



Costituzionalismo.it

Fascicolo 2 | 2020

**Un tentativo di individuare limiti
alla privatizzazione
nella Costituzione italiana**

di Antonio Ignazio Arena

EDITORIALE SCIENTIFICA

UN TENTATIVO DI INDIVIDUARE LIMITI ALLA PRIVATIZZAZIONE NELLA COSTITUZIONE ITALIANA

Antonio Ignazio Arena

Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale

Università degli Studi di Messina

SOMMARIO: 1. AVVERTENZE E DELINEAZIONE DEL PROBLEMA; 2. RIFERIMENTI POSITIVI, ULTERIORI CONSIDERAZIONI PROPEDEUTICHE E STRUTTURA DEL LAVORO; 3. LE POLITICHE DELLE PRIVATIZZAZIONI IN ITALIA; 4. IL DATO LETTERALE E L'*ORIGINAL INTENT*; 5. INDICAZIONI DALLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE: A) LA NOZIONE "SOSTANZIALE" DI PRIVATIZZAZIONE; B) LA PRIVATIZZAZIONE: (SPESSO) UN "PROCESSO MULTIFORME"; C) I DUBBI SULL'ELENCO DI CUI ALL'ART. 43 COST. (CHIUSO O APERTO?) E IL NESSO TRA ART. 43 E ART. 3, COMMA II, COST.; D) L'ART. 43 COST. E LA PROPRIETÀ PUBBLICA; 6. ALCUNE QUESTIONI DISCUSSE: A) CARATTERE ECCEZIONALE DELLE PUBBLICIZZAZIONI (E DEI LIMITI ALLE PRIVATIZZAZIONI) *EX* ART. 43 COST.; B) CENNI SU ART. 43 COST. E DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA; C) BENI COMUNI E INSUSSISTENZA DI LIMITI COSTITUZIONALI ALLA PRIVATIZZAZIONE; 7. CONGETTURE CONCLUSIVE: A) BREVE RIEPILOGO; B) PRIVATIZZAZIONE E COMPITI CUI LO STATO NON PUÒ RINUNCIARE; C) PRIVATIZZAZIONE E MERCATO EFFETTIVAMENTE LIBERO (ARGOMENTO *EX* ARTT. 43 E 41, COMMA I, COST.); D) PRIVATIZZAZIONE ED EFFETTIVA PARTECIPAZIONE (ARGOMENTO *EX* ARTT. 43 E 3, COMMA II, COST.); E) "PRIVATIZZAZIONE DELLE RESPONSABILITÀ".

1. Avvertenze e delineazione del problema

Il tema dei limiti alla privatizzazione è molto complesso ed è affrontato, in questa sede, con riferimento ai soli aspetti più generali. Come ovvio, non ho la pretesa di essere – neppure lontanamente – esaustivo. Spero, ciò nondimeno, di poter offrire un contributo, sia pur modesto, al dibattito su una questione così delicata.

La domanda, dalla quale nascono le riflessioni che seguono, è: «Esistono limiti costituzionali alla privatizzazione?»¹.

¹ Si potrebbe dire che la risposta affermativa è "ovvia" dal momento che la Costituzione costituisce parametro di legittimità delle leggi mediante le quali (si potrebbe

Devo subito avvertire che non penso vengano dalla Carta costituzionale delle risposte univoche, facili, immediate.

Ma, anzitutto, perché farsi questa domanda? Il motivo è semplice: si è sostenuto che, nelle democrazie contemporanee, non esistono limiti costituzionali alla privatizzazione.

Lo si è sostenuto per varie ragioni:

1) perché si ritiene che della privatizzazione si debba discutere in termini meramente strumentali, di efficienza e risparmio²;

2) per favorire la c.d. “*massive privatization*”.

Secondo Flanigan, ad esempio, esiste un rischio morale intrinseco (non alla privatizzazione, ma) all'intervento pubblico in ambito economico, per cui la privatizzazione andrebbe sempre favorita per ragioni (non strumentali, ma) morali³; secondo Freeman, la privatizzazione può essere intesa come un mezzo per promuovere la partecipazione democratica, nel senso che privati assumono per il tramite di essa la responsabilità dello svolgimento d'attività tradizionalmente pubbliche e preordinate al raggiungimento di obiettivi d'interesse generale; in questi termini, a suo dire, la privatizzazione non dovrebbe incontrare limiti costituzionali di sorta⁴;

3) come premessa per una proposta teorica volta a ostacolare la privatizzazione stessa, o almeno qualsiasi tipo di privatizzazione che determini l'assoggettamento di beni “comuni” alle logiche “escludenti” del mercato.

A quest'ultimo riguardo, può richiamarsi ciò che Mattei scrive nell'*incipit* del suo *Manifesto*: «Quando lo Stato privatizza una ferrovia, una linea aerea o la sanità, o cerca di privatizzare il servizio idrico

assumere) la privatizzazione si realizza. In verità, la risposta non è per niente ovvia, ma ammettendo pure che lo sia, è chiaro che essa implica, al di là dei possibili vizi formali, l'indicazione dei limiti sostanziali che dalla Costituzione discendono per le privatizzazioni. Pertanto la domanda può essere riformulata così: «Quali limiti costituzionali (non meramente formali) esistono alle privatizzazioni?».

² H. DEMSETZ, *Toward a Theory of Property Rights*, in *American Economic Review*, n. 2/1967, 347 ss.; J. HEATH, *Public-Sector Management Is Complicated*, in J. KNIGHT, M. SCHWARTZBERG (a cura di), *Privatization*, Nomos LX Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy, New York University Press, New York, 2019, 200 ss.

³ J. FLANIGAN, *Coercion and Privatization*, in J. KNIGHT, M. SCHWARTZBERG (a cura di), *Privatization*, cit., 145 ss.

⁴ J. FREEMAN, *Extending Public Law Norms through Privatization*, in *Harvard Law Review*, n. 5/2003, 1285.

integrato (cioè l'acqua potabile) o l'università, esso espropria la comunità (ogni suo singolo membro *pro quota*) dei suoi beni comuni (proprietà comune), in modo esattamente analogo e speculare rispetto a ciò che succede quando si espropria una proprietà privata per costruire una strada o un'altra opera pubblica. Nel primo caso, infatti, si tratta di un trasferimento immediato o graduale di un bene o di un servizio dal settore pubblico a quello privato (privatizzazione/liberalizzazione), mentre nel secondo caso il medesimo trasferimento (di una proprietà o di un'attività d'impresa) è dal privato al pubblico. In un processo di privatizzazione il governo non *vende* quanto è *suo*, ma quanto appartiene *pro quota* a ciascun componente della comunità, così come quando espropria un campo per costruire un'autostrada esso *acquista* (coattivamente) una proprietà che non è sua⁵. Ogni privatizzazione – continua Mattei – sottrae a ciascun cittadino la «sua quota parte del bene comune espropriato, proprio come avviene nel caso dell'espropriazione di un bene privato. Tuttavia, mentre la tradizione costituzionale liberale tutela il proprietario privato nei confronti dell'autorità pubblica (Stato) attraverso l'istituto dell'indennizzo per espropriazione (e pure della c.d. riserva di legge), *nessuna tutela giuridica (men che meno costituzionale) esiste nei confronti dello Stato che trasferisce al privato beni della collettività* (beni comuni) che non siano detenuti in proprietà privata. Di ciò manca completamente la consapevolezza non solo a livello politico, visto che la privatizzazione è *considerata un'opzione assolutamente libera e percorribile* dal governo in carica per il solo fatto di esserlo, ma anche a livello degli operatori e tecnici del diritto (non solo italiani), proprio per la mancanza di elaborazione teorica della nozione di bene comune»⁶.

Penso sia utile chiedersi se, della “tradizione costituzionale liberale” (e democratica), almeno quanto al nostro Paese, possa offrirsi un'interpretazione differente, che individui i limiti (e quindi lo spazio legittimo d'operatività) delle privatizzazioni.

Prima di procedere è tuttavia necessario un rapido chiarimento sull'uso della parola “privatizzazione”, dal momento che questa è suscettibile di essere impiegata in ambiti e per fenomeni vari⁷. Così, si

⁵ U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Roma-Bari, 2012, V.

⁶ *Ibidem*, V s. (miei i corsivi).

⁷ Alcune volte la parola “privatizzazione” è usata in un'accezione molto ampia, con riferimento ad attività assimilabili, per certi aspetti, a quelle solitamente statali ma che, per ragioni varie, finiscono per essere poste in essere da soggetti privati: si pensi

può discutere di privatizzazione del rapporto di lavoro, del trattamento pensionistico e simili (di ciò la Corte costituzionale si è molte volte occupata: *ex plurimis*, sentt. nn. 268 del 1987 e 500 del 1988). E, indubbiamente, se un piccolo comune decide di vendere un locale in disuso a un privato, pure in questo caso si può discutere di privatizzazione. Qui la parola privatizzazione è usata con riferimento a imprese o categorie di imprese⁸, non con riferimento alla privatizzazione del rapporto di lavoro, o del trattamento pensionistico⁹. È non meno importante sottolineare che mi riferisco in questo scritto a fenomeni di una certa rilevanza per il Paese e non mi interesso delle “piccole privatizzazioni”¹⁰.

alle decisioni sui contenuti da rimuovere sui *social network* (tra i molti, v. M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, n. 1/2019, 35 ss.) o alla digitalizzazione, da parte di privati, di immagini relative a beni da ricomprendere nel patrimonio culturale (può v. G. RESTA, *La privatizzazione del patrimonio culturale nell'era digitale*, in *Parolechiave*, n. 1/2013, 53 ss.).

⁸ Si rinvia al par. 2 per ulteriori chiarimenti, specialmente sul fatto che in questo lavoro si prendono in esame privatizzazioni che presuppongono l'intervento del legislatore, cioè che si realizzano con legge o almeno sulla base di una legge; nel par. 2 si spera emerga anche il senso in cui qui si discute di pubblicizzazione. Questo termine è impiegato per indicare il trasferimento o la riserva *in via autoritativa* di attività. Talvolta uso i termini “privatizzazione” e “pubblicizzazione” anche con riferimento a beni, ma ne discuto solo nella misura in cui ciò possa avere conseguenze sul regime dell'attività: al riguardo, v. par. 5, lettera d.

⁹ La privatizzazione del rapporto di lavoro, o del trattamento pensionistico, dev'essere distinta dalla privatizzazione dell'impresa. Il che non vuol dire che non sollevi problemi di speciale rilievo dal punto di vista costituzionalistico (cfr., per tutti, C. DE FIORES, “*I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione*”? *Brevi considerazioni sulla dimensione costituzionale del pubblico impiego tra privatizzazione del rapporto di lavoro e revisione del Titolo V*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2006, 149 ss.), ma solo che necessita di essere esaminata separatamente – anche perché la privatizzazione del rapporto d'impiego, o di alcuni profili del rapporto stesso, e la privatizzazione dell'ente datore di lavoro non necessariamente sono congiunte.

¹⁰ Parte della gestione del patrimonio pubblico potrebbe infatti essere descritta nei termini di costanti processi di pubblicizzazione e privatizzazione, di medio-piccola entità. Alle privatizzazioni medio-piccole, negli ultimi anni, ha dato una spinta anche il c.d. “federalismo demaniale”. Si v. part. l. 5 maggio 2009, n. 42, “Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione”; d.lgs. 28 maggio 2010, n. 85, “Attribuzione a comuni, province, città metropolitane e regioni di un proprio patrimonio, in attuazione dell'articolo 19 della l. 5 maggio 2009, n. 42”; cfr. E. CASETTA, *Manuale di Diritto amministrativo*, a cura di F. Fracchia, Giuffrè, Milano, 2018, 234 ss. Si v., in proposito, le riflessioni critiche di L. CARLASSARE, *Nel segno della Costituzione. La nostra carta per il futuro*, Feltrinelli, Milano, 2012, 211. A livello di amministrazione centrale dello Stato, l'organizzazione

2. Riferimenti positivi, ulteriori considerazioni propedeutiche e struttura del lavoro

Delineato per sommi capi il problema, è bene poi indicare, preliminarmente, i riferimenti positivi a partire dai quali potrebbe svilupparsi un discorso sui limiti costituzionali alla privatizzazione.

Al riguardo, credo si possa distinguere tra un riferimento “principale” e altri riferimenti, “ausiliari” o “secondari”.

Il riferimento principale è l’art. 43 Cost.

Come sottolinea Galgano, questa disposizione presenta una doppia valenza: delinea casi nei quali è possibile la pubblicizzazione (riserva e/o trasferimento) di imprese o categorie di imprese; indica così anche quando la pubblicizzazione *non* si può avere. Non esistono invece particolari limiti all’attività economica pubblica allorché questa si svolga su un piano di parità e concorrenza con l’impresa privata¹¹.

Solo laddove si opti, *in via autoritativa*, per la pubblicizzazione devono essere rispettati i limiti e le condizioni di cui all’art. 43 Cost. Si noti come la riserva di legge di cui all’art. 43 Cost. determini indirettamente che, nei casi contemplati da questo articolo, anche la privatizzazione dovrebbe realizzarsi comunque mediante atti aventi forza di legge¹².

Il che consente un chiarimento aggiuntivo: si discute qui della privatizzazione di imprese o categorie di imprese che possono dirsi riservate e/o trasferite autoritativamente *ex art. 43 Cost.*

degli uffici riflette questo aspetto della gestione del patrimonio pubblico relativo ai flussi di medio-piccole pubblicizzazioni/privatizzazioni. Basti pensare alla Direzione VII “Valorizzazione del patrimonio pubblico”, presso il Dipartimento del Tesoro del Ministero dell’economia e delle finanze, competente per quanto attiene alla “gestione dei processi di societarizzazione, privatizzazione e dismissione” [cfr. art. 5, c. 7, lett. f), DPCM. 26 giugno 2019, n. 103, “Regolamento di organizzazione del Ministero dell’economia e delle finanze”].

¹¹ F. GALGANO, *Art. 43*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, A. Pizzorusso, Zanichelli/Il Foro, Bologna-Roma, 1982, 193.

¹² Ciò non è scontato se si tiene conto dell’esperienza non solo italiana, ma anche di altri Paesi: cfr. ad es. A. LÓPEZ PINA, *Competenze dello Stato e stato di diritto*, in *Scienza e politica*, n. 20/1999, 41, per il quale in Spagna «le privatizzazioni hanno avuto luogo, per così dire, *extramuros* del principio di legalità. A differenza del procedimento — applicato in Germania, Francia, Gran Bretagna e Italia — consistente nel condurre il processo di privatizzazione nel rispetto della legalità». Si v., però, par. 5, lettere a, b e d.

La funzione di tale articolo non è solo quella di garantire il mercato dall'intervento del potere pubblico (nel senso della pubblicizzazione), ma è anche quella di legittimare l'abolizione dei monopoli privati e la collettivizzazione delle fonti di energia e dei servizi pubblici essenziali¹³.

Questo è abbastanza pacifico. Occorre chiedersi, però, se il "può" (riservare originariamente o trasferire...) di cui all'art. 43 Cost. sia suscettibile di essere inteso come "può e deve". Perché, se così fosse, l'art. 43 Cost. sarebbe idoneo a individuare un'area di pubblicizzazione necessaria¹⁴, entro la quale la privatizzazione sarebbe esclusa (potrebbe dirsi: ciò che dev'essere pubblico, per logica, non può essere privato). Per questo motivo, dunque, il riferimento positivo principale, centrale in questo lavoro, è l'art. 43 Cost. Cercherò di mostrare che il "può" di cui all'art. 43 potrebbe (non dico che senz'altro dovrebbe) essere letto come "può e deve".

Se il "può" venisse letto come "può e deve", allora le imprese o categorie di imprese pubbliche che si riferiscono a servizi pubblici essenziali, situazioni di monopolio o fonti di energia, e hanno carattere di preminente interesse generale, potrebbero appartenere soltanto allo Stato, a enti pubblici o a comunità di lavoratori o utenti: non potrebbero essere quindi privatizzate¹⁵.

¹³ F. GALGANO, *Art. 43*, cit., 195 s.

¹⁴ Mi riferisco alla carica deontica insita in ogni potere pubblico o, se si vuole, alla c.d. "vincolatezza interna", la quale – come insegna M.S. GIANNINI (*Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, 166) – «non ha rilevanza nell'ordinamento generale (ma la ha negli ordinamenti organizzativi di pubblici poteri)», nel senso che nessuno può pretendere "dall'esterno" lo svolgimento dell'attività, la quale ciò non di meno è, se riguardata "dall'interno", cioè dal punto di vista di chi esercita il potere, doverosa. Si v., *infra*, par. 4. Sulla carica deontica insita nell'esercizio del pubblico potere non insisto più di tanto poiché si tratta di un argomento di teoria generale, come tale bisognoso di un'apposita, più ampia, discussione che in questa sede non è possibile tentare di sviluppare. Sia pur con implicazioni teoriche qui non in esame, si v. anche F. MODUGNO (*Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2009, 19), per il quale i poteri pubblici «non possono semplicemente ridursi a specie di permessi (positivi)».

¹⁵ Si potrebbe obiettare che la riserva o il trasferimento a comunità di lavoratori o utenti non costituisce un caso di pubblicizzazione (sia pure *sui generis*), ma di privatizzazione (la formula «comunità di lavoratori o di utenti» è generalmente riferita alle società cooperative). L'obiezione può essere superata sposando un concetto sostanziale (non meramente formale) di privatizzazione (su questo v. *infra*, par. 5, lettera a). Che la riserva originaria o il trasferimento a comunità di lavoratori e utenti possa determinare una privatizzazione *sostanziale* mi sembra una tesi difficilmente compatibile con il

I riferimenti ausiliari o secondari sono molteplici, tra quelli di maggior interesse: gli articoli 3, comma II, 41 e 42 Cost., gli articoli correlati agli elementi essenziali dello Stato sociale e quelli che possono essere richiamati con riguardo alla responsabilità politica, sia istituzionalizzata sia diffusa¹⁶. Delle ragioni di ciò, per una questione di ordine nell'esposizione, è preferibile discutere più avanti.

Lo scritto si struttura in paragrafi dedicati, prima di alcune battute finali su *una possibile* "lettura sistematica" dell'art. 43 Cost., a spunti offerti alla presente trattazione, rispettivamente, dalle politiche delle privatizzazioni condotte in Italia, dai lavori dell'Assemblea costituente, dalla giurisprudenza costituzionale, dal dibattito dottrinale.

3. Le politiche delle privatizzazioni in Italia

L'Italia unita conobbe, proprio agli albori della sua storia, processi significativi di privatizzazione.

principio di eguaglianza e con la libertà di iniziativa economica, poiché implicherebbe l'attribuzione allo Stato del potere di sottrarre l'impresa a privati per consegnarla nel pieno godimento e nella assoluta disponibilità... di altri privati. Ad ogni modo, si tende oggi a ricollegare la formula «comunità di lavoratori o di utenti» a modi di gestione che, al di là degli aspetti meramente formali, non sono riconducibili *sic et simpliciter* all'impresa e alla proprietà privata: cfr., sia pur con riferimento al diverso tema degli assetti fondiari collettivi, M. COSULICH, *Gli effetti della legge n. 168 del 2017 sugli enti esponentziali e sulle amministrazioni separate*, in F. MARINELLI, F. POLITI (a cura di), *Domini collettivi e usi civici. Riflessioni sulla legge n. 168 del 2017*, Pacini, Pisa, 2019, 78. Più esplicitamente, nel senso indicato in questa nota, G. BOGNETTI (*Costituzione economica e Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1983, 51), per il quale «dall'art. 43 della Costituzione lo stato è autorizzato a riservare a sé (o ad altri soggetti di natura non privata) le attività produttive in un numero determinato di settori» (miei i corsivi).

¹⁶ Come noto, da tempo questa nozione è oggetto di considerazioni critiche: cfr. il fondamentale contributo di G.U. RESCIGNO, *Responsabilità politica*, in *Enc. dir.*, XXXIX, 1988, 1344 ss.; si v. anche le osservazioni di V. BALDINI, *La responsabilità politica nell'assetto di democrazia rappresentativa. Tra dettato costituzionale e comunicazione politica*, in L. D'ANDREA, L. RISICATO, A. SAITTA (a cura di), *Potere e responsabilità nello Stato costituzionale. Prospettive costituzionalistiche e penalistiche*, Giappichelli, Torino, 2013, 31 ss., part. 34. Sulla persistente rilevanza "sul piano analitico" della nozione v., per tutti, M. DOGLIANI, *Responsabilità e "Legge"*, in L. D'ANDREA, L. RISICATO, A. SAITTA (a cura di), *Potere e responsabilità nello Stato costituzionale*, cit., 29. Tradizionalmente aperti, senza riserve, all'impiego della nozione i costituzionalisti inglesi: cfr. M. ELLIOTT, R. THOMAS, *Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2017, 38.

La c.d. “quotizzazione” dei demani interessò una porzione considerevole della terra coltivabile, portando inizialmente alla formazione di piccole proprietà, fin troppo piccole (tant’è che in gran parte furono acquistate dai grandi proprietari). I conflitti bellici e la crisi economica mondiale della prima metà del Novecento fecero aumentare la dimensione delle gestioni pubbliche dirette. Ciò nondimeno, già tra gli anni Trenta e gli anni Cinquanta, si registrarono privatizzazioni, seppure praticate in modo poco appariscente: mi riferisco alle dismissioni delle società controllate da IRI – il c.d. “smobilizzo”. L’Italia repubblicana ereditò, ad ogni modo, un settore pubblico in ambito industriale di dimensioni molto importanti e vi aggiunse nuovi enti, come ENI ed ENEL (...non mancarono le continuità, nel sistema delle partecipazioni statali, tra Italia fascista e repubblicana¹⁷).

Rispetto agli enti pubblici economici, le società per azioni a partecipazione statale costituirono un passo ulteriore nel senso della privatizzazione meramente formale¹⁸, poiché rimisero al diritto privato non solo la disciplina dell’attività, ma anche dell’organizzazione interna. Dopo la fase “dei censimenti” (in particolare, della Commissione economica del Ministero per la Costituente e del rapporto La Malfa sulle partecipazioni statali), venne quella “dell’organizzazione”, con l’istituzione, nel 1956, del Ministero delle partecipazioni statali, che fungeva – o almeno avrebbe dovuto – da organo d’indirizzo, rispetto alle *holding* di gestione e alle società operative (in una fase successiva per affrontare le criticità relative alla frammentarietà e scarsa vincolatività dell’indirizzo si puntò su organi di programmazione come il CIPE¹⁹, in un contesto – per quanto attiene al governo dell’industria – di transizione dal “protezionismo liberale” al “protezionismo dirigista pluridirezionale”²⁰).

La riduzione dell’imponente settore pubblico – che si presentava comunque come “aperto” (continue cessioni e acquisizioni) – fu avviata negli anni Ottanta, ma ebbe il suo momento culminante nei primi

¹⁷ S. CASSESE, *Governare gli italiani. Storia dello Stato*, il Mulino, Bologna, 2014, 284.

¹⁸ Su privatizzazione formale e sostanziale v. *infra*, par. 5, lettera a.

¹⁹ G. AMATO, Introduzione a *Il governo dell’industria in Italia. Testi e documenti*, a cura dello stesso G. Amato, il Mulino, Bologna, 1972, 71.

²⁰ *Ibidem*, 70 ss., ma v. anche 30-34 (sui profili di continuità nelle politiche industriali tra Italia fascista e Italia repubblicana), part. 38 (sulle degenerazioni del primo modello di politiche industriali nel clientelismo).

anni Novanta (tra l'altro la legge istitutiva del Ministero summenzionato venne abrogata tramite *referendum* nel 1993). Non sempre, però, si sono avute privatizzazioni in senso proprio o sostanziali.

Ancora negli anni Duemila sono state create diverse società a partecipazione ministeriale, in funzione servente dell'apparato centrale di settore (es. Invitalia) o al servizio di altri soggetti (es. società CONI)²¹. Negli ultimi anni, sdemanializzazione e cartolarizzazione sono stati gli strumenti principali, predisposti a livello legislativo, per una ragguardevole dismissione del patrimonio pubblico (non essendo di per sé la qualificazione del bene come demaniale o afferente al patrimonio indisponibile un ostacolo per il legislatore), ma il fenomeno non ha interessato, in prevalenza, attività d'impresa. Tutto questo *trend* delle privatizzazioni si è avuto in un frangente storico segnato da diseguaglianze economiche viepiù crescenti e, conseguentemente, da una maggiore pressione della sfera economica – sempre più spesso caratterizzata da grandi concentrazioni di potere – sulla sfera politica e istituzionale. Il nuovo periodo di crisi sembra adesso avere determinato una stagione di ri-espansione del settore pubblico, ma il processo non è (e forse bisognerebbe dire che non è mai stato) lineare.

Le ragioni delle crescenti privatizzazioni degli anni 1990-2010 non sono state *esclusivamente* culturali/ideologiche o dovute alla pressione di gruppi d'interesse, ma connesse anche a oggettive difficoltà nella gestione da parte delle istituzioni²². Nel corso della X Legislatura, venne presentata – primo firmatario l'on. Battistuzzi – una proposta finalizzata all'alienazione di beni dello Stato, alla privatizzazione di enti e banche pubbliche e all'alienazione di società a partecipazione statale “*al fine di ridurre il debito complessivo dello Stato*”²³. Nella relazio-

²¹ S. CASSESE, *Governare gli italiani. Storia dello Stato*, cit., 287 s.

²² Cfr. P.G. JAEGER, *Privatizzazioni (Profili generali)*, in *Enc. giur.*, XXIV, 1995, 1 ss. Più in generale, con riferimento alle riforme relative alle amministrazioni pubbliche negli anni Novanta, dell'«intrecciarsi di una spinta culturale e politica» ha scritto U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e costituzione*, Cedam, Padova, 1996, 206. Le ragioni delle privatizzazioni sono complesse e, anche al netto di quanto più avanti si dirà, non possono essere spiegate (come talvolta si sente dire nel dibattito pubblico) nei termini di una “imposizione europea”. Peraltro, in termini politici, bisognerebbe discutere non solo del “perché” si è privatizzato, ma anche del “come” lo si è fatto (es. si potrebbe dire che si è privatizzato “male” perché imprese pubbliche sono state “svendute” a privati o che si è privatizzato ciò che non sarebbe stato conveniente privatizzare, e viceversa, ecc.).

²³ A.C. n. 2468, 11 marzo 1988, “Programma straordinario di alienazione di beni

ne introduttiva, il deputato liberale invocava un «ridimensionamento» nell'intervento pubblico dello Stato in ambito economico per ragioni legate alla «maggior efficienza delle imprese private rispetto a quelle a partecipazione statale» e sottolineava come, a partire dagli anni 60-70, il sistema delle partecipazioni statali, che ha avuto un ruolo importante nel dopoguerra, avesse «deviato» dai propri compiti e obiettivi, portando «ad una politica di tipo prevalentemente assistenziale che ha assorbito ingentissime risorse pubbliche senza proporzionati effetti produttivi ed occupazionali»²⁴. Anche se questa proposta non venne approvata, essa in qualche modo è indicativa di una tendenza in atto che sarebbe riemersa negli anni successivi²⁵. Si tratta di vicende fin troppo note e fin troppo lunghe per essere qui richiamate in dettaglio²⁶.

Ma quali sono stati gli effetti delle privatizzazioni? Nel 2010, in una corposa (e abbastanza nota) relazione, la Corte dei conti ha fatto un bilancio delle privatizzazioni intervenute tra 1985 e 2007. A seguire la Corte dei conti, gli effetti delle privatizzazioni sul benessere dei consumatori sono stati «controversi», mentre quelli sulla gestione del debito (spec. rapporto debito/PIL) e sul sistema finanziario italiano sono stati «innegabilmente positivi»²⁷, al netto di criticità riscontrate sul piano della «regolarità e trasparenza amministrativo-contabile»²⁸.

dello Stato, di privatizzazione di enti e banche pubbliche e di alienazione di società a partecipazione statale, al fine di ridurre il debito complessivo dello Stato» (miei corsivi).

²⁴ D. CALDIROLA, *Privatizzazioni e nazionalizzazioni nel quadro costituzionale italiano*, in *Economia pubblica*, n. 1/1994, 505 ss.

²⁵ Si v. E. BARUCCI, F. PIEROBON, *Le privatizzazioni in Italia*, Carocci, Roma, 2007, part. 40 ss.; M. CARABBA, *Privatizzazione di imprese ed attività economiche*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, XI, Utet, Torino, 1996, 560; C.G. CARDIA, *Profili giuridici della privatizzazione*, Il Sole 24 Ore, Torino, 1994, 41 ss.; M. CLARICH, *Privatizzazioni*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, XI, cit., 572; M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Privatizzazioni*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, Aggiornamento, Utet, Torino, 2000, 432 ss.; A. MACCHIATI, *Privatizzazioni: tra economia e politica*, Donzelli, Roma, 1996, 59 ss.; R.C. PERIN, *Il riformismo e le privatizzazioni in Italia*, in *Meridiana*, n. 50-51/2004, 161 ss.; R. PRODI, *Un modello strategico per le privatizzazioni*, in «*il Mulino*», n. 5/1992, 851 ss.

²⁶ Si v., per tutti, S. CASSESE, *Le privatizzazioni in Italia*, in *Stato e mercato*, n. 2/1996, 323 ss.

²⁷ Corte dei conti, Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, Collegio di controllo sulle entrate, «Obiettivi e risultati delle operazioni di privatizzazione di partecipazioni pubbliche» (Relazione unita alla Deliberazione n. 3/2010/G), p. 218.

²⁸ *Ibidem*, p. 219 ss.

Gli effetti delle privatizzazioni potrebbero però essere positivi, in un quadro di politiche economiche che, nel complesso, si dimostrano fallimentari (bisogna cioè sempre considerare il contesto delle privatizzazioni e gli altri provvedimenti che a esse si accompagnano).

Nella relazione della Corte dei conti si legge ancora: «Ad oltre vent'anni dal suo avvio, la grande stagione delle privatizzazioni, e non solo di quelle italiane, può dirsi sostanzialmente conclusa. Certamente questo non significa che non vi siano più *asset* pubblici da valorizzare e dismettere, né che singole dismissioni non vengano ancora programmate e realizzate, ma piuttosto che non si intravedono nel medio termine le condizioni che possano sostenere la ripresa di un processo di privatizzazioni su vasta scala. Al contrario, la volatilità dei mercati, la crisi strutturale del settore bancario e in particolare dell'*investment banking*, la recessione che tarda ad essere superata e la sfiducia diffusa tra i consumatori e gli operatori hanno indotto i governi ad espandere la sfera di intervento pubblico nell'economia, con operazioni di ricapitalizzazione e salvataggio che per qualche tempo hanno fatto prefigurare la possibilità di un prepotente ritorno del capitalismo di Stato, anche in paesi di solida tradizione capitalistica»²⁹. È sufficiente richiamare le vicende degli ultimi anni, relative per esempio a ILVA, ASPI, Monte dei Paschi, Mediocredito Centrale, Alitalia, per intendere che la tentazione di un nuovo protagonismo del settore pubblico in ambito economico (e certamente non solo per via dell'emergenza sanitaria, quindi economica, del 2020) è forte³⁰. Non intendo esprimere giudizi in proposito. Mi limito soltanto a sottolineare che se in questo scritto provo a riflettere sui limiti costituzionali della privatizzazione non è in quanto sottovaluti i pericoli connessi al fenomeno inverso della pubblicizzazione³¹.

²⁹ *Ibidem*, p. 211.

³⁰ Nel corso della XVIII Legislatura il Governo ha predisposto uno “scudo” per sostenere il sistema produttivo con il fondo MEF “Patrimonio Bilancio”, gestito da Cassa depositi e prestiti (cfr. art. 27, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, conv. con modificazioni dalla l. 17 luglio 2020, n. 77). Dagli apporti «effettuati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze» non sono escluse le società a partecipazione/controllo pubblico.

³¹ Visto che più avanti si farà cenno alla teoria dei beni comuni (v. par. 6, lettera c), deve subito ricordarsi che tali pericoli sono alla base degli studi della stessa Ostrom. Ella mostra che i piccoli proprietari privati *in alcuni casi* riescono a gestire le risorse comuni meglio di come esse potrebbero essere gestite dallo Stato. Ostrom fa riferimento infatti «agli agricoltori che rivendicano diritti di proprietà a lungo termine,

Non so, poi, se la stagione delle privatizzazioni possa dirsi chiusa (la politica è volubile, talvolta anche più dei mercati³²), ma è possibile, provare a trarre qualche indicazione dalla storia italiana degli ultimi decenni. Si potrebbe forse dire: a) i costi sociali della privatizzazione devono essere tenuti in conto tanto quanto quelli della pubblicizzazione³³; b) qualsiasi interpretazione dell'art. 43 Cost. deve aver presenti le difficoltà che, in concreto, devono affrontare Parlamento e Governo nella determinazione delle politiche economiche (difficoltà – sia detto per inciso – che comunque non possono, in nessun caso, giustificare una marginalizzazione del Parlamento, ridotto a mero organo di ratifica di scelte prese altrove³⁴); non si può ragionare come se il debito pubblico non esistesse; quindi l'interpretazione dell'art. 43 Cost. non

che possono comunicare, che sviluppano accordi indipendenti», e scrive non che essi operano al di là della logica proprietaria, ma che proprio in virtù della loro autonomia individuale, definendo pratiche condivise, «hanno maggior probabilità di produrre più riso, di distribuire l'acqua in modo più equo e di mantenere i sistemi in condizione di manutenzione migliore rispetto a sistemi a gestione statale»: E. OSTROM, *Ripensare i beni comuni*, in *Beni comuni. Diversità, sostenibilità, governance. Scritti di Elinor Ostrom*, a cura di J. Akwood, trad. it. a cura di L. Badocco, S. Cipriani, L. Coccoli, M. Mancini, goWare, Firenze, 2019, 43.

³² In Francia, ad esempio, a partire dal 2017, si sono avuti interventi significativi nel senso della privatizzazione: cfr. D. ZECCA, *Privatizzazioni e Costituzione nella Francia di Macron: la Loi Pacte alla prova del bloc de constitutionnalité*, in *Diritto pubblico comparato europeo*, n. 2/2019, 1251 ss., part. 1276, per il quale, rispetto a queste nuove privatizzazioni, «si potrebbe sostenere che tanto il *Conseil d'État*, in sede consultiva, quanto il *Conseil Constitutionnel* si mostrino un po' rinunciatari e pieghino il capo alla politica». L'organo di giustizia costituzionale, pur pronunciando una sentenza di parziale non conformità della *Loi Pacte* alla Costituzione, tuttavia ne ha «salvato» le disposizioni più significative, comprese quelle attinenti alla privatizzazione di imprese a capitale o controllo pubblico.

³³ Cfr. P. PIRAS, *Le privatizzazioni, tra aspirazioni all'efficienza e costi sociali*, Giappichelli, Torino, 2005, part. 135 ss.

³⁴ Spesso le privatizzazioni sono state avviate con decreti-legge, talvolta reiterati. Con riferimento a quanto avvenuto negli anni Novanta, cfr. V. COZZOLI, *Il ruolo del Parlamento nel processo di privatizzazione*, in *Diritto e società*, n. 4/1995, 559 ss.; U. ROSSI MERIGHI, *Privatizzazione ed apparati del Parlamento e di altri organi costituzionali*, in *Nuovi studi politici*, n. 2/1993, 131 ss.; R. PERNA, *Il processo legislativo di privatizzazione delle imprese pubbliche*, in *Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari*, n. 1-3/1995, 271 ss. Ad ogni modo, privatizzazioni per decreto – anche se di diversa importanza – si sono avute pure in seguito: es. d.l. 25 settembre 2001, n. 351 («Disposizioni urgenti in materia di privatizzazione e valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico e di sviluppo dei fondi comuni di investimento immobiliare»), convertito con la l. 23 novembre 2001, n. 410.

dev'essere troppo rigida, ma deve lasciare agli organi d'indirizzo politico un margine adeguato (seppur non assoluto) di determinazione. I confini della discrezionalità del legislatore non possono essere definiti a prescindere dal contesto storico; talora si allargano e si restringono a causa della sua stessa azione, e cioè delle scelte politiche precedentemente prese. Sostenere che dall'art. 43 Cost. derivino limiti alla privatizzazione è in linea con l'idea che i costi sociali della privatizzazione debbano essere tenuti adeguatamente in considerazione e, alle condizioni che cercherò di indicare, può non essere in contrasto con l'esigenza di sviluppare un'interpretazione dell'art. 43 Cost. rispettosa della discrezionalità del legislatore.

4. Il dato letterale e l'*original intent*

Quanto alla lettera dell'art. 43 Cost., che l'interpretazione in precedenza richiamata (per la quale il "può" potrebbe essere inteso come "può e deve") sia esclusa dal tenore letterale della disposizione mi sembra piuttosto dubbio. Del resto, per esempio, che l'autorità di pubblica sicurezza *possa*, nei casi previsti dall'art. 13, comma III, adottare provvedimenti provvisori limitativi della libertà personale, non vuol escludere che essa debba anche adottare siffatti provvedimenti, ricorrendone le condizioni. O, ancora, che il Presidente della Repubblica *possa* sciogliere le Camere, non vuol dire che potrà scioglierle a proprio piacimento, ma significa che, al ricorrere di certe condizioni, deve scioglierle.

Ben più interessante della disquisizione sulla lettera in sé è invece la possibile obiezione per la quale l'interpretazione in discussione sarebbe in contrasto con l'*original intent*, quale ricavabile dai dibattiti della Costituente.

Nel corso dei lavori della terza sottocommissione, Amintore Fanfani suggerì di prevedere in Costituzione «la socializzazione vera e propria di certe imprese, con determinate caratteristiche che consentano di socializzarle senza danno per la collettività»³⁵. «Lo scopo» – spiegava l'esponente della DC – «è quello di accrescere il benessere di tutti i lavoratori, e ogni forma che diminuisca l'attività produttiva e

³⁵ Resoconto stenografico della seduta pomeridiana del 15 ottobre 1946 (Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, terza sottocommissione), 205.

aumenti il costo di esercizio è una forma di controllo deleteria perché preparatoria della miseria, non del benessere»³⁶.

Dunque, la “socializzazione” va bene se crea benessere, non se crea miseria. In altre parole, egli riteneva opportuna la «socializzazione delle imprese non gestibili dai privati con comune vantaggio»³⁷. Da ciò mi pare si possa ricavare che, secondo Fanfani, simili imprese, ove già pubbliche, non avrebbero dovuto essere privatizzate, mentre imprese gestibili dai privati con comune vantaggio non avrebbero dovuto essere sottoposte a “socializzazione”.

Nel momento della stesura dell’articolo, però, emersero contrapposizioni politiche tali da suggerire una formula idonea ad aggirare, se così posso chiamarla per ragioni di sintesi, la questione del “può” o “deve”. Infatti l’art. 40 del Progetto di Costituzione recitava: «Per coordinare le attività economiche la legge *riserva* originariamente o *trasferisce* con espropriazione, salvo indennizzo...».

In occasione dell’approvazione definitiva vennero poi accolti alcuni emendamenti all’articolo e, tra questi, quello che determinò la sostituzione della parola “riserva” con le parole “*può riservare*”, ecc.

Il senso dell’emendamento così venne illustrato dal democristiano Giambattista Bosco Lucarelli: «Noi non troviamo nessuna difficoltà che, per alcune aziende, nelle quali vi sono le condizioni stabilite dall’art. 40 [...] si possa avere una gestione diretta da parte dello Stato o di un ente dallo Stato delegato. Ritengo però che questa affermazione non debba avere un carattere così rigido da esprimersi in senso assolutamente indicativo ed obbligatorio, perché in questo momento di grave crisi economica dovrebbero molte imprese, che versano in stato fallimentare, *bussare alla porta dello Stato*, per vedersi asservite e si riverserebbero le loro passività sullo Stato medesimo [...] Ecco perché noi proponiamo che alle parole “riserva originariamente o trasferisce”, si debbano sostituire le altre “può riservare originariamente o trasferire”. Il concetto sostanzialmente resta lo stesso, ma in luogo del precetto si afferma la facoltà»³⁸.

Tanto sembrerebbe bastare a condannare la lettura dell’art. 43 Cost. che si è prospettata, ma la conclusione sarebbe prematura.

³⁶ *Ivi*.

³⁷ *Ibidem*, 207.

³⁸ Resoconto stenografico della seduta pomeridiana del 13 maggio 1947 (Assemblea costituente), 3958 s. (miei i corsivi).

Alle parole di Bosco Lucarelli, il Presidente della terza sottocommissione, il socialista Gustavo Ghidini, obiettava: «L'articolo 40 fa riferimento alla legge e quindi non è che tale riserva o trasferimento sono in ogni caso imposti. Saranno attuati quando il legislatore futuro lo riterrà conveniente e giusto nell'interesse superiore della Nazione»³⁹.

Il comunista Renzo Laconi esprimeva la contrarietà del suo gruppo all'emendamento, sottolineando che «la formulazione della Commissione è stata introdotta qui fra due formule contrapposte e tende ad indirizzare il legislatore senza specificare se si tratti di un dovere o di una facoltà per lo Stato»⁴⁰.

Mi sembra che sia rilevante sottolineare anzitutto la preoccupazione, condivisa dalla maggioranza dei costituenti, di non pregiudicare l'autonomia del legislatore quanto alla decisione relativa alla pubblicizzazione.

Per questo aspetto, se paragonata alle dichiarazioni del giovane Fanfani, più cauta è la linea espressa infine, per la DC, dall'anziano Bosco Lucarelli, già Sottosegretario per l'Industria e il Commercio durante il Gabinetto Facta.

Le sue parole, però, sono interessanti pure perché dimostrano che l'opposizione alla versione dell'articolo proposta nel Progetto fu non tanto sorretta da "grandi principi", ma dall'esigenza pratica di evitare che certe imprese (riconducibili all'ambito di applicazione dell'articolo stesso) potessero in qualche modo pretendere (per paradossale che possa sembrare) di essere espropriate dallo Stato (o comunque di vedere le proprie passività "coperte" con risorse pubbliche).

Non meno significativa è l'argomentazione usata da comunisti e socialisti. Infatti essi mostravano di considerare inutile l'emendamento.

Mentre, però, Laconi dichiarava di giudicare fondamentalmente "neutra" la formula impiegata nel Progetto, Ghidini più finemente osservava come in nessun caso il legislatore avrebbe potuto considerarsi, sulla base di quella formula, "costretto" a pubblicizzare. Nessuno si sognava che sulla base dell'art. 43 un'impresa potesse rivendicare il diritto a "bussare alla porta dello Stato", a vedersi espropriata e indennizzata.

Per cui non sembra del tutto corretto affermare che in Assemblea costituente sia emerso un orientamento favorevole a ritenere *del tutto*

³⁹ *Ibidem*, 3959.

⁴⁰ *Ibidem*, 3961.

discrezionale l'opzione per la pubblicizzazione nei casi di cui all'art. 43 Cost. La ragione dell'emendamento approvato era evitare che il Parlamento potesse considerarsi giuridicamente *obbligato* a pubblicizzare. Questo è l'*original intent* di chi votò a favore dell'emendamento. I socialisti e i comunisti lo giudicarono inutile, perciò non ritennero che la modifica precludesse di interpretare "può e deve".

E quindi l'interpretazione del "può" come "può e deve" non è incompatibile con l'*original intent* – nel senso che si è appena detto, cioè senza che da questa lettura possa scaturire una responsabilità giuridica per l'inosservanza del dovere da parte del legislatore (il che, come notava Ghidini, sarebbe semplicemente assurdo).

Se si vuole interpretare l'art. 43 in coerenza con quanto emerge dai lavori della Costituente, bisogna escludere ogni opzione ermeneutica che contempli l'esistenza o la possibilità di previsione di mezzi giuridici per costringere il Parlamento (o il Governo) a pubblicizzare. Il che è ovvio. Ma questa conclusione, apparentemente banale, rileva per un aspetto che i costituenti non hanno discusso (per ragioni storiche); mi riferisco proprio all'aspetto qui in esame, quello dei limiti alla privatizzazione.

Infatti da quanto detto non è preclusa la possibilità di accogliere l'interpretazione "può e deve" e ove questa lettura fosse accolta, si ricaverebbero dall'art. 43 limiti costituzionali alla privatizzazione; in altre parole, non si potrebbe forzare, nel rispetto della sua autonomia costituzionalmente garantita, il legislatore a porre in essere la pubblicizzazione (del resto, non sempre dovere e "sanzione" si accompagnano: anzi, ci sono attività, dalle quali dipende la tenuta dell'ordinamento, che sono doverose epperò in nessun modo coercibili, di modo che l'inadempimento del relativo dovere è non sanzionato o non sanzionabile⁴¹), ma si potrebbe dichiarare illegittima una legge che privatizzasse imprese o categorie di imprese pubbliche al ricorrere dei casi menzionati dall'art. 43 (situazioni di monopolio, fonti di energia, ecc.)⁴².

⁴¹ L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano, 2005, 394.

⁴² Ovviamente si potrebbe affermare – per troncare l'intero discorso sui lavori della Costituente – che l'intenzione originaria non rilevi. A ciò si può rispondere, senza entrare qui nel merito di più complesse discussioni, che la Corte costituzionale a essa si è rifatta in alcune occasioni: basti pensare alla molto nota sent. n. 138 del 2010, nella quale l'*original intent* segna, a giudizio dell'organo di giustizia costituzionale, il

5. Indicazioni dalla giurisprudenza costituzionale

Quanto alla giurisprudenza costituzionale, interessanti indicazioni sul tema in esame vengono dalle sentt. nn. 58 del 1965 e 257 del 1994. Provo a spiegare il perché.

a) La nozione “sostanziale” di privatizzazione

Con la sentenza n. 58 del 1965 la Corte costituzionale decise una questione di legittimità “d’altri tempi” (sul piano sia ideologico sia... tecnologico). Si dubitava della compatibilità con l’art. 43 Cost. dell’affidamento del servizio delle radiotelevisioni a una società privata – la RAI – in luogo della gestione del servizio in modo diretto da parte dello Stato o di un ente pubblico. La Corte ricostruì il contenuto dell’ordinanza di rimessione, sottolineando come, secondo il giudice *a quo*, «l’art. 43 della Costituzione conterrebbe una elencazione tassativa delle forme di gestione delle imprese riferentisi a pubblici servizi, e porrebbe un sistema inteso “ad evitare la privatizzazione di servizi pubblici”, il che si desumerebbe anche in base ai lavori preparatori, dai quali risulterebbe che un emendamento tendente ad eliminare dai possibili destinatari della titolarità dei servizi pubblici nazionalizzati “le comunità di lavoratori o di utenti” venne respinto appunto in considerazione dei caratteri di tali unioni, “similari” a quelli degli Enti pubblici»⁴³ (p. 1 *rit. in fatto*).

La Corte respinse tale argomento, affermando come «non possa sostenersi che contrasti col disposto dell’art. 43 della Costituzione l’affidamento in concessione ad una società privata del servizio delle radiotelevisioni» (p. 4 *cons. in dir.*). Com’è stato osservato da Capotosti, con questa pronuncia la Corte «concludeva, sotto il profilo logico, il discorso iniziato con la decisione n. 59 del 1960, giacché dichiarava che l’esigenza di utilità economico-sociale che ispira» l’art. 43 Cost. è «osservata anche attraverso la gestione di servizi pubblici affidati in concessione a privati, anziché svolta direttamente dallo Stato o da un ente pubblico»⁴⁴.

confine tra “semplice rilettura del sistema”, “abbandono di una prassi interpretativa”, da una parte, e “interpretazione creativa”, non ammessa, dall’altra.

⁴³ Miei i corsivi.

⁴⁴ P.A. CAPOTOSTI, *Problemi della riserva statale sull’attività radiotelevisiva*, SPC Editore, Frosinone, 1979, 69. Nella sent. n. 59 del 1960 la Corte constatava che, data

Questo è molto importante, perché chiarisce che la Corte non sposa una concezione formale, ma sostanziale della privatizzazione.

Come è stato notato proprio con riferimento alla RAI, non poche difficoltà nascono quando si deve stabilire se alla «de-pubblicizzazione formale» si accompagna quella «sostanziale»⁴⁵. Ciò nonostante, la concezione sostanziale della privatizzazione è un punto fermo nella giurisprudenza costituzionale ed è stata richiamata anche in successive pronunce⁴⁶. Nella sent. n. 466 del 1993 si legge, per esempio, con riferimento al controllo della Corte dei conti sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, che esso perde «la propria ragion d'essere, legata alla sua specifica funzione, nel momento in cui il processo di “privatizzazione”, attraverso l'effettiva “dismissione” delle quote azionarie in mano pubblica, avrà assunto connotati sostanziali, tali da determinare l'uscita delle società derivate dalla sfera della finanza pubblica» (p. 4 *cons. in dir.*).

Come caso emblematico di privatizzazione solo formale (detta anche “privatizzazione fredda”), può pensarsi proprio alle ipotesi in cui l'attività è svolta da un soggetto privato rimanendo però finanziata interamente con risorse pubbliche (ma potrebbero farsi molti altri esempi). Del resto, pure la privatizzazione sostanziale (per converso talora denominata “privatizzazione calda”), intesa per l'appunto quale uscita dell'ente dalla sfera della finanza pubblica, si può realizzare in modi diversi. Per esempio, tra le ipotesi di privatizzazione sostanziale possono essere ricomprese “privatizzazioni *no profit*”⁴⁷ (divenute frequenti in

la limitatezza dei canali all'epoca utilizzabili, la radiotelevisione si caratterizzava come «una attività predestinata, in regime di libera iniziativa, quanto meno all'oligopolio: oligopolio totale od oligopolio locale, a seconda che i servizi vengano realizzati su scala nazionale o su scala locale. Collocandosi così tra le categorie di “imprese” che si riferiscono a “situazioni di monopolio”, nel senso di cui ne parla l'art. 43 Cost.» (p. 5 *cons. in dir.*). Già in questa sentenza si legge che «la riserva allo Stato dei servizi di radiotelevisione, e la conseguente possibilità di affidamento di essi in concessione, non contrastano col sistema degli artt. 41 e 43 della Costituzione» (p. 5 *cons. in dir.*). Non viene, però, in rilievo la specifica questione della natura formalmente privata del concessionario.

⁴⁵ S. MERLINI, *Sulla “privatizzazione” della RAI*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2005, 642.

⁴⁶ Cfr. P. BILANCIA, *Privatizzazione e risvolti di copertura finanziaria al vaglio della Corte costituzionale*, in *Rassegna parlamentare*, n. 3/1995, 233 ss.; S. CIMINI, *L'attualità della nozione di ente pubblico*, in *federalismi.it*, n. 24/2015, 5 ss.

⁴⁷ L'espressione “privatizzazione *no profit*”, pure in uso, è impropria nel senso che ad essere *no profit* non è la privatizzazione in sé, ma l'ente che ne risulta. La pri-

altri Paesi⁴⁸) e “privatizzazioni oblique”⁴⁹ (tramite “esternalizzazione” o “outsourcing”⁵⁰).

b) La privatizzazione: (spesso) un “processo multiforme”

L’approccio della Corte è apprezzabile, anche per la consapevolezza che il discorso sulle privatizzazioni non può essere condotto come se le uniche opzioni praticabili fossero, rispetto a ciascun ente, la privatizzazione totale e la pubblicizzazione totale, dimenticando le molte possibili realtà intermedie (ente pubblico economico, società privata con partecipazione pubblica di maggioranza o comunque in controllo pubblico, o interamente privata ma con poteri di controllo pubblico forti c.d. “golden share” o “golden power”, ecc.); realtà rispetto alle quali bisogna, di volta in volta, valutare se davvero (cioè in termini sostanziali) si è avuta una privatizzazione, e la cui analisi suggerisce che la privatizzazione spesso si realizza “per gradi”. Quando è così, si potrebbe dire che è un “processo”, non un atto; un processo “multiforme”, cioè che si può compiere – e si è compiuto in Italia – con una molteplicità di tecniche differenti.

vatizzazione *no profit* non può essere confusa con la riserva o il trasferimento *ex lege* dell’impresa a comunità di lavoratori o utenti *ex art. 43 Cost.* (v. *supra*, nota n. 15).

⁴⁸ G. METZGER, *Privatization as Delegation*, in *Columbia Law Review*, n. 6/2003, 1367 ss. Nell’insieme delle privatizzazioni *no profit* possono essere ricomprese ovviamente anche quelle relative a enti che non svolgono un’attività d’impresa. È questo il caso, relativamente recente, della privatizzazione della Croce Rossa Italiana: cfr. D. Lgs. 28 settembre 2012, n. 178, “Riorganizzazione dell’Associazione italiana della Croce Rossa (C.R.I.), a norma dell’articolo 2 della l. 4 novembre 2010, n. 183”.

⁴⁹ La privatizzazione è “obliqua” quando è mascherata nelle forme dell’esternalizzazione o *outsourcing*. Va precisato che *outsourcing* non è, però, sinonimo di privatizzazione obliqua: bisogna distinguere caso per caso.

⁵⁰ Uno degli obiettivi dell’Amministrazione Obama è stato proprio quello di tracciare una linea divisoria tra attività per le quali questa forma “obliqua” di privatizzazione è appropriata e attività per le quali non lo è: «*The line between inherently governmental activities that should not be outsourced and commercial activities that may be subject to private sector competition has been blurred and inadequately defined. As a result, contractors may be performing inherently governmental functions. Agencies and departments must operate under clear rules prescribing when outsourcing is and is not appropriate*» (così B. OBAMA, *Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies*, 4 marzo 2009, disponibile sul sito *obamawhitehouse.archives.gov*).

Una prospettiva non meramente formalistica dev'essere assunta, poi, anche in ragione dei casi, abbastanza frequenti, di "privatizzazione parziale". Quest'ultima è talvolta servita a correggere la gestione dell'impresa, interrompendo "circoli viziosi" (scelte non redditizie, copertura delle passività con risorse pubbliche, nuove scelte non redditizie, ecc.) venutisi a creare per effetto dell'esclusiva dipendenza di imprese pubbliche dal Tesoro⁵¹; può, però, risultare problematica, specie se osservata vestendo i panni del singolo utente⁵².

Dunque, sia sulla base della giurisprudenza costituzionale sia tenendo conto del carattere processuale e multiforme delle privatizzazioni, i limiti costituzionali derivabili dall'art. 43 Cost. dovrebbero essere ascritti alle sole privatizzazioni sostanziali.

Com'è facile intendere, questo vuol dire che, accolta l'interpretazione "può e deve", *nei casi di cui all'art. 43 Cost.*, le leggi che privatizzano "solo formalmente" dovrebbero, in qualche modo (es. *golden share/power*⁵³), escludere la successiva privatizzazione sostanziale. Altrimenti la privatizzazione solo formale potrebbe costituire l'anticamera della privatizzazione sostanziale in forme non sindacabili dalla Corte.

c) I dubbi sull'elenco di cui all'art. 43 Cost. (chiuso o aperto?) e il nesso tra art. 43 e art. 3, comma II, Cost.

Ci sono almeno altri due passaggi della sentenza n. 58 del 1965 sui quali conviene poi concentrarsi.

⁵¹ S. CASSESE, *Le imprese pubbliche dopo le privatizzazioni*, in *Stato e mercato*, n. 2/1992, 241.

⁵² R. BIN, *Lavoro e Costituzione: le radici comuni di una crisi*, in G.G. BALANDI, G. CAZZETTA (a cura di), *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana*, Giuffrè, Milano, 2009, 285. Cfr. anche C. IANNELLO, *Dallo Stato regolatore all'impresa privata, ossia dai diritti di cittadinanza ai diritti "individuali" del cliente*, in *federalismi.it*, n. 21/2012, 5 ss.

⁵³ I poteri speciali che lo Stato si riserva non sono in contrasto con i Trattati europei, almeno non necessariamente. Ad es., nella sentenza C-326/07 della Corte di Giustizia i poteri speciali sono stati ritenuti sì in contrasto con i Trattati, ma perché previsti senza precisare le circostanze in cui avrebbero potuto trovare applicazione i criteri di esercizio, creando in questo modo un'incertezza intollerabile per gli investitori privati (v. comunque *infra*, par. 6, lettera b). Cfr. anche d.l. 15 marzo 2012, n. 21, "Norme in materia di poteri speciali negli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni" (conv. con modificazioni dalla l. 11 maggio 2012, n. 56).

Anzitutto la Corte afferma che l'art. 43 Cost. «prevede la sostituzione della pubblica gestione alla gestione privata in quei settori che, come quelli attinenti ai tipi di imprese contemplati nell'articolo stesso, maggiormente sono suscettibili di assumere importanza sotto il profilo del pubblico interesse» (p. 4 *cons. in dir.*).

Così argomentando («come quelli attinenti...»), la Corte sembra suggerire che l'elenco di cui all'art. 43 Cost. non è tassativo. In dottrina, questo è stato sostenuto per ampliare la sfera delle pubblicizzazioni costituzionalmente ammissibili⁵⁴. Ma stanno davvero così le cose?⁵⁵

Più chiaro è quanto la Corte statuisce subito appresso: «Lo scopo essenziale della norma, attraverso la sottrazione al privato del potere di disposizione relativo alle suddette imprese, è la eliminazione della eventualità che il privato, col peso della propria impresa – e naturalmente si tratta di imprese della massima dimensione – possa direttamente e profondamente influire su interi settori economici, con le conseguenze di ordine politico e sociale che a tale influenza sono connesse» e ciò per «ottenere i risultati di carattere economico e sociale che lo Stato democratico si prefigge» (p. 4 *cons. in dir.*).

Così la giurisprudenza costituzionale indica l'esistenza di un nesso strettissimo tra art. 43 e art. 3, comma II, Cost., tra intervento pubblico in ambito economico (anche nella forma dirompente della pubblicizzazione) e tutela effettiva della libertà e dell'eguaglianza, dunque della democrazia. La pubblicizzazione deve avere di mira il raggiungimento dei «risultati di carattere economico e sociale che lo Stato democratico si prefigge». Come dire che le scelte di politica economica non possono rispondere soltanto a ragioni di carattere strumentale. Ma questo sembra valere per qualsiasi altra forma di esercizio di potere in ambito economico, compreso dunque – si può subito osservare – il fenomeno della privatizzazione. E ciò ha delle conseguenze sul piano della definizione dei limiti costituzionali alla privatizzazione.

d) L'art. 43 Cost. e la proprietà pubblica

Passando all'esame di alcuni aspetti della sent. n. 257 del 1994, occorre premettere quanto segue.

⁵⁴ Cfr. A. PREDIERI, *Collettivizzazione*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, 423.

⁵⁵ Si v. *infra*, par. 7, lettera d.

1) Come noto, la Costituzione supera l'impostazione dello Statuto albertino nel quale la libertà d'impresa, più in generale d'iniziativa economica, non espressamente prevista, era concepita solo come l'aspetto dinamico dell'inviolabile diritto di proprietà privata⁵⁶. Del resto, il legame tra regime della proprietà (pubblica/privata) e regime dell'impresa (mediante la quale il bene è reso produttivo), in molti casi, giocoforza, rimane.

2) Il carattere pubblico dell'impresa dev'essere individuato – coerentemente con quanto prima si è osservato – su basi non meramente formali, non essendo in discussione che: a) la gestione pubblica, come accennato, possa realizzarsi in forme privatistiche (non raramente, la privatizzazione formale comporta l'assunzione da parte dello Stato del ruolo di azionista, tramite gestione diretta o indiretta; come risaputo, a partire dagli anni Cinquanta, in Italia, la gestione diretta dei pacchetti azionari venne tendenzialmente esclusa e si realizzò tramite appositi enti di gestione: anche di qui l'esigenza d'istituire un Ministero apposito, quello già ricordato delle partecipazioni statali); b) formalmente si possa assistere a una dissociazione tra proprietà pubblica e gestione affidata al privato, che tuttavia – per esempio, per i poteri residui in capo allo Stato – potrebbe, come visto, non coincidere con una privatizzazione in termini sostanziali⁵⁷.

Orbene, con la sent. n. 257 del 1994 la Corte si pronuncia su una questione di legittimità relativa alla riserva monopolistica di estrazione del sale. Secondo il rimettente, tale riserva avrebbe dovuto considerarsi illegittima non essendo riferibile a fonti di energia, né a situazioni di monopolio "in atto" da parte di imprese o gruppi di imprese, né a servizi pubblici essenziali.

La Corte dichiara non fondata la questione, sostenendo che la «riserva "monopolistica" dell'estrazione di sale [...] è conseguenza della qualità del bene in cui l'estrazione stessa si esplica, che appartiene allo Stato a titolo di proprietà indisponibile». Pertanto «non si versa in un caso tipico di monopolio, ai sensi dell'art. 43 della Costituzione, essen-

⁵⁶ Per tutti v. A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, 1971, 586 (dove si legge, con riferimento ad attività produttiva e proprietà, che la Costituzione italiana «non soltanto distingue questi due momenti fondamentali dell'economia, ma sottopone altresì l'attività produttiva a vincoli più penetranti e qualitativamente diversi rispetto a quelli previsti nei confronti della proprietà»).

⁵⁷ Cfr. F. BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Giuffrè, Milano, 1996, 71.

do i diritti di cui si tratta effetto automatico e consequenziale di detta qualifica o categoria, determinata dalla natura e destinazione del bene» (p. 4 *cons. in dir.*).

Dunque, il legislatore qualifica il bene (es. miniera) come pubblico e, *come conseguenza*, l'impresa (es. estrazione sale) è – in termini sostanziali, non necessariamente anche formali – pubblica. Si può intendere: così è in assenza di diversa previsione del legislatore. Ma, perché l'attività d'impresa possa svolgersi sulla base di una riserva originaria stabilita dalla legge, devono essere rispettate le condizioni di cui all'art. 43 Cost. Si legge infatti nella sentenza n. 257: «Appartenendo i diritti allo Stato, e ponendosi questo, comunque, come titolare degli stessi anche ai sensi del predetto art. 43, non è ipotizzabile una nuova e diversa costituzione (o trasferimento) di riserva a suo favore, poiché la qualifica di proprietario del bene comporta di per sé tale legittimazione» (p. 4 *cons. in dir.*).

La pubblicizzazione del bene può insomma comportare la pubblicizzazione sostanziale dell'impresa⁵⁸ e questa deve trovare legittimazione “anche” ai sensi dell'art. 43 Cost. Ciò suggerisce che: a) pure la privatizzazione di un bene potrebbe comportare la privatizzazione sostanziale di attività d'impresa; b) accolta l'interpretazione qui proposta, si dovrebbe dunque reputare illegittima la legge di privatizzazione di beni dalla quale dovesse risultare, come conseguenza, la privatizzazione sostanziale dell'attività d'impresa a essi relativa, nei casi di cui all'art. 43 Cost.⁵⁹

6. Alcune questioni discusse

Sarebbe impresa vana cercare di ricostruire il dibattito dottrinale relativo all'art. 43 o alla privatizzazione. Mi soffermo allora soltanto

⁵⁸ Cfr. C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, il Mulino, Bologna, 1977, 74: «La pubblicizzazione delle imprese come complessi economici [...] potrebbe conseguirsi, anche al di fuori dell'art. 43, espropriando, anziché le “imprese”, i connessi “beni economici”».

⁵⁹ I casi di cui all'art. 43 sono ovviamente quelli in cui le imprese si riferiscano a servizi pubblici essenziali, situazioni di monopolio, fonti di energia e abbiano carattere di preminente interesse generale. Un classico esempio (di ascendenza lockeana) è, al riguardo, quello dell'unica pozza d'acqua nel deserto: se viene privatizzata l'unica pozza d'acqua nel deserto (privatizzazione del bene), in assenza di diverse disposizioni, ciò equivale a privatizzare il servizio idrico (privatizzazione dell'attività d'impresa relativa al bene).

su tre temi che mi sembra particolarmente utile discutere in questo lavoro.

a) Carattere eccezionale delle pubblicizzazioni (e dei limiti alle privatizzazioni) ex art. 43 Cost.

Nel dibattito dottrinale sembra prevalere, sia per il tenore letterale dell'art. 41, comma I, (oltrech  dell'art. 117, comma II, lettera e) Cost.), sia per l'evoluzione della coscienza collettiva e l'influenza del diritto dell'Unione europea (che sicuramente ha contribuito a determinare il crescente ricorso alle privatizzazioni⁶⁰), l'idea che la libert  del mercato sia un valore costituzionalmente protetto e che gli interventi di pubblicizzazione debbano quindi considerarsi eccezionali⁶¹. Come scrive Lucarelli, «lo Stato gestore, e non soltanto regolatore [...] pu , in via eccezionale, continuare a trovare il proprio legittimo fondamento giuridico nell'art. 43 Cost.»⁶². Su questo mi sembra si debba convergere.

A parer mio,   da condividere inoltre la tesi⁶³ per la quale la libert  d'iniziativa economica privata   un diritto fondamentale⁶⁴. Non con-

⁶⁰ Cfr. F. ASTONE, *Riforma della P.A. e ordinamento comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 1/2000, 77; A.M. NICO, *Omogeneit  e peculiarit  nei processi di privatizzazione*, Cacucci, Bari, 2001, 172; V.M. SBRESCIA, *Verso il superamento dello Stato regolatore? Poteri pubblici e mercati dopo la crisi internazionale*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, n. 3/2011, 677.

⁶¹ F. GALGANO, *Art. 43*, cit., 195.

⁶² A. LUCARELLI, *Art. 43 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, I, cit., 884.

⁶³ A. PACE, *Problematica delle libert  costituzionali*, CEDAM, Padova, 1992, 476. Si v. anche L. CASSETTI, *Articolo 41*, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, I, a cura di F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevari, il Mulino, Bologna, 2018, 268, e R. NIRO (*Art. 41*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, I, Utet, Milano, 2006, 849) che, con riferimento alla libert  d'iniziativa economica privata, scrive di una «inevitabile connessione [...] non solo con la consacrazione costituzionale della propriet  privata (art. 42) [...] ma soprattutto con le altre libert  individuali, in quanto ritenuta espressione della personalit  umana». Ma esistono orientamenti differenti in dottrina: cfr. A. BALDASSARRE, *Le trasformazioni dell'impresa di fronte alla Costituzione*, in *Democrazia e diritto*, n. 1/1977, 28; F. GALGANO, *Art. 41*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 26; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, CEDAM, Padova, 1983, 582 ss.

⁶⁴ Ci  sembrerebbe suggerire che anche la propriet  privata, purch  riletta alla luce dei valori costituzionali e non concepita alla maniera ottocentesca, potrebbe annoverarsi tra i diritti inviolabili (Cfr. P. BARILE, *La libert  nella Costituzione. Lezioni*, a cura di R. Zaccaria, CEDAM, Padova, 1972, 241, che sottolinea come la Costitu-

vincente è: a) la sottolineatura, in senso contrario, dell'elasticità della formula di cui all'art. 43 Cost. (assimilato, nonostante il diverso tenore letterale, all'art. 156 della Costituzione di Weimar e quindi considerato inidoneo a limitare il ricorso alla riserva o al trasferimento *ex lege*) o b) l'appellarsi al "capovolgimento" del rapporto lavoro-proprietà realizzatosi con la svolta repubblicana (quasi che riconoscere il lavoro come diritto inviolabile e dovere inderogabile comporti necessariamente il disconoscimento del carattere fondamentale della libertà d'iniziativa economica privata)⁶⁵. A tacer d'altro, queste argomentazioni non sembrano convincenti soprattutto a fronte dell'art. 41, comma I, che induce a circoscrivere i casi di ricorso alla pubblicizzazione in via autoritativa. L'idea che per Costituzione il mercato (libero) sia una realtà "pregiudizialmente negativa" (e la libertà d'iniziativa economica privata non sia un diritto fondamentale) mi sembra da respingere. In tal senso, potrebbe dirsi con Galeotti: «Non è vero che *libertà economica e solidarietà* siano valori tra loro incompatibili»⁶⁶.

È senz'altro vero, invece, che la Costituzione rifiuta la logica del mercato senza regole, ma chiaramente privatizzazione e deregolamentazione non sono la stessa cosa⁶⁷ e, anzi, si è sostenuto che la privatizzazione si associa proprio al modello dello Stato regolatore⁶⁸ (anche se, devo dire, il collegamento tra Stato regolatore e privatizzazione non

zione riconosca l'esistenza di un nucleo incompressibile del "terribile" diritto, oltre il quale la limitazione – in ipotesi giustificata dall'esigenza di un bilanciamento con altri valori costituzionalmente rilevanti – si converte in espropriazione e fa sorgere il diritto all'indennizzo). Ciò nonostante, come risaputo, è controverso l'inquadramento del diritto di proprietà privata tra i diritti fondamentali: si pronuncia in senso contrario, per esempio, S. RODOTÀ, Art. 42, in *Commentario della Costituzione*, cit., 118.

⁶⁵ C. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali e Costituzione della Repubblica Italiana)*, in *Enc. dir.*, XI, 1962, 219.

⁶⁶ S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Diritto e società*, n. 1/1996, 22. Libero mercato e iniziativa economica privata non coincidono; come già osservato, l'iniziativa economica privata non è infatti costituzionalmente "privilegiata" rispetto all'iniziativa economica pubblica fintantoché l'una e l'altra si svolgono in un contesto di libero mercato: cfr. F. GALGANO, Art. 41, cit., 16.

⁶⁷ G. MAJONE, A. LA SPINA, "Deregulation" e privatizzazione: differenze e convergenze, in *Stato e mercato*, n. 2/1992, 249 ss.

⁶⁸ Cfr., tra i molti, H. FARREL, *Privatization as State Transformation*, in J. KNIGHT, M. SCHWARTZBERG (a cura di), *Privatization*, cit., 171 ss., con riferimento all'ordinamento statunitense; M. RUFFERT, *Public Law and the economy: A Comparative view from German perspective*, in *International Journal of Constitutional Law*, n. 4/2013, 927, con riferimento all'ordinamento tedesco.

mi pare “interno” al concetto stesso di privatizzazione, ma relativo alla forma di Stato e quindi, nel caso italiano, al contesto democratico entro il quale – eventualmente – la privatizzazione si realizza). La privatizzazione non costituisce necessariamente un passo indietro dello Stato rispetto alla sfera economica. Stato regolatore e Stato minimo non sono espressioni equivalenti; se lo Stato regolatore è uno Stato minimo dipende dalle forme in cui si realizza la “regolamentazione”.

Spesso infatti la privatizzazione, anche quando effettiva, comporta per lo Stato l’assunzione di oneri di controllo non meno gravosi rispetto alla gestione diretta: solo che mentre nel caso della gestione diretta lo Stato opera quale “controllore” (in senso a-tecnico) dall’interno, nel caso della privatizzazione opera quale controllore dall’esterno (come noto, a partire soprattutto dagli anni Novanta – anche attraverso le Autorità amministrative indipendenti – si è cercato di far transitare il sistema italiano dal “controllo” interno al controllo esterno, ma questo non equivale a una “ritirata” del pubblico dall’ambito economico, almeno – lo ripeto – non necessariamente).

Talvolta, ancora, la privatizzazione determina un passo indietro per lo Stato che si accompagna a un passo avanti per altre istituzioni pubbliche: da quelle dell’Unione europea a quelle locali (fenomeno questo che meriterebbe un approfondimento in separata sede). Inoltre le privatizzazioni molte volte: non comportano, *tout court*, l’abbandono dell’impresa pubblica; si realizzano nel lungo periodo richiedendo uffici pubblici appositi per guidare il processo (mentre per un verso la sfera di intervento del potere pubblico si riduce, per altro verso si espande); nascono da esigenze della produzione o dallo sviluppo tecnologico e non sono quindi sempre da intendere come provvedimenti “ideologici” di rinuncia del pubblico potere al proprio ruolo in ambito economico⁶⁹.

Pertanto, in sintesi, il libero mercato è un valore costituzionalmente protetto, il mercato senza regole non lo è; ma la privatizzazione e la deregolamentazione sono cose diverse; privatizzazione e intervento pubblico in ambito economico non si escludono. Tuttavia il ricorso alla pubblicizzazione *ex art. 43 Cost.* non può che considerarsi eccezionale.

Laddove, allora, il “può” venisse interpretato come “può e deve”, anche i limiti alla privatizzazione che ne scaturirebbero dovrebbero

⁶⁹ S. CASSESE, *Le imprese pubbliche dopo le privatizzazioni*, cit., 239 ss.

possedere lo stesso carattere di eccezionalità. Solo eccezionalmente la privatizzazione sarebbe un'opzione costituzionalmente esclusa.

b) Cenni su art. 43 Cost. e diritto dell'Unione europea

Da tempo autorevole dottrina sottolinea il rischio di una politica economica europea rispondente alle logiche “unidimensionali” dell’efficientismo⁷⁰; l’avanzamento del processo d’integrazione europea potrebbe dirsi allora aver condotto a un “aggiramento” del modello costituzionale dei rapporti economici; ciò sarebbe particolarmente evidente per quanto attiene all’art. 43 Cost.⁷¹; anche dal punto di vista delle scienze economiche, tale ultimo articolo sarebbe ormai “datato”⁷². Su questo non si può dire che ci sia unanimità di vedute tra gli studiosi, perché si potrebbe affermare che il processo d’integrazione europea abbia favorito l’attuazione della Costituzione (si pensi alla legge 10 ottobre 1990, n. 287⁷³); vi sono infatti diversi modi di intendere il rapporto tra Costituzione e diritto europeo, in generale e con specifico riferimento all’economia⁷⁴; e dallo stesso ordinamento europeo, in ordine al tema qui in esame, provengono indicazioni contrastanti (basti al riguardo ricordare la direttiva Bolkestein⁷⁵ e la sentenza della Corte di Giustizia nel caso Essent⁷⁶).

⁷⁰ Cfr., per tutti, G. AMATO, *Antitrust and the Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of Market*, Hart, Oxford, 1997, 113 ss.

⁷¹ Cfr. F. FURLAN, *Articolo 43*, in *La Costituzione italiana*, cit., 281.

⁷² Tra i molti, v. P. RANCI, *Nazionalizzazioni, privatizzazioni e concorrenza: materia per una Costituzione?*, in *Rivista Internazionale di Scienze sociali*, n. 1-2/2006, 309.

⁷³ Cfr. G. BOGNETTI, *La Costituzione economica italiana. Interpretazione e proposte di riforma*, Giuffrè, Milano, 1993, 39, nonché ID., *Il pareggio del bilancio nella Carta costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2011, 9, dove si legge che diritto europeo e interno «si ispirano a un modello ideale comune di costituzione economica».

⁷⁴ Cfr. G. PITRUZZELLA, *La costituzione economica europea: un mercato regolato e corretto, nulla a che vedere con il fondamentalismo di mercato*, in *federalismi.it*, n. 16/2018, 2 ss.; F. POLITI, *Libertà costituzionali e diritti fondamentali. Casi e materiali. Un itinerario giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 2019, 213. Si possono v. anche le differenti ricostruzioni di M. BENVENUTI, *Democrazia e potere economico*, 252 ss. e L. D’ANDREA, *Democrazia e potere economico. La forma del primato costituzionale*, 996 ss., entrambi in *Rivista AIC*, n. 3/2018.

⁷⁵ Cfr. F. FURLAN, *Articolo 43*, cit., 284 s.

⁷⁶ La Corte di Giustizia dell’Unione europea, nel caso Essent (sent. 22 ottobre 2013, cause riunite C-105/12, C-106/12, C-107/12), ha ritenuto compatibile con il di-

Pur senza poter approfondire la questione, devo avvertire che, a mio avviso, le formule impiegate nei Trattati possono sì consentire (tramite l'adozione di atti di diritto derivato) un "aggiramento" del modello costituzionale dei rapporti economici, ma al tempo stesso anche essere con esso armonizzate. Ad ogni modo, non mi propongo, in questa sede, di affrontare una così vasta tematica. È sufficiente qui chiedersi se l'interpretazione del "può" come "può e deve" sia compatibile con una lettura dell'art. 43 Cost. che tenga adeguatamente conto del processo d'integrazione europea.

Orbene, occorre brevemente richiamare gli articoli 106, 37 e 345 TFUE. Se è vero, a mente dell'art. 106 TFUE, che «le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza», ciò è soltanto «nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata». Ciò vuol dire che la pubblicizzazione è possibile, ma le deroghe alle regole di concorrenza «introdotte dalle legislazioni nazionali devono essere in ogni caso proporzionate ad effettive necessità, legate alla soddisfazione di esigenze di interesse generale»⁷⁷.

Tra queste deroghe sembra poter figurare il monopolio pubblico. L'art. 37 TFUE prevede che «gli Stati membri procedono a un riordinamento dei monopoli nazionali che presentano un carattere commerciale, in modo che venga esclusa qualsiasi discriminazione fra i cittadini degli Stati membri per quanto riguarda le condizioni relative all'approvvigionamento e agli sbocchi». Il che significa che monopoli nazionali di carattere commerciale – senza discriminare – possono essere mantenuti (e quindi pure istituiti). Se ne può trarre indirettamente conferma dal fatto che gli artt. da 1 a 7 della legge n. 287 del 1990 «non si applicano alle imprese che, per disposizione di legge, esercitano la

ritto dell'Unione il divieto di privatizzazione delle società di distribuzione di energia elettrica e gas previsto dalla legislazione olandese.

⁷⁷ P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *Diritti fondamentali. Libertà e diritti*, Giappichelli, Torino, 2017, 571. Con riferimento all'importanza della previsione (unitamente all'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali) per i servizi pubblici locali (soprattutto per salvaguardare la possibilità per l'ente locale di procedere a valutazioni caso per caso, optando per soluzioni "in deroga" alle regole di concorrenza) v. le riflessioni di A. LUCARELLI, *La riforma delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico generale: letture incrociate*, in *federalismi.it*, n. 21/2016, 15 ss.

gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto direttamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati» (art. 8, comma 2), oltretutto dall'art. 345 TFUE, ai sensi del quale «i trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri», con le conseguenze che ciò può avere in ordine al regime delle imprese⁷⁸.

Posto che queste sono le norme dei Trattati in materia (e che tali norme devono essere rispettate da tutti gli atti europei di diritto derivato), la possibilità di dedurre dall'art. 43 Cost. limiti alla privatizzazione resta dunque aperta: infatti considerare la pubblicizzazione, eccezionalmente, non solo possibile, ma doverosa, non sarebbe in contraddizione con alcun impegno assunto dall'Italia a livello europeo.

c) Beni comuni e insussistenza di limiti costituzionali alla privatizzazione

Anche se la riflessione giuridica sui beni comuni abbraccia una pluralità di tematiche ed è orientata a differenti obiettivi⁷⁹, può dirsi che

⁷⁸ In argomento v. G. AMORELLI, *Le privatizzazioni nella prospettiva del Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, Cedam, Padova, 1992, 11; C. FRATEA, *Articolo 345*, in *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*, a cura di F. Pocar, M.C. Baruffi, Cedam, Trento, 2014, 1540; M. D'ALBERTI, *Servizi pubblici e mercato: dal primo novecento al diritto globale del commercio*, in A. MASSERA (a cura di), *I servizi pubblici in ambiente europeo*, Plus, Pisa, 2004, 63; A.M. NICO, *Le privatizzazioni in Spagna*, in R.G. RODIO (a cura di), *Le privatizzazioni in Europa*, in *Trattato di Diritto amministrativo*, dir. da G. Santaniello, XXXIV, Cedam, Padova, 2003, 445.

⁷⁹ I beni comuni non sono semplicemente una creazione della dottrina. Intorno all'idea dei beni comuni sono nate, in Italia come altrove, importanti iniziative politiche (fra tutte, il *referendum* sulla gestione del servizio idrico). Gli sviluppi legislativi successivi allo svolgimento del *referendum* sono stati talvolta giudicati non in linea con l'esito dello stesso: cfr., per tutti, M. RUOTOLO, *Non "ce la chiede l'Europa" e non "la vogliono i cittadini". Brevi note sulla privatizzazione dei servizi pubblici locali*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2012, 1-6; e con rif. a riforme di qualche anno successive G. BUCCI, *L'"acqua-bene comune" e la gestione dei servizi idrici integrati tra pubblico, privato e democrazia*, in S. STAIANO (a cura di), *Acqua. Bene pubblico, risorsa non riproducibile, fattore di sviluppo*, Jovene, Napoli, 2017, 167 ss.; A. LUCARELLI, *La riforma delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico generale: letture incrociate*, in *federalismi.it*, n. 21/2016, 2 ss., v. part. 10 ss. laddove l'Autore si interroga sulla compatibilità del nuovo assetto dei servizi pubblici locali di interesse economico generale non solo rispetto all'art. 75, ma anche all'art. 43 Cost. La giurisprudenza si è mostrata talvolta incline ad accogliere la nozione di "beni comuni" (es. Corte di

essa nasca proprio per porre un limite alla privatizzazione. Scrive Lucarelli: «Finché lo Stato ha gestito i beni pubblici di sua proprietà ed ha avuto un ruolo dominante nella gestione dei servizi pubblici essenziali, non risultava [...] l'immediata necessità di distinguere i beni comuni dai beni pubblici. Il problema sorge allorché la gestione passa progressivamente a soggetti privati e alle istituzioni pubbliche rimane unicamente la mera titolarità del bene»⁸⁰.

Ora, però, tra i sostenitori dei *commons* esistono differenze. Occorre distinguere tra coloro che – come Mattei – ritengono inesistenti limiti costituzionali alla privatizzazione e coloro che invece (talvolta pur auspicandone l'introduzione a livello di legislazione costituzionale od ordinaria) pensano che la categoria dei beni comuni potrebbe trovare fondamento in un'attenta interpretazione del testo costituzionale (v. *infra*).

Chi nega l'esistenza di limiti costituzionali alla privatizzazione e invoca l'introduzione della categoria dei "beni comuni", in termini giuridici non può che chiedere la definizione della stessa con legge. Non so dire se l'esistenza di limiti costituzionali alla privatizzazione dovrebbe essere negata, per logica, da tutti coloro che ritengono necessario introdurre la categoria dei beni comuni a livello costituzionale per frenare la privatizzazione (almeno quella *for profit*). Come osservato a proposito del "diritto all'acqua", se si propone di approvare una legge costituzionale o di revisione costituzionale per sancire la natura comune di un bene sembra disconoscersene il carattere "intrinseca-

Cassazione, Sezioni Unite Civili, 14 febbraio 2011, n. 3665; cfr. M.R. MARELLA, *The Common as a Legal Concept*, in *Law Critique*, n. 28/2017, 65 ss.); e spesso – come che si giudichi la cosa – non ha favorito i processi di privatizzazione (v. G.M. NAPOLITANO, *Il giudice amministrativo di fronte alla privatizzazione*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 3/2003, 557 ss.). Quanto alla legislazione, molte proposte sono state avanzate per ripensare il regime della proprietà pubblica, anche nella XVIII Legislatura [v. A.C. n.1617, "Modifiche al codice civile in materia di beni comuni e di disciplina del diritto di proprietà" (on. Fassina e altri); A.S. n. 1436, "Modifiche al codice civile in materia di beni comuni e di contenuti del diritto di proprietà" (sen. Nugnes e altri)]. Ciò è dipeso dal fatto che, negli ultimi decenni, i consensi sull'esigenza di procedere a consistenti privatizzazioni sono cresciuti. La teoria dei *commons* è una reazione a un fenomeno internazionale, impressionante nelle dimensioni, ma che certo (come si è ricordato) non è privo di precedenti.

⁸⁰ A. LUCARELLI, *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni*, in *España Jurídica*, n. 2/2011, 12.

mente comune” per Costituzione⁸¹. Tuttavia si può pensare al tempo stesso che la categoria dei beni comuni abbia un fondamento costituzionale e che sarebbe preferibile, anche se non strettamente necessario, introdurla in Costituzione o comunque con legge costituzionale. Ma chi la pensa così, sostiene quindi che limiti costituzionali alla privatizzazione esistano. Alla tesi per la quale invece i limiti costituzionali non esistono e bisogna approvare una legge costituzionale, si potrebbe obiettare che questa è l'*extrema ratio*. Per accogliere questa tesi occorrerebbe prima verificare che non siano a disposizione interpretazioni differenti del testo costituzionale vigente.

Quanto all'introduzione della categoria a livello di legge ordinaria (es. riforma del codice civile, che pure sarebbe auspicabile dal momento che le classificazioni codicistiche dei beni pubblici sono ormai in crisi⁸²), non mi è del tutto chiaro come potrebbe limitare la privatizzazione massiva. L'idea di procedere oltre il regime proprietario (pubblico o privato), disciplinando con legge ordinaria l'uso del bene a vantaggio della generalità dei consociati, si espone agli stessi rischi cui va incontro oggi la qualificazione legislativa di un bene come di proprietà pubblica. Questo, a meno che – in ultima analisi – si individui in Costituzione la presenza di limiti alla privatizzazione. Si potrebbe ritenere infatti che la categoria abbia un fondamento costituzionale e, al contempo, che sarebbe bene approvare una legge ordinaria che a essa espressamente si riferisca. Evidentemente, anche in questo caso, l'esistenza di limiti costituzionali alla privatizzazione non sarebbe negata.

Ma la categoria dei *commons* può essere ricavata in via di interpretazione dal testo della Costituzione?

Talvolta, per spiegare il concetto di beni comuni vengono richiamati gli artt. 2, 3 e 9, o le norme costituzionali che tutelano i diritti fondamentali⁸³. Volendo, potrebbe farsi rinvio anche alla giurispruden-

⁸¹ T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale all'acqua*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, n. 3/2010, 863.

⁸² E. CASETTA, *Manuale di Diritto amministrativo*, cit., 224.

⁸³ La “Commissione Rodotà” aveva proposto la seguente definizione di *commons*: «Cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti della persona e al libero sviluppo della personalità». Scrive S. RODOTÀ (*Verso i beni comuni*, in *I beni comuni. L'inaspettata rinascita degli usi collettivi*, a cura di G. Preterossi, N. Capone, La scuola di Pitagora, Napoli, 2018, 36 s.): «I beni comuni possono essere definiti partendo dalla considerazione che essi si caratterizzano per l'appartenenza collettiva e la sottrazione alla logica totalizzante del mercato e della concorrenza, riguardando propriamente i beni materiali e immateriali indispensabili per l'effettività dei diritti

za della Corte: si veda, ad esempio, la sent. n. 259 del 2006, nella quale l'acqua viene definita «bene primario della vita dell'uomo [...] in un quadro complessivo caratterizzato dalla natura di diritto fondamentale a mantenere integro il patrimonio ambientale»; e poi, ancora «“risorsa salvaguardata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà” [...] riconnessa al diritto fondamentale dell'uomo (e delle generazioni future) all'integrità del patrimonio ambientale, nel quale devono essere inseriti gli usi delle risorse idriche» (p. 3 *cons. in dir.*).

A voler difendere la nozione di “beni comuni”, il ragionamento più lineare mi sembra quello di chi, come Camerlengo, sostiene che «le privatizzazioni rappresentano il principale pericolo che insidia l'integrità e la destinazione funzionale dei beni comuni. Le privatizzazioni sono il frutto di decisioni assunte discrezionalmente dal legislatore ordinario. Per arginare l'ondata di privatizzazioni appare, dunque, logico immaginare di rinvenire in Costituzione il fondamento normativo dei beni comuni sì da condizionare e limitare la discrezionalità del legislatore ordinario»⁸⁴.

Il tentativo di far discendere dalla Carta l'esistenza di un insieme di beni “primari della vita dell'uomo”, non privatizzabili, è affascinante. Anche se i richiami all'art. 43, laddove fa riferimento a comunità di lavoratori e utenti, agli artt. 2 e 3 Cost. e, per i “beni comuni ambientali”, agli artt. 9 e 32 Cost.⁸⁵ mi sembrano eccessivamente generici. E, se posso dire, proprio per questo forse non c'è accordo su quali beni dovrebbero essere ricompresi nella categoria o sulla necessità di introdurre la categoria stessa.

Ove poi si volessero concepire questi beni primari come necessariamente al di là del paradigma proprietario, bisognerebbe capire come ciò possa armonizzarsi con l'art. 42 Cost. Con questo non voglio esprimere una pregiudiziale contrarietà, ma solo manifestare delle perplessità. Si potrebbe dire che l'art. 42 Cost. assoggetti a una logica proprietaria i soli beni *economici*, lasciando spazio per beni da essi distinti, da collocare fuori commercio e al di là della proprietà pubblica o privata («*The commons are the opposite of property*»⁸⁶). Tuttavia la se-

fondamentali, per il libero sviluppo della personalità e perché siano conservati anche nell'interesse delle generazioni future».

⁸⁴ Q. CAMERLENGO, *La controversa nozione di bene comune*, in S. STAIANO (a cura di), *Acqua*, cit., 119.

⁸⁵ *Ibidem*, 120.

⁸⁶ F. CAPRA, U. MATTEI, *The Ecology of Law. Toward a Legal System in Tune*

conda parte del primo comma di questo articolo può essere letta anche in modo diverso (per esempio, può essere intesa come una precisazione: soggetti non solo privati, ma anche pubblici possono essere titolari del diritto di proprietà di beni economici, di consumo e strumentali; al tempo stesso, anche i privati possono essere proprietari di beni economici, non solo di consumo, ma anche strumentali – i mezzi di produzione – il che costituisce presupposto per l'esercizio della libertà di cui all'art. 41, comma I, ed esclude soluzioni "stataliste/dirigiste")⁸⁷.

Ma, a prescindere da tutto ciò (e da altre ipotesi interpretative relative all'art. 42 Cost.), le molte critiche che alla nozione di bene comune sono state mosse⁸⁸ mostrano comunque, nel complesso, che qualcosa nella teoria dei *commons* – almeno dal punto di vista del diritto costituzionale – non convince pienamente. A giudizio di Luciani, anzi, «appare curioso che la tematica dei beni comuni come *tertium genus* abbia avuto così tanto successo in Italia, a fronte di un testo costituzionale che avrebbe consentito percorsi interpretativi (e azioni istituzionali) meno originali, forse, ma non per questo meno penetranti e progressivi»⁸⁹.

E, in effetti, rispetto all'impegnativa costruzione teorica del concetto di *commons*, interpretare "può" come "può e deve" è una piccola cosa. Vorrei dire però, al tempo stesso, che il problema di individuare dei limiti costituzionali alla privatizzazione – nonostante le critiche rivolte alla categoria dei beni comuni – è fortemente avvertito e ab-

with Nature and Community, Berrett-Koehler, Oakland, 2015, 149. Si v. anche M. HARDT, A. NEGRI, *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, Rizzoli, Milano, 2010, 8 ss., nonché S. RODOTÀ, *Verso i beni comuni*, cit., 75.

⁸⁷ Sulla complessa questione dell'interpretazione dell'art. 42, comma I, Cost. non è possibile dilungarsi. Quanto all'espressione "beni economici" come contrazione di "beni economici di consumo e strumentali" v. le riflessioni di S. RODOTÀ, *Art. 42*, cit., 168.

⁸⁸ Cfr. M. BARBERIS, *Tre narrazioni sui benicomuni*, in *Ragion pratica*, n. 2/2013, 381 ss.; A. CIERVO, *Beni comuni*, Ediesse, Roma, 2012, 9 ss.; L. D'ANDREA, *I beni comuni tra pubblico e privato*, in S. STAIANO (a cura di), *Acqua*, cit., 123 ss.; M. LUCIANI, *Una discussione sui beni comuni*, in S. STAIANO (a cura di), *Acqua*, cit., 75 ss.; A. SAITTA, *I beni comuni nella giurisprudenza costituzionale*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAITTA (a cura di), *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2015, 216; S. STAIANO, *"Beni comuni" categoria ideologicamente estenuata*, in S. STAIANO (a cura di), *Acqua*, cit., 57 ss.; F. VIOLA, *Beni comuni e bene comune*, in *Diritto e società*, n. 3/2016, 386.

⁸⁹ M. LUCIANI, *Una discussione sui beni comuni*, cit., 78. Si v. anche I. CIOLLI, *Sulla natura giuridica dei beni comuni*, in *Diritto e società*, n. 3/2016, 457 ss.

bastanza condiviso. Tramite la nozione di “beni comuni” si veicola un’istanza *autenticamente costituzionale* quando si sottolinea il nesso tra gestione delle risorse ed effettività dei diritti fondamentali (della generazione presente e delle generazioni future)⁹⁰, o quando si pone il problema della partecipazione collettiva alla gestione delle risorse stesse⁹¹ e si rifiutano le forme brutali di individualismo e di esclusione⁹², o ancora quando la si associa alla possibile «previsione di forme – variamente disciplinate – di legittimazione ad agire in capo a tutti i componenti di una determinata collettività per proteggere interessi fondamentali condivisi da tutti»⁹³.

Queste tematiche non possono essere qui approfondite, ma rispetto al problema dei limiti alla privatizzazione *delle imprese*⁹⁴ è forse possibile offrire una risposta diversa dall’introduzione della categoria dei beni comuni; una risposta, cioè, sulla quale possa convergere anche chi rifiuta la nozione di beni comuni e che possa magari essere considerata, da chi difende la categoria dei beni comuni, come un argomento *ulteriore* contro la *massive privatization*.

7. Congetture conclusive

a) Breve riepilogo

È utile riepilogare schematicamente alcune delle osservazioni fatte in precedenza: 1) qualsiasi discorso sui limiti costituzionali della priva-

⁹⁰ A. ALGOSTINO, *Riflessioni sui beni comuni tra il “pubblico” e la Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2013, 24; M. CARDUCCI, *Dalla “Carta della Foresta” al “deficit ecologico” del costituzionalismo*, in *Revista catalana de dret públic*, n. 53/2016, 41; L. FERRAJOLI, *Beni fondamentali*, in *Tempo di beni comuni. Studi multidisciplinari*, Fondazione Lelio e Lisli Basso – Issoco, Roma, 2013, 143; M.R. MARELLA, *I beni comuni: un tentativo di tassonomia*, in U. BRECCIA, G. COMANDÉ, E. NAVARETTA, R. ROMBOLI (a cura di), *I beni comuni*, Pisa University Press, Pisa, 2015, 40 ss.

⁹¹ A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Laterza, Roma-Bari, 2013, part. 56.

⁹² F. CAPRA, U. MATTEI, *The Ecology of Law*, cit., 163.

⁹³ V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Politica del diritto*, n. 1/2014, 35.

⁹⁴ La teoria dei beni comuni mira a sottrarre alla privatizzazione *for profit* un insieme più ampio di beni rispetto a quello che potrebbe dirsi non privatizzabile (come conseguenza dell’inammissibilità della privatizzazione sostanziale dell’attività d’impresa) a partire dall’interpretazione dell’art. 43 Cost. qui in esame.

tizzazione non dev'essere volto a soffocare l'autonomia del legislatore, né a suggerire ingenuamente di riguardare la pubblicizzazione come panacea per tutti i mali e deve tener conto dei costi sociali della privatizzazione; 2) dai lavori dell'Assemblea costituente si desume come non sia in contrasto con l'*original intent* l'interpretazione per la quale il legislatore "può e deve" riservare originariamente e/o trasferire..., nei casi di cui all'art. 43 Cost.; 3) solo rispetto alla privatizzazione sostanziale ha senso discutere di limiti costituzionali alla privatizzazione; 4) tanto la pubblicizzazione quanto la privatizzazione devono essere coerenti con i risultati di carattere economico e sociale che lo Stato democratico si prefigge⁹⁵; 5) giusta l'interpretazione "può e deve", la privatizzazione formale di imprese o la privatizzazione di beni non potrebbe essere usata come *escamotage* per raggiungere la privatizzazione sostanziale nei casi di cui all'art. 43 Cost; 6) anche il mercato libero è un valore costituzionale e la pubblicizzazione ai sensi dell'art. 43 non può costituire la "regola". Conseguentemente anche i limiti costituzionali alla privatizzazione dovrebbero considerarsi eccezionali; 7) l'interpretazione "può e deve" non è da escludersi per effetto della partecipazione italiana all'Unione europea; 8) non c'è accordo in dottrina sull'impiego della categoria dei "beni comuni" per limitare la privatizzazione (anche se è indubbio che la dottrina dei beni comuni veicola istanze di rilievo costituzionale).

Ciò posto, provo adesso a desumere dalla Costituzione ulteriori argomenti per interpretare l'art. 43 Cost. nel senso del "può e deve", facendone discendere limiti costituzionali alla privatizzazione.

b) Privatizzazione e compiti cui lo Stato non può rinunciare

Sanità, istruzione, previdenza e assistenza sono compiti cui lo Stato democratico non può rinunciare, per cui una privatizzazione massiva in questi settori costituirebbe un inaccettabile regresso nella prospettiva costituzionale (l'art. 38 stabilisce che ai compiti da esso previsti provvedono organi e istituti predisposti o integrati dallo Stato; l'art. 32 che la Repubblica garantisce cure gratuite agli indigenti⁹⁶; l'art. 33 che

⁹⁵ Ciò che si può ricondurre anche all'orientamento dell'attività economica, pubblica e privata, a fini sociali ex art. 41, comma III, Cost. Cfr. F. GALGANO, *Art. 43*, cit., 198.

⁹⁶ Non voglio riprendere qui recenti (e dolorose) polemiche sulla privatizzazione della sanità («l'ubriacatura delle privatizzazioni selvagge» di cui autorevole dottrina ha

la Repubblica istituisce scuole statali per tutti gli ordini e gradi; l'art. 34 che l'istruzione inferiore è obbligatoria e gratuita). In queste ipotesi, non è costituzionalmente accettabile «un atteggiamento di disimpegno ovvero di semplice rinvio al privato da parte delle istituzioni pubbliche»⁹⁷. *A fortiori*, secondo me, è semplicemente inimmaginabile (ma se ne è discusso e se ne discute, specie in altri Paesi) che la privatizzazione possa riguardare funzioni quali la difesa o la sicurezza interna. Posto che «non esiste una precisa linea di confine tra Stato e mercato, tra impresa pubblica e impresa privata»⁹⁸, poiché storicamente questa linea viene sempre nuovamente «tracciata», va precisato che ci sono attività per Costituzione non privatizzabili poiché concepite come doverosa risposta delle istituzioni a diritti fondamentali della persona⁹⁹; non come attività suscettibili di essere svolte (talvolta affatto talaltra soltanto)¹⁰⁰ in forma di impresa privata, ma come servizi pubblici essenziali (art. 43 Cost.) e, si potrebbe forse dire, «fondamentali»¹⁰¹, proprio come i

di recente scritto: v. G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, 11). Tra i lavori maggiormente critici, con riferimento alle privatizzazioni in ambito sanitario, possono vedersi gli scritti di L. BENCI, (ad es., *Privatizzare gli ospedali? La via del project financing*, in *Salute internazionale*, 28 aprile 2015, 1 ss.).

⁹⁷ A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2016, parte I 25.

⁹⁸ S. CASSESE, *Le imprese pubbliche dopo le privatizzazioni*, cit., 236.

⁹⁹ Cfr. L. CARLASSARE, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2013, 3 ss.

¹⁰⁰ Come si legge nella sent. n. 131 del 2020 della Corte costituzionale, «prima ancora che venissero alla luce i sistemi pubblici di *welfare*, la creatività dei singoli si è espressa in una molteplicità di forme associative (società di mutuo soccorso, opere caritatevoli, monti di pietà, ecc.) che hanno quindi saputo garantire assistenza, solidarietà e istruzione a chi, nei momenti più difficili della nostra storia, rimaneva escluso» (p. 4 *cons. in dir.*). Chiaramente l'affermazione per la quale esistono compiti cui lo Stato non può rinunciare in nessun modo contrasta o intende minimamente trascurare il rilievo riconosciuto dalla Carta costituzionale alle iniziative private rispondenti alla logica della sussidiarietà orizzontale.

¹⁰¹ In Francia, nell'insieme dei servizi pubblici si individua la sottocategoria dei servizi pubblici costituzionali, «con riferimento a quei servizi pubblici a carattere amministrativo rientranti nelle funzioni tipiche della sovranità (difesa nazionale, giustizia, affari esteri, polizia). In realtà, si ritiene che la categoria sia più ampia, in quanto si estenderebbe anche all'insegnamento, l'assistenza sanitaria e sociale, che, tuttavia, possono essere offerti anche da privati, a patto che sia comunque garantito un livello minimo di erogazione della prestazione da parte del settore pubblico». Cfr. D. ZECCA, *Privatizzazioni e Costituzione nella Francia di Macron: la Loi Pacte alla prova del bloc de constitutionnalité*, cit., 1277.

diritti che sono preordinati a garantire (che appartengono, per citare una celebre pronuncia della Corte costituzionale, «all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana»: sent. n. 1146 del 1988, p. 2.1. *cons. in dir.*). So che di simili forme di privatizzazione non si discute molto in Italia, almeno non quanto in altri Paesi; ma sento di dover fare questa osservazione tenendo conto proprio delle esperienze di altri Paesi e del dibattito interdisciplinare su questi temi¹⁰².

Dal mio punto di vista, anche se non si condividesse l'interpretazione, qui proposta, dell'art. 43, le norme costituzionali che definiscono i compiti irrinunciabili dello Stato, e specialmente – bisogna precisare – quelle sulle quali si basa la caratterizzazione democratica e “sociale” dello Stato, costituirebbero un limite alla privatizzazione¹⁰³.

¹⁰² Cfr., ad es., B. MEDINA, *Constitutional Limits to Privatization: the Israeli Supreme Court Decision to Invalidate Prison Privatization*, in *International Journal of Constitutional Law*, n. 4/2010, 690, con riferimento alla storica sentenza della Corte suprema israeliana n. 2605 del 2005, con la quale la legge di privatizzazione del sistema carcerario è stata giudicata illegittima; si v. anche A. HAREL, *Why privatization matters. The democratic case against privatization*, in J. KNIGHT, M. SCHWARTZBERG (a cura di), *Privatization*, cit., 58, che costruisce la sua teoria dei limiti democratici alla privatizzazione a partire dal FAIR (*Federal Activities Inventory Reform*) Act del 1998, con il quale negli Stati Uniti alcune funzioni sono state ascritte al potere pubblico perché – in esso si legge – intimamente e intrinsecamente correlate alla soddisfazione di interessi collettivi. Sempre con riferimento all'ordinamento statunitense si v. P.R. VERKUIL, *Outsourcing and the Duty To Govern*, in J. FREEMAN, M. MINOW (a cura di), *Government by Contract. Outsourcing and American Democracy*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2009, 314 ss., per il quale la privatizzazione, in alcuni casi, sottrae al Congresso il potere di approvare o meno le nomine dei pubblici ufficiali secondo la *Appointments Clause* e, se si tiene ferma la nozione di pubblico ufficiale ricavabile da *Buckley v. Valeo*, la privatizzazione fa quindi venire meno la responsabilità connessa ad attività intrinsecamente pubbliche. E ancora v. G.E. METZGER, *Private Delegations, Due Process, and the Duty To Supervise*, in J. FREEMAN, M. MINOW (a cura di), *Government by Contract*, cit., 291 ss., che propone un'interpretazione estensiva della *state action doctrine*, con applicazione dell'*Administrative Procedure Act* (APA) e del *Freedom of Information Act* (FOIA) ai *private contractors*. Sulla privatizzazione come idonea ad alterare gli equilibri tra i poteri (a danno del Congresso) e gli equilibri interni alla stessa amministrazione v. J.D. MICHAELS, *Constitutional Coup: Privatization's Threat to the American Republic*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2017, 106.

¹⁰³ Non vorrei essere frainteso. Non penso ci sia sempre un rapporto di proporzionalità inversa tra privatizzazione e garanzia dei diritti sociali. Ma penso si possa dire che la garanzia effettiva dei cc.dd. “diritti sociali” sia, nella prospettiva costituzionale, irraggiungibile laddove si immaginasse una contrazione delle pubbliche funzioni fino all'estremo dello Stato minimo o ultra-minimo (proprio per questo tale contrazione sarebbe costituzionalmente illegittima). Per tutti, sulle nozioni di “Stato minimo” e

L'art. 43 Cost. potrebbe però – accolta l'interpretazione “può e deve” – dar solidità a questa ricostruzione. Sono consapevole del fatto che la nozione di servizio pubblico essenziale è da tempo discussa (è dubbio, secondo me, che possa coincidere con quella derivante dal diritto europeo di “servizi di interesse economico generale”); non è questa la sede per un esame approfondito¹⁰⁴. Mi limito a constatare che l'art. 43 accoglie una nozione oggettiva di servizio pubblico essenziale (in quanto postula l'esistenza di soggetti privati che offrono tale servizio e rispetto ai quali si realizza la pubblicizzazione)¹⁰⁵ e aggiungo soltanto che, giusta, in ipotesi, l'interpretazione “può e deve”, secondo quanto osservato in questo paragrafo, potrebbe dirsi illegittima, anche ex art. 43, la privatizzazione di enti che si riferiscano a servizi pubblici essenziali¹⁰⁶, ovviamente non sempre, ma solo *a patto che* – come si potrebbe sostenere nel caso di una privatizzazione totale o massiva nei settori dell'assistenza, previdenza, sanità e istruzione – essi abbiano carattere di preminente interesse generale (v. *infra*).

“ultraminimo” v. R. NOZICK, *Anarchia, stato e utopia*, trad. it. a cura di G. Ferranti, il Saggiatore, Milano, 2008, 133 ss. Sull'impiego della locuzione “diritti sociali” si v. le osservazioni critiche di M.S. GIANNINI, *Lo Stato democratico repubblicano*, in *Bollettino dell'Istituto di Studi Socialisti*, n. 7/1946, ora in *Per uno Stato democratico-repubblicano*, introd. di S. Cassese, Edizioni di storia e letteratura, Roma, 2016, 20.

¹⁰⁴ Più in generale è la stessa nozione di “servizio pubblico” a essere, per dirla con M.S. GIANNINI (*Il potere pubblico. Stato e amministrazioni pubbliche*, il Mulino, Bologna, 1986, 69 s.) «fra quelle più tormentate»; sia perché la distinzione ha origine, in verità, dalla difficoltà di inquadramento dell'espansione delle funzioni dello Stato sia perché (a voler tenere ferma la distinzione...) «non è che, di un'attività di un pubblico potere, tutto sia interamente funzione o tutto sia servizio pubblico» e anzi ci sono «attività pubbliche nelle quali, peraltro, l'aspetto di pubblica funzione è talmente mescolato con quello di pubblico servizio, che le due forme di attività non sono più distinguibili» (*ibidem*, 73, v. anche 74 dove si legge: «La distinzione tra amministrazioni di funzioni e amministrazioni di servizi non ha, a rigore, validità tassonomica»). Si v. anche M.A. CARNEVALE VENCHI, *Contributo allo studio della nozione di funzione pubblica*, II, CEDAM, Padova, 1974, 137-145.

¹⁰⁵ Per quanto attiene al dibattito sulla nozione di “servizio pubblico essenziale” v. A. LUCARELLI, *Art. 43*, cit., 885 s. Sul fatto che nel caso dell'art. 43 Cost. viene in gioco la nozione oggettiva di servizio pubblico per tutti v. S. CASSESE, *Le basi del Diritto amministrativo*, Garzanti, Milano, 1998, 118.

¹⁰⁶ Ai sensi della l. 12 giugno 1990, n. 146, e succ. mod., «sono considerati servizi pubblici essenziali [...] quelli volti a garantire il godimento dei diritti della persona costituzionalmente tutelati, alla vita, alla salute, alla libertà e alla sicurezza, alla libertà di circolazione, all'assistenza e previdenza sociale, all'istruzione ed alla libertà di comunicazione» (art. 1, comma 1).

c) *Privatizzazione e mercato effettivamente libero (argomento ex artt. 43 e 41, comma I, Cost.)*

Se il “può” di cui all’art. 43 Cost. fosse letto come “può e deve”, in virtù del riferimento alle “situazioni di monopolio”, la privatizzazione sarebbe esclusa quando dovesse determinare una simile concentrazione di potere economico in capo al privato (o, visto che in genere si interpreta equiparando monopolio perfetto e imperfetto, in capo a privati). Come dire: la privatizzazione dovrebbe servire a creare un segmento di mercato libero, se invece conduce alla formazione di monopoli/oligopoli non è in linea con la Costituzione¹⁰⁷. Questo argomento dovrebbe valere anche nel caso in cui la privatizzazione conduca alla formazione di una società con numerosi piccoli azionisti (c.d. “capitalismo popolare”). Salvo errore, infatti, il discorso non cambierebbe in ragione della minore o maggiore diffusione delle azioni ove ci si trovi in una di quelle situazioni di monopolio alle quali allude l’art. 43 Cost. (situazioni che peraltro determinano da parte dello Stato un’abdicazione ai compiti di programmazione economica costituzionalmente previsti, a vantaggio di privati che *de facto* li acquisiscono; il monopolista è infatti tendenzialmente nella condizione di farsi, in un certo senso, esso stesso programmatore dell’attività economica di altre imprese che risultino condizionate dalle sue scelte¹⁰⁸).

D’altronde, lo stesso argomento per il quale la privatizzazione renderebbe l’attività svolta più efficiente, può essere difeso solo se si immaginano privati che operano in un contesto di libera concorrenza, e non in condizioni non concorrenziali e mediante la predisposizione di

¹⁰⁷ Mi chiedo se il riferimento debba essere ai monopoli naturali o, più precisamente, ai monopoli “non contendibili”. Per tutti, sulla nozione di monopolio non contendibile v. F.A. VON HAYEK, *La società libera*, trad. it. a cura di M. Bianchi di Lavagna Malagodi, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2011, part. 256. Cfr. poi F. GALGANO, *Art. 41*, cit., 12: «L’esigenza che l’iniziativa economica privata si attui in regime di concorrenza è costituzionalmente affermata dall’art. 43 [...] l’espropriazione è resa legittima dal solo fatto, in sé considerato, che l’imprenditore sia diventato monopolista e, quindi, arbitro del mercato di quel dato bene o di quel dato servizio». Per essere “arbitro del mercato”, sembra che l’imprenditore non solo debba operare in una situazione di monopolio naturale, ma anche in un segmento di mercato non contendibile (altrimenti la minaccia della concorrenza dovrebbe indurlo a comportarsi in modo simile a come si comporterebbe in una situazione di concorrenza reale).

¹⁰⁸ A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Edizioni di comunità, Milano, 1963, 242.

strutture organizzative complesse tanto quanto quelle che verrebbero a sostituire¹⁰⁹. Da tempo la dottrina sottolinea che le privatizzazioni non dovrebbero segnare «il passaggio dal monopolio pubblico legale al monopolio (od oligopolio) privato»¹¹⁰; «non può esservi privatizzazione senza liberalizzazione, perché non è ammissibile che la dissoluzione dei monopoli pubblici dia luogo a monopoli o oligopoli privati»¹¹¹. La libertà di cui all'art. 41, comma I, Cost. è riconosciuta in linea di principio a un numero illimitato di imprenditori (e non solo di imprenditori, poiché l'impresa è la forma preponderante, ma non l'unica forma, di iniziativa economica). Ciò vuol dire che tale libertà è anche libertà di concorrenza, se riguardata in rapporto alle iniziative economiche «degli altri». È libertà di partecipare alla dimensione economica della convivenza associata.

Così la lettura dell'art. 43 si armonizzerebbe con un sistema economico basato, al tempo stesso, sulla libera iniziativa economica (che presuppone la regolamentazione del mercato: art. 41, comma II, Cost.) e sulla rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale al godimento effettivo dei diritti (che implica l'intervento pubblico nelle forme, oltre che della regolamentazione, della programmazione, del controllo, della redistribuzione e, eccezionalmente, della gestione: artt. 41, comma III, 53 e 43 Cost.).

d) Privatizzazione ed effettiva partecipazione (argomento ex artt. 43 e 3, comma II, Cost.)

Come insegna Predieri, l'art. 43 Cost. è diretta conseguenza dell'accoglimento, tra i principi fondamentali, dell'eguaglianza sostanziale e, dunque, dell'aspirazione a realizzare una società autenticamente democratica, nella quale la partecipazione alle sfere culturale, economica

¹⁰⁹ E. RUBIN, *The possibilities and Limitations of privatization*, in *Harvard Law Review*, n. 4/2010, 925. Si v. anche D. SATZ, *Some (Largely) Ignored Problems with Privatization*, in J. KNIGHT, M. SCHWARTZBERG (a cura di), *Privatization*, cit., 10. Per una prospettiva diversa da quella qui seguita possono v. le classiche pagine di J.A. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, trad. it. a cura di E. Zuffi, Etas, Milano, 2001, part. 102-105.

¹¹⁰ M. CLARICH, *Privatizzazioni, regole di mercato e controlli*, in *Banca Impresa Società*, n. 1/1998, 186.

¹¹¹ V. ROPPO, *Privatizzazioni e ruolo del "pubblico": lo Stato regolatore*, in *Politica del diritto*, n. 4/1997, 627.

e politica della convivenza associata possa dirsi effettiva¹¹².

Effettiva, come si è già detto, dev'essere la partecipazione alla vita economica del Paese: pertanto la privatizzazione potrebbe ritenersi costituzionalmente legittima solo quando non la ostacoli, ma piuttosto serva a favorirla. La logica – si può anche dire – sarebbe quella della sussidiarietà¹¹³, perché se in certi casi si dovesse pubblicizzare, e quindi non si potesse privatizzare, ciò sarebbe in quanto gli obiettivi economico-sociali che lo Stato democratico si prefigge non potrebbero essere raggiunti altrimenti, in forme meno invasive (rispetto alla gestione pubblica) dell'autonomia sociale. *Laddove infatti queste forme meno invasive fossero praticabili, la pubblicizzazione non dovrebbe essere realizzata*. Le privatizzazioni dovrebbero servire a eliminare, tenendo anche conto delle trasformazioni del contesto economico e sociale, le pubblicizzazioni divenute eccessive (o – ma come in precedenza si è detto, di ciò qui non si discute – riferirsi a imprese pubbliche, non riservate o trasferite autoritativamente, non rientranti nelle ipotesi di cui all'art. 43 Cost.). Le privatizzazioni presuppongono un settore privato forte, sviluppato. Solo in un simile contesto, infatti, possono essere praticate. Ma il settore privato non potrà mai essere forte in un Paese nel quale le libertà economiche non siano adeguatamente garantite, anche rispetto agli interventi del legislatore. E il riconoscimento delle libertà porta con sé la posizione di limiti per il legislatore, che – salvo errore – sarebbe contraddittorio concepire esistenti solo nel caso in cui il potere legislativo fosse usato per pubblicizzare, non anche quando impiegato per privatizzare.

La lettura degli artt. 3, comma II, e 43 Cost. potrebbe consentire di aggiungere che la privatizzazione non è in linea con la Costituzione quando de-pubblicizzare imprese che si riferiscono a servizi pubblici essenziali, fonti di energia, situazioni di monopolio, determina la creazione (in luogo della rimozione) di ostacoli di ordine economico e sociale alla libertà e all'eguaglianza di tutti (come quando, per via della privatizzazione, categorie svantaggiate finiscono per essere escluse dalla possibilità effettiva di accedere a un servizio). Secondo un convincimento largamente diffuso¹¹⁴ (e positivizzato dalla Carta: art. 3, comma

¹¹² A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, cit., 32 ss.

¹¹³ Cfr. P. STELLA RICHTER, *L'interesse pubblico nelle privatizzazioni*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, n. 1-2/2001, 149.

¹¹⁴ Tra i molti, v. R. DAHL, *Sull'uguaglianza politica*, trad. it. a cura di A. Cesarini Patrono, Laterza, Roma-Bari, 2007, 80; A. LAUTERBACH, *Libertà e pianificazione*, trad.

II), le diseguaglianze economiche si convertono in diseguaglianze culturali e politiche e, *oltre una certa misura*, divengono incompatibili con la democrazia. Pertanto si potrebbe dire: la privatizzazione non può essere disgiunta dalla creazione di segmenti di mercato autenticamente liberi per ragioni legate all'esigenza di informare ai valori costituzionali *non solo* le relazioni *economiche*, ma le relazioni sociali in genere. Anche la privatizzazione dovrebbe essere coerente con l'obiettivo che la Costituzione, all'art. 3, comma II, assegna alla Repubblica: con le parole di Predieri, «la trasformazione di una società non omogenea e non giusta – e perciò non compiutamente democratica [...] in una società più omogenea, più equilibrata, più giusta»¹¹⁵.

A tal riguardo, la formula di chiusura dell'art. 43 Cost. «ed abbiano carattere di preminente interesse generale» – da tempo sospettata di essere inutile (pur non essendo ripetitiva dell'*incipit* «a fini di utilità generale»¹¹⁶) – potrebbe essere intesa come un rinvio all'art. 3, comma II. Ciò nel senso che, per questo aspetto differentemente da quanto pure si è sostenuto¹¹⁷, l'elenco dei casi in cui si può pubblicizzare sarebbe tassativo e questa formula, di chiusura, non varrebbe ad ampliare il raggio delle possibili pubblicizzazioni, ma a restringerlo. E, conseguentemente, varrebbe anche a *ridurre* (rispetto a ciò che si dovrebbe dire ove si accogliesse l'idea che l'elenco dei casi in cui si può pubblicizzare non è tassativo) le ipotesi nelle quali la privatizzazione non è ammessa, rendendo così l'interpretazione dell'art. 43 sufficientemente «mite» rispetto alle esigenze della politica economica. La privatizzazione sarebbe esclusa quando si tratti di imprese o categorie di imprese che si riferiscano a... e, in aggiunta, abbiano carattere di preminente interesse generale, in quanto la loro caratterizzazione (sostanzialmente) pubblicistica, date le condizioni di contesto, risulta indispensabile per garantire l'effettiva partecipazione di cui all'art. 3, comma II. La privatizzazione, in effetti, è solo un mezzo. Se crea ostacoli di ordine economico e sociale... (art. 3, comma II, Cost.), anziché rimuoverli, non può essere legittima.

it. a cura di F. Morsella, Cappelli, Rocca di San Casciano, 1957, 63 ss.; J. WALDRON, *The Right to Private Property*, Oxford University Press, Oxford, 1988, 323 ss.

¹¹⁵ A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, cit., 42.

¹¹⁶ F. GALGANO, *Art. 43*, cit., 194.

¹¹⁷ Si v., *supra*, par. 5, lettera c. Cfr. anche C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, cit., 74, per il quale la formulazione dell'art. 43 è tale da consentire di «estenderne finché si vuole i casi di applicabilità».

e) “Privatizzazione delle responsabilità”

Infine, occorre tenere conto del fatto che il legislatore è responsabile politicamente delle scelte compiute, sia della pubblicizzazione sia della privatizzazione, ma mentre nel primo caso il soggetto pubblico si assume la responsabilità della gestione dell'impresa, nel secondo – compiuta la privatizzazione – declina la medesima responsabilità. Ora, interpretando il “può” come “può e deve”, si potrebbe dire che nelle ipotesi di cui all'art. 43 Cost. questo non sia accettabile poiché il concetto di responsabilità politica diffusa, che implica l'assoggettamento di qualsiasi persona che ricopra un ufficio pubblico alla libera critica da parte di chiunque (art. 21 Cost.), non può essere richiamato anche per un imprenditore privato. È naturale che si possa criticare il modo in cui un privato conduce l'attività d'impresa, ma non si può certo dire che egli ne sia responsabile, nei confronti della collettività, *allo stesso modo* in cui lo è chi ricopre una carica pubblica. Come è stato rilevato da Bin, scelte politiche, spesso decisive per la qualità della vita dei cittadini, mediante privatizzazioni possono essere trasferite a soggetti che non rispondono politicamente¹¹⁸. Con la privatizzazione, lo Stato decide di non decidere più e così sottrae ambiti di decisione al controllo pubblico, almeno nei termini in cui tale controllo dovrebbe svilupparsi, nei riguardi di chi ricopre cariche pubbliche, in un Paese democratico. Insomma, nei casi di cui all'art. 43, giusta in ipotesi l'interpretazione qui proposta, un cittadino scontento della gestione dell'impresa dovrebbe poter esercitare un controllo, anche solo nella forma della critica e, sia pur indirettamente, del voto, che rispettivamente non avrebbe lo stesso senso/non potrebbe esercitare nei confronti del privato¹¹⁹.

Analogo discorso potrebbe farsi con riferimento alla responsabilità politica istituzionalizzata. Potrebbe dirsi – interpretando il “può” come “può e deve” – che i parlamentari dovrebbero finanche poter sfiduciare il Governo per la cattiva gestione delle imprese di cui all'art.

¹¹⁸ R. BIN, *Lavoro e Costituzione: le radici comuni di una crisi*, cit., 285. Si potrebbe comunque osservare che il cittadino, se rileva che la privatizzazione determina un disservizio o un costo eccessivo, potrebbe far valere la responsabilità del decisore pubblico che ha devoluto al privato la scelta.

¹¹⁹ È dubbio, per la verità, che (a prescindere dall'art. 43 Cost. che si riferisce alle imprese), ciò possa valere anche per il caso (comunque in sé meno problematico) di una privatizzazione che determini la formazione di un ente (non solo *no profit*, ma) non qualificabile come esercente attività d'impresa.

43 Cost. (gestione che non potrebbe essere sostanzialmente dismessa). Secondo Rahman, bisogna sempre chiedersi se la privatizzazione non dia a soggetti privati un potere quasi-sovrano («*quasi-sovereign*») sul benessere delle persone senza le responsabilità connesse generalmente al ricoprire un ufficio pubblico¹²⁰. Per questo, una più esatta individuazione dei limiti costituzionali della privatizzazione – che non pretendo di aver compiutamente offerto in questa sede, ma al più tentato di abbozzare – si potrebbe legare anche all'esigenza di sottolineare come, rispetto a certe attività, la dismissione di responsabilità da parte del potere pubblico non può ritenersi costituzionalmente accettabile.

* * *

ABSTRACT

ITA

Il lavoro si propone di esaminare la possibilità di ricavare dalla Costituzione italiana limiti costituzionali alla privatizzazione delle imprese o categorie di imprese che si riferiscano a situazioni di monopolio, servizi pubblici essenziali o fonti di energia e abbiano carattere di preminente interesse generale. Tale interpretazione non pare essere in contrasto con l'*original intent* o con il tenore letterale dell'art. 43 Cost. e potrebbe essere sostenuta attraverso una lettura storico-sistematica delle disposizioni costituzionali.

EN

The paper aims to examine the possibility to find in the Italian Constitution limits to the privatization of an enterprise, or a category thereof, operating in the field of essential public services, energy sources or monopolies, and of general public interest. This interpretation does not seem to be incoherent with the original intent or with the letter of the article 43 of the Constitution and it could therefore be supported through a systematic and evolutionary reading of the constitutional provisions.

¹²⁰ K.S. RAHMAN, *Reconstructing the Administrative State in an Era of Economic and Democratic Crisis*, in *Harvard Law Review*, n. 6/2018, 1688.



Costituzionalismo.it

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)