

## *Introduzione*

Il ventesimo secolo si è caratterizzato per un intenso intervento pubblico nell'economia che, in alcune fasi, si è dimostrato così rilevante e determinante da essere reputato una caratteristica dello Stato contemporaneo<sup>1</sup>.

Le motivazioni che lo hanno reso necessario, già prima dell'entrata in vigore della Costituzione italiana, sono state e sono molteplici e vanno dal salvataggio di imprese private in crisi, all'intervento di tipo produttivo in zone depresse, fino all'erogazione di servizi pubblici essenziali, che resta oggi quella prevalente.

Inoltre, con l'entrata in vigore della Costituzione italiana e l'affermarsi del principio di uguaglianza sostanziale, tale azione si è inquadrata nella più ampia realizzazione dello Stato sociale di diritto<sup>2</sup> da intendersi quale strumento volto ad eliminare gli squilibri economici oltre che sociali<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Per un'analisi di questa connotazione dello Stato contemporaneo, cfr. P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996. Cfr., altresì, V. BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, 1957; G. QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1980.

<sup>2</sup> Sul punto parte della dottrina ha osservato che “*il concetto di Stato sociale non avrebbe nessun significato se isolato da quello di Stato di diritto, che è la linfa vitale della Costituzione. Lo Stato sociale è strettamente legato allo Stato di diritto, del quale costituisce l'ultima evoluzione, sul quale si fonda. La garanzia dello Stato sociale è costituita dallo Stato di diritto*”, cfr. G. QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 30. Si veda inoltre A. VILLANI, *Stato sociale di diritto: decifrazione di una formula*, Macerata, 1966, secondo il quale “*Lo Stato di diritto ha oggi, in questa nostra epoca, senso e possibilità solo se esso è, nel contempo, Stato sociale*” e ancora che “*Lo Stato sociale ha oggi, in questa epoca, senso e possibilità solo nella misura in cui sa nel contempo essere Stato di diritto*”.

<sup>3</sup> Per un'analisi più approfondita della materia si rinvia a G. DE MARIA, *Lo Stato sociale moderno*, Milano, 1946; A.M. SANDULLI, *Stato di diritto e Stato sociale*, in *Nord e Sud*, 1963; M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1964, 802, 8; P.G. GRASSO, *Osservazioni sullo Stato sociale nell'ordinamento italiano*, in *Quaderni di*

Come è noto, nella Costituzione Italiana del 1948 questa concezione rinviene la propria sistematizzazione, al tempo stesso, negli artt. 2 e 3 ed in quelli che compongono e definiscono la Costituzione economica italiana.

Centrale in questa impostazione è, in particolare, il principio di uguaglianza, punto cardine della nozione di Stato sociale, che nella Costituzione italiana trova formalizzazione nell'art. 3, considerata una delle disposizioni più elaborate ed "oggetto di esaltazioni e di critiche", nel quale occorre volta per volta individuare il giusto punto di equilibrio tra divieto di discriminazione e necessità di differenziare le situazioni e gli *status*<sup>4</sup>.

L'intervento pubblico nell'economia trova primariamente in esso il proprio fondamento nella ricerca degli strumenti volti a rimuovere o almeno attenuare le disuguaglianze derivanti da differenti situazioni eco-

---

*scienze sociali*, 1965; M.S. GIANNINI, *Stato Sociale: nozione inutile*, in *Scritti in onore di Constantino Mortati*, Milano, 1977; G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione Italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 755; A. BALDASSARRE, *Lo Stato sociale, una formula in evoluzione*, Bari, 1982, 25; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, Padova, 1995, 103; S. FOIS, *Analisi delle problematiche fondamentali dello Stato sociale*, in *Dir. e soc.*, 1999, 163; P. BILANCIA-E. DE MARCO, *La tutela multilivello dei diritti*, Milano, 2004; A. GIORGIS, *Diritto sociali*, in *Dizionario diritto pubblico*, Milano, 2009.

<sup>4</sup> Si ricorda, inoltre, come la prima giurisprudenza della Corte Costituzionale abbia interpretato tale principio in modo da consentire al "legislatore ordinario di emanare norme differenziate purché queste rispondano alla esigenza che la disparità di trattamento sia fondata su presupposti logici obiettivi i quali razionalmente ne giustifichino l'adozione". Cfr. G. QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1980, 53, secondo il quale la Corte Costituzionale evidenziando nella sua analisi un riferimento a criteri obiettivi e a situazioni diverse, avrebbe escluso la legittimità costituzionale delle disuguaglianze previste da leggi c.d. politiche, che, prescindendo da una situazione obiettiva, avrebbero quindi perseguito una finalità di ordine pubblico. Cfr. ancora C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in *La costituzione italiana*, Padova, 1954, 37, 66; V. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965, 147; L. PALADIN, *Eguaglianza (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 546; C. ROSSANO, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1966, 331; G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, 1972, 422; B. CARAVITA, *Oltre l'uguaglianza formale*, Padova, 1984, 150; A. PACE, *Problematiche delle libertà costituzionali*, Padova, 1992, 483; L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale: il grande equivoco*, in *Foro it.*, 1996, I, 1961; A. PACE, *Eguaglianza e libertà*, in *Polo dir.*, 2001, 168; A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, aggiorn., Roma, 2006, I; M. MANETTI, *La libertà eguale nella Costituzione italiana*, in *Riv. dir. pubbl.*, 2009, 3, 635; C. PINELLI, *Il discorso nei diritti sociali tra Costituzione e diritto europeo*, in *Europea e dir. priv.*, 2011, 3, 401; U.G. ZINGALES, *Cronache costituzionali*, 2012, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 3, 781; A. MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 1, 89.

nomiche e sociali, nonché incidere sugli ostacoli al pieno sviluppo della persona umana<sup>5</sup>.

In modo particolare, la disciplina costituzionale dei servizi pubblici può considerarsi uno degli esempi più chiari del fondamentale rapporto che intercorre tra la forma di Stato sociale e la costituzione economica, in quanto concepisce il ruolo dello Stato come garante dell'eguaglianza sostanziale e della stabilità economica.

Da una lettura combinata degli artt. 41 e 43 Cost. può quindi evincersi come la collocazione delle stesse evidenze come le esigenze sociali, a cui si dà risposta attraverso attività economiche, debbano ricevere una tutela più incisiva rispetto ad altri diritti ed, al tempo stesso, che, almeno, il regime speciale della materia sia finalizzato ad un maggior raggiungimento di quegli obiettivi indicati dalla stessa Costituzione, in considerazione del fatto che “*nel mondo economico si colgono i contrasti tra individui e Stato, tra momento egoistico e momento collettivo*”<sup>6</sup>.

L'impostazione derivante dalle norme costituzionali è indirizzata, quindi, verso una preferenza, storicamente accertata, di una gestione pubblica dell'attività di pubblico servizio quale modello idoneo a perseguire e soddisfare fini sociali, prescindendo, di fatto, dalla economicità dell'erogazione del servizio derivante dall'equilibrio tra costi e ricavi<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Cfr. G. QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 54 secondo cui “*il diritto pubblico dell'economia studia pertanto la prima e l'ultima parte del I comma dell'art. 3, laddove si dice che “tutti i cittadini hanno pari dignità sociale” e che “sono eguali davanti alla legge senza distinzione ... di condizioni ... sociali, formule di identico significato. Studia inoltre il secondo comma dell'art. 3 per la parte che recita “è compito della repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori dell'organizzazioni economica e sociale del paese”*”. Cfr. inoltre sul punto F. RUFFINI, *Diritti di libertà*, Firenze, 1946; G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967; P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997; F. SORRENTINO, *Le garanzie costituzionali dei diritti*, Torino, 1998; E. BALBONI, *Il concetto di “livelli essenziali e uniformi” come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2001, 6; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2002; G. OESTREICH, *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Roma-Bari, 2002.

<sup>6</sup> Cfr. V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, 24.

<sup>7</sup> Al riguardo è stata quindi evidenziata l'evidente discrasia tra l'intervento economi-

Il settore dei servizi pubblici può, pertanto, essere considerato un “intreccio” di aspetti economici, sociali, organizzatori, ed, infine, istituzionali che scaturiscono dalla funzione di garanzia assegnata alle pubbliche amministrazioni, capaci di esercitare un controllo, più o meno permeante, sulla stessa disciplina<sup>8</sup>.

Sulla base di tale considerazione risulta quindi chiaro l'imprescindibile nesso tra l'erogazione e la gestione degli stessi e la disciplina prevista dall'art. 41 Cost., in quanto attività economiche indirizzate verso finalità sociali indipendentemente dalla natura pubblica o privata del soggetto erogatore che è, però, vincolato, secondo quanto previsto dall'art. 43 Cost., al raggiungimento di un preciso risultato che deve essere garantito a prescindere dal modello utilizzato<sup>9</sup>.

Per questi motivi tale materia ha ricoperto, nel corso nel tempo, una posizione centrale nelle politiche pubbliche nazionali che, soprattutto nei primi anni della storia repubblicana sono state proiettate principalmente verso interessi sociali, sottesi all'erogazione dei servizi pubblici, attraverso un significativo intervento pubblico che ha portato, talvolta, a situazioni di monopolio giustificate dalla inadeguatezza del mercato a realizzare finalità generali, il c.d. *market failures*.

---

co delle amministrazioni, volto ad incentivare la produzione di “servizi d'ordine” e salvaguardare l'economia privata in economia, e l'impostazione che si afferma con lo Stato sociale, che destina larga parte dei bilanci statali alla produzione e all'erogazione di ogni genere di “servizio di sviluppo”. Cfr. S. D'ALBERGO, *Le partecipazioni statali*, Milano, 1960; F. ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Milano, 1973, 12; M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, in *Foro it.*, 1979; G. PERICU-A. ROMANO-V. SPAGNUOLO VIGORITA, *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995; A. DI CAPUA-S. PANIZZA-E. STRADELLA, *I servizi pubblici e l'art. 43 della Costituzione*, in *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa, 2004; G. COLOMBINI, *Cartolarizzazione dei beni pubblici e interesse finanziario dello Stato: un difficile equilibrio*, in G. COLOMBINI (a cura di), *La nozione flessibile di proprietà pubblica. Spunti di riflessione di diritto interno e internazionale*, Napoli, 2008.

<sup>8</sup> Cfr. F. MONCERI, *Servizi pubblici e istanza sociali nella costituzione economica europea*, Pisa, 2012, 27.

<sup>9</sup> Come si avrà modo di analizzare nei capitoli successivi in merito alla gestione dei servizi pubblici si è passati dalla figura dell'ente pubblico, alle partecipazioni statali, per poi arrivare, in maniera pressoché totale, all'utilizzo dello strumento delle società per azioni. Cfr. M.S. GIANNINI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2006, 761.

Si tratta di un'impostazione entrata in crisi, come è noto, non solo per la limitatezza delle risorse economiche, necessarie a garantire in maniera universale il godimento dei diritti sociali, ma anche e soprattutto per l'influenza determinante della normativa europea fortemente limitativa dell'intervento diretto dello Stato nell'economia, "incoraggiato" a svolgere funzioni di regolatore o di "supplente" nei casi di fallimento del mercato.

Nel presente lavoro ci si propone, quindi, di indagare l'attualità del modello di economia sociale di mercato, inteso quale strumento capace di intervenire in sostegno ai modelli di *welfare* basati sulla eguaglianza e sulla solidarietà, ma, soprattutto sulla necessaria ed urgente definizione di un'Europa sociale, "*in cui l'Unione inizi ad assumere finanche una funzione sostanzialmente suppletiva degli Stati nazionali rispetto alla programmazione, alla modulazione ed al finanziamento della spesa sociale*"<sup>10</sup>.

L'intero elaborato pone, quindi, le sue basi sulla percezione diffusa dell'esistenza di una crisi dello stesso modello di economia sociale di mercato quale conseguenza di un più ampio inasprimento del rapporto tra governo dell'economia e sviluppo democratico nel panorama nazionale ed europeo.

La sostanziale relazione tra la c.d. Costituzione economica ed i principi di eguaglianza e solidarietà, che trova una propria legittimazione nella forma di Stato sociale e nei c.d. diritti sociali che hanno la funzione di dare attuazione alla stessa, sembra avere, infatti, fortemente risentito della crisi economica e di quei conseguenti processi di contrazione della spesa pubblica destinata al *Welfare*<sup>11</sup>.

Come è stato sottolineato, la difficoltà nel reperire risorse, le critiche condizioni dei conti pubblici e la lenta ripresa dei fattori di crescita e produttività, in modo particolare in un ambito, come è quello europeo, nel

---

<sup>10</sup> Cfr. A. PATRONI GRIFFI, *Ragioni e radici dell'Europa sociale: frammenti di un discorso sui rischi del futuro dell'Unione Europea*, in P. BILANCIA (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento statale e ordinamento europeo*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 4, 2018, 47.

<sup>11</sup> Cfr. F. SCUTO, *Il Governo dell'economia nello Stato regionale italiano tra riforme costituzionali e crisi economica: L'indissolubile legame con i principi di solidarietà, eguaglianza e tutela dei diritti sociali. Possibili "spunti" per una costruzione federale europea*, in F. BALAGUER CALLEJÓN-M. AZPITARTE SANCHEZ-E. GUILLEN LOPEZ-J.F. SANCHEZ BARILLAO (a cura di), *The reform of the European Union economic governance and the progress of political integration – La reforma de la gobernanza económica de la Union Europea y el progreso de la integración política*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, 291-323.

quale manca una politica economica unitaria, rischiano di rendere il discorso sui diritti un *flatus vocis*<sup>12</sup>.

Sul punto parte della dottrina ha altresì ricordato come le politiche di *austerità* e gli stringenti vincoli europei possano, inoltre, far correre il rischio che “*stretti in forche caudine, i singoli Stati-Comunità nazionali non vedano, in larga parte, più l’edificio europeo come una ‘casa comune’ quanto piuttosto come una sorta di ‘cabina di regia’ dalla quale qualcuno detta agli altri il copione da recitare (o i compiti da svolgere)*”<sup>13</sup>.

Partendo da tali premesse, appare necessario evidenziare l’impostazione metodologica che si è seguita nel corso dell’intero lavoro.

In riferimento alla prima parte, partendo da un’analisi del rapporto tra diritto ed economia, si indagheranno le varie interpretazioni susseguite in merito alla costituzionalizzazione delle c.d. libertà economiche che, contestualmente all’avvento del c.d. Stato pluriclasse, hanno portato alla definizione della nozione della c.d. Costituzione economica.

In modo particolare, analizzando la dottrina si cercherà di evidenziare come la nozione di Costituzione economica risulti essere complessa e problematica, dovendosi identificare non solo nella disciplina costituzionale che include, al tempo stesso, gli scopi preminenti dello Stato interventista nell’economia e la scienza economica, ma anche nella specificazione del sostantivo “Costituzione”, in merito alla regolazione giuridico-costituzionale dei rapporti economici, “*nel solco dei principi costituzionali fondamentali che sono l’immagine più fedele ed espressiva dei valori in cui si riconosce una comunità politica organizzata*”<sup>14</sup>.

Nell’approfondire le disposizioni della Costituzione Repubblicana che

<sup>12</sup> Cfr. A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2014, 81. Sul punto l’Autore ha inoltre sostenuto come “*nella crisi economica stiano prevalendo, almeno fino a questo momento, tendenze che mettono in discussione i fondamenti dello stato costituzionale in sé e, in misura maggiore, nell’esperienza europea, facendo perdere di senso al diritto costituzionale. La Costituzione, in altri termini, pare condannata a una caduta di prescrittività: o, meglio, rischia, di fronte alla crisi economico-finanziaria, di esprimere una normatività ineffettiva*”.

<sup>13</sup> Cfr. P. BILANCIA, *Il governo dell’economia tra Stati e processi di integrazione europea*, in *www.rivistaaic.it*, 3, 2014, 7.

<sup>14</sup> Cfr. V. RUGGIERI, *Costituzione*, in *Enc. filos.*, Milano, 2006, 2370.

regolano i rapporti economici, attraverso un'analisi del modello di economia mista previsto dai Costituenti, si tenterà poi di mettere in evidenza come il richiamo alla c.d. Costituzione economica imponga una serie di riflessioni in merito a quei principi fondamentali che definiscono i caratteri essenziali della forma di Stato, tra i quali si distingue, su tutti, il già ricordato art. 3 Cost., comma 2, in ragione del quale qualsiasi intervento in campo, economico o meno, non può comunque essere considerato neutrale.

Dopo aver analizzato, in modo specifico, gli artt. 41 Cost. e 43 Cost., grazie ai quali viene legittimata la presenza pubblica nell'economia, si indicherà, inoltre, il rilevante ridimensionamento di quest'ultima in considerazione delle disposizioni europee che regolano la materia e, soprattutto, di una nuova visione di mercato caratterizzata dal principio concorrenziale.

Il lavoro si concentrerà, di conseguenza, sull'analisi del rapporto tra Stato sociale, diritti sociali ed il settore dei servizi pubblici che può essere considerato uno degli esempi più rilevanti per definire le caratteristiche di una forma di Stato capace di incidere sullo spaccato economico materiale al fine di tutelare i diritti sociali.

Nel sottolineare come lo Stato sociale di diritto si caratterizzi per *“il primato del politico sull'economico secondo un modello di democrazia sostanziale ed “emancipante”, in cui la libertà non è solo un principio ma anche, e soprattutto, un bene individuabile e socialmente fruibile”*<sup>15</sup>, si ricorderà come la categoria dei diritti sociali sia stata legittimata, nell'ordinamento nazionale, in un momento successivo rispetto all'affermazione dei diritti civili e politici, assumendo una definitiva positivizzazione con la Costituzione del 1948.

Al tempo stesso si cercherà di ricostruire l'evoluzione del ruolo dei diritti sociali in ambito europeo, anche attraverso un'analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia, mostrando come la tutela degli stessi si sia affermata in modi e tempi diversi rispetto a quanto accaduto nei singoli Stati membri.

L'analisi proseguirà con un'indagine approfondita del settore dei ser-

---

<sup>15</sup> Cfr. S. GAMBINO, *Stato sociale una forma superata? Alcune riflessioni e qualche interrogativo sui rapporti fra democrazia e potere economico*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, 238.

vizi pubblici e, di conseguenza, della normativa in materia di gestione ed erogazione degli stessi<sup>16</sup>.

In modo particolare, si evidenzierà come la definizione di modelli organizzativi da parte degli enti locali sia stata fortemente condizionata, nel corso degli anni, non solo da processi di modernizzazione dei medesimi strumenti, ma anche e soprattutto da radicali revisioni legislative che hanno fortemente limitato il potere discrezionale delle amministrazioni statali.

Tale *ratio* è rinvenibile, in modo particolare, in alcuni interventi legislativi che, tra il 2008 ed il 2011, hanno portato ad una considerevole “compressione” delle prerogative assegnate alle amministrazioni pubbliche nella fase di scelta per la gestione dei servizi pubblici, tanto da indurre, parte della dottrina a parlare di “*sostanziale annientamento dell’autonomia locale*”<sup>17</sup>.

Come si avrà modo di sottolineare il risultato del referendum abrogativo del 2011 ed, al tempo stesso, gli effetti della sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012, hanno portato ad una “riespansione” del potere discrezionale delle amministrazioni pubbliche locali in riferimento alla gestione dei servizi pubblici<sup>18</sup>.

Di particolare rilevanza a tal fine risulteranno le novità introdotte dal c.d. Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, indirizzate verso la promozione di una efficiente gestione ed un tendenziale restringimento della presenza di soggetti pubblici nel mercato.

Alla luce del dettato costituzionale e degli interventi della giurisprudenza, nazionale ed europea, di specifico interesse sarà l’analisi dei modelli di gestione dei servizi pubblici e, in modo particolare, l’utilizzo dello strumento societario da parte degli enti e delle amministrazioni pubbliche.

---

<sup>16</sup> La materia dei servizi pubblici può, infatti, essere considerata uno degli esempi più rilevanti per definire le caratteristiche di una forma di Stato, capace di incidere sul modello economico materiale in funzione di promozione dei diritti sociali.

<sup>17</sup> Cfr. sul punto F. LIGUORI, *I modelli organizzativi e gestionali dei servizi metropolitani: prime considerazioni*, in *Munus*, 2014, 460.

<sup>18</sup> Cfr. F. LIGUORI, *I modelli organizzativi e gestionali dei servizi metropolitani: prime considerazioni*, cit., 452. Cfr. inoltre G. TAGLIANETTI, *Discrezionalità amministrativa e servizi pubblici locali. Contributo allo studio del potere decisionale degli enti locali nella gestione dei servizi pubblici*, Torino, 2018, 7.

Come è noto, infatti, nell'esercizio delle proprie funzioni queste ultime possono agire *iure privatorum* e, quindi, utilizzare modelli di natura privatistica, rimanendo sottoposta, al tempo stesso, ai principi fondamentali di imparzialità, non discriminazione e buon andamento.

Nello specifico, si analizzeranno il c.d. partenariato pubblico-privato istituzionalizzato, le c.d. società miste, e le c.d. società *in house providing*, esaminando, in modo particolare, la natura giuridica, l'influenza della giurisprudenza e del diritto europeo e la definizione degli stessi nell'attuale panorama giuridico nazionale basato sul c.d. Testo Unico sulle partecipate, indirizzato verso la definizione di ipotesi tassative e stringenti per la costituzione di società a partecipazione pubblica.

L'approfondimento delle forme di gestione dei servizi pubblici, che si sono succedute durante l'esperienza repubblicana, permette, inoltre, di evidenziare lo sforzo del legislatore nazionale, in dialogo con quello europeo, nel realizzare quella economia sociale di mercato che, letta proprio attraverso i modelli di gestione, si presenta di complessa definizione.

Di particolare difficoltà appare infatti il perseguimento dell'obiettivo di rendere disponibili, a tutti, determinati servizi a prezzi accessibili ed, al tempo stesso, individuare una forma di organizzazione che non faccia ricadere, sull'intera comunità, il costo di una non efficiente ed economica gestione degli stessi. Da qui l'esigenza di pensare ad un modello di integrazione economica, non basato in maniera esclusiva sul mercato, caratterizzato da una maggiore armonizzazione dei diritti sociali, che *“consentirebbe di abbandonare l'attuale prospettiva e di seguire un approccio basato sui principi di solidarietà ed eguaglianza”*<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Cfr. F. SCUTO, *Il Governo dell'economia nello Stato regionale italiano tra riforme costituzionali e crisi economica: L'indissolubile legame con i principi di solidarietà, eguaglianza e tutela dei diritti sociali. Possibili “spunti” per una costruzione federale europea*, cit., 319. Cfr. inoltre sul punto F. BILANCIA, *Crisi economica e asimmetrie territoriali nella garanzia dei diritti sociali tra mercato unico e Unione monetaria*, in *Rivista AIC*, 2, 2014. Secondo l'Autore l'auspicata integrazione politica dovrebbe, inoltre, essere caratterizzata da una politica di redistribuzione della ricchezza da un punto di vista territoriale e sociale, in modo da poter contrastare gli effetti asimmetrici che le crisi economiche possono provocare all'interno dell'Unione.



## Capitolo I

### *Il rapporto tra diritto ed economia. La complessa nozione di “Costituzione economica”*

SOMMARIO: 1. La nozione di “Costituzione economica”. – 1.1. Il rapporto tra “Costituzione economica” e la c.d. teoria del *laissez faire*. – 1.2. La costituzionalizzazione delle libertà economiche. – 1.3. La nozione di “Costituzione economica” nell’attuale fase storico-istituzionale. – 2. La Costituzione italiana. – 2.1. Il sistema dei principi e delle tutele. – 2.2. Il modello economico di c.d. economia mista. – 3. L’art. 41 della Costituzione. – 3.1. L’art. 41 della Costituzione quale fondamento costituzionale del principio concorrenziale nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. – 4. L’art. 43 della Costituzione. – 5. Gli effetti del diritto europeo sulla nozione di Costituzione economica.

#### 1. *La nozione di “Costituzione economica”*

##### 1.1. *Il rapporto tra “Costituzione economica” e la c.d. teoria del laissez faire*

Il rapporto tra diritto ed economia ha conosciuto, nel corso del tempo, una importante evoluzione in considerazione delle diverse interrelazioni che, negli anni, si sono prodotte tra i vari soggetti e istituti coinvolti<sup>1</sup>.

Come è stato sottolineato, la celere dissoluzione dei grandi modelli di governo dell’economia ed il progressivo sconvolgimento delle identità economiche dei singoli Stati, in favore di un unico sistema economico determinato, in prevalenza, da atti normativi sovranazionali, sono stati considerati elementi caratterizzanti una nuova fase di ridefinizione di

---

<sup>1</sup> Cfr. sul punto G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *La Costituzione economica*, *Atti del convegno dell’Associazione italiana dei costituzionalisti*, Ferrara, 11-12 ottobre 1991, Padova, 1997, 9.

azioni giuridiche ed economiche sia in ambito nazionale che internazionale<sup>2</sup>.

Al tempo stesso deve altresì evidenziarsi come, in considerazione della sempre maggiore rilevanza nel panorama politico europeo di visioni fondate sulla “rinascita” di identità nazionali e sovraniste a discapito di una visione “europeista”, lo stesso modello economico eurounitario, considerato, nel corso degli scorsi decenni uno strumento di unione e coesione, potrebbe subire un significativo ripensamento.

Come è noto, le riflessioni scientifiche sul diritto ed economia hanno evidenziato la necessità di un coordinamento tra pensiero economico, giuridico e politico<sup>3</sup> in virtù del quale alla variazione “*indicata come*

---

<sup>2</sup>Contro un’interpretazione unilaterale di questo processo, va ricordato che almeno a partire dall’Atto unico europeo, in virtù dell’adozione del principio di “mutuo riconoscimento” e del controllo del paese d’origine, si registra un mutamento di rotta nell’azione degli organismi europei con il passaggio da una concezione gradualistica o piramidale del diritto sovranazionale ad una improntata concorrenza tra ordinamenti ed, allo stesso modo, ad un contestuale processo di riadattamento del sistema europeo alle singole identità nazionale. Cfr. sul punto R. MICCÙ, *Economia e Costituzione. Una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca*, in *Quad. plur.*, 1996, 250. Cfr. inoltre F. GALGANO-S. CASSESE-G. TREMONTI-T. TREU, *Nazioni senza ricchezza, ricchezze senza nazioni*, Bologna, 1993, 26; T. PADOA SCHIOPPA, *Il federalismo economico e la Comunità europea*, Bologna, 3, 1993, 573; G. GUARINO, *L’Atto unico europeo e la dinamica del processo di integrazione comunitaria*, in *Dalla Costituzione all’Unione Europea*, Napoli, 1994, 202.

<sup>3</sup>Esempio emblematico è il tema della concorrenza e del mercato il cui elemento fondamentale e centrale può rinvenirsi nella individuazione di possibili collegamenti tra disposizione normativa e mercato, ritenuto più o meno capace di autoregolarsi. Cfr. sul punto L. MEZZETTI, *Costituzione economica e libertà di concorrenza in Italia. Modelli europei a confronto*, Torino, 1994, 195; A. SEN, *Lo sviluppo è libertà. Perché non c’è crescita senza democrazia*, Milano, 2000. In aggiunta alle ricostruzioni che pongono l’attenzione sul dato economico o su quello giuridico del mercato si ritiene opportuno richiamare la visione sociologica del ruolo del mercato. Cfr. sul punto M. WEBER, *Economia e società, Teoria delle categorie sociologiche*, Milano, 1999. L’Autore attribuisce al mercato un ruolo fondamentale ed ordinatore dell’agire sociale razionale sulla base dell’impianto teorico degli economisti neoclassici il cui limite principale sarebbe stato quello di pensare l’organizzazione di mercato in modo indipendente rispetto alle trasformazioni giuridiche, giungendo per tale via ad una separazione tra la sfera delle regolazioni economiche e di quelle giuridiche. *Contra*, G. REBUFFA, *Organizzazione giuridica e organizzazione economica: la funzione distributiva dei beni e le tecniche giuridiche*, in *Sociologia del diritto*, 1982, 10. In realtà la più recente analisi sociologica dedicata ai rapporti tra regole giuridiche e organizzazioni di mercato definisce, in maniera chiara, i limiti dell’impianto teorico weberiano, puntando l’attenzione sulla possibile comparazio-

*propria dalla scienza economica corrisponde un mutamento nello stesso concetto di diritto*"<sup>4</sup>.

Diverse sono le teorie che hanno analizzato la relazione tra diritto ed economia, a partire da quella neoclassica, che si caratterizza per una sostanziale neutralità delle norme giuridiche rispetto al fattore economico<sup>5</sup>.

Tale orientamento è strettamente collegato a quello riconducibile al rapporto tra principio di concorrenza e struttura del mercato, rispetto alla quale la prima assume un ruolo centrale con la conseguenza che una possibile carenza potrebbe pregiudicarne l'eticità in favore di interessi particolari per specifiche categorie, finendo per creare squilibri tali da alterare la concorrenzialità dello stesso<sup>6</sup>.

---

ne tra le funzioni allocative e distributive del mercato con quelle del diritto, mettendo in evidenza i limiti di entrambe queste forme di regolazione sociale. Cfr. M.R. FERRARESE, *Diritto e mercato, Il caso degli Usa*, Torino, 1992, 21; L. AVITABILE, *La funzione del mercato nel diritto. Economia e giustizia*, in N. LUHMANN, Torino, 1999, II, 151.

<sup>4</sup>Cfr. T. ASCARELLI, *Ordinamento giuridico e processo economico, i problemi giuridici*, Milano, 1959, 41. Al riguardo si ricorda altra dottrina che ha cercato di stabilire se il diritto abbia soltanto la funzione di organizzare la forma esteriore del processo economico o se "costituisca uno strumento attivo del processo economico, in virtù del quale l'ordine economico riceve l'impronta della volontà umana". Cfr. L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in *Studi in onore di Alberto Asquini*, Padova, 1965, III, 1077. Cfr. inoltre K. RENNER, *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale*, Bologna, 1981, 50. Sul punto l'Autore evidenzia come "il rapporto economico è il substrato del rapporto giuridico", ricordando altresì, come "la categoria economica semplice si presenta come combinazione di più categorie giuridiche; pertanto le categorie non coincidono. Molteplici, ma sempre determinanti, istituti giuridici servono ad un processo delimitato ed in tal modo individualizzato, dal punto di vista della scienza economica: tale loro funzione è ciò che io chiamo la funzione giuridica di questi istituti. L'istituto giuridico si trova perciò a mezza strada tra il processo del divenire del diritto e la funzione sociale di esso. Solo questi due campi completano l'ambito mediano dell'arte giuridica fino a farne l'ambito completo della scienza giuridica".

<sup>5</sup>Tale neutralità risulta essere, infatti, rappresentativa di un mero presupposto del comportamento individuale, da intendersi come una delle informazioni o dei "presupposti di valore" che, sulla base di altri aspetti fattuali, il singolo individuo è chiamato a considerare per l'assunzione di una scelta razionale Cfr. H.A. SIMON, *La ragione nelle vicende umane*, Bologna, 1984; V. ATRIPALDI, *La costituzione economica tra patto e transizione*, in *Governi ed economia*, Padova, 1998.

<sup>6</sup>Come è noto, infatti, in una prima fase storica, i rapporti tra diritto ed economia sono stati considerati sulla base di una causalità logica, inducendo, per questo motivo, parte

La politica del *laissez faire*, tesa a stabilire le condizioni necessarie per il sorgere e l'espansione della moderna industria e non a combattere la realtà dei monopoli, non presuppone un'assenza di leggi e, quindi, di regolazione, in quanto, anche il sistema migliore, rinvenibile nella libertà naturale, in cui “ogni uomo, purché non violi le leggi della giustizia viene lasciato perfettamente libero di perseguire il proprio interesse a suo modo e di mettere la sua attività ed il suo capitale in concorrenza con quelli di ogni altro uomo o categoria di uomini”<sup>7</sup>, obbliga a considerare la libertà naturale quale vero e proprio canone politico, rendendo, per questo motivo, necessaria la rimozione di qualsiasi vincolo, ad eccezione di quelli derivanti dalla necessità di giustizia<sup>8</sup>.

---

della dottrina ad evidenziare come “il modello classico dell'economia considera il diritto come una serie di dati che, insieme con l'altra serie, costituita dalle condizioni naturali dei soggetti, degli oggetti e della tecnica produttiva, determinano i presupposti del comportamento economico individuale”. Cfr. G. CAPOGRASSI, *Pensieri vari su economia e diritto*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, 222. Cfr. inoltre sul punto A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, Milano, 1973, 825. Per una compiuta analisi critica di A. Smith, si veda, tra i tanti, M. DOBB, *Introduzione a A. Smith, Indagine sulla natura e sulle cause della ricchezza delle nazioni*, Milano, 1976.

<sup>7</sup> Cfr. A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, cit., 851.

<sup>8</sup> Al tempo stesso, partendo dal presupposto che le esigenze di giustizia e di uguaglianza non impongono una regolamentazione burocratizzata dell'economia, parte della dottrina ha evidenziato come la eteroregolazione compatibile con il mercato non può e non deve concretarsi in un generale *restraint of trade* di fonte statale ma in un controllo di fonte giudiziale volto a garantire, secondo l'etica della *common law*, la piena ed effettiva applicazione del principio fondamentale, tanto dell'ordine politico quanto dell'ordine economico, e la realizzazione del c.d. ordine spontaneo del mercato. Il presupposto idoneo a rendere compatibile l'intervento statale con l'ordine di mercato fondato sulla concorrenza deve, senza dubbio, rinvenirsi nella sua neutralità, nella capacità di essere orientato ad offrire strumenti adeguati a garantire il corretto funzionamento del mercato nel rispetto del principio di eguaglianza, connesso al sistema concorrenziale e della natura della norma che legittima l'intervento pubblico. Se, infatti, il sistema giuridico offrisse una prestazione non ispirata a tali principi finirebbe col trasformare il sistema economico, implementando forme di mercato non più concorrenziali, cfr. F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, Milano, 1994, 442. Secondo l'Autore, la concorrenza “deve essere vista come un processo tramite il quale la gente acquisisce e trasmette conoscenza; trattarla come se tutta questa conoscenza appartenesse ad una in particolare, non ha assolutamente alcun senso”. Per questo motivo, quindi, la stessa “porta, in condizioni favorevoli, all'uso positivo di capacità e conoscenze di qualsiasi altra procedura. Sebbene qualunque uso positivo di capacità e conoscenza possa essere considerato un guadagno, e sebbene ogni scambio addizionale in cui entrambe le parti preferi-

In questa prospettiva si individuano, pertanto, i limiti della presenza dello Stato nella misura in cui quest'ultimo è chiamato a predisporre la struttura capace di assicurare il funzionamento e la piena operatività dell'ordine naturale del mercato<sup>9</sup>. Il mercato non è quindi interpretato come un fattore economico che rifiuta qualsiasi tipo di intervento eteronomo, ma al contrario viene considerato un "ordine" o, come è stato evidenziato, quale entità che soltanto in parte è extragiuridica, caratterizzata per la "regolarità e prevedibilità dell'agire dei soggetti che in esso si trovano ad operare"<sup>10</sup>. Ciò impone, per il suo funzionamento, uno statuto giuridico rinvenibile in un sistema di norme eteronome rispetto al mercato, predisposte dal sistema giuridico, i cui contenuti dipendono evidentemente dal grado di autonomia che, in una data realtà storica, viene riconosciuto al singolo sistema.

Sulla base di tali considerazioni il mercato viene assunto come entità che, per sua stessa natura, impone una regolazione ed è strettamente dipendente da una precisa volontà politica, o, nel caso della *common law*, è da considerarsi naturale evoluzione del sistema economico attraverso la sedimentazione di decisioni che determinano il contenuto delle regole ordinarie dello stesso.

---

*scono quanto ottengono rispetto a quanto danno possa essere considerato un vantaggio, non si può mai dire di quanto sia aumentato l'utile netto totale disponibile. Non ci si occupa di grandezze misurabili o addizionabili e quindi si devono accettare come ottimali i risultati di quelle condizioni generali che più verosimilmente portano alla scoperta del maggior numero di opportunità".* Cfr. inoltre A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, Milano, 1997.

<sup>9</sup> Quest'ultimo necessita non solo di un intervento normativo, che offra una struttura capace di consentire la sua operatività sulla base di modello, rispetto al quale l'aspetto istituzionale assume un ruolo centrale, ma anche di un ulteriore momento di garanzia da rinvenirsi, non tanto nella corretta applicazione delle regole da parte dei soggetti operanti nel mercato, quanto nella uniforme applicazione delle medesime anche da parte della stessa amministrazione. Si tratta di un'ipotesi possibile attraverso una riduzione dell'area di discrezionalità che accompagna inevitabilmente l'applicazione della legge. Mentre i primi due aspetti possono essere concentrati in mano ad uno stesso soggetto, che può ben essere un'amministrazione indipendente, il terzo viene collocato in capo ai giudici. Cfr. L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002, 80.

<sup>10</sup> Cfr. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2004, 23.