conseguenza, da codeste finalità.

Il perseguimento di fini sociali, da intendere in tal modo, appaiono (si direbbe naturalmente) propri dell'impresa pubblica; cioè dell'impresa che appartiene allo Stato o ad altro pubblico potere (da intendere, nell'ordinamento italiano, secondo la classificazione dell'art. 114, Cost., come enti del governo territoriale) o ad enti pubblici (accomunati ai primi, nell'accezione dell'ordinamento europeo) (8); sulla quale cioè, essi esercitano un'influenza dominante (nel senso stabilito dalla normazione comunitaria e recepito nell'ordinamento interno (art. 2, d.l.vo n. 333/03). Ciò perchè si presume che lo Stato e i pubblici poteri, che sono organizzazioni serventi gli interessi della collettività, allorchè creano e gestiscono un'impresa, ancorchè dotata delle caratteristiche sue proprie (cioè quelle indicate dal codice) lo facciano, appunto, al fine di servire interessi della collettività, quali che essi siano, e non per meri scopi di profitto; anche se non si può escludere che, in determinate circostanze, anche meri scopi di profitto, meri fini economici coincidano con interessi della collettività, producendo risorse finanziarie utilizzabili a loro volta a fini sociali: si pensi alla categoria dei monopoli fiscali, la cui esistenza si giustifica proprio per la finalità di "procurare allo Stato o ad altri enti pubblici delle entrate" (9).

Effettivamente, se si guarda all'esperienza storica dell'impresa pubblica nel nostro Paese, la gran parte delle imprese pubbliche sono nate per far fronte a determinate esigenze di carattere sociale (o di utilità generale, se si vuole): e segnatamente per la gestione di servizi pubblici, come attività (anche economicamente rilevanti) caratterizzate come si è detto.

Tuttavia, non si può dire che nel nostro ordinamento sia presente un principio (né che lo fosse stato in passato) secondo il quale possano istituirsi imprese pubbliche soltanto laddove ciò sia richiesto da ragioni di interesse pubblico (o di utilità generale o sociale); e soltanto laddove l'iniziativa economica privata non sia presente. L'art. 9 della Carta del lavoro del 1927, orientato in tal senso ("l'intervento dello Stato nella produzione economica ha luogo soltanto quando manca o è insufficiente l'iniziativa

privata e quando sono in gioco gli interessi politici dello Stato”) sembra essere rimasto, anche all’epoca, lettera morta (10).

Invero, la presenza di imprese pubbliche sul mercato, accanto alle imprese private, si è via via formata, si direbbe casualmente, in molti settori a prescindere dalla presenza privata; mentre, in altri importanti settori, l’iniziativa economica pubblica è stata avanzata da intenti di carattere sociale. D’altra parte, l’art. 42, al 1° co., come s’è ricordato, contempla la presenza pubblica nell’economia, del tutto a prescindere da tali intenti.

Né si può dare rilievo sul punto, alla previsione di uno statuto particolare delle società in mano pubblica, ai sensi del codice, in ordine alla disciplina organizzativa di dette società (art. 2449), tuttavia del tutto accomunate alle altre, quanto alla loro finalizzazione imprenditoriale. Mentre le società “di interesse nazionale” del codice possono essere indifferentemente, com’è noto, pubbliche o private (art. 2451).

In conclusione, su questo primo punto, secondo l’impostazione dell’art. 41 Cost., imprese pubbliche ed imprese private sono accomunate nella configurazione istituzionale e nella disciplina; entrambe possono essere sottoposte a programmi e controlli pubblici (cioè della pubblica autorità, oggi si direbbe delle autorità di regolazione) per finalità sociali. E allo stesso tempo, imprese pubbliche possono essere istituite ed operare al di fuori di dette finalità, in concorrenza con imprese private, negli stessi settori di mercato.

2.3. Art.43 Cost.

Di diverso tenore è l’art. 43, nel quale compaiono espressamente i servizi pubblici (quelli essenziali, e perciò più importanti, di maggior rilievo nell’ambito della comunità nazionale); servizi pubblici a carattere economico che, per la loro importanza, ovvero al fine di far fronte a situazioni di monopolio (da intendere privato) che si siano verificate o che si possano verificare, ovvero per far fronte a esigenze di approvvigionamento energetico del Paese, possono essere riservati in favore di soggetti pubblici, i quali si configurano come imprese (imprese pubbliche, perciò). La norma costituzionale, in questo caso, privilegia evidentemente l’impresa pubblica; come quella cui, almeno tendenzialmente, i servizi pubblici a carattere economico di maggiore importanza per il Paese debbono essere riservati. E anzi, la norma considera in qualche

modo fisiologico il monopolio nell'esercizio di queste attività, purchè si tratti di monopolio affidato a un soggetto pubblico (11).

Qui l'impresa pubblica è vista come quella che rompe il mercato, escludendo dal suo ambito di attività le altre imprese, per la realizzazione di fini ritenuti dal legislatore come "di utilità generale". Attraverso questa norma, il legislatore costituzionale prendeva atto di orientamenti consolidati dell'ordinamento positivo, nel quale in determinati settori operavano imprese pubbliche e imprese private insieme sul mercato (secondo lo schema dell'art. 41), ma in altri settori operavano imprese pubbliche cui erano conferite, sia a livello nazionale che locale, posizioni di esclusivo monopolio.

Queste posizioni venivano così legittimate dalla normativa costituzionale, purchè rispondessero alle condizioni ivi previste. E successivamente, com'è noto, la norma è stata utilizzata per altre importanti operazioni di riserva pubblica di attività economiche. Tra tutte è importante quella delle attività di produzione, commercializzazione e trasporto dell'energia elettrica (12).

Con riferimento ai servizi pubblici essenziali, la norma è ispirata invero ad una concezione pubblicistica delle attività che a codesta nozione si possono ascrivere che la fa apparire desueta. Dietro la norma c'è infatti l'idea che la garanzia delle esigenze proprie del servizio pubblico sia assicurata dal suo affidamento ad un soggetto imprenditoriale pubblico che possa operare in regime di monopolio (cd. riserva originaria).

Mentre nel modello dell'art 41, come si è appena visto, le attività di servizio pubblico (che sicuramente rientrano tra quelle di cui al 3° co.) possono essere affidate indifferentemente ad imprese pubbliche e private sottoposte entrambe a programmi e controlli, nel modello dell'art. 43 l'esercizio dei principali servizi è contemplato come proprio dell'impresa pubblica in forma monopolistica. Ed entrambi i modelli hanno avuto, com'è noto, ampia applicazione nella nostra esperienza positiva, la quale si caratterizza infatti per la presenza, in molteplici settori di attività di servizio pubblico, di imprese pubbliche e private, entrambe soggette ad un sistema assai penetrante di controlli pubblici (e l'attività delle imprese private in questi settori, normalmente assoggettata al regime concessorio o autorizzatorio); e allo stesso tempo, vede la presenza, in settori di attività economica assai rilevanti e dotati di grande rilievo

pubblico (servizi pubblici essenziali), di grandi imprese pubbliche, cui le attività stesse sono riservate in via esclusiva.

Questa impostazione del nostro sistema positivo si rileva nel periodo anteriore alla Costituzione (che la Costituzione recepisce nei suoi principi) nonché nel periodo posteriore; un sistema tradizionalmente qualificato come sistema ad economia mista, ma invero fortemente orientato in favore della presenza pubblica nell'economia, tanto nelle attività economiche sottoposte alle normali regole del mercato, che nelle attività economiche caratterizzate dal perseguimento di scopi di interesse generale (perciò *grossomodo* ascrivibili alla nozione di servizio pubblico).

2.4. Principio del libero mercato e regole di concorrenza nel Trattato europeo

Questi principi costituzionali (al loro interno invero contraddittori), nel vigente ordinamento devono confrontarsi con i principi che nella nostra materia, pone il Trattato europeo, e ancora più incisivamente la giurisprudenza della Corte di giustizia. Da queste fonti emerge un vero e proprio *corpus* normativo che in virtù della nota impostazione circa i rapporti tra diritto interno e diritto europeo, si configura come un *corpus* di principi di rango costituzionale (come tali vincolanti l'attività legislativa interna) (13).

Il principio del libero mercato espresso con la nota forma del “mercato aperto ed in libera concorrenza” (art. 4), investe tutto il sistema della costituzione economica europea e comporta l'applicazione, in via di principio e salve deroghe consentite dallo stesso diritto europeo, a tutte le imprese, a prescindere dal settore e dal tipo di attività espletata, nonché dalla loro appartenenza, di una serie di regole: cd. “regole del mercato”(14)

Ciò è affermato, com'è noto, dalla norma fondamentale di cui all'art. 86, 1° parg. (norma nella quale compare nel Trattato la nozione di impresa pubblica, che ricompare nelle norme introdotte dal Trattato U.E. relative al divieto di facilitazioni finanziarie; artt. 101, 102, 103): nessuna misura contraria alle norme del Trattato, e segnatamente, a quelle appena citate poste a tutela del mercato può essere adottata dagli Stati (introdotta, mantenuta ferma) nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi (15).

Tutte le imprese e perciò anche le imprese pubbliche, sono dunque soggette nell'ambito del diritto europeo alle regole del mercato. Questo principio non trova riscontro nella nostra Costituzione, nonostante l'equiparazione dell'art. 41, 3° co., di cui s'è detto. L'affermazione che imprese pubbliche e private possono essere, entrambe, sottoposte a fini sociali, significa, nel nostro contesto, che a tali obblighi e vincoli possono essere sottoposte anche le imprese private; ma non che le imprese pubbliche non possano usufruire, in quanto tali, di regimi differenziati e privilegiati, nell'ambito del mercato. Anzi, l'art. 43 afferma il principio opposto, sia pur con riferimento ai casi ivi espressamente previsti, e cioè che le imprese pubbliche possano in quei casi dettati usufruire di regimi differenziati e privilegiati nell'ambito dell'attività di impresa.

Possiamo invero affermare che nella materia in esame il diritto europeo ha preso il posto del diritto interno; nel senso che con i suoi principi (alcuni chiari ed altri meno chiari e più perplessi), ne copre tutto l'ambito; il che significa che i nostri principi costituzionali, intanto possono trovare applicazione in quanto siano conformi; e per la parte difforme essi, almeno allo stato, non possono trovare applicazione (il che non significa, com'è noto, che le relative norme siano abrogate).

Ciò comporta che la legittimità delle leggi nazionali che regolano la materia, nonché delle singole azioni dei Governi, sfuggono al sindacato del giudice nazionale (anche del giudice costituzionale interno) per transitare nella competenza del giudice europeo. Peraltro, i principi costituzionali nella nostra materia (la c.d. costituzione economica) non si ascrivono a quelli "fondamentali del nostro ordinamento costituzionale" che in quanto tali non sarebbero derogabili da norme dell'ordinamento europeo (secondo la nota impostazione della giurisprudenza costituzionale) (16).

Che i pubblici poteri (nella definizione di cui alle direttive citate) secondo il diritto europeo, possano farsi imprenditori, cioè operare nell'economia mediante imprese (pubbliche) è da ritenere pacifico. Anzi, diciamo pure che l'ordinamento europeo, sul punto, "si sfilà": spetta agli Stati membri stabilire il regime delle proprietà (e perciò anche della proprietà delle imprese) ai sensi dell'art. 295. Ciò è da intendere nel senso che imprese pubbliche possono esserci o non esserci, accanto alle imprese private, sul mercato, a seconda delle decisioni dei singoli Stati. Questo non significa (ovviamente) che gli Stati possano decidere che tutte le imprese operanti sul mercato debbano essere in mano pubblica, sia pure in concorrenza tra loro; chè ciò, a tacer

d'altro, contrasterebbe col principio del libero mercato di cui all'art. 4. Sul punto, si afferma da ultimo, da autorevole dottrina, che “un regime viene riconosciuto come di “mercato” solo se la prevalenza della sfera privata su quella pubblica sia effettivamente dominante” (17).

Ma il primo principio che deriva dai Trattati nella nostra materia, è appunto il principio del libero mercato. Le attività economiche espletate attraverso le imprese seguono le cd. regole del mercato, che, *grossomodo* consistono in ciò: che le imprese, plurime in ogni settore di mercato, possano competere tra loro lealmente, in posizione di parità, senza che nessuna possa abusare della propria posizione dominante e nessuna sia privilegiata nella sua posizione sul mercato e quindi nella concorrenza con le altre, da interventi esterni di carattere pubblico (diritti speciali o esclusivi, aiuti di Stato nelle varie forme possibili) tali da sfalsare, appunto, le regole della concorrenza .

Disciplina assai complessa, questa, com'è noto, le cui teste di capitolo sono contenute negli artt. 81 ss., “regole applicabili alle imprese” (da noi svolte dalla l. n. 287/90) e negli artt. 87 ss. del Trattato (disciplina degli aiuti di Stato).

Questa disciplina si estende a tutte le imprese, a prescindere dalla loro appartenenza: ciò è evidente nei principi, ma il Trattato sottolinea con forza, si direbbe, questo punto, laddove afferma che gli Stati non possono avere regimi privilegiati (misure contrarie alle norme del Trattato, segnatamente quelle appena ricordate) per le imprese pubbliche nonchè per le imprese cui sono riconosciuti “diritti speciali o esclusivi” (art. 86, 1° par.). Dalla norma sembra invero riconosciuta la possibilità di conferire da parte degli Stati “diritti speciali o esclusivi” a determinate imprese, a prescindere dalle condizioni, di cui subito appresso, poste al 2° par. della norma (ciò che indubbiamente dà luogo a una contraddizione); ma quel che in questa sede interessa, è l'affermazione che tutte le imprese e perciò anche le imprese pubbliche, sono soggette alle regole del mercato (18).

3. Impresa pubblica e pubblica amministrazione: forme organizzative e regime dell'attività

3.1. Intorno allo “statuto” dell'impresa pubblica nell'ambito delle attività dei pubblici poteri.

Una volta che le imprese pubbliche, nell'ambito di questi principi, vengono del tutto equiparate alle imprese private, anche nelle deroghe rispetto alle "regole del mercato" di cui le une e le altre possono usufruire, come subito si vedrà, sulla base dell'art.86 2° par. (laddove siano deputate all'esercizio di servizi di interesse generale), si pone il problema di stabilire lo "statuto" (diciamo così, la posizione istituzionale) dell'impresa pubblica nel nuovo contesto ordinamentale.

Sul punto, si pongono segnatamente due questioni: a) quale sia (debba essere) la forma organizzativa della impresa pubblica, in un sistema nel quale, a differenza di quanto precedentemente accadeva, l'impresa pubblica è tenuta al rispetto delle "regole della concorrenza" (o del mercato) al pari di quella privata (a concorrere su un piano di parità con essa); b) quale sia (debba essere) lo spazio (diciamo così) che nell'ambito dell'attività dei pubblici poteri, deve essere riservato all'impresa, intesa questa come modello organizzativo e insieme come modo di esercizio dell'attività; cioè quali attività dei pubblici poteri debbono essere esercitate in forma di impresa, e perciò assoggettate alle "regole del mercato" e destinate a competere con le imprese private, e quali viceversa possono essere esercitati nelle forme della pubblica amministrazione e dunque sottratte alle "regole del mercato".

3.1.1. Sulla prima questione, si ricorda che la forma organizzativa dell'impresa è passata nella nostra esperienza, dal tipo del tutto prevalente dell'ente pubblico economico, al tipo, a sua volta oggi prevalente, della società per azioni. Sul punto, non si rinvencono nel diritto interno e neppure nel diritto europeo, specifiche preclusioni. E' da ritenere invero che ogni forma sia consentita (atipicità delle forme organizzative dell'impresa) purchè compatibile con i principi del Trattato. Infatti l'unica norma che si rinviene nel Trattato sul punto, a proposito del diritto di stabilimento, norma che ha ad oggetto le "società" (da intendere come le organizzazioni tipicamente deputate all'esercizio dell'attività economica in forma non individuale) accomuna in unico contesto le società di diritto civile e di diritto commerciale, nonché "le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato" (art. 48), perciò anche quelle che non hanno le forme tipiche dell'impresa secondo i canoni privatistici; ciò che comprende gli enti pubblici e altre organizzazioni di diritto pubblico. Mentre vi fanno

eccezione le “società che non si prefiggono scopi di lucro” (con ciò ammettendo l'utilizzo di tali forme organizzative anche per attività non economiche).

Le “società” di cui alla citata norma, con esclusione di quelle che “non si prefiggono scopi di lucro” devono essere disciplinate in modo tale (secondo altra norma, sempre a proposito del diritto di stabilimento, questa tuttavia non espressamente richiamata a proposito dei servizi) da assicurare le garanzie richieste “per proteggere gli interessi tanto dei soci come dei terzi” (art. 44, parg. 2°, lett. g)). Ciò pone un problema, evidente: se la forma organizzativa dell'ente pubblico economico, in quanto tale è ammessa (“le persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico”), la relativa disciplina deve essere tale da garantire, al pari di quella delle società commerciali, gli interessi dei soci e dei terzi. Per quanto riguarda i soci, non sembra vi siano problemi: l'ente pubblico economico non ha soci, ed opera sulla base di un fondo di dotazione stanziato dall'ente che lo ha costituito (e al quale appartiene, se così può dirsi); ma per quanto riguarda i terzi, emergono due deroghe vistose al diritto comune che caratterizzano la disciplina di questi enti: il particolare regime dei beni, che sono sottratti, come è noto, alle comuni regole della responsabilità patrimoniale, nei confronti dei creditori, laddove destinati agli scopi di servizio propri dell'ente o a sua sede (art. 830 cod. civ.), ed in secondo luogo, la sottrazione dell'ente alle procedure fallimentari in caso di dissesto (art.1 l. fallim.).

Ma ancora si pone il problema delle risorse finanziarie dell'ente pubblico economico che sono costituite dal fondo di dotazione e da altri finanziamenti pubblici; risorse cioè per le quali non sussiste in capo all'ente un obbligo di remunerazione (come nelle società commerciali) verso coloro che il capitale hanno sottoscritto. E ciò può essere ritenuto un elemento contrastante con la normativa di divieto di aiuti di Stato, di cui si dirà, in quanto potenzialmente atto a “falsare la concorrenza” (art.87 Tratt.)

A proposito delle società già in mano pubblica (imprese pubbliche in senso tecnico) e successivamente privatizzate (e in genere a loro volta derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici), operanti in determinati settori (considerati di rilievo pubblico), si pone il problema della compatibilità con i principi dell'ordinamento europeo dello statuto speciale che in alcuni casi esse conservano in virtù di speciale disciplina. Infatti, il processo di privatizzazione delle imprese pubbliche è stato accompagnato da noi (e non solo da noi, come è noto) dalla conservazione in capo alle

autorità di governo, di “poteri speciali” che consentono di controllare l’assunzione di partecipazioni da parte delle società privatizzate, la conclusione di patti o accordi di sindacato, la cessione di rami di azienda, e così via; anche attraverso l’esercizio di veri e propri poteri di veto con oggetto determinate attività (art. 2 dl 31.5.1994 n. 332 conv. in l. 30.7.1994 n. 474 modif. con l. n. 24.12.2003 n. 350; d.p.c.m. 10.6.2004).

Questi poteri assumono la forma di poteri amministrativi in senso tecnico, e i relativi atti sono impugnabili davanti al TAR (art. 2 cit.); perciò si differenziano dalla cd. *golden share*, ma in realtà svolgono la medesima funzione, quella di perpetuare in diversa forma la posizione dell’azionista di controllo nell’ambito delle società privatizzate, sostituendo ai poteri societari che ad esso spettano (allo Stato proprietario) poteri amministrativi attribuiti allo Stato stesso in quanto autorità di governo.

La previsione di questi poteri è stata ritenuta più volte illegittima dalla Corte di giustizia, con riferimento a diverse leggi degli Stati membri (per l’Italia, Corte giust. 23.5.2000 C-58/99) per contrasto con gli artt. 43, 49, 56, Trattato CE, in quanto limitativi delle libertà di stabilimento, della prestazione di servizi, di movimento di capitali, nonché dei principi in materia di uguaglianza tra gli azionisti nell’ambito delle società commerciali (19).

E ancora, nell’ambito del processo di privatizzazione, si pone il problema, in qualche modo inverso rispetto a quello appena ricordato, della legittimità dei divieti posti dal legislatore nazionale all’ingresso nel capitale delle società privatizzate di altre imprese pubbliche, anche appartenenti ad altri Stati membri dell’Unione, che superi determinate quote di partecipazione al capitale; nonché di limitazioni poste al diritto di voto da parte di esse nell’ambito delle società medesime (d.l.vo 16.3.1999 n. 79, art. 8; d.p.c.m. 8.11.2000; d.l. 25.5.2001 n. 192, conv. in l. 20.7.2001 n. 301; Corte giust., 2.6.2005 C-174/04). Anche queste normative, pur espressamente previste dal legislatore nazionale al fine di completare il processo di liberalizzazione (nella specie, nel settore dell’energia elettrica) evitando una successiva ripubblicizzazione delle società privatizzate attraverso acquisti da parte di altre imprese pubbliche, è da ritenere si pongano in contrasto con i principi dell’ordinamento europeo in quanto limitative della libertà di stabilimento (e aggiungerei, in quanto prevedono statuti particolari per le imprese pubbliche) (20).

Ed invero, essi appaiono contrastanti con i principi della costituzione economica europea, nella quale affermazione fondamentale, come si è visto, è quella dell'assoggettamento al medesimo statuto delle imprese pubbliche e delle imprese private, senza alcuna possibilità, ai sensi dell'art. 86, 1° parg, di uno statuto speciale delle prime (e a maggior ragione, deve ritenersi, per le imprese pubbliche a seguito della privatizzazione). Mentre le deroghe consentite dall'art 86, 2° parg. valgono indifferentemente per le une e per le altre.

3.1.2. La seconda questione, circa lo spazio dell'attività di impresa nell'ambito delle attività dei pubblici poteri, rimane, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, una questione assai perplessa.

Innanzitutto, sono escluse dalle attività di impresa le attività degli Stati o degli altri enti pubblici che si manifestano nell'esercizio di poteri pubblici; da intendere, secondo il nostro lessico, sia come poteri amministrativi in senso tecnico (funzioni amministrative) sia come attività anche di carattere materiale (operazioni) nelle quali si esprime l'autorità (intesa in senso tecnico come capacità di incidere nella sfera soggettiva altrui, ovviamente nei limiti e nelle forme di legge). E dunque le attività rapportabili all'ordine pubblico, alla sicurezza, alla protezione civile, alla difesa e così via. Da intendere secondo la terminologia usata dalla Corte, come "tipiche prerogative dei pubblici poteri" (21).

Sul piano organizzativo, a queste attività corrispondono pubbliche Amministrazioni (o soggetti equiparati); i "pubblici uffici" di cui all'art. 97, secondo il nostro ordinamento. Queste organizzazioni (e le relative attività) sono disciplinate dal diritto amministrativo o dal diritto privato speciale proprio della pubblica amministrazione. Le relative attività non sono ascrivibili a quelle di carattere economico e perciò non c'è alcuno spazio per la forma organizzativa dell'impresa né per i relativi moduli di azione.

Nel sistema del Trattato, come è noto, il concetto di pubblica Amministrazione compare soltanto all'art. 39, 4° co., norma tuttavia riferita esclusivamente al rapporto di lavoro (esclude dalla disciplina comune sulla libera circolazione dei lavoratori, gli impieghi nella pubblica amministrazione). Mentre la nozione di "esercizio di pubblici poteri" compare all'art. 45, a proposito del diritto di stabilimento. Invero la nozione

europea di pubblica amministrazione varia a seconda degli scopi applicativi per i quali viene usata (22). Per quanto ci riguarda essa rileva per sottrazione si direbbe, al fine di individuare quelle parte delle attività dei pubblici poteri, che non vi sono ascrivibili (appunto perché ascrivibili alla nozione di impresa).

Il problema si pone a proposito di queste ultime attività, di quelle cioè che non si ascrivono alla pubblica amministrazione intesa nel senso formale (attività) con riferimento all'esercizio di poteri pubblici. Chè tra di esse vi sono tutte quelle attività (si direbbe prevalenti nello Stato sociale) che constano nella prestazione di beni e di servizi in favore di terzi (cittadini, utenti) prive di carattere autoritativo, economicamente valutabili almeno in astratto, ed esercitabili, e nella pratica esperienza spesso esercitate, da privati. Esse, in quanto ascritte al *genus* dei servizi pubblici, sono sottoposte a programmi e controlli pubblici, secondo lo schema dell'art. 41 (ma anche dell'art. 86, 2° par. del Trattato) al fine di assicurarne l'esercizio (ritenuto necessario) nei confronti dell'intera collettività servita (universalità).

Per questo tipo di attività, il problema se possano o debbano esercitarsi come attività economiche (perciò nella forma di impresa) ovvero come attività di pubblica amministrazione, si pone in ogni caso. Esse in via di principio potrebbero sempre configurarsi come attività economiche laddove i servizi e le prestazioni fossero offerti all'utenza sul mercato a prezzi tali da remunerarne il costo sino a produrre un utile (sia pure sotto il controllo della pubblica amministrazione, secondo il modello di cui si dirà, dei servizi di interesse economico generale); anziché erogate attraverso una programmazione rigida dell'offerta, gratuitamente, o sulla base di tariffe meramente simboliche e comunque non remunerative dei costi (e perciò gravanti sulla fiscalità generale).

In dottrina, autorevolmente è stata proposta una sorta di semplificazione della questione, qualificando come "impresa" quella che produce "un bene o un servizio in astratto suscettibile di essere prodotto da un imprenditore sul mercato"; contrapposta alla "attività del pubblico potere", come quella che "non è impresa" (23). Ma invero la questione è assai perplessa, proprio perché codeste attività intese alla produzione di un bene o servizio, in astratto suscettibile "di essere prodotto da un imprenditore sul mercato" possono a loro volta essere organizzate (e gestite) nelle forme dell'impresa ovvero nelle forme della pubblica amministrazione; come servizi di interesse economico

ovvero come “servizi sociali”, secondo la dizione prevalente nella nostra legislazione sui servizi pubblici locali: dove la distinzione è posta ai medesimi fini, come quella che consente di escludere determinate attività di pertinenza dei pubblici poteri dalla applicazione di una serie di regole poste a tutela della concorrenza (cui quelle di interesse economico sono soggette) (24).

La questione si evidenzia nei grandi settori nei quali principalmente si esprime lo Stato sociale: sanità, assistenza, scuola, previdenza. In questi settori infatti l'attività pubblica si manifesta attraverso prestazioni economicamente valutabili (tant'è che le medesime prestazioni in questi settori vengono rese da imprese private, in forma economica, in genere sotto il controllo della pubblica amministrazione) che potrebbero essere offerte sul mercato da una pluralità di imprese (pubbliche e private) in concorrenza tra loro secondo lo schema dei servizi di interesse economico generale (essendo possibile, nell'ambito di questo schema, provvedere ad erogazioni pubbliche in favore dei non abbienti o a prestazioni gratuite in determinati casi).

Sul punto, la scelta tra l'uno e l'altro modello (impresa, organizzazione pubblica in forma non imprenditoriale) appare invero come scelta esclusivamente politica; salvi i limiti costituzionali, da noi come è noto presenti, a proposito della scuola (settore nel quale la presenza di organizzazioni statali nelle forme della pubblica amministrazione è obbligatoria, ai sensi dell'art. 33), e in misura meno incisiva a proposito dell'assistenza e della previdenza (art. 38); mentre nella sanità l'unico vincolo costituzionale è quello di assicurare cure gratuite agli indigenti (art. 32).

Il diritto nazionale non contempla altri vincoli specifici alla capacità del legislatore di determinare il regime giuridico proprio di codeste attività.

D'altra parte, nella nostra giurisprudenza costituzionale (Corte cost., n. 396/88; n. 259/90, a proposito delle IPAB e delle Comunità israelitiche), si rinvergono principi che limitano, come è noto, il fenomeno delle pubblicizzazioni (trasformare in pubblico un soggetto che non ha i caratteri della pubblicità); ma all'interno della sfera pubblica il discrimine tra soggetto organizzato nelle forme di impresa e soggetti organizzati nelle forme della pubblica amministrazione (servizi economici e servizi sociali), appare affidato alla discrezionalità del legislatore.

Qualche accenno alla distinzione si rinviene nella recente sentenza della Corte costituzionale n. 326/08, dove si sottolinea, correttamente, la necessità di distinguere

“tra attività amministrativa in forma privatistica e attività di impresa degli enti pubblici”, al fine di preservare l’attività di impresa dalla influenza che può essere svolta “per effetto dei privilegi” della pubblica amministrazione e assoggettarla viceversa, senz’altro, al regime concorrenziale.

3.2. Impresa e pubblica amministrazione nella giurisprudenza europea.

Diversa, come è noto, l’impostazione del diritto europeo, nel quale è presente il principio che l’attività a carattere economico (definita come si è detto) deve essere esercitata nelle forme dell’impresa, sottoposta perciò alle regole del mercato; salve deroghe, da valutare caso per caso, che risultino necessarie per il perseguimento di scopi di solidarietà sociale (deroghe sindacabili secondo le norme dell’ordinamento europeo). Sul punto, perciò alla questione che si è posta, è necessario rispondere con lo sguardo rivolto non al diritto nazionale ma al diritto europeo.

Ma la giurisprudenza della Corte di giustizia appare assai incerta e si direbbe casuale; per cui al di là della casistica che può essere puntualmente rilevata, non risulta un criterio in base al quale distinguere i casi in cui prevale lo scopo di solidarietà sociale (accompagnato dall’assenza di scopo di lucro) dai casi in cui in assenza di ciò l’attività di cui si tratta deve essere esercitata nelle forme dell’impresa.

Da segnalare, sul punto, è l’indifferenza per la giurisprudenza comunitaria della forma giuridica che una determinata organizzazione riveste nell’ambito dell’ordinamento nazionale. Impresa (con quel che ne segue in termini di disciplina applicabile) può essere identificata sia in una organizzazione dotata di propria autonomia e personalità giuridica, sia in una articolazione organizzativa dello Stato o di altro ente pubblico (25).

Sono state riconosciute ad esempio, come attività costituenti “tipiche prerogative dei pubblici poteri” (si badi, a prescindere dall’esercizio in concreto di poteri pubblici in senso tecnico che ai sensi degli art. 45 e 55 del Trattato concretizzano attività comunque escluse dalla problematica in esame): le attività relative al controllo e alla polizia dello spazio aereo, compresa la riscossione dei contributi di rotta effettuata per conto degli Stati, trattandosi dell’espletamento di “compiti di interesse generale, il cui scopo è quello di contribuire alla conservazione e al miglioramento della sicurezza della

navigazione aerea”, che “si ricollegano all’esercizio di prerogative... tipiche dei pubblici poteri”, mentre “non presentano carattere economico che giustifichi l’applicazione delle norme sulla concorrenza” (26); nonché le attività di previdenza sociale gestite da enti, attività basate sul principio di solidarietà nazionale, e prive di ogni scopo di lucro, che si estrinsecano in prestazioni “stabilite dalla legge e indipendenti dall’importo dei contributi” (27).

Sulla distinzione tra attività basate sul principio di solidarietà e prive di scopo di lucro e attività economiche vedi anche le puntualizzazioni della Commissione, anche con riferimento alla nozione di servizi sociali, nel Libro verde del 2003 già citato ai punti 45 e 47, nonché l’ultima Comunicazione COM (2006) 177, *Social services of general interest in the European Union*, cit. sui servizi sociali.

Viceversa, sono state riconosciute come attività di impresa le attività di collocamento per l’occupazione svolte da un ufficio pubblico; attività non “necessariamente esercitate da enti pubblici”, i quali per altro non presentano una capacità sufficiente a far fronte a tutte le esigenze della domanda (28); le attività di assicurazione integrativa svolta da un ente, anche senza fine di lucro, ma in concorrenza con le società di assicurazione sulla vita, attività le cui prestazioni “dipendono solo dall’ammontare dei contributi versati nonché dai risultati finanziari degli investimenti effettuati dall’ente incaricato della gestione” (29); la gestione di un regime pensionistico complementare, da parte di una organizzazione ad iscrizione obbligatoria, rappresentativa dei membri di una professione liberale, dove l’organizzazione (nella specie, fondo pensionistico dei medici specialisti) fissa essa stessa “l’importo dei contributi e delle prestazioni e funziona secondo il principio della capitalizzazione”, mentre l’importo delle prestazioni fornite dal fondo dipende dai risultati finanziari degli investimenti da esso effettuati e per i quali è soggetto, al pari di una compagnia di assicurazioni, al controllo della Camera delle assicurazioni (30).

La questione della natura, imprenditoriale o meno, di una certa organizzazione (e della relativa attività) collegata ai pubblici poteri, viene perciò effettuata caso per caso, attraverso, si direbbe, un criterio di prevalenza, tra lo scopo di solidarietà sociale perseguito rispetto al carattere economico delle prestazioni erogate. Ma per effetto dei principi europei cui questa giurisprudenza cerca di dare attuazione, il legislatore nazionale, come è limitato dai principi costituzionali (interni) circa la definizione

dell'area del "pubblico" (ciò che ha i caratteri della soggettività privata non può essere trasformato in pubblico), così viene ad essere limitato (da principi anch'essi di rango costituzionale) circa la definizione, nell'ambito dell'area del pubblico, delle attività che rispettivamente vengano esercitate nella forma dell'impresa ovvero nella forma della pubblica amministrazione. Su questo punto, il vincolo è più elastico, e la discrezionalità del legislatore più ampia (a fronte di una giurisprudenza della Corte di giustizia che tende ad essere nella sostanza rispettosa delle scelte legislative nazionali).

Occorre tuttavia sottolineare la novità rappresentata dall'emergere di questo secondo vincolo nella nostra esperienza positiva (per altro, anche l'emergere del primo vincolo nell'ambito della giurisprudenza costituzionale ha rappresentato una novità, in un ordinamento come il nostro tradizionalmente abituato a spostare i soggetti dal pubblico al privato e viceversa, senza troppi scrupoli).

4. Servizi di interesse economico generale e deroghe alle "regole di concorrenza".

4.1. Servizi di interesse economico generale e servizi pubblici in senso oggettivo.

Le deroghe al principio fondamentale della sottoposizione di ogni tipo di attività economica (quella che deve essere esercitata, appunto, nelle forme dell'impresa) alle regole del mercato, sono previste al secondo paragrafo dello stesso art. 86, come è noto; laddove viene introdotta la nozione dei servizi di interesse economico generale (o aventi carattere di monopolio fiscale); deroghe operanti evidentemente, a proposito delle attività economiche, ché le altre attività dei pubblici poteri, quelle ascrivibili alla pubblica amministrazione, sono del tutto escluse dall'ambito stesso della norma.

Le imprese incaricate della gestione di tali attività possono essere sottoposte a regimi particolari (ovvero privilegiare di regimi particolari), cioè derogatori rispetto alle norme del Trattato, "e in particolare alle regole della concorrenza"; laddove l'applicazione di queste norme "osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata", senza in ogni caso compromettere "lo sviluppo degli scambi in misura contraria agli interessi della Comunità". L'art.16, d'altra parte, sottolinea "l'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione" (31).

La norma si riferisce a tutte le imprese, non specificamente a quelle di cui al primo par. (le imprese pubbliche e quelle a cui sono riconosciuti i diritti speciali esclusivi); anche a queste come a tutte le altre, laddove esse, appunto, siano incaricate (nell'ambito della normativa interna degli Stati membri) della gestione di codesti servizi.

Che cosa siano, come debbano essere individuate queste attività denominate servizi di interesse economico generale, risulta sufficientemente chiarito nella giurisprudenza comunitaria. Si tratta di attività: *a*) a carattere economico (e perciò come si diceva, necessariamente esercitate in forma di impresa); *b*) le cui prestazioni rivestono carattere di necessità, con riferimento ad una generalità di utenti indifferenziata, in qualche caso alla intera generalità dei cittadini di uno Stato membro, in favore dei quali esse debbono essere erogate, a prescindere dalle condizioni geografiche, sociali, logistiche, nonché economiche, nelle quali essi si trovino. Ciò che può comportare anche l'esigenza di particolari agevolazioni per fasce di utenza e interventi finanziari pubblici a sostegno di una parte delle prestazioni, le quali debbono essere erogate anche se non presentano in se stesse carattere remunerativo.

Sul punto è tornata di recente la giurisprudenza comunitaria, affermando che *“gli Stati membri dispongono di un ampio potere discrezionale per quanto riguarda la definizione di ciò che considerano come servizio d'interesse economico generale”*. Da ciò la possibilità, per uno Stato membro, di definire il servizio di interesse economico generale della radiodiffusione in termini ampi, includendo la trasmissione di una programmazione generalista, che *“non può essere messa in discussione dal fatto che l'emittente di servizio pubblico esercita anche attività commerciali, segnatamente la vendita di spazi pubblicitari. Infatti ciò equivarrebbe a far dipendere la definizione stessa del SIEG dal suo metodo di finanziamento. Orbene un SIEG si definisce, per ipotesi, in relazione all'interesse generale che esso è diretto a soddisfare e non in relazione ai mezzi che assicureranno la sua erogazione”* (Tribunale di primo grado CE, cause riunite T-309/04; 317/04; 329704, del 22.10.2008).

Ci troviamo perciò nel settore, da noi tradizionalmente conosciuto, dei servizi pubblici in senso oggettivo, con la caratteristica però (ciò che distingue queste attività dalle altre attività ascrivibili alla categoria dei servizi pubblici) di essere attività aventi

carattere economico, svolte sia da imprese private che da imprese pubbliche (servizi pubblici, appunto, in senso oggettivo), indifferentemente.

Si può affermare che, su questo punto, vi sia coincidenza tra le due nozioni: quella del diritto europeo di cui all'art. 86, 2° par. e quella dell'ordinamento nazionale di cui all'art. 41, 3° co. Attività economiche in entrambi i casi, esercitate da imprese pubbliche e da imprese private, sottoposte a regimi derogatori (o privilegiati) rispetto all'ordinario regime dell'attività di impresa per assicurare il perseguimento di fini sociali (ovvero l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico) (32). Ma la parità di trattamento che deve accomunare le due categorie di imprese qui è più pregnante; chè non sono consentiti, come si è mostrato, sulla base del 1° parg. della norma, regimi privilegiati per le imprese pubbliche (ciò che viceversa, come si è ricordato, l'art. 41 Cost. non esclude) (33).

Per le attività di impresa, ascritte dunque alla specie dei servizi di interesse generale, il Trattato prevede possibilità di deroghe alle "regole del mercato". E deve tenersi conto che si tratta di deroghe a principi fondamentali del diritto europeo, da applicarsi perciò in modo assai rigoroso e attraverso un'interpretazione restrittiva delle norme relative (34).

In ordine a codeste deroghe consentite, si è formata un'ampia giurisprudenza del giudice comunitario, che in determinati casi ha riconosciuto l'ammissibilità della deroga, in altri casi non l'ha riconosciuta; tenendo conto da un lato, della particolarità della missione o dell'insieme degli obblighi di servizio pubblico che all'impresa sono affidati, ma dall'altro lato della stretta necessità della deroga stessa al fine dell'adempimento della missione; da valutare caso per caso.

In termini generali e di principio, il giudice afferma che l'art. 86, 2° co., deve essere interpretato nel senso che agli Stati membri è consentito di conferire "ad imprese cui attribuiscono la gestione di servizi di interesse economico generale, diritti esclusivi che possono impedire l'applicazione delle norme del Trattato in materia di concorrenza, nella misura in cui restrizioni della concorrenza, o persino l'esclusione della concorrenza da parte di altri operatori economici sono necessari per garantire l'adempimento della specifica funzione attribuita alle imprese titolari dei diritti esclusivi" (35).

La specifica necessità della deroga al fine di assicurare alle imprese l'espletamento delle attività di interesse generale loro affidato, viene valutata tenendo conto della situazione dell'impresa, dell'esigenza di assicurare ad essa sufficiente remunerazione del capitale investito con riferimento ai costi aggiuntivi che su di essa gravano per l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, ma tenendo conto altresì, dell'esigenza di non alterare l'andamento del mercato di settore conferendo all'impresa stessa diritti esclusivi non strettamente necessari all'adempimento di quegli obblighi.

4.2. Art. 86, 2° parg., Trattato CE

Sull'applicazione dell'art. 86, 2° parg., si pongono due ordini di questioni, entrambe ampiamente esaminate dalla giurisprudenza comunitaria (anche qui non sempre lineare e spesso perplessa): a) quali attività possono essere ascritte alla nozione di servizi di interesse generale (tra le attività economiche da esercitare nelle forme dell'impresa, circa le quali possono perciò essere consentite deroghe alle "regole del mercato"; b) quali deroghe possono essere ammesse con riferimento ai diversi settori di attività di cui si tratta.

I servizi di interesse generale sono attività ascrivibili ai servizi pubblici in senso oggettivo, come sopra si diceva, secondo la nostra terminologia, circa le quali deve essere assicurata (necessarietà) l'accessibilità e l'universalità delle relative prestazioni. I c.d. obblighi di servizio pubblico (o di servizio universale, secondo altra dizione, nella sostanza corrispondente) costituiscono quelle prestazioni cui le imprese sono soggette, anche in virtù della regolazione pubblica della loro attività, che non verrebbero espletate in applicazione di una stretta logica imprenditoriale; i "fini sociali" che la normativa europea consente di imporre alle imprese nell'ambito del mercato comune. Fini sociali come obblighi di servizio pubblico, cui possono essere sottoposte tutte le imprese deputate all'esercizio di determinate attività. Si tratta perciò di attività le cui modalità di svolgimento, le prestazioni offerte all'utenza (i servizi) sono determinati, in misura più o meno rilevante, e attraverso strumenti diversi, dal potere pubblico. L'attività risulta conformata dalla pubblica autorità, proprio perché essa è attività di servizio rispetto agli interessi della collettività (36).

Nell'ampia casistica giurisprudenziale (peraltro assai nota) sono state riconosciute come attività ascrivibili ai servizi di interesse economico generale, ad esempio, l'attività di distribuzione regionale di energia elettrica da parte di una impresa; che "ha ricevuto, attraverso una concessione di diritto pubblico non esclusiva, il compito di provvedere alla fornitura di energia elettrica in una parte del territorio nazionale", fornitura che deve essere garantita "in tutto il territorio oggetto dalla concessione, a tutti gli utenti, distributori locali o consumatori locali, nella quantità richieste in qualsiasi momento, a tariffe uniformi e a condizione che possano variare solo secondo criteri obiettivi applicabili all'intera clientela" (37); le operazioni di ormeggio nell'ambito di un porto che gli ormeggiatori sono tenuti a prestare in qualsiasi momento e a qualsiasi utente "come "servizio universale di ormeggio", "per motivi di sicurezza nelle acque portuali (38); la fornitura di servizi sanitari, che consiste nell'obbligo di garantire in permanenza il trasporto d'urgenza di persone malate o ferite in tutto il territorio interessato, a tariffe uniformi e a condizioni di qualità simili, senza riguardo per le situazioni particolari o per il grado di redditività economica di ciascuna operazione individuale (39); i servizi di raccolta, trasporto e distribuzione della corrispondenza, "a favore di tutti gli utenti, su tutto il territorio dello Stato, a tariffe uniformi e a condizioni di qualità simili, indipendentemente dalle circostanze particolari e dal grado di redditività economica di ciascuna singola operazione (40); il trasporto pubblico locale (urbano, extraurbano o regionale), i cui oneri sono compensati da sovvenzioni pubbliche (41); la attività di distribuzione e fornitura di medicinali da parte di grossisti ai quali "è imposto l'obbligo di disporre in permanenza di un assortimento di medicinali sufficiente a soddisfare le esigenze di un territorio geograficamente determinato e di assicurare la consegna dei medicinali richiesti in tempi brevissimi su tutto il territorio in questione, di modo che sia garantito in ogni momento un adeguato approvvigionamento di medicinali all'insieme della popolazione" (42).

Non sono state invece riconosciute servizi di interesse economico generale, ad esempio, le operazioni portuali di imbarco, sbarco, trasbordo, deposito e movimento delle merci, ritenute non aventi "un carattere specifico rispetto a quello di altre attività della vita economica" (43); le operazioni portuali di imbarco, sbarco, trasbordo,

deposito e movimento delle merci operate da una impresa pubblica proprietaria di un porto commerciale (44). E così via.

Le deroghe consentite caso per caso sono ascrivibili a tre tipologie: sovvenzioni pubbliche, esenzioni fiscali, diritti esclusivi circa l'esercizio di attività collaterali. In ogni caso si tratta di misure, sicuramente derogatorie rispetto al principio della parità di condizioni tra le imprese operanti in un determinato mercato (concorrenza), poiché esse pongono le imprese beneficiarie in una posizione privilegiata rispetto alle altre (in termini finanziari a causa di risparmi fiscali, o per il ricevimento di sovvenzioni pubbliche ovvero in termini imprenditoriali potendo gestire di attività e goderne gli utili preclusi in capo ad altri operatori del settore).

La giurisprudenza comunitaria (45) ha fissato sul punto tre requisiti perchè le deroghe siano consentite, e al fine di stabilirne la misura (nei limiti consentiti). Anzitutto, come si accennava, deve trattarsi di misure *strettamente necessarie*; dove la necessarietà deve essere riferita all'esigenza di copertura dei costi del mantenimento del servizio come servizio pubblico (o servizio universale), cioè i costi aggiuntivi che cadono sull'impresa che deve far fronte ai relativi obblighi. Ciò che può essere rappresentato da una componente aggiuntiva del prezzo del servizio (46) ovvero dall'ammontare della sovvenzione pubblica ovvero dalla presunta redditività delle attività collaterali che all'impresa sono riservate in via esclusiva, etc.

In secondo luogo si deve tenere conto delle condizioni economiche nelle quali si trova l'impresa economica incaricata del servizio, non essendo necessario, tuttavia, al fine di valutare l'ammissibilità delle misure derogatorie (nella specie concessioni di diritti esclusivi) che in assenza, "risulti minacciata la sopravvivenza stessa dell'impresa" (47).

In terzo luogo, come espressamente disposto dalla norma, si deve trattare di misure, pur derogatorie rispetto alle "regole del mercato", tali da non compromettere lo sviluppo degli scambi in misura contraria agli interessi della Comunità (48).

Al termine di questa rapida carrellata, sembrano emergere alcuni dati ormai consolidati, che configurano, per questa parte, la vigente costituzione economica secondo caratteri assai differenti rispetto a quelli del nostro tradizionale ordinamento (quello anteriore all'erompere del diritto europeo).

Le attività ascrivibili a quelle di interesse economico generale si esercitano in forma di impresa (indifferentemente pubblica o privata) e in quanto soggette a particolari obblighi di servizio (consistenti in attività che non verrebbero poste in essere secondo una logica imprenditoriale), obblighi imposti dalla legge o dalla pubblica autorità (*regolazione*), possono usufruire di regimi particolari o privilegiati nell'esercizio dell'impresa che altrimenti sarebbero vietati dal principio fondamentale del Trattato che assicura la soggezione di tutte le imprese alle "regole del mercato".

Nessuna posizione particolare è data alle imprese pubbliche.

Risulta perciò del tutto superato lo schema logico sistematico del servizio pubblico in senso soggettivo, secondo il quale le attività di servizio pubblico devono essere gestite per regola da soggetti pubblici (secondo diverse forme organizzative); schema che domina la nostra legislazione positiva (dalla legge sulle municipalizzazioni alle leggi istitutive dei grandi servizi nazionali, dalle poste, alle ferrovie, ai telefoni, all'approvvigionamento energetico etc.) e che aveva trovato nell'art. 43 Cost. (e nella giurisprudenza costituzionale che ne è seguita) la sua base costituzionale.

Nel settore dei servizi di interesse economico generale, l'azione dei pubblici poteri che resta tuttavia necessaria perché deve essere assicurato l'espletamento del servizio conformemente agli interessi collettivi, risulta radicalmente trasformata rispetto a quella prevalente nella precedente esperienza. In questa infatti, l'azione dei pubblici poteri prevalentemente si esprimeva nella gestione diretta del servizio (attraverso il sistema delle imprese pubbliche). Nell'esperienza attuale, trasformata dal diritto europeo, l'azione dei pubblici poteri si ripositiona a monte, se possiamo dir così, nelle attività di regolazione e di controllo che si manifestano nell'esercizio di poteri amministrativi; attività imputate, nel nuovo ordinamento, in genere, ma non necessariamente, ad Autorità amministrative indipendenti (49).

Dal servizio in senso soggettivo si torna alla funzione; mentre nella gestione, operano imprese, anche se soggettivamente pubbliche, equiparate nella competizione tra loro e nel regime delle attività (e anche, ma in misura, meno evidente sul piano dell'organizzazione) alle imprese private: imprese oggettivamente private anch'esse, si potrebbe dire.

Nell'ambito dell'attività di regolazione cui le imprese, nel settore dei servizi economici di interesse generale, sono soggette, possono essere previsti poteri di

controllo (in capo all'autorità di regolazione che può essere la stessa autorità di governo) del tipo di quelli ascritti ai cd. poteri speciali cui si è accennato; aventi ad oggetto fondamentalmente l'assetto soggettivo delle imprese (che può essere modificato dall'assunzione di partecipazioni, dal trasferimento di rami di azienda, e così via).

Questo profilo organizzativo (che investe la natura giuridica degli acquirenti o dei cessionari, le esperienze maturate, i mezzi posseduti, e così via) non è indifferente al fine di assicurare la corretta gestione del servizio. Ma non può ammettersi alla luce dei principi europei, che questi poteri abbiano ad oggetto vicende delle società già pubbliche e poi privatizzate come conseguenza della privatizzazione (una sorta di proseguimento del controllo societario pubblico) (50).

5. Fini sociali dell'impresa pubblica tra vincoli europei e principi nazionali.

5.1. Caratteri tradizionali dell'intervento pubblico nell'economia mediante imprese pubbliche.

Nel settore dei servizi pubblici, imprese pubbliche e imprese private, nel nuovo contesto ordinamentale di fonte europea, sono dunque chiamate a competere tra loro sul mercato, sottostando le une e le altre ai poteri (e alle normative) di regolazione, imposte dalla autorità affinché esse realizzino (adempiano) gli obblighi di servizio in favore della collettività servita. Obblighi a fronte dei quali alle imprese può essere riservata una posizione privilegiata sul mercato, a fronte delle altre, nei limiti della stretta necessità (di copertura, diciamo così, degli oneri del servizio); mentre, allo stesso tempo esse sono soggette ai poteri di regolazione spettanti alle pubbliche autorità.

In questo quadro nessuna posizione particolare è data dunque alle imprese pubbliche, ragguagliabile a quella che la nostra Costituzione prevedeva all'art. 43 (norma che allo stato risulta inapplicabile). Invero, nei mercati locali, come s'è accennato, questo quadro risulta (ancora) alterato dalla posizione privilegiata che in essi resta in capo alle imprese pubbliche locali, nel nostro diritto interno (per questa parte ancora non investito dal ciclone europeo) (51).

L'art.41, 3° comma, resta la norma costituzionale fondamentale che regge (nell'interpretazione conforme all'ordinamento europeo) la disciplina delle attività economiche che presentano il carattere dei servizi di interesse generale (o servizi

pubblici *tout court*). Fini sociali, come si accennava, in tale contesto coincidono con gli obblighi di servizio pubblico.

Ma l'impresa pubblica è stata utilizzata (è ben noto, e lo si è ricordato) come strumento di intervento dei pubblici poteri, nella vita economica e sociale, ad altri fini; e sicuramente lo è ancora, sol che si guardi alla nostra esperienza attuale sia a livello nazionale, sia ancor più incisivamente a livello regionale e locale; intervento attraverso imprese pubbliche, appositamente istituite ovvero trasformate da preesistenti imprese private, a fini esclusivamente o prevalentemente sociali.

Esperienza ricchissima da noi, dal salvataggio di imprese in difficoltà mediante interventi finanziari pubblici (sottoscrizione di aumenti di capitale e acquisto da parte pubblica del controllo della società, in tal modo trasformata in impresa pubblica.

Da ultimo il d.l. 9.10.2008 n. 155, conv. l. 4.12.2008 n. 190 autorizza il Ministero dell'economia e finanze a *“sottoscrivere o garantire aumenti di capitale deliberati da banche italiane che presentano una situazione di inadeguatezza patrimoniale accertata dalla Banca d'Italia”* (art. 1); all'intervento pubblico in zone depresse, mediante imprese, al fine di assicurare determinati livelli occupazionali o guidarne lo sviluppo laddove l'iniziativa economica privata non interverrebbe per le difficoltà o le incertezze della situazione economica o ambientale; ovvero in settori produttivi e anche in attività del terziario, caratterizzati dal medesimo fatto della carenza o delle difficoltà dell'intervento privato.

Si tratta di casi nei quali l'impresa pubblica costituisce strumento di politica sociale (da intendere in senso lato, comprensiva anche delle finalità di sviluppo in zone o in settori depressi), reso necessario dall'impossibilità o dalla difficoltà dell'iniziativa economica privata. E si tratta di casi che nulla hanno a che fare con gli obblighi di servizio pubblico cui fa riferimento la normativa europea appena commentata; e perciò si collocano del tutto al di fuori dell'universo normativo di cui all'art. 86 Trattato CE (ma non al di fuori dell'art. 41 Cost.).

In tutti questi casi, tradizionali nella nostra esperienza, l'utilizzo dello strumento di intervento costituito dall'impresa pubblica, può porre, in concreto, il problema della sua compatibilità con la disciplina europea sul divieto degli aiuti di Stato (art. 87 ss. Tratt. CE); problema da risolvere caso per caso sulla base di codesta articolata disciplina, e della ricca giurisprudenza formatasi su di essa.

- (1) Sul sistema delle imprese pubbliche nel nostro ordinamento anteriormente alla nuova fase, v. per tutti M. S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, 227 ss.; sul piano metodologico, *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, 313 ss. Più di recente, dello stesso illustre autore, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna 1985, dove ancora si registrava una presenza massiccia dell'impresa pubblica nel nostro sistema economico, presenza della quale non veniva ancora affrontato il problema della sua compatibilità con i principi dell'ordinamento europeo; S. VALENTINI, *L'impresa pubblica*, Milano, 1980 (sul quale la mia recensione in *Dir. impr.*, 1982, 183 ss.); G. GUARINO, *Pubblico e privato nella organizzazione e nella disciplina delle imprese*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1970; F. BENVENUTI, *Profili giuridici dell'organizzazione economica pubblica*, in *Riv. soc.*, 1962, 206 ss.; A. M. SANDULLI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Studi per Liebmann*, Milano, 1979; M. T. CIRENEI, *Le imprese pubbliche*, Milano, 1983.
- (2) Sul fenomeno delle privatizzazioni, v. per tutti F. BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, 1996; F. BONELLI, M. ROLI, *Privatizzazioni*, in *Enc. dir.*, agg. IV, Milano, 2000, 994 ss.; M. SANINO, *Le privatizzazioni. Stato attuale e problematiche emergenti*, Roma, 1997.
- (3) Sul punto R. CAMELI, *La categoria giuridica dei servizi sociali tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2006. V. anche COM (2006) 177, in data 26.4.2006, *Social services of general interest in the European Union*, nonchè COM (2003) 270 Libro verde sui servizi di interesse economico generale, in data 21.5.2003, punti 45 e 47; e COM(2004)374, Libro bianco sui servizi di interesse generale, in data 12.5.2004, punto. 4.4.
- (4) B. LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in *Riv. soc.*, 1998, 1540 ss..

(5) Sulla politica della programmazione economica nei suoi aspetti giuridici, per tutti, A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963; G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962; ID., *Enti pubblici strumentali, sistema delle partecipazioni statali, enti regionali*, in *ibidem*. Per una riflessione di sintesi M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 299 ss..

(6) Per tutti, U. POTOTSCHNIG, *I servizi pubblici*, Padova, 1964.

(7) Su questa distinzione, per nulla chiara invero, si può dire, con qualche approssimazione, che l'area della pubblica amministrazione è quella nella quale alla cura concreta degli interessi collettivi si fa fronte mediante l'esercizio di poteri amministrativi (area nella quale rientra anche l'attività amministrativa mediante contratti), nello schema dell'art. 97 1° co., Cost.; cui, sul piano organizzativo, corrispondono "pubblici uffici" secondo il medesimo schema (nozione alla quale corrispondono figure assai diverse tra loro). Questa nozione di pubblica amministrazione trova riscontro nel diritto europeo (cfr. S.CASSESE, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 10 ss.). Mentre l'area dei servizi copre attività ritenute bensì necessarie in un determinato contesto storico sociale e il cui espletamento nell'interesse della collettività deve perciò essere assicurato, ma che non necessitano dell'esercizio di poteri, e possono perciò essere svolte in forme privatistiche, in via di principio, da parte di ogni soggetto dell'ordinamento.

(8) La direttiva della Commissione relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche (80/723/Cee, modif. dirett. 2000/52/Ce), definisce com'è noto, l'impresa pubblica, come l'impresa "nei confronti della quale i poteri pubblici possano esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante per ragioni di

proprietà, di partecipazione finanziaria o della normativa che la disciplina” (art. 2). V. M.T.CIRENEI, *Liberalizzazione, servizi di interesse economico generale e sussidi incrociati: la direttiva della Commissione 2000/52/CE e il nuovo ambito della “disciplina trasparenza”*, in *Dir. comm. int.*, 2001, 281 ss.. “Poteri pubblici”, per il diritto europeo, secondo la cit. direttiva, sono, com’è noto, “tutte le autorità pubbliche, compresi lo Stato, le amministrazioni regionali e locali e tutti gli altri enti territoriali” (con una definizione che invero appare conforme all’impostazione del nostro art. 114 Cost.).

(9) G.LORENZONI, *Monopoli fiscali*, in *Enc.giur.*, XX, Milano, 1990.

(10) D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 371 ss; (particolarmente a pag. 408) afferma come principio generale del nostro diritto pubblico “che una iniziativa pubblica anche se si risolve in una attività imprenditoriale deve avere giustificazione in un interesse pubblico, giustificazione a prima vista difficile da scorgere se dei privati sono in grado di svolgere tale attività”. Sul punto del medesimo autore, *Note sui “servizi pubblici locali” dalla prospettiva della libertà di iniziativa economica e non dei privati*, in *Studi Ottaviano*, II, Milano, 1993, 1146 ss. A me non sembra che nel nostro diritto pubblico sussista questo principio il quale peraltro sarebbe smentito da una esperienza durata decenni che ha visto la presenza pubblica nell’economia del tutto slegata da giustificazioni di interesse pubblico. Tuttavia, sul punto si deve tenere presente l’incidenza del principio di economicità, questo sì principio generale operante in tutto l’ambito dell’azione amministrativa.

(11) Sulle riserve pubbliche di attività di cui all’art. 43, per tutti A. PREDIERI, *Collettivizzazione*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960; S.CASSESE, *Legge di riserva e art. 43 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960, 1332 ss.; F.GALGANO, *Commento all’art. 43*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, II, artt. 41 – 44, Bologna, 1982. Importante la giurisprudenza costituzionale,

formata sulla norma, con specifico riferimento ad alcune sue applicazioni. V. Corte cost. n. 11/1960, in materia di centrali del latte, che riconobbe la legittimità della facoltà concessa ai comuni di istituire centrali con esclusiva per la vendita del latte, impresa pubblica per la quale, secondo la Corte ricorrevano le condizioni richieste dall'art. 43 in quanto le centrali hanno "il compito di preparare un alimento di largo consumo; la pastorizzazione e la distribuzione del latte è un servizio pubblico con i caratteri di servizio essenziale di preminente interesse generale; il diritto esclusivo di vendita concesso alle centrali è un mezzo di protezione di un interesse igienico sanitario pubblico e quindi risponde a fini di utilità generale". Corte cost., n. 14/1964, in materia di energia elettrica che riconobbe la legittimità della riserva delle attività di produzione, distribuzione, trasporto dell'energia elettrica a un ente pubblico economico appositamente costituito, con riferimento alla discrezionalità politica spettante all'organo legislativo che ha individuato la riserva delle attività elettriche all'Enel come quella che realizza "lo scopo di conseguire una migliore soddisfazione degli interessi della collettività in un settore economico di particolare rilievo. In questa soddisfazione degli interessi della collettività sta l'utilità generale". Più di recente, con sentenza n. 63/1991, la Corte ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale della normativa che condizionava l'attivazione di nuovi panifici all'autorizzazione della Camera di commercio, con riferimento all'art. 41, secondo il quale "la libertà di iniziativa economica privata..... è indirizzata e coordinata a fini sociali che legittimano la previsione ad opera del legislatore ordinario di programmi e controlli". Ma nella sentenza si afferma ancora che la libertà di iniziativa economica privata "può talora essere del tutto compresa nel caso in cui – avendo ad oggetto servizi pubblici essenziali o fonti di energia o situazioni di monopolio e rivestendo preminente interesse nazionale – il legislatore ordinario ne riservi originariamente a sé o ne trasferisca l'esercizio (art. 43 Cost.)".

(12) Sulla nazionalizzazione dell'industria elettrica, tra i tanti, G. GUARINO, *L'elettricità e lo Stato* (1962), *L'impresa pubblica ENEL* (1963), ora in *Scritti*

di diritto pubblico dell'economia, II ed., Milano, 1970; C. LAVAGNA, *Il trasferimento all'Enel delle imprese elettriche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, 593 ss; G. LANDI, *Energia elettrica (nazionalizzazione)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965; F. DI SABATO, *Espropriazione di azienda e nazionalizzazione delle imprese elettriche*, Napoli, 1975.

(13) Sui rapporti tra diritto interno e diritto comunitario, sui quali viene adesso ad incidere il nuovo testo dell'art. 117, 1° co., Cost., v. per tutti G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, 160 ss; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, Padova, 2005 dove i necessari riferimenti. Sul punto, con specifico riferimento all'assetto (parzialmente innovativo delineato nei rapporti tra diritto interno e diritto comunitario dalla c.d. Costituzione europea, da noi ratificata ma non entrata in vigore) avevo tentato una sia pure sommaria ricostruzione in *La Costituzione europea*, a cura F. BASSANINI E G. TIBERI, Bologna, 2004, 263 ss.. La questione del primato del diritto europeo resta invero perplessa sino a che non si definisca in maniera soddisfacente l'ambito delle rispettive competenze. V. anche M. CARTABIA, J.H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000.

(14) Questa nozione, del tutto convenzionale invero, e perplessa dal punto di vista dell'analisi economica, significa in buona sostanza soggezione alle regole poste dal Trattato e dalla normazione applicativa, comunitaria e nazionale (da noi sulla base della legge n. 287/90, "per la tutela della concorrenza e del mercato") a tutela della concorrenza. V. in dottrina, per tutti M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 1429 ss.; A.A.V.V., (a cura di M. SIRAGUSA, L. PROSPERETTI, M. BERETTA, M. MERINI), *Economia e diritto antitrust*, Roma, 2006; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2001.

(15) Sull'art. 86, V. SOTTILI, *L'art. 86 del Trattato CE*, in A.A.V.V., (a cura di L.G.RADICATI DI BROZOLO), *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino, 2001; G.PERICU, M.CAFAGNO, *Impresa pubblica*, in A.A.V.V. (a cura di

M.CHITI, G.GRECO), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, II ed., II, Milano, 2007; G. MARCOU, *Il servizio pubblico di fronte al servizio comunitario*, in *Il Filangeri*, 2004, 7 ss; G. CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur. quadrim. pubbl. serv.*, 1999, 1, 7 ss; M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 91 ss.; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, cit.; ID., *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2003, 337 ss.

(16) Sulla nuova costituzione economica, formatasi a seguito dell'applicazione dei principi del diritto europeo, G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 7 ss.; G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, ivi, 21 ss.; S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Bari 2004. Sul limite dei principi fondamentali come quelli la cui violazione da parti di fonti europee darebbe luogo al controllo di costituzionalità della legge di esecuzione del Trattato, v. Corte cost. n. 232/89.

(17) G. GUARINO, *Eurosistema. Analisi e prospettive*, Milano, 2006, pag. 42 ss..

(18) Sul punto, con molta precisione, G. TESAURO, *Diritto comunitario* cit., che richiama l'esigenza della lettura congiunta del primo e del secondo paragrafo dell'art. 86. Ciò significa "che la concessione e il mantenimento di diritti speciali ed esclusivi sono sostanzialmente leciti solo rispetto ad imprese che effettivamente svolgono un ruolo di interesse generale o servizio pubblico che dir si voglia e solo ed esclusivamente nella misura in cui le limitazioni alla concorrenza che ne derivano siano strettamente funzionali all'assorbimento di quegli obblighi di servizio pubblico" (pag. 764).

(19) L'esercizio di poteri speciali nel nostro ordinamento è ancorato alla tutela di interessi pubblici ritenuti primari nei diversi settori operativi delle società (gravi pericoli di carenza di approvvigionamento nazionale di energia, di beni essenziali alla collettività, nei livelli minimi dei servizi di telecomunicazioni e di trasporto, nella sicurezza degli impianti e delle reti, nella sicurezza nazionale etc.). La Corte di giustizia (sentenza ultima cit.) non esclude in radice la legittimità dei poteri speciali di codesto tipo previsti dalle legislazioni degli Stati membri purchè “giustificati da motivi imperativi di interesse generale...idonei a garantire il conseguimento dell'obiettivo perseguito”, senza “andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo”. V. in dottrina S. VALAGUZZA, *Giurisprudenza comunitaria in tema di golden share e principio di legalità*, in *Foro amm.-Cons. St.* 2003, 2752 ss. dove tutti i necessari riferimenti di dottrina e giurisprudenza. Sulla sentenza della Corte relativa all'Italia, v. P. DE PASQUALE, *Golden share all'italiana*, in *Dir. pubbl. com. eur.*, 2000, 1233 ss., F. MERUSI, *La Corte di giustizia condanna la golden share all'italiana e il ritardo del legislatore*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2000, III, 1236 ss.. M. T. CIRENEI, *Le società di diritto «speciale» tra diritto comunitario delle società e diritto comunitario della concorrenza* cit.; J. SODI, *Poteri speciali, golden share e false privatizzazioni*, in *Riv. società*, 1996, 368 ss; G.C. SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione*, Torino, 2006.

La Commissione ha avviato nei confronti dell'Italia un ulteriore procedimento di infrazione in ordine alla disciplina dei poteri speciali, pure a seguito della modifica attuata con la citata legge n. 350/03 e con il decreto attuativo in data 10.6.2004. Secondo la Commissione i criteri stabiliti da detto decreto per l'esercizio dei poteri speciali “non giustificano il controllo dell'assetto proprietario e della gestione delle società privatizzate interessate, che configurano pertanto una restrizione ingiustificata della libera circolazione dei capitali e del diritto di stabilimento” (v. comunicato Commissione in data 13.10.2005, in www.europa.eu.int/rapid/pressReleases).

Di recente, si veda in giurisprudenza la sentenza della Corte di giustizia, in cause riunite, del 6.12.2007, C-463/04 e 464/04, che ha ritenuto contrario all'art. 56 Tratt.CE la facoltà di nomina di uno o più amministratori da parte

dello Stato, ex art. 2449 cc., nelle imprese privatizzate nelle quali è altresì riconosciuto al potere pubblico la partecipazione all'elezione, mediante voto di lista, degli amministratori non direttamente nominati (ex art. 4 d.l. 31.5.1994, n. 332, conv. l. 30.7.1994 n. 474 e succ. modif.). La Corte ha ritenuto che “*tali poteri consentono allo Stato ... di godere di un potere di controllo sproporzionato rispetto alla sua partecipazione nel capitale della società*”.

(20) Nella sentenza C- 174/04, in data 2.6.2004, la Corte afferma con grande precisione: “le disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione dei capitali non operano alcuna distinzione tra le imprese private e le imprese pubbliche né tra le imprese dominanti e quelle che non godono di una siffatta posizione”.

(21) Corte giust., tra le tante, *Eurocontrol*, C-364/92, in data 19.1.1994, nella quale si afferma che le attività svolte da Eurocontrol “sono di interesse generale, il cui scopo è quello di contribuire alla conservazione e al miglioramento della sicurezza della navigazione aerea”.

(22) S. CASSESE, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione* cit., dove tutti i necessari riferimenti; J. A. MORENO MOLINA, *Le distinte nozioni comunitarie di pubblica amministrazione*, in *Riv. pubbl. com.*, 1998, 561 ss; P. CERBO, *Il principio di economicità nella nozione di impresa e nella pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2003, IV, 332 ss..

(23) G.CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario* cit.,

(24) Sui servizi pubblici locali (settore che resta ancora, in larga misura, escluso dall'applicazione delle nuove regole e perciò ancora dominato da una massiccia presenza dell'impresa pubblica spesso in posizione monopolistica) v. di recente G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005; S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004; S. PIGNATARO, *I servizi pubblici locali del nuovo sistema delle autonomie*, Padova, 2004; F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali - Contendibilità del mercato*

e impresa pubblica, Torino, 2004; P. ROSSI, *Liberalizzazione dei servizi pubblici locali e antitrust*, Milano, 2004; A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico - L'impresa di gestione di servizi pubblici locali*, Milano, 2001.

(25) Corte giust., *Hoefner*, C- 41/90, in data 23.4.1991: “la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che esercita una attività economica, a prescindere dallo *status* giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento”.

(26) Corte giust., *Eurocontrol*, C- 364/92 cit.

(27) Corte giust., *Poucet*, C-159/91, 160/91, in data 17.2.1993.

(28) Corte giust., *Hoefner*, C- 41/90 cit. (“Le attività di collocamento non sono sempre state nè sono necessariamente esercitate da enti pubblici. Il collocamento può essere qualificato impresa ai fini dell’applicazione delle norme di concorrenza comunitarie. Ne consegue che un ente come un ufficio pubblico per l’occupazione che svolge attività di collocamento può essere qualificato impresa ai fini dell’applicazione delle norme di concorrenza comunitarie”). V. anche sul punto, Corte giust., *Job Centre coop a r. l.*, C- 55/96, in data 11.12.1997, in cui si afferma che “un ente come un ufficio pubblico di collocamento può essere qualificato impresa ai fini dell’applicazione delle regole di concorrenza comunitaria”.

(29) Corte giust., *Federation Francaise des societes d'assurance*, C-244/99, in data 16.11.1995: “un ente che, senza perseguire scopo di lucro gestisce un regime di assicurazione per la vecchiaia destinato ad integrare un regime di base obbligatorio ... e che opera, nel rispetto delle norme stabilite dalle autorità amministrative...secondo il principio della capitalizzazione, è una impresa ai sensi dell’art. 85. Infatti un ente del genere, anche se non persegue uno scopo di lucro, ed il regime da esso gestito comporta alcuni elementi ispirati al principio di solidarietà che hanno una portata limitata e non sono paragonabili a quelli

che caratterizzano i regimi previdenziali obbligatori, esercita una attività economica in concorrenza con le società di assicurazione sulla vita”.

(30) Corte giust., *Pavlov*, C -180/98, C -184/98, in data 12.9.2000: “Il fondo pensione di categoria che fissa esso stesso l’importo dei contributi e delle prestazioni e che funziona secondo il principio della capitalizzazione, che è stato incaricato della gestione di un regime pensionistico complementare, istituito da un ente rappresentativo dei membri di una professione liberale e al quale l’iscrizione è stata resa obbligatoria dalla pubblica autorità per tutti i membri di tale professione, è impresa ai sensi degli art. 85, 86, e 90 del Trattato”.

(31) Sulla nozione di servizi di interesse economico generale nell’ambito del Trattato, anche a seguito delle integrazioni introdotte con il Trattato U.E., v. da ult. V. DI COMITE, *La nozione di imprese nell’applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, in *Giur. it.*, 2004; D. SORACE, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2003, 337 ss.; R. URSI, *L’evoluzione della nozione di servizio di interesse economico generale nel processo di integrazione europea*, in *Nuove autonomie*, 2002, 143 ss.; M. T. CIRENELI, *Liberalizzazioni, servizi di interesse economico generale, e sussidi incrociati: la direttiva della commissione 2000/52/Ce e il nuovo ambito della «disciplina trasparenza»*, in *Dir. comm. inter.*, 2001, 281 ss.; L. PERFETTI, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (sulla comunicazione della commissione europea relativa ai servizi di interesse generale del 20 settembre 2000)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 479 ss.; L. G. RADICATI DI BROZOLO, *La nuova disposizione sui servizi di interesse economico generale*, in *Dir. Unione europea*, 1998, 527 ss..

(32) Sulla nozione di obblighi di servizio pubblico e su quella connessa di servizio universale v. L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002.

(33) G. CORSO (*Attività amministrativa e mercato cit.*) in base alla esatta osservazione circa le profonde modifiche che la nostra costituzione economica ha subito per effetto della “costituzionalizzazione del diritto europeo” per cui essa non è più formata solo dai vecchi art. 41, 42 e 43 della Costituzione “ma anche dalle norme del Trattato, ivi comprese quelle dedicate alla concorrenza”, afferma che anche l’art. 41, 3° co, sarebbe in netto contrasto con i principi europei. Infatti, e qui indubbiamente l’A. ha ragione, “perché l’attività economica pubblica e privata possa essere coordinata ed indirizzata a fini sociali attraverso programmi e controlli pubblici determinati dalla legge occorre derogare alla regola di concorrenza e prescindere da essa”; ma i fini sociali cui fa riferimento l’art. 41 debbono essere interpretati nel vigente ordinamento alla luce del diritto europeo e in essi sicuramente rientrano i fini perseguiti dalle attività di servizio pubblico (i servizi di interesse economico generale di cui all’art. 86, 2° par. del Trattato), nonché gli altri fini sociali che la normativa europea consente di perseguire, anche sulla base dell’art. 87. A me sembra dunque che l’art. 41 Cost. correttamente interpretato alla luce dei principi europei conservi pienamente la sua validità (anzi esso parificando imprese pubbliche e private segue una impostazione, del tutto conforme al diritto europeo), mentre sicuramente l’art. 43, laddove privilegia la posizione dell’impresa pubblica in determinati settori risulta in contrasto con il diritto europeo.

(34) Corte giust., *Commissione*, C- 157/94, in data 23.10.1997: “l’art. 90, n. 2, in quanto disposizione che consente di derogare alle norme del Trattato, deve essere interpretato restrittivamente”; nello stesso senso vedi anche C-159/94, in data 23.10.1997.

(35) Corte giust. *Corbeau*, C-320/91, in data 19.5.1993, nella quale da un lato si riconosce il diritto esclusivo di raccogliere, trasportare e distribuire la corrispondenza conferito a carico dell’Ente poste francese, e dall’altro si ritiene

che una tale limitazione della concorrenza non è ritenuta ammissibile qualora si tratti di servizi specifici, separabili dal servizio di interesse generale quali la raccolta a domicilio, una maggiore rapidità o affidabilità nella distribuzione e la modifica della destinazione durante l'inoltro della corrispondenza.

(36) *G. Marcou*, op. cit.

(37) Corte giust., *Almelo*, C-393/92, in data 27.4.1994: “Restrizioni della concorrenza da parte di altri operatori economici devono essere ammesse se risultano necessarie per consentire lo svolgimento del servizio di interesse generale da parte dell’impresa incaricata”.

(38) Corte giust., *Corsica Ferries*, C-266/96, in data 18.6.1998: “non è incompatibile con gli artt. 86 e 90 n. 1 del Trattato inserire nel prezzo del servizio una componente destinata a coprire il costo del mantenimento del servizio universale di ormeggio, in quanto corrisponda al supplemento di costo che le caratteristiche specifiche di questo servizio comportano, e di prevedere, per questo servizio, tariffe diverse a seconda delle caratteristiche proprie di ciascun porto”.

(39) Corte giust., *Firm Ambulance Glockner*, C-475/99, in data 25.10.2001: l’estensione “dei diritti esclusivi delle organizzazioni sanitarie al settore del trasporto non urgente di malati permette loro di espletare il compito di interesse generale riguardante il trasporto d’urgenza, in condizioni di equilibrio economico. La possibilità che avrebbero gli imprenditori privati di concentrarsi nei settori di trasporto non urgente su tragitti più redditizi potrebbe comprometterne la redditività economica del servizio fornito dalle organizzazioni sanitarie”.

(40) Corte giust., *Corbeau*, C-320/91 cit.: “è indiscutibile che la Rège des postes sia incaricata di un servizio di interesse economico generale”.

(41) Corte giust., *Altmark Trans GmbH*, C-280/00, in data 24.7.2003: “un intervento statale deve essere considerato come una compensazione diretta a rappresentare la contropartita delle prestazioni effettuate dalle imprese beneficiarie per assolvere obblighi di servizio pubblico, cosicchè tali imprese non traggono, in realtà un vantaggio finanziario e il suddetto intervento non ha quindi l’effetto di collocarle in una posizione concorrenziale più favorevole rispetto a quelle che fanno loro concorrenza”.

(42) Corte giust., *Acoss*, C-53/00, in data 22.11.2001.

(43) Corte giust., *Merci convenzionali porto di Genova*, C-179/90, in data 10.12.1991; da ult. Corte giust., *MOTOE*, C-49/07, in data 1.8.2008

(44) Corte giust., *G.T.- Link A/S*, 242/95, in data 17.7.1997: non la gestione di qualsiasi porto commerciale rientra “nella gestione di un servizio d’interesse economico generale, né, in particolare tutte le prestazioni fornite in siffatto porto rientrano in tale missione”. Una impresa pubblica, che è proprietaria di un porto commerciale e lo gestisce non può riscuotere tasse portuali dovute per l’uso di impianti ... “che non sono necessarie per l’adempimento da parte di detta impresa della specifica missione affidatale”.

(45) Sul punto, v. part. Corte giust. *Almelo* cit., in cui si afferma che “restrizioni della concorrenza da parte di altri operatori economici devono essere ammesse se risultano necessarie per consentire lo svolgimento del servizio di interesse generale da parte dell’impresa incaricata. A questo proposito, si deve tenere conto delle condizioni economiche nelle quali si trova l’impresa, ed in particolare dei costi che essa deve sopportare”; ma anche v. *Corbeau* cit., in cui l’obbligo del titolare del diritto esclusivo “di garantire i suoi servizi in condizioni di equilibrio economico presuppone la possibilità di una compensazione tra i settori di attività redditizi e di quelli meno redditizi, e giustifica quindi una limitazione della concorrenza da parte di imprenditori privati nei settori economicamente redditizi”.

(46) Corte giust., *Corsica Ferries France Sa*, C-266/96, in data 18.6.1998: “non è incompatibile con gli art. 86 e 90 n. 1 del Trattato inserire nel prezzo del servizio una componente destinata a coprire il costo del mantenimento del servizio universale di ormeggio, in quanto corrisponda al supplemento di costo che le caratteristiche specifiche di questo servizio comportano”; ma v. anche Trib. I, *FFSA ed altri*, T-106/95, in data 27 febbraio 1997, secondo cui uno sgravio fiscale concesso alle Poste è giustificato dalla esistenza per la Posta “di un costo supplementare generato in primo luogo dal mantenimento dei servizi di interesse economico generale ai sensi dell’art. 90 n. 2, del Trattato, cui la Posta è tenuta, vale a dire al rispetto dei vincoli di servizio pubblico in tutto il territorio nazionale” .

(47) Corte giust., *Commissione*, C-157/94, in data 23.10.1997, nella quale viene riconosciuta compatibile con le norme comunitarie l’attribuzione di diritti esclusivi di importazione di energia elettrica destinata alla distribuzione pubblica.

(48) Corte giust., *Commissione*, C-159/94, in data 23.10.1997, nella quale si afferma che “la concessione a una impresa incaricata della gestione di servizi di interesse economico generale di diritti esclusivi è ammessa qualora l’adempimento della specifica missione possa essere garantito unicamente grazie a tali diritti e purchè lo sviluppo degli scambi non risulti compromesso in misura contraria agli interessi della comunità”. Nello stesso senso v. anche Corte giust., *Commissione*, C-157/94 cit.

(49) Sull’attività di regolazione, divenuta nell’esperienza più recente una manifestazione dell’azione amministrativa dotata di caratteri propri anche per effetto dell’imputazione di queste attività nella maggior parte dei casi, ad autorità amministrative c.d. indipendenti, vedi di recente L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit..

D. SORACE (*Servizi pubblici* cit.) (il quale esattamente nota in contraddizione con il principio, l'art. 2 del d.l.vo n. 261/99 sui servizi postali che attribuisce al Ministero delle Comunicazioni i compiti regolatori in materia) ritiene che secondo il diritto comunitario, le funzioni regolatorie in ordine ai servizi pubblici debbano essere svolte da Autorità indipendenti (indipendenti dagli operatori ma anche operanti in un ambito di neutralità politica) (art. cit., pag. 398 ss., 417 ss.). Il principio è desunto da norme sparse in diverse direttive in materia di telecomunicazioni, di servizi postali, di gas naturale e così via; ma l'affermazione del principio non sembra invero così chiara come l'Autore ritiene.

(50) In tal caso infatti si avrebbe, per quanto direttamente interessa in queste note una violazione dei principi di cui all'art. 86 e all'art. 44, 2° parg. lett g) Tratt. Ce; ma dall'altra parte, una violazione dei principi in materia di libertà di circolazione come ampiamente sottolineato dalla giurisprudenza comunitaria.

(51) V. tuttavia, Comunicazione della Commissione COM (2003) 270, del 21.5.2003 - Libro verde sui servizi di interesse generale.