

FRANCESCO MARONE
ordinario di diritto costituzionale nell'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa
francesco.marone@unisob.na.it

LIBERTÀ D'INIZIATIVA ECONOMICA PRIVATA E GIUDICE AMMINISTRATIVO

FREEDOM OF PRIVATE ECONOMIC INITIATIVE AND ADMINISTRATIVE JUDGE

SINTESI

Il modello economico misto disegnato dalla Costituzione italiana nasce nonostante una diffidenza nei confronti del mercato in qualche modo condivisa dalle principali forze politiche presenti in Assemblea costituente. Il principio di concorrenza, che informa l'ordinamento eurounitario quale principio cardine dell'economia di mercato, ha trovato piena attuazione nell'ordinamento giuridico italiano nel quadro del progressivo processo di integrazione comunitaria. Ciò ha posto diversi problemi applicativi di quel principio alle tante fattispecie inevitabilmente legate all'interpretazione dell'articolo 41 della Costituzione, molte delle quali di competenza del Giudice amministrativo

ABSTRACT

The mixed economic model designed by the Italian Constitution was born despite a distrust of the market that was somewhat shared by the main political forces present in the Constituent Assembly. The principle of competition, which informs the European Union legal system as a cardinal principle of the market economy, has found full implementation in the Italian legal system as part of the progressive process of EU integration. This has posed a number of problems in applying that principle to the many cases inevitably linked to the interpretation of Article 41 of the Constitution, many of which fall under the jurisdiction of the administrative courts.

PAROLE CHIAVE: Costituzione, concorrenza, art. 41 Cost, Unione Europea, Giustizia amministrativa

KEYWORDS: Constitution, competition, art. 41 Cost, European Union, Administrative justice

INDICE: 1. Cenni introduttivi: economia e Costituzione. – 2. Il principio di concorrenza nell'ordinamento italiano: un difficile adattamento. – 3. Conclusioni.

1. Cenni introduttivi: economia e Costituzione

L'articolo 41 della Costituzione, che tutela e disciplina la libertà d'iniziativa economica privata, fa parte di quel gruppo di disposizioni che viene convenzionalmente indicato con l'espressione "Costituzione economica". Con questa espressione si è soliti indicare l'insieme delle disposizioni costituzionali che regolano i rapporti economici. Queste sono principalmente quelle contenute nel Titolo III della Parte I della Costituzione, ma anche in leggi ordinarie, quali ad esempio quella *antitrust* o quella che ha disposto la privatizzazione delle principali imprese pubbliche. Altre accezioni dell'espressione "Costituzione economica" comprendono anche il ruolo dell'opinione pubblica e, più interessante ai nostri fini, gli aspetti amministrativi, che trasformano la "Costituzione economica" in senso formale in diritto vivente¹.

Ciò detto se, con questa espressione, si vuole fare riferimento al modo in cui la Costituzione repubblicana guarda all'economia, è tuttavia probabilmente più corretto non limitare l'analisi alle sole disposizioni che espressamente si riferiscono ai rapporti economici. Il progetto di società che la Costituzione disegna comprende senz'altro anche i suoi aspetti economici, ma questi sono definiti da un insieme di principi che va oltre i rapporti economici formalmente e strettamente intesi, primo fra tutti il principio di uguaglianza sostanziale di cui al secondo comma dell'articolo 3. In quest'ottica è condivisibile la posizione di

1 Cfr. S. CASSESE, *Introduzione*, in ID (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2012, 3, il quale riferisce di altri due sensi che possono attribuirsi all'espressione costituzione economica. La seconda accezione è riferibile al professore di Oxford della fine del XIX secolo, Albert Venn Dicey, il quale ritiene che il diritto pubblico dell'economia non possa fondarsi solo sull'analisi delle norme, ma deve comprendere anche l'analisi dell'opinione pubblica, intesa nel senso di modo in cui i cittadini percepiscono il corso della storia economica. Il terzo significato dell'espressione costituzione economica include, oltre a norme costituzionali, leggi e opinione pubblica, anche gli aspetti amministrativi, ossia gli atti applicativi delle norme formali, che trasformano la costituzione economica in senso formale in diritto vivente.

chi ritiene che non vi sia «una Costituzione *economica* distinta dalla Costituzione *politica*»².

Comunque, al di là delle precisazioni terminologiche, il modello economico delineato dalla Costituzione è un modello misto, nel quale l'economia di mercato convive con l'intervento pubblico finalizzato a correggerne le dinamiche verso fini di utilità sociale, in ultima analisi rivolte a quella eguaglianza sostanziale dell'articolo 3, che rappresenta forse il più importante elemento di novità della nostra Costituzione.

Il disegno giuridico e istituzionale del nostro ordinamento costituzionale discende anche dalla nuova concezione del ruolo dello Stato nel sistema economico, nata per far fronte alla grande depressione degli anni trenta del '900. Non più un mercato che si autoregola in virtù di aspettative razionali, ma un mercato regolato dal potere pubblico che ne corregge le distorsioni, divenendone anche attore, là dove necessario³.

In quest'ottica, la Costituzione italiana si inserisce come un elemento centrale di quel nuovo disegno politico-istituzionale che aprirà la stagione storica della ripresa economica post-bellica e dello sviluppo pieno dello stato sociale. Tuttavia, il tema del mercato viene affrontato dai Costituenti in modo per certi versi contraddittorio. La diffidenza nei confronti del libero mercato accomuna, in qualche modo, i comunisti e la componente cattolica sociale. I primi, dopo un iniziale atteggiamento più morbido, assumeranno una posizione di più netta avversione, avendo compreso che la via dell'opposizione era inevitabile. I democristiani, d'altro canto, finiranno per difendere il mercato più come libertà politica dei singoli che come sistema economico regolato dal diritto pubblico a

2 O. CHESSA, *La costituzione della moneta*, Napoli, 2016, 11.

3 L. TORCHIA, *Diritto ed economia fra Stati e mercati*, Napoli, 2016, 25: «Negli anni '30 si costruì, infatti, una nuova infrastruttura giuridica e istituzionale, destinata a durare a lungo e giustificata per l'appunto con la necessità di non tornare più al passato, di evitare per sempre una nuova crisi di quelle dimensioni e di attribuire, quindi, un nuovo ruolo allo Stato, all'intervento pubblico e alla regolazione che impedisse la stessa creazione delle condizioni di una crisi generale. Proprio per questa ragione, quell'insieme di misure fu pensato, se pur con gli ovvi e sempre presenti condizionamenti delle contingenze politiche, non come un rimedio temporaneo ad una crisi passeggera, ma come una infrastruttura stabile e permanente, che doveva appunto sia rimediare al passato, sia determinare un futuro più sicuro e scevro da rischi e pericoli».

tutela del suo regolare funzionamento. Francesco Saverio Nitti, in Assemblea, commentò che si trattava di una «*unione innaturale tra la falce e il martello e la croce e l'aspersione*». E Pasquale Saraceno, nella sua *Intervista sulla Ricostruzione* (Bari, 1977), sintetizzava la saldatura tra comunisti e democristiani nei confronti del mercato in questi termini: «*Il pensiero marxista e il pensiero sociale cattolico si congiungevano allora sul tema del controllo della anarchia capitalista*».

Ne verrà fuori un quadro nel quale tutela del mercato e tutela della singola impresa si confondono fino a creare un'economia assistita nella quale il rapporto tra politica e imprenditoria sarà troppo stretto e troppo interdipendente⁴.

Naturalmente, non può non ricordarsi che, nel quadro di quel disegno e di quegli equilibri, nacque e si sviluppò il *boom* economico italiano degli anni '50 e '60; ma ciò non toglie che questo sia avvenuto nel quadro di una infrastruttura giuridico-istituzionale del mercato peculiare. Rispetto al modello del libero mercato la Costituzione italiana disegna un'economia di mercato nella quale programmi e diritti individuali prevalgono sul principio di libera concorrenza.

2. Il principio di concorrenza nell'ordinamento italiano: un difficile adattamento

La concorrenza, come principio pubblicistico di regolazione del mercato atto a garantire parità tra i concorrenti, entrerà nell'ordinamento italiano dalla porta europea, affermandosi progressivamente fino alla sua piena attuazione con l'approvazione della legge n. 287 del 1990, che istituisce l'Autorità garante della concorrenza e del mercato. La piena apertura dell'ordinamento italiano al libero mercato e alle sue regole fondanti avviene, quindi, in ragione dell'adesione dell'Italia alle comunità europee. È un percorso progressivo nel quale quanto più i mercati europei si integrano, tanto più il principio di concorrenza si afferma pienamente e diffusamente⁵.

4 Si veda G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in AA.VV., *La Costituzione economica. Atti del convegno dell'AIC del 11-12 ottobre 1991 a Ferrara*, Padova, 1997, 7 ss. Più diffusamente, su questi temi, G. AMATO, *Economia, politica e istituzioni in Italia*, Bologna, 1976.

5 Sulla progressiva apertura del sistema giuridico-economico italiano in ragione del procedere dell'integrazione europea e sulle sue conseguenze si veda G. GUARINO, *Pubblico e privato*

Tuttavia, il principio di concorrenza non sembra essere stato del tutto assorbito dal nostro ordinamento, almeno non nei termini di principio generale di regolazione del mercato.

Questo dato è restituito molto chiaramente dall'analisi della giurisprudenza. Il Giudice amministrativo ha fatto e fa da filtro, in qualche modo da cuscinetto, tra un principio di concorrenza di derivazione eurounitaria, che fatica ad affermarsi pienamente, e un ordinamento interno, che pur riconoscendo ormai quel principio a livello di normazione positiva anche di rango costituzionale, è improntato a valori e principî non sempre con esso coincidenti.

Basta citare vicende recenti, tra le quali senza dubbio la più nota è quella relativa alle concessioni balneari marittime, per comprendere come il rapporto del nostro ordinamento con il principio generale che regola il libero mercato sia ancora un rapporto controverso.

Com'è noto, il Consiglio di Stato, con due decisioni dell'Adunanza Plenaria, la 17 e la 18 del 2021, ha ribadito che il principio di concorrenza che informa l'ordinamento eurounitario non è compatibile con una disciplina legislativa che sottrae un intero settore economico alla libertà di stabilimento garantita a cittadini e imprese dall'art. 49 TFUE. In quelle decisioni, il Consiglio di Stato, forse eccedendo i limiti della propria giurisdizione, ha fissato al 31 dicembre 2023 la data oltre la quale la disciplina legislativa di proroga dovrà ritenersi non più efficace, arrivando a dire che «oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento UE».

Il legislatore, ancora di recente, ha ulteriormente prorogato con il d.l. 29 dicembre 2022, n. 198 (art. 10-*quater*), il termine di scadenza delle concessioni

nella economia. La sovranità tra costituzione ed istituzioni comunitarie, in AA.VV., *La Costituzione economica* cit., 21 ss. Più di recente, per una puntuale ricostruzione di tutte le fasi di quel processo si veda F. SALMONI, *Stabilità finanziaria, unione bancaria europea e Costituzione*, Padova, 2019.

balneari, portandolo al 31 dicembre 2025, e ancora una volta il Consiglio di Stato ha ribadito (sentenza 1 marzo 2023, n. 2192) che la norma di proroga si pone *«in frontale contrasto con la disciplina di cui all'art. 12 della direttiva 2006/123/CE e va, conseguentemente, disapplicata da qualunque organo dello Stato»*.

In altro ambito, sempre il Consiglio di Stato è dovuto intervenire a chiarire che un'operazione societaria straordinaria che comporti *«l'allargamento della compagine sociale a soci privati o la creazione di una società nella quale coesistano soci pubblici e privati»*, deve rispettare le procedure di evidenza pubblica richieste dalla legge per la selezione dei soci privati nelle società pubbliche (Cons. Stato, sez. 5^a, 6 settembre 2021, n. 6213).

Ancora, in materia di limitazione dell'attività delle sale da gioco, dove è molto chiara l'esigenza di bilanciare l'iniziativa economica privata con il diritto alla salute e la tutela della dignità umana, il Consiglio di Stato ha più volte ribadito (da ultimo, con sentenza 10 luglio 2020, n. 4464), richiamando un consolidato orientamento della Corte costituzionale, che *«la tutela della salute (in cui rientra il contrasto alla ludopatia) è sussumibile tra gli obiettivi che, ai sensi dell'articolo 41 della Costituzione, possono giustificare limitazioni all'iniziativa economica privata, tenuto conto della non assoluta preminenza del principio di libertà dell'attività economica privata nella nostra Costituzione»*, richiamando espressamente la "dignità umana" quale limite alla libera iniziativa economica.

Superfluo citare la vastissima giurisprudenza in materia di interdittive antimafia, nella quale l'esigenza del contrasto fermo del fenomeno mafioso fa premio sulla libertà d'impresa in modo molto evidente e comprensibile.

La tensione tra il principio della libertà d'iniziativa economica privata e gli altri valori costituzionali che si registra nelle decisioni del Giudice amministrativo trova riscontro anche nel dialogo di questi con la Corte costituzionale.

Solo per citare un paio di esempi, la Corte ha annullato una legge regionale che disponeva la proroga automatica delle concessioni di servizio di trasporto pubblico locale, ribadendo il carattere trasversale della competenza

esclusiva dello Stato in materia di concorrenza (Corte costituzionale, 15 marzo 2021, n. 38). E, ancora, nel decidere una questione incidentale sollevata dal T.a.r. delle Marche in tema di possibile discriminazione tra farmacie e parafarmacie nella somministrazione dei test anti Covid, ha avuto modo di ribadire che *«la giurisprudenza di questa Corte, d'altra parte, ha ripetutamente affermato che, in tema di restrizioni della libertà di iniziativa economica privata, il limite insuperabile deve essere individuato nell'arbitrarietà e nell'incongruenza – e quindi nell'irragionevolezza – delle misure restrittive adottate per assicurare l'utilità sociale»*. Dunque, il bilanciamento è rimesso al legislatore, il quale deve guardare necessariamente alla Costituzione nel suo complesso che, come è noto, non contempla una gerarchia di valori e, di conseguenza, non riconosce alla concorrenza un posto privilegiato nell'architettura dell'ordinamento.

Naturalmente, sono soltanto pochi esempi, ma che danno il senso di una difficoltà del principio generale di concorrenza, che informa l'ordinamento europeo, ad affermarsi pienamente nell'ordinamento italiano.

D'altra parte, non va dimenticato che si tratta di un principio originariamente non accolto, quantomeno non in termini espliciti, dalla Costituzione e che, forse, assume un carattere strumentale, e quindi in qualche modo anche recessivo, rispetto ai valori costituzionali che delineano il quadro socio-economico, a partire dall'eguaglianza sostanziale di cui all'articolo 3, comma 2, della Costituzione⁶.

Questo dato, peraltro, sembra confermato dal tendenziale ritorno all'intervento pubblico nell'economia al quale stiamo assistendo negli anni più recenti. Al ritorno dello Stato, per dirla con il titolo di un recente libro di Giuliano Amato⁷.

La legge n. 118 del 2022, la cosiddetta legge annuale sulla concorrenza (che forse non a caso, pur essendo nominalmente annuale, è stata approvata

6 In questo senso, M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in AA.VV., *Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana. Atti del XXVI Convegno annuale AIC, Torino 27-29 ottobre 2011*, Napoli, 2014, 3 ss.

7 G. AMATO, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, 2022.

per la seconda volta in tredici anni a dispetto della sua cadenza annuale voluta dalla legge n. 99 del 2009) va, in alcune sue parti, nel senso di limitazioni della concorrenza in ragione del perseguimento di altri interessi, rispetto ai quali la concorrenza sembra essere un mezzo e non un fine.

Ci sono, anche qui, limitazioni agli obblighi di gara per le concessioni balneari. C'è la delega in materia di servizi pubblici locali, poi attuata con il d.lgs. 201 del 2022, che per la verità conserva un *favor* per la concorrenza, obbligando a una stringente motivazione la scelta dell'Amministrazione di ricorrere ad affidamenti *in house*, ma è comunque meno pro concorrenziale di quanto sia il quadro normativo europeo. Ancora, vi sono limitazioni in materia di rapporto tra sanità pubblica e privata e, in generale, sembra confermato il dato della non coincidenza tra libertà d'iniziativa economica privata e principio di concorrenza.

Anche il nuovo Codice dei contratti pubblici sembra andare nella stessa direzione, orientando tutta la disciplina degli appalti non più al *favor* per la più ampia concorrenza possibile tra le imprese, ma al principio del risultato, che non è altro che un'articolazione dell'interesse pubblico al quale deve essere orientata l'azione dei pubblici uffici in forza dell'articolo 97 della Costituzione.

3. Conclusioni

Credo che, in ultima analisi, si possa dire che l'ordinamento positivo si stia orientando verso una lettura del quadro costituzionale più aderente alla sua lettera, nella quale il disegno economico è improntato a un modello misto, nel quale la concorrenza come principio pubblicistico di regolazione del mercato è un mezzo e non un fine, essendo quel modello definito, invece, dal complesso del disegno costituzionale e, in primo luogo, da quell'uguaglianza sostanziale di cui all'articolo 3, comma 2, che impone alla Repubblica di *«rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»*.

Direi, in conclusione, che il lavoro del Giudice amministrativo nell'armonizzare concorrenza e interesse pubblico resta fondamentale e lo sarà ancor di più nei prossimi anni, vista la tendenza anche della normazione positiva alla limitazione dell'iniziativa economica privata in ragione di altri principi e valori. Basti pensare alla recente modifica dell'articolo 41 della Costituzione con l'aggiunta della salute e dell'ambiente ai limiti dell'utilità sociale, della sicurezza, della libertà e della dignità umana già presenti nel testo originario della Costituzione che necessariamente orienteranno non solo il legislatore ma anche il Giudice nella definizione di ulteriori limiti puntuali all'iniziativa economica privata.