

Le libertà economiche nel vortice multilivello, tra fonti interne e fonti Ue: convivenza armonica o tensione irrisolta?

di Riccardo de Caria*

Abstract: Economic freedoms in the multilevel vortex, between domestic and Eu sources: harmonious coexistence or unresolved tension? – The article deals with some paradigmatic cases of the complex relationship between domestic and EU sources in the field of economic freedoms. After briefly considering the original framework of the Italian economic constitution, it focuses on a number of particularly relevant areas in which the impact of EU law has recently manifested itself. The conclusion submits that such impact should be read and assessed differently from what seems to be the widely prevailing consensus in the legal scholarship and case-law.

Keywords: Economic constitution; Neoliberalism; Bolkestein directive; Liberalisation; Economic interventionism.

1. Premessa: i due piani dell'analisi

In un passaggio di una sentenza del 2013 relativa al rapporto tra liberalizzazione del commercio e pianificazione urbanistica, il T.A.R. Lombardia scriveva che “La direttiva Bolkestein ha profondamente inciso sullo statuto delle libertà economiche *rispetto alle quali, in passato, l'art. 41 Cost. ha costituito un assai debole presidio*, consentendo che il loro esercizio potesse essere incondizionatamente subordinato nell'an e nel quomodo a qualunque tipo [di] interesse pubblico assunto dal legislatore (ed a cascata dalla p.a.) ad oggetto di tutela. La normativa comunitaria prevede, invece, che l'iniziativa economica non possa, di regola, essere assoggettata ad autorizzazioni e limitazioni (specie se dirette al governo autoritativo del rapporto fra domanda ed offerta), essendo ciò consentito solo qualora sussistano motivi imperativi di interesse generale rientranti nel catalogo formulato dalla Corte di Giustizia”¹.

* Desidero ringraziare il collega Giovanni Boggero e gli anonimi revisori per alcune osservazioni molto preziose su una precedente versione.

¹ Corsivo aggiunto. La sentenza è T.A.R. Lombardia, sez. I, 10 ottobre 2013, n. 2271. L'unica massima che riprende questa affermazione è stata pubblicata, senza commento, in *Il Foro Amministrativo – T.A.R.*, 2013, 2971 ss..

Stranamente, questa affermazione non sollecitò particolari commenti da parte della letteratura giuridica², ma essa appare meritevole di essere ripresa e discussa, come punto di partenza di una riflessione sul vasto tema del grado di influenza della costituzione economica europea su quella interna³. Tralasciando il piano dei giudizi di valore, che attiene evidentemente alle preferenze di politica del diritto proprie di ciascuno, sul piano analitico il T.A.R. Lombardia del 2013 sosteneva essenzialmente che l'impianto costituzionale italiano aveva offerto una protezione molto limitata alle libertà economiche, lasciando amplissimo margine all'interventismo pubblico e alla sua discrezionalità sostanzialmente priva di vincoli effettivi. Per converso, la legislazione eurounitaria avrebbe limitato considerevolmente le basi su cui il legislatore e la pubblica amministrazione interni possono legittimamente fondare una restrizione di tali libertà, dovendosi essi attenere ad un elenco tassativo stilato dalla Corte del Lussemburgo.

In questa affermazione si distinguono due piani: la valutazione sul grado di tutela delle libertà economiche garantito dalla Costituzione repubblicana *prima* che l'ordinamento Ue iniziasse ad influenzarla; la valutazione di tale impatto, *da quando* questa influenza ha iniziato a dispiegarsi sino ad oggi. A ciò sono rispettivamente dedicati i paragrafi 2. e 3. di questo lavoro, mentre nel paragrafo 4. formulerò alcune considerazioni finali.

2. L'impianto originario della Costituzione economica italiana tra interventismo e tutela delle libertà individuali

La "narrazione" di una costituzione economica italiana votata ai principi sociali (e per converso di un'Unione europea improntata ai principi del liberismo), è paradossalmente sostenuta da opposte prospettive ideologiche. Da un lato, vi è chi, come Giuseppe de Vergottini, in linea sostanzialmente con l'affermazione del T.A.R. Lombardia riportata poco sopra, ha sostenuto, in uno scritto estremamente istruttivo, di circa dieci anni fa, dedicato a studiosi stranieri, che "le scelte effettuate dal potere costituente a metà degli anni quaranta del secolo passato si sono rivelate storicamente superate. I trattati europei immessi nell'ordinamento interno hanno messo in evidenza l'abbandono di una concezione dei rapporti economici influenzata dalla

² Constano due note a sentenza sulla pronuncia in questione (G. Fonderico, *La programmazione territoriale e le norme di "liberalizzazione" – il commento*, in *Giornale Dir. Amm.*, 611 ss.; A. Travi, *Attività commerciali e strumenti urbanistici: ovvero, "il diritto preso sul serio"*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 97 ss.), ma nessuna si sofferma sulla specifica affermazione riportata subito sopra nel testo.

³ Oltre ai lavori citati nel prosieguo di questo scritto, vorrei richiamare, tra i molti: M. Salerno, *Costituzione economica multilivello ed effettività dei diritti sociali*, in *Cuestiones constitutionales*, no. 41, 2019/2020; R. Miccù, *Le trasformazioni della costituzione economica europea: verso un nuovo paradigma?*, in *Federalismi.it*, n. 5/2019, 25 ss.; F. Saitto, *"Risocializzare l'Europa". La dimensione sociale europea. tra economia di mercato e integrazione sovranazionale*, in *Rivista di diritti comparati*, n. 3/2017, 88 ss.; F. Gilioli, *Costituzione economica italiana ed europea: riflessioni alla luce del principio di coesione*, in *Il Politico*, 2009, 232 ss.

ideologia socialcomunista e cattolico-sociale propria della maggioranza dei componenti l'Assemblea Costituente. Si è quindi prodotto un netto recupero della ideologia liberista allora nettamente minoritaria"⁴.

Da prospettiva ideologica opposta, ma con una singolare consonanza sul punto, su tutti Massimo Luciani ha sostenuto che "la Costituzione non ha affatto equiparato le libertà economiche alle altre (visto che il loro esercizio, abbandonato a se stesso, può non solo favorire, ma ostacolare le finalità costituzionali) e men che meno ha negato la [...] saldatura fra la politica e l'economia, che anzi emerge con particolare vivezza nel secondo comma dello stesso art. 41. Il passo essenziale compiuto dalla Costituzione è l'assoggettamento dell'attività economica privata al rispetto del limite dell'utilità sociale"⁵.

Se incrociamo per un attimo queste analisi con i dati raccolti da Luca Ricolfi nel suo studio del 2010 *Il sacco del Nord*, notiamo che da tale lavoro emerge che l'interposizione pubblica è cresciuta in modo inarrestabile negli anni della Repubblica, fino a toccare il culmine nel 2009⁶. Per vero, Ricolfi identificava l'"interposizione del settore pubblico" nella combinazione di "tassazione, distribuzione di sussidi e benefici in denaro, erogazione di servizi gratuita"⁷. Evidentemente, questi dati non sono di per sé indicativi del grado di tutela della libertà economica, come dimostra il caso dei Paesi scandinavi e in particolare della Svezia, in cui, secondo gli studi più recenti, un'elevata interposizione pubblica non ha impedito una tutela significativa delle libertà economiche⁸.

⁴ G. de Vergottini, *La Costituzione economica italiana: passato e attualità*, in *Diritto e società*, 2010, 333 ss. Scrive ancora de Vergottini: "Nel panorama dei lavori della Assemblea Costituente appariva del tutto recessiva una cultura del mercato caratterizzata dal ruolo inevitabile della concorrenza. Dominante era invece la cultura statalista caratterizzata da un ruolo preferenziale dell'interventismo pubblico, sia finalizzato a obiettivi di giustizia sociale sia orientato alla socializzazione dell'economia. Particolarmente forte era la presenza della sinistra che vagheggiava la socializzazione dei mezzi di produzione e l'introduzione di un sistema economico pianificato. Proprietà e iniziativa economica non venivano disciplinati quali diritti inviolabili (come nelle costituzioni borghesi dell'ottocento). Era evidente il favore per la proprietà e iniziativa economica pubblica e ad un tempo per il dirigismo pubblico condizionante il privato. Questo indirizzo emergerà con evidenza nelle diverse clausole costituzionali anche se in parte temperato dai principi classici del liberalismo".

⁵ M. Luciani, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *Diritto e società*, 2011, 636 ss. Dello stesso Autore, cfr. anche, tra i molti, i noti *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, e *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche – Vol. V*, Torino, 1991.

⁶ L. Ricolfi, *Il sacco del Nord. Saggio sulla giustizia territoriale*, Milano, 2010, *passim*, spec. 82 ss..

⁷ L. Ricolfi, *Il sacco del Nord*, cit., p. 29. Cfr. anche, a p. 42, nota 15: "per interposizione pubblica [...] intendiamo il peso complessivo che l'azione della Pubblica amministrazione esercita sul settore market dell'economia".

⁸ V. N. Sanandaji, *The surprising ingredients of Swedish success – free markets and social cohesion*, IEA Discussion Paper No. 41, 2012, disponibile su iea.org.uk/themencode-pdf-viewer-sc/?file=/wp-content/uploads/2016/07/Sweden%20Paper.pdf&settings=11111011&lang=en-GB#page=&zoom=75&pagemode=; nonché Ead., *Scandinavian Unexceptionalism: Culture, Markets and the Failure of Third-Way Socialism*, London, 2015

Tuttavia, l'indicazione di un ridotto livello di tutela della libertà di iniziativa economica in Italia, che appare ancor più significativo in prospettiva comparata, emerge anche dalle analisi condotte dalla Banca Mondiale nel noto rapporto *Doing Business*. Nel rapporto 2006, il primo a classificare in modo esplicito tutti gli ordinamenti del mondo, l'Italia occupava un assai mediocre settantesimo posto⁹, un dato che appare lecito prendere come largamente influenzato dalle dinamiche del passato, dal Dopoguerra in poi.

In effetti, prima dell'emergere, a partire dagli anni '80 del secolo scorso, di quella che Sabino Cassese ha definito come la fase della "nuova costituzione economica"¹⁰, caratterizzata da una "riduzione della sfera pubblica", l'ultima fase della "vecchia" costituzione economica, ovvero lo "stato del benessere" iniziato con gli anni '50, aveva proseguito senza troppa soluzione di continuità l'impostazione "mista" della politica economica instaurata a partire dagli anni '20, come dimostrato tra il resto dall'espansione del sistema delle partecipazioni statali, dalla nazionalizzazione delle imprese operanti nel mercato dell'energia elettrica, nonché dall'instaurazione di una effettiva pianificazione economica¹¹, che va ben oltre l'inattuata legge del 1967 di *Approvazione del programma economico nazionale per il quinquennio 1966-1970*¹².

Più in generale, una conferma dell'impianto "dirigista" della costituzione economica italiana si ricava anche dall'analisi dei dibattiti svoltisi in seno all'Assemblea costituente, alla luce delle premesse storiche dei due decenni che l'avevano preceduta: come ha scritto Francesco Galgano, "[i]l problema non stava nella scelta, improponibile, fra liberismo e dirigismo; si trattava, piuttosto, di dare equilibrio e possibilità di sviluppo a un'economia già dominata da smisurati apparati pubblici e nella quale lo Stato già svolgeva un compito immane e ormai imprescindibile. La 'costituzione economica' che ne risultò presenta un carattere singolare: dissocia l'economia privata dall'economia di mercato; rinuncia a esaltare la prima, riafferma piuttosto il valore della seconda. Più analiticamente, la scelta costituzionale si può scomporre in questi quattro punti: 1) affievolimento, tra i diritti di libertà costituzionalmente garantiti, della libertà economica dei privati; 2) legittimazione, per converso, di un governo politico dello sviluppo economico; 3) abbandono del primato dell'iniziativa economica privata sull'iniziativa economica pubblica; 4)

⁹ The World Bank, *Doing Business in 2016*, disponibile su www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB06-FullReport.pdf

¹⁰ V. al riguardo S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, in *Id.*, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2021, 6th edn., 389 ss.

¹¹ S. Cassese, *La «vecchia» costituzione economica: i rapporti tra Stato ed economia dall'Unità ad oggi*, in *Id.*, *La nuova costituzione economica*, cit., 6 ss..

¹² Legge 27 luglio 1967, n. 685. In argomento, cfr. V. Del Punta, G.B. Forti, C. Pace, *Programmazione economica* (voce), in *Enciclopedia Italiana Treccani*, IV Appendice (1981).

riaffermazione, per contro, del primato dell'economia di mercato, come limite alla direzione politica dello sviluppo economico e come criterio di condotta per l'attività economica pubblica"¹³. In altri termini, l'osservazione dell'impianto adottato dai costituenti italiani in ambito economico rivelerebbe una scelta precisa a favore di un forte interventismo, pur senza giungere alla descrizione del medesimo come "una sorta di programma di transizione al socialismo"¹⁴.

Da questi pur limitati ed eterogenei elementi sembrerebbe ricavarsi una conferma della fondatezza della prima parte dell'affermazione del T.A.R. Lombardia da cui il nostro discorso ha preso le mosse. Eppure, va ricordata altresì la diversa tesi di Giovanni Bognetti, secondo cui quella degli anni 1960-1980 sarebbe soltanto un'interpretazione "socialistizzante" della costituzione economica italiana: "L'Assemblea costituente aveva nettamente bocciato l'ipotesi di una pianificazione generale dell'economia – primo passo verso la trasformazione socialista del sistema economico – . L'ultimo comma [dell'art. 41] prevede possibili programmazioni per settori particolari del sistema, tali però da non soffocare, per numero o in prospettiva generale, l'autonomia complessiva del mercato. L'articolo consente livelli diversi di intervento regolatorio dello stato, a seconda delle scelte del legislatore, ma dentro i rigorosi confini di una economia mista ove il privato svolge un ruolo primario. [...] La costituzione economica incorporata in origine nella Costituzione italiana rappresentava [...] una valida guida per lanciare la economia del paese in una rincorsa lunga e ordinata al recupero delle grandi distanze che lo separavano dalle economie dei maggiori dell'area occidentale"¹⁵. In altri termini, secondo la tesi (minoritaria) di Bognetti non è vero che l'impianto costituzionale originario fosse votato ad un regime di economia sociale, ma l'evoluzione in questa direzione è il frutto di scelte politiche del legislatore, che il costituente non aveva fatto¹⁶.

¹³ F. Galgano, *Diritto dell'economia* (voce), in *Enciclopedia Italiana Treccani*, I supplemento (1989). V. anche i lavori da lui richiamati di V. Ottaviano, *Il governo dell'economia: principi giuridici*, in F. Galgano (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. I, *La costituzione economica*, Padova, 1977, 185 ss.; *La regolazione del mercato: i principi costituzionali*, *ibidem*, vol. III, *L'azienda e il mercato*, Padova, 1979, 458 ss..

¹⁴ Così M. Libertini, *La Costituzione economica. Libertà d'impresa ed economia sociale di mercato*, in S. Licciardello, *Il governo dell'economia. In ricordo di Vittorio Ottaviano nel centenario della nascita*, Torino, 2018, 3 ss., 9, criticando C. Lavagna, *Costituzione e socialismo*, Bologna, 1977.

¹⁵ La citazione è tratta da G. Bognetti, *La costituzione economica*, in *Società libera*, 11 marzo 2011, ancora disponibile su web.archive.org/web/20160712063228/www.societalibera.org/it/documdi/20110311_bogne_tti.html; v. più ampiamente in Id., *Costituzione economica e Corte costituzionale*, Milano, 1983, nonché *La Costituzione economica italiana*, Milano, 1995² (sul pensiero di questo Autore tornerò ampiamente nel paragrafo conclusivo).

¹⁶ Questa tesi sembra risultare corroborata da una certa giurisprudenza amministrativa in materia ambientale che ha affermato che "[l]a giurisprudenza amministrativa ha più volte affermato [...] che, sebbene l'interesse alla tutela dell'ambiente abbia indubbio valore costituzionale primario, tuttavia tale valenza primaria non può risultare assolutamente ostativa al legittimo esercizio di diritti di pari rango costituzionale riconosciuti ai cittadini, quale è quello

In ogni caso, quale che sia la soluzione preferibile a questo lungo e articolato dibattito¹⁷, ciò che appare più problematico è la seconda parte del ragionamento fatto proprio dal T.A.R. Lombardia, che a sua volta si compone di due passaggi. In primo luogo, occorre valutare se effettivamente il grado di tutela delle libertà economiche in Italia sia aumentato. Da questo punto di vista, la posizione nel ranking di *Doing Business* sembra attestare un se pur parziale aumento, posto che nell'ultima rilevazione disponibile mentre scrivo (2020)¹⁸ l'Italia occupava la posizione 58 (se pur in discesa dalla posizione 51 dell'anno precedente¹⁹), nonostante la "riespansione della spesa pubblica" descritta da Cassese in risposta alla crisi economico-finanziaria globale iniziata nel 2009²⁰ (sarà interessante registrare gli effetti a medio e lungo termine della "reazione" alla pandemia da Covid-19²¹).

Ma la vera difficoltà sta nel passaggio successivo, che costituisce il centro di attenzione delle pagine che seguono, ovvero cercare di comprendere quanto di tale (pur limitato) incremento del livello di protezione delle libertà economiche sia attribuibile all'influenza europea. A ciò è dedicato il prossimo paragrafo, in cui mi soffermerò su alcuni argomenti che sembrano contraddire almeno in parte la tesi della unidirezionale spinta europea verso liberalizzazioni e privatizzazioni.

3. Alcuni casi controversi di spinte eurounitarie verso l'apertura dei mercati

La tesi per cui l'Unione europea avrebbe imposto un'agenda liberista nelle politiche economiche nazionali è invero piuttosto diffusa nel dibattito pubblico e politico: anche chi, come Clemens Kaupa, ha sostenuto il carattere "pluralista" della costituzione economica europea, ovvero il suo "agnosticismo"²² rispetto ai diversi possibili modelli socio-economici (sul punto, *mutatis mutandis*, un po' sulla falsariga di Bognetti con riguardo alla Costituzione italiana) ha comunque ravvisato una prevalente ispirazione

dell'iniziativa economica privata (art. 41 della Costituzione)", ravvisando peraltro una consonanza sul punto con la giurisprudenza della Corte di Giustizia (T.A.R. Piemonte, sez. II, sent. 16 gennaio 2015, n. 104, ma va. anche le pronunce ivi richiamate a sostegno).

¹⁷ In argomento, cfr. tra i moltissimi il *Dossier* di ApertaContrada, 2011, *L'Art. 41 della Costituzione*, disponibile su www.apertacontrada.it/wp-content/uploads/2012/03/ApertaContrada-Dossier-art.-41-Cost.pdf. Cfr. anche S. Beretta, *La «costituzione economica»: genesi e principi*, in *Il Politico*, 1988, 379 ss..

¹⁸ The World Bank, *Doing Business 2020*, disponibile su openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf.

¹⁹ The World Bank, *Doing Business 2019*, disponibile su www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2019-report_web-version.pdf.

²⁰ S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, cit., 397 ss..

²¹ *Ibidem*, 400 ss..

²² L'espressione è di G. Di Gaspare, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Milano, 2018³, 125.

liberista nelle politiche in concreto perseguite dalle istituzioni europee²³.

Nella letteratura italiana, uno degli ultimi autori in ordine di tempo ad averla sostenuta è Alessandro Somma, che nel suo pamphlet *Quando l'Europa tradì se stessa* sostiene la tesi, enunciata sin dalla copertina, per cui “L'Europa unita ha affidato al mercato la redistribuzione della ricchezza, mettendo l'ordine economico al riparo dall'ordine politico e impedendo qualsiasi mediazione tra il capitalismo e la democrazia”²⁴.

Sul piano ideologico, Somma è fortemente critico di questa asserita subordinazione al liberismo di matrice europea delle politiche pubbliche nazionali. Ma a livello analitico, occorre domandarsi: si tratta di un quadro senza chiaroscuri, o esistono ambiti in cui, invece, l'Unione europea ha spinto in direzione diversa, se non addirittura opposta? Per cercare di rispondere, considererò ora alcuni ambiti che appaiono particolarmente meritevoli di attenzione.

È infatti indubbio che l'Unione europea ha adottato politiche pro-concorrenziali molto rilevanti con riguardo alla libertà di circolazione, dando avvio ad alcuni importanti processi di apertura dei mercati interni, così come decisamente pro-mercato è stata una parte consistente dell'applicazione della normativa primaria in materia di divieto di aiuti di stato, al pari di una nota giurisprudenza sul bilanciamento tra diritti dei lavoratori e libertà di circolazione²⁵.

Tuttavia, il percorso non è sempre stato così lineare. In questo paragrafo, passerò brevemente in rassegna alcune vicende di particolare rilievo, con particolare riferimento all'ultimo decennio²⁶.

3.1. Le “clausole sociali” negli appalti pubblici

Un primo ambito da considerare è relativo alla materia degli appalti pubblici: mi riferisco in particolare alla regola del codice italiano dei contratti pubblici che, dopo la modifica apportata con il decreto correttivo 19 aprile 2017, n. 56 (prima si trattava di una facoltà), impone alle stazioni appaltanti di inserire “nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato” (art. 50).

In concreto, tali clausole comportano tipicamente un obbligo di riassorbimento del personale impiegato alle dipendenze dell'appaltatore

²³ C. Kaupa, *The Pluralist Character of the European Economic Constitution*, Oxford, 2018.

²⁴ A. Somma, *Quando l'Europa tradì se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, Roma-Bari, 2021.

²⁵ In argomento, tra i moltissimi, si segnala nella letteratura italiana il volume di A. Andreoni, B. Veneziani (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Ruffert e Lussemburgo*, Roma, 2011.

²⁶ Tralascierò in questa sede una considerazione delle politiche monetarie fortemente espansive adottate dalla Banca Centrale Europea, che meritano analisi a sé stante, ma che possono certamente ricondursi ad un paradigma fortemente interventista. Si rinvia al riguardo a R. de Caria, *Quando il diritto altera la realtà: la manipolazione del denaro e le sue conseguenze in USA, Regno Unito, UE e Italia*, in *DPCE*, 2012, f. 4, 1621 ss..

uscente, una evidente restrizione dell'autonomia contrattuale di quello subentrante, da realizzarsi per l'appunto "nel rispetto dei principi dell'Unione europea". La giurisprudenza amministrativa, però, ha costantemente imposto un'interpretazione restrittiva di questa disposizione (anche nella nuova formulazione che impone le clausole sociali), affermando il principio per cui "l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente, nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto, deve essere armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante"²⁷.

Ciò che più rileva, ai nostri fini, è che i giudici amministrativi sono giunti a questa conclusione individuando una piena consonanza sul punto tra diritto costituzionale interno e principi europei: "Definire la disciplina della clausola sociale in esame richiede un bilanciamento fra più valori, tutti di rango costituzionale, ed anche europeo, dato che si tratta comunque di valori tutelati anche in base ai principi generali del relativo ordinamento. Ci si riferisce da un lato al rispetto della libertà di iniziativa economica privata, garantita dall'art. 41 Cost, ma anche dall'art. 16 della Carta di Nizza, che riconosce "la libertà di impresa", conformemente alle legislazioni nazionali. È in base al necessario rispetto di tale principio che secondo costante giurisprudenza di questo Consiglio, per tutte C.d.S. sez. III 27 settembre 2018 n. 5551 e sez. V 28 agosto 2017 n. 4079, l'obbligo di riassorbimento del personale imposto dalla clausola in questione deve essere inteso in modo compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante"²⁸.

Da questo punto di vista, quindi, sembra non essere ravvisata soluzione di continuità tra costituzione economica interna ed europea: la limitazione in questione sembra cioè essere giustificata tanto sulla base del diritto costituzionale nazionale, quanto sulla base dei principi derivanti dall'ordinamento eurounitario, una prima conferma della tesi qui sostenuta della natura "non-liberista" di quest'ultimo²⁹.

²⁷ Così Cons. St., sez. III, 5 maggio 2017, n. 2078. In senso conforme: T.A.R. Reggio Calabria 15 marzo 2017, n. 209; Cons. St., sez. V, 28 agosto 2017, n. 4079; Cons. St., sez. III, 27 settembre 2018, n. 5551; Cons. St., sez. III, 30 gennaio 2019, n. 750; T.A.R. Valle d'Aosta 9 agosto 2019, n. 44; nonché Cons. St., Commissione speciale, parere 21 novembre 2018, n. 2703.

²⁸ Così Cons. St., parere 2703/2018, cit.

²⁹ In argomento, si segnalano, tra i molti, G. Zampini, *Le "clausole sociali di seconda generazione" tra diritto interno ed ordinamento eurounitario*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2021, f. 1, 5 ss.; G. Biasutti, *Alcune riflessioni in tema di clausole sociali (dopo il primo decreto correttivo al Codice degli appalti pubblici)*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2018, f. 3, pp. 699 ss.; Id., *Le cosiddette clausole sociali tra tutela dei lavoratori e libertà di iniziativa economica. Nota a Cons. Stato sez. V 17 gennaio 2018, n. 272*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2018, f. 2, 519 ss.; L. Ferrara, *Clausole sociali e responsabilità sociale dell'impresa nei contratti pubblici tra diritto interno, europeo e globale*, in *amministrativ@mente*, 2018, f. 3-4; R. Proietti, *Le c.d. "clausole sociali" ed il contemperamento fra valori di rilievo costituzionale. Nota a Cons. Stato sez. V 28 agosto 2017, n. 4079*, in *Giurisprudenza italiana*, 2017, f. 12, 2715 ss.; Russo Olga, *Le clausole sociali: equilibrio competitivo tra tutela sociale ed economica*, in *amministrativ@mente*, 2017, f. 5-6.

3.2. I servizi pubblici locali di rilevanza economica e il referendum del 2011

Vengo ora a soffermarmi sulla materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Il dibattito pubblico sui referendum attinenti a questa materia, di cui è ricorso di recente il decennale, fu a suo tempo piuttosto complesso e spesso fondato su premesse imprecise. Per quanto qui viene in rilievo, si pose allora il tema se la normativa oggetto del primo dei quattro quesiti abrogativi del 2011³⁰, che aveva stabilito un obbligo generale di messa a gara dei servizi pubblici locali, riproducesse un obbligo di liberalizzazione imposto dalla normativa europea, con la conseguenza che la normativa di risulta sarebbe risultata incostituzionale per violazione appunto “dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario” ex art. 117, comma 1 Costituzione.

Nel giudizio di ammissibilità del referendum, però, la Corte costituzionale escluse che il quesito in questione avesse ad oggetto “una legge a contenuto comunitariamente vincolato”³¹, confermando quanto già affermato nel precedente giudizio in via principale avente ad oggetto la medesima disposizione, ovvero che essa costituisse non una “applicazione necessitata” del diritto eurounitario, ma solo “una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare”³². Il diritto dell’Unione, infatti, stabiliva solo regole concorrenziali minime, e la normativa italiana, andando oltre con obblighi più stringenti, non le aveva violate, ma cionondimeno la sua abrogazione non avrebbe comportato “né una lacuna normativa incompatibile con gli obblighi comunitari né l’applicazione di una normativa contrastante con il suddetto assetto concorrenziale minimo inderogabilmente richiesto dall’ordinamento comunitario”³³, ed anzi quando il legislatore ripristinò una normativa ritenuta riprodottriva di quella abrogata (nonostante l’esclusione del settore idrico)³⁴, la Corte ritenne come noto quelle disposizioni incostituzionali per violazione dell’art. 75³⁵.

³⁰ Art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008, n. 133.

³¹ Corte costituzionale, sent. 26 gennaio 2011, n. 24.

³² Corte costituzionale, sent. 17 novembre 2010, n. 325.

³³ C. cost., sent. 24/11, cit..

³⁴ Art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 settembre 2011, n. 148.

³⁵ Corte costituzionale, sent. 20 luglio 2012, n. 199. In generale sul tema, v., tra i molti, P. Chirulli, *I servizi pubblici locali e il servizio idrico integrato tra legislatore, Corte costituzionale e (presunta) “volontà” referendaria*, in *federalismi.it*, 2015, f. 7; A. Avino, *Competenza legislativa regionale e riproposizione di norme abrogate per via referendaria: il caso dei servizi pubblici locali*, in *Costituzionalismo.it*, 2013, f. 1; J. Bercelli, *Servizi pubblici locali e referendum. Nota a C. Cost. 20 luglio 2012, n. 199*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, f. 2, 155 ss.; S. De Gotzen, *Vincolo referendario per il legislatore e limiti a fronte dell’attivazione di meccanismi eccezionali di sostegno finanziario agli Stati. Nota a C. Cost. 20 luglio 2012, n. 199*, in *Le Regioni*, 2013, f. 1, 203 ss.; Mengozzi Marta, *Sussidiarietà orizzontale e servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012: un rapporto difficile ma non impossibile*, in *federalismi.it*, 2013, fasc. 21; F. Merloni, *Una sentenza chiara sull’aggiramento del “referendum”, poco utile per il definitivo assetto della*

Ciò che si ricava da questa vicenda è quindi che, in una materia cruciale come quella dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, il diritto dell'Unione europea non esclude affatto la possibilità di affidamento diretto: il diritto primario e la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Ue³⁶ hanno posto alcuni limiti, ma di per sé, entro tali limiti, continua a rimanere pienamente ammessa la sottrazione al mercato di un settore così importante dell'economia, e la correlativa compressione della libertà di iniziativa economica che ne è l'estrinsecazione immediata, anche se forse non così immediatamente percepita.

3.3. Le concessioni demaniali marittime

Venendo ora a considerare un ulteriore ambito problematico, notiamo come parte di queste considerazioni si riproduca con riferimento alla ben nota direttiva Bolkestein³⁷. Se è vero, infatti, come riconosciuto dal T.A.R. Lombardia nel passo citato all'inizio, che per molti versi questo atto normativo ha comportato una profonda apertura del mercato dei servizi, superando per molti versi un impianto assai più interventista prefigurato, o quantomeno legittimato, dall'art. 41 Cost., il quadro è anche in questo caso più sfumato se si considera un settore particolarmente rilevante per l'Italia come le concessioni demaniali marittime.

In effetti, sia dalla procedura d'infrazione avviata dalla Commissione³⁸ (e poi archiviata a distanza di tre anni³⁹), sia dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Ue (da ultimo, il caso *Promoimpresa*⁴⁰) si ricava che il diritto dell'Ue è contrario non già alle proroghe o rinnovi *tout-court*, quanto soltanto al carattere automatico di tali meccanismi di prolungamento delle

disciplina dei servizi pubblici locali.
Nota a C. Cost. 20 luglio 2012, n. 199, in *Le Regioni*, 2013, f. 1, 211 ss.; D. Miniussi, *La nozione di servizio pubblico locale tra diritto europeo e ordinamento nazionale*, in *Il Diritto dell'economia*, 2013, f. 1, 119 ss.; M. Casavecchia, *I servizi pubblici locali dopo il referendum del giugno 2011. Art. 4 del d.l. 138/2011, convertito nella l. 148/2011, poi ancora modificato dall'art. 9 della l. 183/2011 e dall'art. 25 del d.l. 1/2012*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2012, f. 9, 39 ss.; V. Cerulli Irelli, *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea. Nota a C. Cost. 20 luglio 2012, n. 199*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, f. 4, 2900 ss.; E. Furno, *La "never ending story" dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra aspirazioni concorrenziali ed esigenze sociali: linee di tendenza e problematiche aperte alla luce del d.l. n. 138/2011, convertito nella legge n. 148/2011*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2012, f. 1, 132 ss.; 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*, 2012, f. 2.

³⁶ Per una ricostruzione dei tratti salienti, cfr. lo studio della Camera dei Deputati *Il referendum sui servizi pubblici locali e la giurisprudenza costituzionale*, disponibile su temi.camera.it/leg17/post/app_i_servizi_publici_locali_nella_xvi_legislatura.

³⁷ Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno.

³⁸ INFR(2008)4908.

³⁹ Il 27 febbraio 2012.

⁴⁰ Corte giust., sent. 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14, *Promoimpresa srl*, e C-67/15 (*Mario Melis e altri*).

concessioni in favore degli attuali beneficiari⁴¹.

Ad uno sguardo approfondito, il carattere apparentemente del tutto dirompente della direttiva in questione risulta dunque attenuato: gli obblighi di liberalizzazione e messa a gara risultano infatti anche in questo caso più blandi di quanto non risulti dalla “narrazione” prevalente, lasciando sussistere la possibilità di proroghe e rinnovi, pur escludendo la (sola) automaticità⁴².

Questa conclusione sembra essere valida anche tenendo conto delle molteplici pronunce giurisprudenziali che hanno affermato l’illegittimità, anche per contrarietà al diritto eurounitario, tanto del cosiddetto decreto enti locali del 2016 (cd. salvaspagge, per quanto qui viene in rilievo)⁴³, emanato proprio a seguito della sentenza europea, quanto di leggi regionali come quella ligure che avevano stabilito una proroga trentennale delle concessioni esistenti⁴⁴. In effetti, se Consiglio di Stato e Cassazione sono stati espliciti nel richiamare la superiorità del diritto europeo sul punto (mentre la sentenza della Corte costituzionale considera questo profilo assorbito dalla ravvisata violazione del principio di tutela della concorrenza), nessuna delle pronunce

⁴¹ Ricostruisce approfonditamente questa vicenda G. di Plinio, *Il Mostro di Bolkestein in spiaggia. La “terribile” Direttiva e le concessioni balneari, tra gli eccessi del Judicial Italian Style e la crisi del federalizing process*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, 27 marzo 2020, disponibile su www.giurcost.org/LIBERAMICORUM/diplinio_scrittiCostanzo.pdf; cfr. anche C. Benetazzo, *“Primazia” del diritto U.E. e proroghe ex lege delle concessioni balneari*, in *Federalismi.it*, n. 19/2018.

⁴² In generale sul tema, tra i più recenti, si segnalano: B. Caravita di Toritto, G. Carlomagno, *La proroga “ex lege” delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *Federalismi.it*, 2021, f. 20; G. Cacciapuoti, D. Ciccarelli, P. Tizzano, *Proroga “ex lege” delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative alla luce delle recenti pronunce giurisprudenziali*, in *Appalti e Contratti*, 2020, f. 4, 22 ss.; G. Carullo, A. Monica, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione*, in *Federalismi.it*, 2020, f. 26, 24 ss.; D. Ciccarelli, G. Cacciapuoti, P. Tizzano, *Le concessioni demaniali marittime turistico-ricreative ed evidenze pubbliche: cause derogatorie del regime concorrenziale*, in *Appalti e Contratti*, 2020, f. 5, 34 ss.; G. Dalla Valentina, *La proroga “ope legis” delle concessioni demaniali marittime dalla sent. 1/2019 della Corte costituzionale al Decreto Rilancio (sentenza 9 gennaio 2019, n. 1)*, in *Le Regioni*, 2020, f. 5, 1196 ss.; F. Mazzoni, *Le spiagge italiane e le concessioni demaniali marittime tra normativa interna e principi comunitari: la tela di Penelope*, in *Munus*, 2020, f. 1, 175 ss.; R. Fusco, *La disapplicazione della proroga “ex lege” delle concessioni demaniali marittime per il contrasto con l’ordinamento eurounitario. Nota a sent. Cons. Stato sez. VI 12 febbraio 2018 n. 873*, in *Diritto dei trasporti*, 2019, f. 1, 153 ss.; M.C. Girardi, *Principi costituzionali e proprietà pubblica. Le concessioni demaniali marittime tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *Diritto Pubblico Europeo - Rassegna online*, 2019, f. 1, 226 ss.; A. Lucarelli, *Il nodo delle concessioni demaniali marittime tra non attuazione della Bolkestein, regola della concorrenza ed insorgere della nuova categoria giuridica dei beni comuni (Nota a C. cost., sentenza n. 1/2019)*, in *Diritti fondamentali*, 2019, f. 1; S. Trancossi, *La sentenza 118/2018 della Corte costituzionale: tra tutela della concorrenza e conflitti di competenza in materia di concessioni demaniali marittime. Nota a C. Cost. 7 giugno 2018, n. 118*, in *Il Diritto marittimo*, 2019, f. 2, 320 ss.

⁴³ Art. 24, comma 3 *septies*, d.l. 24 giugno 2016, n. 113, convertito con la legge 7 agosto 2016, n. 160.

⁴⁴ Cfr. in particolare C. St., sez. VI, sent. 12 febbraio 2018, n. 873; C. Cass., sez. III, sent. 14 maggio 2018, n. 21281; Corte costituzionale, sent. 9 gennaio 2019, n. 1 (e cfr. già sent. 7 giugno 2018, n. 118 e 5 dicembre 2018, n. 221).

in questione sembra ricavare dalla giurisprudenza europea una divieto generalizzato. Piuttosto, le censure si concentrano sulla riproduzione di norme in tutto analoghe negli effetti ad altre già dichiarate incompatibili con il diritto europeo, o appunto a proroghe automatiche di durata peraltro particolarmente elevata, come nel caso della legge ligure, tant'è che non sono mancate perfino sentenze amministrative che hanno espressamente affermato l'impossibilità di far prevalere la direttiva europea sulla nuova normativa italiana di proroga fino al 2033⁴⁵.

3.4. Il trasporto pubblico non di linea

Ma l'impressione ora riferita sembra ricavare conferma anche se si considerano i settori espressamente esclusi dall'applicazione della direttiva servizi. Mi riferisco in particolare ai servizi di trasporto e in special modo a quelli non di linea come i taxi, testualmente menzionati dal considerando (21) come settore appunto escluso, e poi conformemente esonerati dalle disposizioni liberalizzatrici anche dalla normativa italiana⁴⁶.

La scelta di sottrarre un settore così rilevante all'applicazione degli obblighi generali di liberalizzazione è di per sé un limite significativo alla portata liberalizzatrice di questo atto. E le conseguenze sono state rilevanti: nelle principali vicende giudiziarie che hanno riguardato le società del gruppo Uber, infatti, i giudici di merito italiani hanno fondato (anche) su questa previsione normativa una serie di decisioni che hanno ravvisato una concorrenza sleale da parte di Uber nei confronti dei titolari di licenze taxi⁴⁷. D'altro canto, contrariamente a quanto sostenuto da una dottrina minoritaria⁴⁸, i giudici italiani non hanno ritenuto che il diritto primario (e in particolare le disposizioni dei Trattati su concorrenza, libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi) fondasse comunque una legittimazione ad

⁴⁵ Il riferimento è alla legge 30 dicembre 2018, n. 145. Le sentenze richiamate sono quelle dalla 71 alla 75 del 15 gennaio 2021 del T.A.R. Puglia, Lecce (in precedenza, cfr. già le sentenze 27 novembre 2020, nn. 794 e 897). Mentre scrivo, pende innanzi all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato l'impugnazione di queste sentenze del 2021, insieme a quella di T.A.R. Sicilia, Catania, 15 febbraio 2021, n. 504, che ha invece ritenuto legittimo il diniego opposto da un'autorità portuale all'istanza di un concessionario di ottenere la proroga fino al 2033 sulla base della nuova legge nazionale. In argomento, cfr. G. Cardosi, *Il problema giuridico del rinnovo delle proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative all'attenzione della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Disciplina del commercio e dei servizi*, 2021, f. 2, 99 ss..

⁴⁶ Art. 3, comma 11 bis, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in l. 148/11; già prima, art. 6, decreto legislativo 59/2010.

⁴⁷ Così espressamente Trib. Milano, sez. specializz. impresa, sez. A, ord. 25 maggio 2015 nonché in sede di reclamo ord. 2 luglio 2015; Trib. Torino, sez. specializz. impresa, ord. 11 luglio 2016 nonché, nello stesso procedimento, sent. 1-24 marzo 2017, n. 1553; Trib. Roma, sez. specializz. impresa, ord. 7 aprile 2017 (pur revocata, in sede di reclamo, da ord. 26 maggio 2017, che non ha però smentito questa affermazione).

⁴⁸ R. de Caria, *Profili di illegittimità costituzionale nella disciplina italiana del trasporto pubblico non di linea*, in *OPAL – Osservatorio per le autonomie locali*, N. 7/2015, 40 ss..

operare di Uber, anche sulla base di due precedenti sentenze della Corte di Giustizia dell'Ue che avevano escluso l'applicabilità del diritto dell'Unione a fattispecie ritenute puramente interne come quelle regolate dalla normativa su (taxi e) ncc⁴⁹. Vale la pena riportare i passi salienti delle principali pronunce italiane.

Dapprima, il Tribunale di Milano⁵⁰ escluse un obbligo di interpretazione “comunitariamente orientata” della legislazione italiana in materia: “la Carta fondamentale dei diritti dell'Unione Europea pone la persona al centro della sua azione, istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno “spazio di libertà, sicurezza e giustizia”. L'art. 35 della Carta, occupandosi della “protezione della salute” stabilisce come principio generale che “Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana”⁵¹. La normativa italiana, perseguendo tali finalità in modo non discriminatorio, andrebbe esente da censure. Pertanto, pur prendendo atto – “senza alcuna intenzione di precluderla – dell'esigenza della libera concorrenza che la normativa europea e quella nazionale richiedono”, i giudici di Milano stabilirono che “la libera concorrenza debba esplicarsi a parità di armi; senza che possano esservi indebiti vantaggi a carico di alcuni, derivanti dal mancato rispetto di regole imposte al settore. Tanto più se tali regole siano finalizzate alla tutela del consumatore, ponendosi così come prioritarie ed imprescindibili”⁵¹.

Successivamente, il Tribunale di Torino⁵² ha aderito in modo totale a queste conclusioni, aggiungendo che “Se in questo generale contesto dell'UE, la lente di ingrandimento per valutare tutte le politiche europee (comprese le scelte e le attività del mercato e delle imprese) è dunque costituita dalla persona umana e dalla idea fondante di garantire alla stessa “un livello elevato di protezione”, ne consegue logicamente che le norme interne che vengono in considerazione in questo giudizio non solo sono del tutto coerenti con il sistema euro unitario ma sono anche dallo stesso giustificate e richieste”. D'altronde, alla stessa conclusione occorre giungere anche guardando ai “principi di portata assolutamente generale in tema di concorrenza, che non possono prevalere [...] rispetto alle ragioni di sicurezza dei cittadini e dei consumatori in genere”.

Da ultimo, il Tribunale di Roma⁵³ ha ritenuto che la normativa sul

⁴⁹ Corte giust., sent. 13 febbraio 2014, cause riunite C-162/12 e C-163/12, *Airport Shuttle Express e a.*, e cause riunite C-419/12 e C-420/12, *Crono Service e a.*

⁵⁰ Trib. Milano, ord. 2 luglio 2015, cit..

⁵¹ Sulla stessa lunghezza d'onda, il Tribunale di Torino, ord. 11 luglio 2016, cit., confermò in pieno questa impostazione, escludendo altresì che la normativa italiana si ponesse in contrasto con l'art. 106 TFUE (in combinato disposto con gli articoli 101 e 102) in materia di aiuti di stato.

⁵² Trib. Torino, sent. 1553/2017, cit..

⁵³ Trib. Roma, ord. 7 aprile 2017; come detto sopra, alla nota 34, tale ordinanza, in materia di ncc, è poi stata revocata in sede di reclamo, ma queste affermazioni non paiono travolte dalla pronuncia del giudice di seconde cure.

servizio pubblico di trasporto non di linea non fosse “idonea a limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori (art. 102 TFUE), in quanto non impedisce di per sé l'utilizzazione delle nuove tecnologie, quale può essere una app, per il servizio ncc, ben potendo utilizzarsi la nuova tecnologia in modo rispettoso della normativa pubblica disciplinante il servizio”.

Da questa importante vicenda si ricava dunque una conferma di come, almeno secondo la giurisprudenza interna, il diritto dell'Unione europea non comporti un obbligo di liberalizzazione della disciplina italiana in materia di trasporto pubblico non di linea, consentendo il permanere in vigore di un contingentamento che pure alcuni autori hanno ritenuto piuttosto problematico⁵⁴: sembra dunque possibile tracciare un parallelo con quanto evidenziato al paragrafo precedente in merito alle concessioni demaniali marittime, con riguardo all'assenza nel diritto europeo di un obbligo di apertura generalizzata del mercato nazionale.

La stessa Corte di Giustizia dell'Ue ha poi confermato, nella nota sentenza *Asociación Profesional Elite Taxi*⁵⁵, l'impostazione seguita dai giudici italiani e ritenuto che Uber svolgesse un servizio equiparabile a quello dei taxi (con la conseguenza di essere assoggettata alla disciplina speciale in materia di trasporti e non alla disciplina generale sulla libertà di prestazione dei servizi).

Questa conclusione non pare essere smentita da provvedimenti come quelli del 9 luglio 2018 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato relativi alle clausole di esclusiva che le società cooperative Roma e Milano avevano imposto ai tassisti aderenti al loro servizio di radiotaxi. Infatti, pur avendo ritenuto tali clausole contrarie al diritto europeo della concorrenza, e lesive dei legittimi interessi di potenziali operatori concorrenti come Mytaxi, le decisioni in questione appaiono appunto relative ad un mercato (fortemente) regolato, lasciando impregiudicata la questione della legittimità ad operare di operatori che si pongono in concorrenza con il *core business* dell'attività di trasporto pubblico non di linea (e non dunque con il limitato segmento delle modalità di prenotazione della corsa)⁵⁶.

⁵⁴ M. Delsignore, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, Milano, 2011.

⁵⁵ Corte giust., sent. 20 dicembre 2017, C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi*. Tra i molti commenti, v. S. Bastianon, *UberPop è un servizio di trasporto: la prima pronuncia della Corte di giustizia. Nota a sent. CGUE grande sez. 20 dicembre 2017 (causa C-434/15)*, in *Eurojus*, 2018, f. 1; D. Diverio, *Se Uberpop è un servizio di trasporto un via libera (condizionato) alla sua regolamentazione da parte degli Stati membri. Nota a CGUE Grande sezione 20 dicembre 2017 (causa C-434/15)*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2018, f. 2, pt. 2, 410 ss..

⁵⁶ Sul tema, cfr. V. Meli, *Concorrenza tra piattaforme di smistamento della domanda di taxi e concorrenza tra tassisti: l'applicazione del diritto “antitrust” al conflitto tra Mytaxi e le cooperative radiotaxi*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2019, f. 1, 31 ss..

3.5. Altri esempi di politiche pubbliche eurounitarie interventiste (cenni)

Infine, merita anche soltanto elencare, nell'impossibilità in questa sede di indagare ciascun ambito per esteso, alcune altre politiche europee particolarmente caratterizzanti, che considererò adottando lo schema concettuale fatto proprio da Enrico Colombatto nel suo più recente volume⁵⁷. Colombatto fa tabula rasa del terreno di mezzo tra liberismo e socialismo, sostenendo che solo politiche rigidamente coerenti con alcuni principi fondanti possano dirsi autenticamente liberiste, tutto il resto dovendo rientrare nell'altra categoria, che finisce con l'essere concettualmente residuale, benché assai più ricca di manifestazioni storiche.

Da questa prospettiva, è profondamente distante dal liberismo la politica doganale dell'Ue: è certamente vero, infatti, che i dazi e le misure di effetto equivalente sono stati come ben noto aboliti *all'interno*, ma *verso l'esterno* continuano ad esistere e anzi ad essere impiegati come strumento di politica commerciale⁵⁸. La politica doganale non ha cioè comportato l'abolizione dei dazi *tout court*, ma soltanto nel mercato interno, così che risulta tuttora significativamente limitata (o comunque limitabile) la circolazione di merci provenienti da fuori dai (pur vasti) confini europei.

Parimenti, è tutt'altro che liberista la politica agricola comune, che comporta un profondo vantaggio competitivo per gli agricoltori europei, a tutto discapito di coloro che svolgono questo mestiere in Paesi non membri, e che si trovano ad essere svantaggiati in virtù di un fatto in sé del tutto contingente e indipendente dalla propria volontà come la nazionalità⁵⁹. Oltre ai cospicui contributi che essa destina ai coltivatori continentali, essa si combina poi alla politica doganale appena menzionata nel perseguire obiettivi spesso protezionistici antitetici ai principi liberisti.

Ma lo stesso diritto della concorrenza, così come scritto sin nel diritto primario e come applicato dalla Corte di Giustizia, appare improntato a canoni assai interventisti e financo dirigisti. Ciò può apparire per molti versi paradossale, se si pensa a quanto si è discusso in Italia, sempre a proposito di articolo 41 Cost., dei fondamenti costituzionali del diritto della concorrenza⁶⁰, con impostazioni anche molto distanti, ma pur sempre accomunate in larghissima misura dalla percezione condivisa che questo fosse uno strumento al servizio del mercato e della sua espansione. Eppure,

⁵⁷ E. Colombatto, *Liberisti o socialisti? Tertium non datur*, Torino, 2021.

⁵⁸ V. in generale P. Leoci, *La politica doganale dell'Unione Europea. Alcuni regimi e prassi contabile. Evoluzione e problematiche*, Roma, 2013.

⁵⁹ V. E. Colombatto, *Liberisti o socialisti?*, cit., Capitolo 2. Per alcune considerazioni ancora profondamente attuali sulla Politica Agricola Comune, cfr. A. Giuricin, *Il Doha Round. Una grande occasione da non perdere*, IBL Focus, 24 settembre 2007, disponibile su www.brunoleonimedia.it/public/Focus/IBL_Focus_70_Giuricin.pdf.

⁶⁰ Tra i moltissimi, cfr. di recente M. Ainis, G. Pitruzzella (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Roma-Bari, 2019; M. Manetti, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in *Quad. cost.*, 2019, 315 ss.; tra i lavori già ricordati, ampi riferimenti si trovano anche in M. Luciani, *Unità nazionale e struttura economica*, cit..

critiche molto serrate si possono rivolgere, da un punto di vista coerentemente liberista, alla gran parte della politica antitrust europea, figlia di una concezione al più ordoliberal, ma quasi mai degli assiomi fondamentali del paradigma liberista⁶¹.

Ancora, non è certamente liberista il sempre più pervasivo diritto antidiscriminatorio, che allo scopo di perseguire obiettivi di uguaglianza fa premio sulla libertà contrattuale, come reso manifesto in un caso paradigmatico come quello relativo all'avvocato Taormina⁶². Là dove, infatti, questo insieme di regole si applichi non ai rapporti verticali tra cittadino e pubblici poteri, ma permei, come sempre più accade, le relazioni orizzontali interprivatistiche, ne risulta un'inevitabile compressione delle libertà economiche, incompatibile con gli assunti del liberismo.

Sotto altro profilo, risulta molto lontana dal liberismo la risposta europea alle questioni ambientali: il cosiddetto *European Green Deal* è infatti fondato su premesse ideologiche fortemente interventiste, che presuppongono una serie di fallimenti del mercato e una conseguente necessità di correggerli con gli strumenti tipici delle politiche pubbliche⁶³.

Ed infine, appare confliggere con i principi liberisti la forte spinta all'unificazione fiscale, manifestatasi soprattutto in ambito digitale⁶⁴, ma non solo⁶⁵: inevitabilmente, ciò contrasta con una prospettiva volta a promuovere la massima concorrenza anche istituzionale, contrastando l'accentramento e l'uniformazione delle decisioni, specialmente in materia fiscale⁶⁶.

4. Ossimori conclusivi: le libertà economiche tra sovranismo statalista ed europeismo liberista

L'analisi condotta al paragrafo precedente, pur limitata ad alcuni casi di particolare rilievo nel dibattito pubblico (oltre che, naturalmente, in quello degli specialisti), conduce ad alcune considerazioni conclusive piuttosto

⁶¹ V. E. Colombatto, *Liberisti o socialisti?*, cit., Capitolo 3. V. anche D.T. Armentano, *Antitrust. The Case for Repeal*, Auburn, 2007².

⁶² Corte giust., sent. 23 aprile 2020, C-507/18, *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*.

⁶³ Come appare evidente dalla lettura del sito ufficiale della Commissione: ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_it; tra gli altri, era stato profetico in questo senso N. Stern, *Climate Change, ethics and the economics of the global deal*, in Voxeu.org, 30 novembre 2007, disponibile su voxeu.org/article/climate-change-ethics-and-economics: "Climate change is a result of the greatest market failure the world has seen".

⁶⁴ Cfr. Commissione europea, *Proposta di Direttiva del Consiglio relativa al sistema comune d'imposta sui servizi digitali applicabile ai ricavi derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali*, 21 marzo 2018, COM(2018) 148 final.

⁶⁵ Cfr. Commissione europea, *Comunicazione Tassazione delle imprese per il XXI secolo*, COM(2021) 251, 18 maggio 2021.

⁶⁶ Questa prospettiva è difesa ad es. da Prince Michael of Liechtenstein, *Creating tax cartels would be detrimental to the EU*, GIS Report, 31 ottobre 2017, disponibile su www.gisreportsonline.com/creating-tax-cartels-would-be-detrimental-to-the-eu,economy,2376.html (ultimo accesso 10 ottobre 2021).

nette. Che si aderisca alla tesi di Bognetti o a quella maggioritaria fatta propria tanto da de Vergottini quanto da Luciani, con riguardo alla lettura da dare della costituzione economica originaria (aperta al liberismo per il primo, più rigidamente inserita nel solco socialista per i secondi), appare in ogni caso un dato incontrovertibile che, per come interpretato, l'articolo 41 abbia poi finito con il rappresentare effettivamente un "assai debole presidio" per le libertà economiche, come affermato dal T.A.R. Lombardia nella sentenza ricordata in apertura.

Più discutibile, invece, appare la seconda parte di quell'affermazione, ovvero che la costituzione economica europea avrebbe inciso in senso fortemente liberista sul quadro così consolidato: l'analisi, se pur inevitabilmente per sommi capi ed esempi, svolta al paragrafo precedente sembra infatti corroborare la tesi, sostenuta dallo stesso Bognetti, per cui l'Unione europea è lungi dall'aver comportato una torsione in senso liberista della costituzione economica interna.

Scriveva Bognetti: "Si è talvolta detto – e si dice talvolta ancora – che l'ordinamento della Comunità è portatore di un modello economico di tipo schiettamente liberale. L'affermazione è di sicuro sbagliata se si ha riguardo al modello liberale classico [...]. Invece, il modello comunitario appartiene proprio al tipo di quelli sociali. Gli appartiene con riguardo al *modus operandi* dei suoi organismi – scontato il fatto che la Comunità non ha ancora tutti i poteri di uno stato –. Infatti i settori dell'agricoltura e dei trasporti, per esempio, sono soggetti ai regolamenti dettati dai suoi organi, i quali, mentre valgono per tutti i paesi d'Europa, sono espressione di un tipico interventismo programmatico. Ma il modello gli appartiene anche con riguardo ai vincoli che pone agli stati membri. L'obbligo di non impedire la libera circolazione di merci, persone, capitali su tutto il territorio europeo, salvo che ricorrano ragioni di ordine pubblico, di sicurezza, di moralità, corrisponde a un principio fondamentale che qualunque ordinamento statale di tipo sociale fa valere sul suo territorio"⁶⁷.

Il costituzionalista milanese coglieva qui un duplice punto decisivo. Non solo molte delle politiche europee sono tutt'altro che liberiste, come io stesso ho provato a sostenere dandone un piccolo, non esaustivo, catalogo aggiornato; ma anche nei pur numerosi e significativi casi in cui le politiche europee hanno imposto l'apertura dei mercati⁶⁸, si pone comunque una

⁶⁷ G. Bognetti, *La Costituzione economica*, cit..

⁶⁸ Cosa che lo stesso Bognetti riconosce poco oltre nel ragionamento, ribadendo la propria tesi che "le discipline cosiddette liberiste della Comunità", lungi dal mettere "a rischio il carattere sociale irrinunciabile dell'ordinamento italiano" (come sostenuto, scrive, da costituzionalisti come Guarino, Allegretti e Luciani), erano invece pienamente compatibili con l'impianto originario del testo prodotto dall'Assemblea costituente, poi profondamente piegato alle esigenze della propria agenda sociale da trent'anni di interpretazione di una dottrina costituzionalistica "imbevuta di simpatie per valori di solidarietà sociale e di dirigismo statale spinti all'estremo, e [...] riluttante ad ammettere la drammatica frattura ideologica che divideva il paese al momento in cui la Repubblica nacque e in seguito". Bognetti ribadì questo concetto in

tensione di fondo con alcuni principi cardine del liberismo, così come di recente riformulati nel ricordato lavoro di Colombatto: tali politiche apparentemente filomercatiste sono infatti molto spesso risultate il frutto per l'appunto di un'imposizione *top-down* dal centro alla periferia, dalla burocrazia europea alle “*polity*” dei singoli Stati membri.

Ciò solleva un interrogativo estremamente insidioso per la prospettiva liberista, ovvero se debba preferirsi un ordinamento accentrato, che allontana il potere decisionale dai territori e lo concentra in istituzioni centrali assistite da forti apparati burocratici, ma impone nei fatti alcune politiche liberiste, o se non sia invece più giusto difendere il principio fondamentale del decentramento e della concorrenza istituzionale, anche a costo di veder attuate, quanto meno nel breve-medio periodo, politiche più interventiste dalla maggior parte dei territori.

Il dibattito si è posto nel contesto liberista con riferimento all'euro, nel momento in cui appariva molto fondato il rischio di una sua rottura: meglio difendere una moneta unica, frutto di una politica centralizzatrice, perché l'alternativa sarebbero monete nazionali assai più deboli, o abbandonare la *Realpolitik* e accettare il forte rischio di un ritorno alle politiche monetarie fortemente inflazioniste del passato, pur di non compromettere il principio del decentramento⁶⁹? E analogo dibattito si è riprodotto in molti ambiti, a cominciare dalla questione se sia da accogliere la forte spinta all'assunzione dell'obbligo di introdurre il principio del pareggio di bilancio, o se invece la cessione di sovranità che deriva dal fare proprio tale principio per eteroinduzione sia un prezzo troppo alto da pagare per un risultato pur così cruciale.

Questa difficoltà a far collimare teoria e pratica, ovvero a scegliere tra l'essere “comandati” al liberismo, o liberi di adottare politiche assai più stataliste⁷⁰, appare una questione centrale dei nostri tempi, destinata ad

altre sedi: cfr. ad es. *Per una storia autentica e integrale della Costituzione repubblicana e della sua evoluzione (appunti a margine di un libro di S. Bartole)*, disponibile su www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/materiali/speciali/interpretazioni_costituzione/interpretazioni_trasformazioni_bognetti.pdf: “i principi dei Trattati comunitari fissano in maniera per noi vincolante un modello di “costituzione economica” (rapporti tra poteri di imperio – comunitari e statali – e autonomie della società civile), che, se recupera e rivaluta gli indirizzi originari della nostra Costituzione, contrasta con gli indirizzi dirigistici e pianificatori che erano da noi diventati, in base a una “reinterpretazione” della Carta, struttura portante del nostro sistema economico negli anni Sessanta e Settanta. Tant'è vero che, per impulso del superiore diritto comunitario, quella struttura è stata in seguito almeno parzialmente smantellata”.

⁶⁹ Mi riferisco al dibattito tra J. Huerta de Soto, *An Austrian Defense of the Euro*, in *Mises Daily*, 22 giugno 2012, disponibile su mises.org/library/austrian-defense-euro, e G. North, *Let the Euro Die... Soon*, sul suo sito personale *Specific Answers*. 27 giugno 2012, disponibile su www.garynorth.com/public/9702.cfm.

⁷⁰ Per alcune riflessioni ad ampio spettro sul tema, cfr. N. Iannello, C. Lottieri (a cura di), *Secessione. Una prospettiva liberale*, Brescia, 2015; v. anche l'intervento di L. Infantino sul sito della Fondazione Luigi Einaudi di Roma, *Einaudi, l'Europa e il sovranismo*, 17 marzo 2019, disponibile su www.fondazioneLuigieinaudi.it/il-professor-lorenzo-infantino-maestro-di-tutti-noi-su

acquistare sempre maggior rilevanza, al crescere delle competenze e del grado di interposizione dell'ordinamento eurounitario, una tendenza già in atto da tempo, che ha subito una forte accelerata con l'iniziativa del *Recovery Plan*⁷¹.

In ogni caso, quel che a me appare evidente da un'analisi anche soltanto sintetica e parziale come quella delle pagine precedenti, è che la tesi, fatta propria dal T.A.R. Lombardia ma piuttosto diffusa anche in dottrina, della natura liberista della costituzione economica europea, meriti di essere assai maggiormente discussa e problematizzata. Esistono infatti molteplici elementi, presenti e visibili sin dall'inizio ad un osservatore acuto come Bognetti, e tuttora esistenti in sempre maggior numero, che inducono a conclusioni assai più sfumate. Se è vero che l'art. 41, vuoi per sua formulazione e spirito sin da principio, vuoi per una sua interpretazione ideologica, ha rappresentato un "assai debole presidio" per le libertà economiche, la tesi per cui l'ordinamento europeo avrebbe invece ribaltato il quadro mostra profondi elementi di debolezza, certamente meritevoli, se non altro, di ulteriore approfondimento.

Appare forse possibile prospettare un'ipotesi interpretativa in qualche misura intermedia tra quella qui sostenuta (e individuata come minoritaria) e quella qui criticata (e individuata come assai più diffusa)⁷²: secondo tale impostazione, il pensiero ispiratore della costituzione economica europea è quello ordoliberal tedesco⁷³. Una certa confusione può essere derivata da una tendenza ad assimilare tale modello con quello liberista *tout court*⁷⁴. Certamente, le critiche all'ordoliberalismo mosse dai difensori delle prerogative di carattere sociale proprie delle costituzioni nazionali si possono applicare a maggior ragione al liberismo. Tuttavia, dalla prospettiva liberista

[einaudi-leuropa-e-il-sovranoismo/](#).

⁷¹ Cfr., pur da diversa prospettiva, le osservazioni critiche di F. Salmoni, *Recovery fund: le nuove risorse proprie europee di fronte alla Costituzione*, in E. Mostacci, A. Somma (a cura di), *Dopo le crisi. Dialoghi sul futuro dell'Europa*, Roma, 2021, 216 ss..

⁷² Ad esempio, si segnalano, tra i più recenti, F. Zammartino, *Sulla salvaguardia dei diritti sociali tra interpretazioni della Costituzione economica e incertezze della recente giustizia costituzionale: alcune osservazioni*, in *Il diritto dell'economia*, 2018, 1059 ss.; A. Cantaro, *L'imperialismo del libero scambio. La costituzione economica europea nell'epoca del neo-mercantilismo 'globale'*, in *Federalismi.it*, 16/2018.

⁷³ Per alcune preziose riflessioni in argomento, cfr., tra i molti, M. Libertini, *La costituzione economica*, cit., 15 ss.; V.K. Fouskas, S. Roy-Mukherjee, *Neo-liberalism and Ordoliberalism – One or Two Critiques? An Introduction*, 45(7-8) *Critical Sociology* 953 (2019), di apertura di una sezione speciale sul tema, con riferimento alla quale si segnalano anche gli altri articoli. In generale, cfr. anche J. Hien, C. Joerges (a cura di), *Ordoliberalism, Law and the Rule of Economics*, Oxford-Portland, 2017, recensito da F. Saitto in *Diritto Pubblico*, 1/2018, 221 ss.; sempre di A. Saitto, *Al di là dell'ordoliberalismo. Della ricerca di una «esatta misura» di correlazione tra politica ed economia nello stato costituzionale aperto*, in *Dir. cost.*, 2/2018, 121 ss.; F. Forte, F. Felice, C. Forte (a cura di), *L'economia sociale di mercato e i suoi nemici*, Soveria Mannelli, 2012; nonché L. Di Nella, *La Scuola di Friburgo, o dell'ordoliberalismo*, in N. Irti (a cura di), *Diritto ed economia. Problemi e orientamenti teorici*, Padova, 1999, p. 171 ss..

⁷⁴ Cfr., tra i tanti, V.K. Fouskas, *Neo-liberalism and ordoliberalism: A critique of two forms of imperialism and authoritarianism*, in 46(3) *Critique* 397 (2018).

in accezione molto forte e dogmatica qui considerata, l'ordoliberalismo tedesco appare assimilabile ad una forma moderata di dirigismo, ma appare soltanto limitatamente compatibile con gli assunti fondamentali liberisti⁷⁵.

L'assimilazione (impropria, secondo quanto qui si sostiene) tra ordoliberalismo e liberismo potrebbe essere alla radice di un buon grado di confusione, per cui la asserita, e da molti criticata, distanza tra costituzione economica europea e costituzione economica (sociale) italiana sarebbe per l'appunto il frutto di una scelta di fondo della prima per i principi ordoliberali, considerati sinonimo di liberisti. Viceversa, a me pare che, a prescindere dalle possibili preferenze per l'una o l'altra opzione sul piano della politica del diritto, ribadire la distanza tra ordoliberalismo e liberismo permetta di ristabilire un po' di chiarezza nel dibattito, finendo soprattutto col fornire un'ultima conferma alla tesi qui sostenuta. La costituzione economica europea appare cioè informata se mai ai canoni dell'ordoliberalismo tedesco, ma la distanza che occorre tracciare tra quest'ultimo e il liberismo consente di chiudere il cerchio, e ribadire la conclusione che, a ben vedere, l'Unione europea, tanto nell'impostazione fatta propria dai Trattati in materia economica, quanto nelle politiche da essa perseguite che da quella impostazione discendono direttamente, è profondamente distante dai principi di fondo del liberismo, quanto meno là dove esso venga inteso come sinonimo di quello che (con evidente intento critico) Giovanni Pitruzzella ha inteso qualificare come "fondamentalismo di mercato"⁷⁶.

Riccardo de Caria
Dip.to di Giurisprudenza
Università degli Studi di Torino
riccardo.decaria@unito.it

⁷⁵ Molto opportunamente, M. Benvenuti, *Democrazia e potere economico*, in *Rivista AIC*, 3/2018, 11 luglio 2018, 29 richiama L. von Mises, *L'azione umana*, Torino, 1959 (1949), 227 ss.; F.A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, Milano, 2010 (1973), 48 ss.. F. Saitto, "Risocializzare l'Europa", cit., 132, richiama anche la prefigurazione da parte di quest'ultimo di un "allora ipotetico processo di integrazione costruito sul piano economico che avrebbe dovuto contribuire, prima di tutto, a ridurre i canali tramite cui si realizza l'intervento statale, anche in funzione redistributiva" (il richiamo è a F.A. von Hayek, *Le condizioni economiche del federalismo tra stati*, 2016 (1939), Soveria Mannelli, 53 ss.). Cfr. anche S. Kolev, *Ludwig von Mises and the "Ordo-Interventionists": More than Just Aggression and Contempt?*, CHOPE Working Paper, No. 2016-35.

⁷⁶ G. Pitruzzella, *La costituzione economica europea: un mercato regolato e corretto, nulla a che vedere con il fondamentalismo di mercato*, in *Federalismi.it*, 16/2018.