

# Privatizzazioni e Costituzione nella Francia di Macron: la *Loi Pacte* alla prova del *bloc de constitutionnalité*

di Davide Zecca

**Abstract: Privatizations and Constitution in Macron's France: the *Loi Pacte* facing the test of the *bloc de constitutionnalité*** – The article analyses the recent privatization plan of the companies under governmental control operating the airports within the Paris area, the national lottery and the energy supply undertaken by the administration of President Macron. By going through the three decades long jurisprudence of the *Conseil Constitutionnel* concerning nationalizations and privatizations of public services, the article offers an overview of the established construction of the relevant constitutional provisions, while also attempting to provide some remarks on the most recent decisions of the French constitutional judge.

**Keywords:** Privatizations; national public services; *de facto* monopolies; *bloc de constitutionnalité*; *Conseil Constitutionnel*.

1251

---

## 1. Introduzione

Una delle più significative iniziative portate a termine dall'amministrazione Macron nei primi due anni del proprio mandato è stata l'approvazione della legge riguardante il cd. *Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises* (d'ora innanzi *Loi Pacte*)<sup>1</sup>. Fra gli scopi perseguiti dal legislatore, particolare rilevanza ha assunto l'avvio di un (parziale) ritiro dello Stato dalla gestione diretta di grandi imprese esercenti servizi al pubblico, tramite il disinvestimento di significativi *asset* al momento sotto il controllo (giuridico o di fatto) statale.

Il progetto è stato elaborato all'esito di un'articolata fase di consultazione, cominciata nell'autunno 2017, che ha coinvolto una pluralità di attori, fra i quali le Regioni, i gruppi parlamentari, il Consiglio economico, sociale e ambientale, le associazioni professionali e i sindacati, ai quali si sono affiancati gruppi di lavoro misti formati da un parlamentare e uno o più dirigenti di grandi imprese<sup>2</sup>. Dopo aver sottoposto a un'ulteriore fase di dibattito in rete alcune delle proposte e dei

---

<sup>1</sup> Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

<sup>2</sup> Le riflessioni e gli spunti elaborati in questa prima fase, conclusasi il 10 dicembre 2017, sono stati in seguito resi accessibili al pubblico, cfr. *Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises*, Restitution des travaux conduits par les parlementaires et les chefs d'entreprise, 21 dicembre 2017, disponibile all'url: [minefi.hosting.augure.com/Augure\\_Minefi/r/ContenuEnLigne/Download?id=C89E8587-D182-400F-8E3A-A8D9B3AE995E&filename=%272%20-%20DP%20PACTE.pdf](https://minefi.hosting.augure.com/Augure_Minefi/r/ContenuEnLigne/Download?id=C89E8587-D182-400F-8E3A-A8D9B3AE995E&filename=%272%20-%20DP%20PACTE.pdf) (ultimo accesso: 4 giugno 2019).

temi emersi nella fase di approfondimento preliminare<sup>3</sup>, il Governo ha rielaborato il materiale proveniente tanto dagli *stakeholder* di settore quanto dalla pubblica amministrazione, presentando infine la proposta di legge di iniziativa governativa al Consiglio di Stato (16 maggio 2018), alla pronuncia del cui parere (14 giugno)<sup>4</sup> è seguita la presentazione del testo in Consiglio dei Ministri (18 giugno).

La proposta di legge ha avuto un accidentato iter parlamentare, riassumibile come segue. Dopo una discussione preliminare in commissione speciale all'Assemblea Nazionale, il testo è approdato in Aula il 25 settembre 2018 ed è stato approvato in prima lettura il 9 ottobre. Analogamente, un primo esame del testo approvato a *Palais Bourbon* si è tenuto a partire dal 16 gennaio 2019 in commissione speciale al Senato, che ha discusso il progetto in Aula fra il 29 gennaio e il 12 febbraio 2019, giorno in cui l'assemblea di stanza a *Palais de Luxembourg* ha licenziato un testo emendato in più punti rispetto a quello approvato dall'altra Camera. A seguito dell'infruttuoso tentativo di mediazione sul testo da parte della Commissione paritaria mista appositamente convocata (20 febbraio), l'Assemblea Nazionale ha adottato un nuovo testo in seconda lettura (13-15 marzo), che il Senato, approvando una mozione che proponeva l'apposizione di una *question préalable* sul testo, ha rigettato nella sua interezza (9-10 aprile). Il giorno seguente (11 aprile), l'Assemblea Nazionale ha adottato il testo definitivo del provvedimento, sulla cui legittimità costituzionale il *Conseil Constitutionnel* è stato chiamato a pronunciarsi tramite *saisine parlementaire*. Il giudice delle leggi, pur pronunciando una sentenza di parziale non conformità del testo alla Costituzione, tuttavia ha "salvato" le disposizioni più significative della legge, ivi comprese quelle attinenti alla privatizzazione di imprese a capitale o controllo pubblico (16 maggio, v. più diffusamente *infra*). All'esito di tale procedimento, il Presidente della Repubblica francese ha promulgato la *Loi Pacte* (22 maggio)<sup>5</sup>, su cui, tuttavia, pende l'incertezza derivante dall'eventuale indizione di un *référéndum d'initiative partagée* volto a conferire per legge alle attività esercitate da *Aéroports de Paris* qualifica di servizio pubblico di interesse nazionale, così impedendone il trasferimento in mano privata (il *Conseil Constitutionnel* ha autorizzato l'avvio della raccolta firme con una pronuncia del 9 maggio, v. *infra*).

Il presente contributo si concentra, pur dinanzi al significativo impatto di altre misure previste dalla legge in oggetto, sulla dismissione delle partecipazioni statali in alcune imprese che offrono servizi di particolare rilevanza al pubblico: il §2 è dedicato all'approfondimento del tema in ambito di gestione dei servizi aeroportuali; il §3 declina la questione nel settore degli operatori di giochi d'azzardo e lotterie; il §4 valuta le possibili ricadute sulla fornitura e distribuzione di gas naturale; il §5 ripercorre i piani di privatizzazione su larga scala lanciati nei

---

<sup>3</sup> I risultati di tale confronto, tenutosi fra il 15 gennaio e il 5 febbraio 2018, sono tuttora disponibili all'url: [www.pacte-entreprises.gouv.fr/project/consultation/consultation/consultation-9](http://www.pacte-entreprises.gouv.fr/project/consultation/consultation/consultation-9) (ultimo accesso: 4 giugno 2019).

<sup>4</sup> *Conseil d'État*, Assemblée générale, Séance du jeudi 14 juin 2018, Nos° 394.599 et 395.021, *Avis sur un projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises*.

<sup>5</sup> Il testo è stato pubblicato sul *Journal officiel de la République française*, n° 0119, 23 maggio 2019, texte n° 2.

decenni precedenti, offrendo lo spunto per illustrare le implicazioni della recente decisione del *Conseil Constitutionnel* sotto il profilo dell'effettiva natura dei servizi offerti dagli operatori dei settori in questione (§6); la parte conclusiva (§7) è volta a fornire una sintesi sull'orientamento interpretativo prevalente della giurisprudenza costituzionale sul tema dei servizi pubblici nazionali e i monopoli di fatto, la cui definizione è fondamentale ai fini della determinazione dei principi costituzionali applicabili in tema di privatizzazione e nazionalizzazione di servizi.

## 2. I servizi aeroportuali

La prima impresa a controllo e a prevalente capitale pubblico destinata a transitare verso un controllo privato è *Aéroports de Paris (ADP)*, società anonima nata dalla trasformazione dell'ente pubblico omonimo nel 2005<sup>6</sup>. Il provvedimento che aveva modificato il regime giuridico di *ADP* aveva previsto la sdemanializzazione dei beni in dotazione all'ente e il trasferimento del diritto di proprietà degli stessi alla neo-costituita società<sup>7</sup>. Lo Stato francese detiene correntemente il 50,63% del capitale di *ADP*, per un valore stimato di circa 8,8 miliardi di euro, ma è titolare al contempo del 58,5% dei diritti di voto in assemblea. La società è proprietaria e gestrice degli aeroporti parigini di Charles-de-Gaulle (Roissy-en-France), Orly, Le Bourget e degli altri aeroporti civili situati nella Regione Ile-de-France fissati per apposito decreto<sup>8</sup>.

Lo status giuridico di *ADP* costituisce un *unicum* nel panorama attuale dei servizi aeroportuali francesi. A partire dal 1929, le infrastrutture aeroportuali, al tempo di proprietà dello Stato, vennero abitualmente conferite in concessione per la gestione alle locali Camere di commercio; questo assetto è stato in vigore anche per tutta la seconda metà del XX secolo, con una riduzione della durata delle concessioni in media a cinque anni a partire dagli anni '70<sup>9</sup>. Il colpo decisivo per scardinare questo sistema si rintraccia nella pronuncia della Corte di Giustizia delle Comunità Europee nel caso *Telaustria Verlags*<sup>10</sup>: gli obblighi di trasparenza, pubblicità e imparzialità dell'aggiudicazione e il divieto di discriminazione per nazionalità ai quali sono tenute le amministrazioni aggiudicatrici per favorire la concorrenza nell'ambito dell'appalto di servizi nel mercato unico europeo hanno reso non più praticabile il rinnovo delle concessioni a favore dei precedenti beneficiari senza l'intervento di procedure ad evidenza pubblica. Il primo intervento a riguardo fu quello relativo a 150 aeroporti di diversa natura (strutture adibite ad attività di volo turistico o sportivo e aeroporti commerciali eccedenti un

<sup>6</sup> Loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports, Art. 1.

<sup>7</sup> *Ibid.*, Art. 2.

<sup>8</sup> Décret n° 2005-854 du 27 juillet 2005 relatif à la société Aéroports de Paris et modifiant le code de l'aviation civile, Art. 1. Si tratta, in particolare, degli aeroporti di Chavenay-Villepreux, Chelles-Le Pin, Coulommiers-Voisins, Etampes-Mondésir, Lognes-Emerainville, Meaux-Esbly, Paris-Issy-les-Moulineaux, Persan-Beaumont, Pontoise-Cormeilles-en-Vexin, Saint-Cyr-l'Ecole et Toussus-le-Noble.

<sup>9</sup> M. Carrard, *L'arrivée des opérateurs privés dans le réseau des aéroports français: éléments pour une réflexion prospective*, disponibile all'url: [www.villeaeroport.fr/pdf/privatisation\\_aeroports\\_francais.pdf](http://www.villeaeroport.fr/pdf/privatisation_aeroports_francais.pdf) (ultimo accesso: 4 giugno 2019).

<sup>10</sup> *Telaustria Verlags GmbH c. Telekom Austria AG*, C-324/98, 7 dicembre 2000, CGCE, Sesta Sezione.

milione di traffico passeggeri annuo) e regime giuridico differente (gestione diretta dello Stato, gestione da parte di enti locali senza trasferimento di proprietà e gestione da parte di Camere di commercio)<sup>11</sup>; tuttavia, questo coacervo di infrastrutture rappresentava un mero decimo del traffico aereo totale francese e non contemplava alcuno degli aeroporti più rilevanti sul piano nazionale. La nuova disciplina trasferiva agli enti locali la proprietà, la gestione e le competenze relative a quest'ampio insieme di aeroporti, in una proporzione di 19 alle Regioni, 29 ai Dipartimenti, 61 alle Unioni di Comuni e 41 ai Comuni<sup>12</sup>.

Seguì nel 2005 una riforma del regime delle strutture, dette “grandi aeroporti regionali”, escluse dal processo di decentralizzazione intervenuto l'anno precedente<sup>13</sup>. Si dispose che, su domanda di una Camera di commercio incaricata della gestione di una struttura, l'autorità amministrativa potesse autorizzare la cessione o l'apporto della concessione aeroportuale a una società il cui capitale iniziale fosse interamente detenuto da soggetti di natura pubblicistica, fra cui la stessa Camera di commercio titolare della concessione in questione<sup>14</sup>. Il contratto di cessione poteva prevedere un prolungamento della concessione in essere, senza che il termine potesse eccedere in ogni caso i quarant'anni<sup>15</sup>. Come anticipato, con lo stesso provvedimento *ADP* fu trasformata in società anonima, permettendo così alla stessa di esercitare liberamente qualsiasi attività commerciale, ed essa fu investita del compito di gestire 11 aeroporti ulteriori localizzati nella regione parigina. Nel 2006, infine, fu autorizzata l'apertura, seppur minoritaria, del capitale di *ADP* al mercato privato<sup>16</sup>.

La *Loi Pacte* prevede che la concessione accordata ad *ADP* per la gestione, lo sfruttamento e lo sviluppo degli aeroporti della Regione parigina scada settant'anni dopo l'entrata in vigore della legge, andando così a modificare quanto disposto dal Codice dei trasporti, che non prescrive allo stato attuale alcuna limitazione temporale. Alla scadenza del termine, tutti i beni di *ADP*, sia che la titolarità derivi dal trasferimento di beni pubblici all'atto della trasformazione in società anonima nel 2005 sia che si debba ad atti di disposizione successivi, sarebbero trasferiti in proprietà allo Stato<sup>17</sup>. La legge indica altresì puntualmente i criteri sulla base dei quali vada calcolata l'indennità da corrispondere da parte dello Stato ad *ADP* per tale trasferimento.

La disposizione introduce, inoltre, la possibilità da parte del Governo, su iniziativa congiunta dei ministri responsabili per il settore dell'aviazione civile, dell'economia e del bilancio, di interrompere in parte o in tutto la concessione di cui *ADP* è beneficiaria; ciò può accadere, in particolare, ove si verifichi

<sup>11</sup> Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales.

<sup>12</sup> *Ibid.*, Art. 28.

<sup>13</sup> Si tratta degli aeroporti di Bordeaux, Lione, Marsiglia, Montpellier, Nizza, Strasburgo, Tolosa, Cayenne, Fort-de-France, Pointe-à-Pitre e Saint-Denis.

<sup>14</sup> Loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports, Art. 7.

<sup>15</sup> A seguito dell'abrogazione della disposizione di cui alla nota precedente, la disciplina è ora contenuta all'Art. L6322-2, Code des transports.

<sup>16</sup> Décret n°2006-575 du 22 mai 2006 autorisant une ouverture minoritaire du capital d'Aéroports de Paris, Art. 1.

<sup>17</sup> Art. 130, *Loi Pacte*.

l'interruzione, continuativa o ripetitiva, dello sfruttamento di un aeroporto o in altre circostanze (menzionate in dettaglio) in cui la società concessionaria violi altri obblighi gravanti sulla stessa. La disposizione successiva si premura di fornire un elenco ben più dettagliato di quello vigente del contenuto necessario del capitolato d'oneri da approvarsi per decreto, con parere obbligatorio del *Conseil d'État*<sup>18</sup>. La legge prevede altresì l'obbligo, a carico di *ADP*, di sottoporre al vaglio dello Stato tutte le operazioni di alienazione o costituzione di garanzia su beni destinati ad essere trasferiti allo Stato stesso alla scadenza del termine settantennale<sup>19</sup>. La *Loi Pacte* disciplina inoltre il calcolo dei canoni di utilizzo delle infrastrutture aeroportuali da corrispondere ai concessionari (cd. *royalties*) e la stipula dei relativi contratti<sup>20</sup>; la disposizione seguente attribuisce la facoltà per le collettività territoriali dell'Ile-de-France, i consorzi da esse creati e il dipartimento dell'Oise, in deroga alla disciplina generale sancita dal codice delle collettività territoriale, di detenere azioni di *ADP*, previa deliberazione del rispettivo organo deliberativo (che può delegare tale decisione all'organo esecutivo dell'ente)<sup>21</sup>.

Nel proprio parere sul progetto di legge, il *Conseil d'État* osservava preliminarmente che il testo rimetteva in discussione la logica seguita dal legislatore quando aveva trasformato *ADP* da ente pubblico a società anonima, in particolare per la limitazione del diritto di sfruttamento esclusivo attribuito illimitatamente alla società a settant'anni, termine al cui scadere la stessa sarebbe vincolata al trasferimento allo Stato tanto dei beni di cui essa fosse già titolare prima della modifica del regime giuridico, quanto di quelli la cui titolarità sia stata conseguita soltanto in un momento successivo. Inoltre, il meccanismo di calcolo della somma da corrispondere a titolo di indennità ad *ADP* per tale operazione veniva considerato come particolarmente complesso e avente natura *sui generis*<sup>22</sup>. Tuttavia, l'autorizzazione al trasferimento in mano privata della maggioranza del capitale di *ADP* non veniva considerata in contrasto con il nono capoverso del Preambolo alla Costituzione del 1946 (d'ora innanzi *alinéa 9*)<sup>23</sup>. Infatti, *ADP* gode di un diritto di sfruttamento a titolo esclusivo di una dozzina di aeroporti civili, ma la totalità di essi si situa nella Regione Ile-de-France; dunque, pur riconoscendo la rilevanza degli aeroporti in questione, il parere riteneva che tale limitazione territoriale valesse ad escludere l'attività di *ADP* dal campo di applicazione della disposizione<sup>24</sup>.

Per quanto riguarda la durata del diritto di sfruttamento, il *Conseil d'État* non formulava rilievi critici, argomentando che, per quanto settant'anni siano un

---

<sup>18</sup> Art. 131, *Loi Pacte*.

<sup>19</sup> Art. 132, *Loi Pacte*.

<sup>20</sup> Artt. 133-134, *Loi Pacte*.

<sup>21</sup> Art. 135, *Loi Pacte*.

<sup>22</sup> *Conseil d'État*, Assemblée générale, Séance du jeudi 14 juin 2018, Nos° 394.599 et 395.021, *Avis sur un projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises*, § 76, p. 27.

<sup>23</sup> "Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité" ["Ciascun bene, ciascuna impresa, il cui sfruttamento ha o acquisisce i caratteri di un servizio pubblico nazionale o di un monopolio di fatto, deve divenire di proprietà della collettività" (T.d.A.)].

<sup>24</sup> *Conseil d'État*, Assemblée générale, Séance du jeudi 14 juin 2018, Nos° 394.599 et 395.021, *Avis sur un projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises*, § 77, p. 27.

intervallo temporale particolarmente esteso, esso fosse funzionale a conciliare diverse esigenze connesse alla stabilità dell'attività imprenditoriale, sotto il profilo tanto organizzativo quanto finanziario, all'ammortamento e alla redditività degli investimenti sulle infrastrutture necessarie allo sviluppo delle piattaforme aeroportuali e alla neutralizzazione dell'impatto del cambiamento di regime della società sulla sua quotazione in un mercato regolamentato. Per quanto, invece, concerne il trasferimento allo Stato dei beni di proprietà di *ADP* all'estinzione del diritto di sfruttamento, il parere dichiarava che l'esigenza di continuità del servizio pubblico aeroportuale implica che lo Stato possa disporre di tali beni allo spirare del diritto del beneficiario per perseguire in maniera efficace la gestione del servizio in questione<sup>25</sup>. Pertanto, la disposizione non violerebbe l'art. 17 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 (d'ora innanzi DDHC)<sup>26</sup>, proprio perché ritenuta rispondente a una necessità di natura pubblica.

Con riferimento alla determinazione dell'indennizzo da versare da parte dello Stato ad *ADP* allo scadere del diritto di sfruttamento, il parere sottolineava la difficoltà di attualizzazione dei flussi di cassa futuri legati all'attività, soprattutto quando si prendesse in considerazione un periodo di tempo superiore a due-tre decenni o persino illimitato, con specifico riferimento all'evoluzione delle tecnologie e al futuro del traffico aereo, oltre che all'andamento del PIL. In ogni caso, anche in considerazione della diffusione di tale metodo di valutazione nel mondo imprenditoriale e del riconoscimento, da parte del *Conseil Constitutionnel*, dell'intrinseca incertezza delle stime del valore di un'impresa, sovente basate su dati incerti o aleatori, tanto che il rispetto di criteri di obiettività e imparzialità della determinazione di tale montante vale a soddisfare i principi costituzionali in materia<sup>27</sup>, il parere concludeva che tale indennizzo potesse definirsi "giusto" ai sensi dell'art. 17 DDHC<sup>28</sup>.

L'aggravamento degli obblighi a carico di *ADP* indicati nel capitolato di concessione e il maggior e più penetrante potere intrusivo dello Stato nelle scelte di natura amministrativa e gestoria della società venivano valutate positivamente dal *Conseil d'État*, il quale le riteneva non eccessive bensì giustificate dinanzi a una prospettiva di privatizzazione dell'azionariato della società<sup>29</sup>.

La legittimità dell'autorizzazione alla cessione della maggioranza di *ADP* in mano privata è stata duramente contestata dalla minoranza parlamentare, che ha adito il *Conseil Constitutionnel* (v. *infra*, §6) e si sta altresì mobilitando per raccogliere la necessaria adesione popolare per l'organizzazione di un referendum sullo status giuridico di *ADP* (v. *infra*, §6).

<sup>25</sup> *Ibid.*, § 78, pp. 27-28.

<sup>26</sup> La disposizione recita "[L]a propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité" ["Essendo la proprietà un diritto inviolabile e sacro, nessuno può esserne privato, salvo quando la necessità pubblica, legalmente constatata, lo esiga in maniera evidente, e a condizione del riconoscimento di un giusto e preventivo indennizzo" (T.d.A.)].

<sup>27</sup> *Conseil Constitutionnel*, décision n° 87-232 DC du 7 janvier 1988, § 26.

<sup>28</sup> *Conseil d'État*, Assemblée générale, Séance du jeudi 14 juin 2018, Nos° 394.599 et 395.021, *Avis sur un projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises*, § 79, p. 29.

<sup>29</sup> *Ibid.*, § 80, p. 30.

### 3. Il gioco d'azzardo

La *Loi Pacte* autorizza altresì l'apertura al mercato della maggioranza del capitale di *Française des Jeux (FDJ)*, società anonima a capitale misto di cui la Repubblica francese detiene il 72% delle azioni. *FDJ* è titolare dei diritti di sfruttamento esclusivo e senza limiti temporali sul territorio francese di tutti i tipi di lotterie, tanto presso le ricevitorie che *online*, e delle scommesse legate ad eventi sportivi presso le ricevitorie. Al fine di poter discutere delle implicazioni del possibile passaggio di una maggioranza del capitale della società in mano privata, è opportuno fornire un breve quadro di sintesi sulla regolamentazione in generale del gioco d'azzardo in Francia, la cui disciplina è sensibilmente andata modificandosi in anni recenti.

Il primo dato da tenere in considerazione è che, già a partire circa da metà del XIX secolo, il principio cardine della materia è stato quello della tendenziale proibizione di lotterie di qualsiasi specie<sup>30</sup>; il divieto non è venuto meno<sup>31</sup>, ma vige una deroga per le lotterie di beni mobili a fini di beneficenza, di incoraggiamento delle arti e di finanziamento di attività sportive non a scopo di lucro, su specifica autorizzazione del sindaco o del prefetto del luogo in cui sia stabilita la sede sociale dell'ente organizzatore, e per quelle organizzate durante le fiere itineranti e, a condizione che si tengano in un circolo ristretto e per soli fini sociali, culturali, scientifici, educativi, sportivi o di animazione sociale, anche alcuni giochi tradizionali, fino a concorrenza di importi monetari di modico valore<sup>32</sup>.

Alla fine del XIX secolo, peraltro, nell'ambito della regolamentazione delle corse dei cavalli, permesse solo allo scopo di miglioramento della razza equina e organizzate da imprese i cui statuti fossero stati approvati dal Ministero dell'agricoltura, il legislatore d'oltralpe aveva vietato l'offerta di scommesse su tali competizioni, prevedendo sanzioni penali per i trasgressori<sup>33</sup>. Tuttavia, le imprese di cui sopra avevano facoltà, su apposita autorizzazione, sempre passibile di revoca immediata, di offrire scommesse nella modalità cd. "al totalizzatore"<sup>34</sup>.

All'inizio del XX secolo l'afflato proibizionista dei decenni precedenti iniziò a indebolirsi, consentendo così l'introduzione di una prima disciplina dei casinò o sale da gioco, dei quali il legislatore autorizzava l'apertura, purché in locali a ciò esclusivamente dedicati e sul territorio di località di rilevanza turistica e balneare oppure a bordo di navi da crociera che effettuassero itinerari di almeno media durata<sup>35</sup>. Fra le due guerre prima fu consentito il conferimento a circoli privati dell'autorizzazione alla pratica di giochi d'azzardo, a condizione che essi fossero

<sup>30</sup> Loi du 21 mai 1836 portant prohibition des loteries, Art. 1.

<sup>31</sup> *Code de la sécurité intérieure*, Article L322-1, Ordonnance n°2012-351 du 12-3-2012 (la disposizione modifica l'art. 1, loi du 21 mai 1836).

<sup>32</sup> *Code de la sécurité intérieure*, Artt. L322-3 e L322-4, introdotti dall'Ordonnance n°2012-351 du 12-3-2012 - art. 19 (V), che ha abrogato gli artt. 5 e 6 della Loi du 21 mai 1836.

<sup>33</sup> Loi du 2 juin 1891 ayant pour objet de réglementer l'autorisation et le fonctionnement des courses de chevaux, Art. 2 e Art. 4.

<sup>34</sup> *Ibid.*, Art. 5. Si ha scommessa "al totalizzatore" laddove la somma guadagnata dai vincitori sia pagata per intero dalle quote dei perdenti; tale modalità nasce per minimizzare gli incentivi delle imprese organizzatrici delle corse a manipolare i risultati delle competizioni.

<sup>35</sup> Loi du 15 juin 1907 relative aux casinos, Art. 1.

costituiti in associazione e su specifica richiesta da rivolgere al Ministero dell'interno<sup>36</sup>; in seguito, le imprese organizzatrici di corse di cavalli furono autorizzate ad offrire scommesse anche al di fuori degli ippodromi, sotto la gestione della neonata *Pari Mutuel Urbain (PMU)*, che andava ad aggiungersi alla già esistente *Pari Mutuel Hipprodrome* (volta alla raccolta all'interno degli ippodromi).

Inoltre, nel 1933 fu istituita una lotteria organizzata dal Governo e i cui proventi furono destinati al fondo per le calamità agricole<sup>37</sup>; fu sulla base di tale autorizzazione al Governo che, decenni dopo, nacque la Lotteria nazionale<sup>38</sup>. Fu proprio il decreto di attuazione della legge istitutiva della lotteria sotto l'egida governativa a conferire l'organizzazione e lo sfruttamento dei giochi autorizzati a un'impresa pubblica costituita con il regime giuridico di società anonima, la *Société de la Loterie nationale et du Loto national*<sup>39</sup>; ad essa subentrarono nel tempo prima la *France-Loto* (1989) e poi la *Française des Jeux (FDJ)*, 1991). La legge consente, peraltro, il ricorso al concorso di terzi per l'espletamento dei compiti attribuiti alla *FDJ*, prevedendo comunque la necessità di un parere preventivo del Ministro dell'interno qualora la società intenda autorizzare privati alla gestione di ricevitorie per i giochi del lotto<sup>40</sup>.

La riaffermazione del generale divieto a metà degli anni '80 si accompagnò alla previsione di severe pene detentive e pecuniarie per chi gestisse un locale aperto al pubblico ove si praticassero giochi d'azzardo<sup>41</sup>; nello stesso anno, tuttavia, le società di corse di levrieri furono autorizzate ad offrire scommesse al totalizzatore, pur a condizione del rispetto di determinati requisiti legati alle risorse finanziarie disponibili<sup>42</sup>. L'anno successivo furono finalmente rese legali le scommesse sull'esito di eventi sportivi, attribuite sempre alla competenza dell'allora *Société de la Loterie nationale et du Loto national*<sup>43</sup>, alla quale fu altresì conferita, di lì a poco, l'autorizzazione a offrire giochi della categoria *cd. gratta-e-vinci*<sup>44</sup>.

La necessità di adoperarsi per far fronte alla liberalizzazione e all'apertura alla concorrenza nel settore dei servizi al fine di conformarsi al quadro giuridico dell'Unione Europea (su cui v. altresì la censura alla chiusura del settore del gioco d'azzardo nel Paese, che ha spinto la Commissione Europea ad aprire una

---

<sup>36</sup> Loi du 30 juin 1923 portant fixation du budget général de l'exercice 1923.

<sup>37</sup> Loi du 31 mai 1933 portant fixation du budget général de l'exercice 1933, Art. 136.

<sup>38</sup> *L'organisation des jeux d'argent*, Étude de législation comparée n° 171, Sénat, avril 2007, disponibile all'url: [www.senat.fr/lc/lc171/lc1710.html](http://www.senat.fr/lc/lc171/lc1710.html) (ultimo accesso: 4 giugno 2019).

<sup>39</sup> Décret n° 78-1067 du 9 novembre 1978 relatif à l'organisation et à l'exploitation des jeux de loterie autorisés par l'article 136 de la loi du 31 mai 1933, Art. 17.

<sup>40</sup> *Ibid.*, Art. 18

<sup>41</sup> Loi n° 83-628 du 12 juillet 1983 relative aux jeux de hasard.

<sup>42</sup> Décret n°83-922 du 20 octobre 1983 relatif aux sociétés de courses de lévriers autorisées à organiser le pari mutuel.

<sup>43</sup> Art. 42, Loi n° 84-1208 du 29 décembre 1984 de finances pour 1985.

<sup>44</sup> Décret n° 87-330 du 13 mai 1987.

procedura di infrazione nei confronti della Francia nel 2007<sup>45</sup>) ha propiziato l' incisivo intervento del 2010, volto a conciliare l'ottemperanza agli obblighi derivanti dall'appartenenza all'UE con la protezione del patrimonio e della salute dei cittadini<sup>46</sup>.

La normativa stabilisce che il gioco d'azzardo, definito come gioco a premi ove l'azzardo prevalga sulla combinazione di abilità e intelligenza per il conseguimento di un guadagno<sup>47</sup>, non ricada né nella categoria dei commerci ordinari, né in quella dei servizi ordinari e che, nel rispetto del principio di sussidiarietà, sia strettamente inquadrato come materia di ordine pubblico, sicurezza pubblica e protezione della salute e dei minori<sup>48</sup>. Dopo aver indicato i fini ai quali le politiche statali in materia di gioco d'azzardo debbano orientarsi, il provvedimento sancisce la sottoposizione dello sfruttamento del gioco d'azzardo a un regime di esclusiva attribuita dallo Stato<sup>49</sup>. Di rilievo è la facoltà di chiedere l'autorizzazione all'offerta di giochi o scommesse *online*, fino a quel momento vietati (la legge è stata approvata, non a caso, alla vigilia del Campionato mondiale di calcio del 2010).

Tale provvedimento è concesso da parte della neo-costituita Autorità per la regolazione dei giochi *online* (*ARJEL*) ed è distinta per le scommesse ippiche, le scommesse sportive e i giochi in circolo (come il poker, ossia quelli ove i giocatori competono soltanto l'uno contro gli altri e non contro il "banco"): ciascuna autorizzazione copre cioè soltanto una specifica categoria di scommesse. L'*ARJEL* è definita come un'autorità amministrativa indipendente, incaricata di vigilare sul rispetto degli obiettivi della politica dei giochi e delle scommesse *online* in ossequio a quanto sancito da apposite disposizioni della legge istitutiva. Il suo ruolo più rilevante è quello di esercitare un controllo permanente dell'attività degli operatori di giochi o scommesse sulla rete, potendo financo irrogare sanzioni nei confronti di operatori beneficiari di provvedimenti autorizzativi per l'esercizio delle attività in parola<sup>50</sup>. Gli unici soggetti titolati a chiedere l'autorizzazione all'esercizio dell'attività o il suo rinnovo sono gli operatori di giochi o scommesse *online* la cui sede sociale sia stabilita nel territorio di uno Stato membro della Comunità europea o aderente allo Spazio economico europeo (in questo secondo caso, qualora lo Stato abbia stipulato con la Francia una convenzione che contenga una clausola di cooperazione amministrativa nella lotta alla frode ed evasione fiscale)<sup>51</sup>. Le decisioni di autorizzazione sono motivate e possono essere di diniego solo a fronte di incapacità di natura tecnica, economica o finanziaria del richiedente di far fronte alle proprie obbligazioni, di salvaguardia dell'ordine pubblico, di lotta contro il

<sup>45</sup> Le informazioni relative alla procedura di infrazione sono disponibili agli url: [europa.eu/rapid/press-release\\_IP-06-1362\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-1362_fr.htm) e [europa.eu/rapid/press-release\\_IP-07-909\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-07-909_fr.htm) (ultimo accesso: 4 giugno 2019).

<sup>46</sup> J.-C. Lavigne, *Les jeux d'argent*, in *Revue d'éthique et de théologie morale*, 262, vol. 4, 2010, 14.

<sup>47</sup> Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, Art. 2.

<sup>48</sup> *Ibid.*, Art. 1.

<sup>49</sup> *Ibid.*, Art. 3.

<sup>50</sup> *Ibid.*, Art. 34.

<sup>51</sup> *Ibid.*, Art. 21.

riciclaggio di denaro o il finanziamento del terrorismo, di necessità della sicurezza pubblica o di lotta contro l'abuso del gioco. Tale disciplina ha mutato significativamente lo scenario precedente, ove la possibilità di offrire nuovi giochi o di avviare attività di sfruttamento del gioco d'azzardo dipendeva in buona sostanza, pur con le dovute differenze fra casinò, società di corse e *FDJ*, da una sorta di regalìa dello Stato, elargita nell'esercizio di un potere ampiamente discrezionale<sup>52</sup>.

La legge del 2010 ha previsto inoltre che lo Stato stipuli una convenzione pluriennale con i titolari di diritti di sfruttamento esclusivo in materia di offerta pubblica di giochi e scommesse atta a regolare l'organizzazione e lo svolgimento delle stesse attività e a determinare le spese di organizzazione che si prevede gli stessi dovranno sostenere<sup>53</sup>. Per coloro che offrivano scommesse e giochi d'azzardo in virtù di disposizioni di legge risalenti, è stata disposta un'autorizzazione provvisoria alla prosecuzione dell'attività, a patto del rispetto dei requisiti dettati dalla disciplina più recente e fintanto che l'*ARJEL* non si pronunci sulla domanda di autorizzazione che l'operatore deve presentare. Di recente introduzione sono anche ulteriori severe pene detentive e pecuniarie per l'offerta abusiva di scommesse o giochi d'azzardo<sup>54</sup>. Inoltre, il legislatore ha riconosciuto espressamente che la natura della missione affidata alle società di corse è quella di un servizio pubblico<sup>55</sup>, anche in ragione delle particolari prerogative a esse attribuite, così contraddicendo l'orientamento precedente del Consiglio di Stato che aveva negato tale qualificazione a esse<sup>56</sup>.

La *Loi Pacte* prevede l'assegnazione dei diritti di sfruttamento esclusivo di tutti i tipi di lotterie, tanto presso le ricevitorie che *online*, e delle scommesse legate ad eventi sportivi presso le ricevitorie per una durata limitata nel tempo (seppur non specificata nel testo) a una persona giuridica unica posta sotto uno stretto controllo statale. Lo stesso disegno di legge identifica nella *FDJ* tale soggetto, autorizzandone altresì la cessione della maggioranza del capitale a investitori privati<sup>57</sup>. Con riferimento a tale ultimo passaggio, il testo prevede che il Governo emani un'ordinanza entro sei mesi dall'entrata in vigore del provvedimento per disciplinare una pluralità di aspetti collegati al processo di privatizzazione della *FDJ*, come l'estensione dei diritti di sfruttamento esclusivo concessi ai beneficiari e i corrispettivi da essi dovuti, le condizioni di esercizio dei diritti stessi e la durata della concessione, in ogni caso non eccedente venticinque anni. Il testo prevede altresì che, entro tre mesi dalla pubblicazione di tale ordinanza, il Governo debba presentare al Parlamento un progetto di legge di ratifica della stessa, senza il cui deposito non si potrà procedere all'emanazione del decreto che autorizzi la privatizzazione di *FDJ*.

---

<sup>52</sup> S. George, *Le droit public des jeux émergence et mutations d'une forme originale de maîtrise étatique*, in *Pouvoirs*, 139, vol. 4, 2011, 84.

<sup>53</sup> Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, Art. 66.

<sup>54</sup> *Ibid.*, Art. 56.

<sup>55</sup> Art. 52, Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010.

<sup>56</sup> *Conseil d'État*, 24 février 1999, n° 185113, *Wildenstein*.

<sup>57</sup> Art. 137, *Loi Pacte*.

Il Consiglio di Stato si è espresso nel senso della conformità ai principi costituzionali e del diritto dell'Unione Europea della modifica della durata della concessione e della designazione della *FDJ* come il soggetto beneficiario della stessa. Per quanto concerne il trasferimento della maggioranza del capitale di *FDJ* a investitori privati, è stato ritenuto che non sussistesse lesione del principio di cui all'*alinéa* 9; a tal proposito, il parere richiamava una precedente pronuncia della sezione contenziosa del Consiglio di Stato, che aveva affermato come, in quanto non investita di una missione di pubblico servizio, *FDJ* non poteva qualificarsi alla stregua di un servizio pubblico nazionale<sup>58</sup>. Inoltre, la posizione di *FDJ* è stata considerata insussumibile sotto la figura del monopolio di fatto, non esercitando la stessa una posizione dominante nel settore di riferimento in Francia: d'altronde, esistono numerosi altri operatori (*PMU*, casinò o sale giochi e operatori di scommesse sportive *online*) sul mercato di riferimento e la stessa società esercita parte della propria attività nel contesto di mercati concorrenziali (scommesse sportive in rete, attività in territorio estero tramite filiali)<sup>59</sup>. Infine, l'autorizzazione al Governo di poteri d'ordinanza volti a modificare alcuni aspetti rilevanti di organizzazione, sfruttamento e monitoraggio del settore non è considerata dal Consiglio di Stato meritevole di censura critica.

La legittimità del trasferimento di *FDJ* al settore privato è stata parimenti contestata dinanzi al giudice costituzionale, seppur con riferimento a essa non vi sia stata la mobilitazione che si constata nel caso di *ADP* (v. *infra*, §6).

#### 4. Il settore energetico

Il terzo e ultimo ambito di intervento della *Loi Pacte* è quello dell'energia, con particolare riferimento alla proprietà azionaria della società di produzione e fornitura di gas naturale ed energia elettrica denominata *ENGIE*. Si tratta di una società anonima il cui capitale deve essere per legge detenuto almeno per un terzo dallo Stato francese<sup>60</sup> e che, a sua volta, controlla la società gestrice delle infrastrutture di distribuzione delle risorse energetiche *Gaz Réseau Distribution France* (*GRDF*). Quest'ultima è un'entità giuridica distinta dal fornitore di gas, in ottemperanza alla disciplina comunitaria rilevante<sup>61</sup>, e non può avere alcun azionista privato, poiché la legge prevede che il suo capitale possa essere detenuto soltanto da *GDF-Suez* (la società che nel 2015 ha assunto l'attuale denominazione di *ENGIE*), lo Stato, imprese pubbliche od organismi del settore pubblico<sup>62</sup>.

Storicamente, una prima forma di gestione di servizi pubblici nel settore dell'approvvigionamento energetico era esercitata dalle Municipalità in forza di

<sup>58</sup> *Conseil d'État*, 27 ottobre 1999, n°171169, *Rolin*.

<sup>59</sup> *Conseil d'État*, Assemblée générale, Séance du jeudi 14 juin 2018, Nos° 394.599 et 395.021, *Avis sur un projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises*, § 81, p. 30.

<sup>60</sup> Art. L111-68, Code de l'énergie.

<sup>61</sup> Art. L111-7, Code de l'énergie, come modificato dall'Ordonnance n°2016-130, 10 febbraio 2016 - Art. 1. La disposizione recepisce quanto previsto dall'art. 26, Direttiva 2009/72/CE e Direttiva 2009/73/CE.

<sup>62</sup> Art. L111-49, Code de l'énergie (Ordonnance n°2011-504, 9 maggio 2011).

due leggi risalenti alla seconda metà del XIX secolo<sup>63</sup>. Al principio del secolo successivo, la distribuzione di energia elettrica e quella di gas naturale, considerate entrambe alla stregua di un servizio pubblico, furono perlopiù conferite in concessione a soggetti privati da parte di Comuni o consorzi o Unioni di Comuni che erano proprietari delle reti di distribuzione<sup>64</sup>; la produzione e il trasporto erano invece lasciate alla libera concorrenza tra imprese private<sup>65</sup>. Invero, al termine della II guerra mondiale la produzione, il trasporto, la distribuzione, l'importazione e l'esportazione di elettricità e di gas combustibile furono nazionalizzati, portando all'istituzione di due enti pubblici industriali e commerciali (*EPIC*), denominati *Electricité de France (E.D.F.)* l'uno e *Gaz de France (G.D.F.)* l'altro, responsabili di svolgere le funzioni di cui sopra<sup>66</sup>. Quanto segue dà conto delle vicende riguardanti *GDF*, nella consapevolezza che parte di quanto detto, perlomeno stante il corrente quadro normativo, si può dire valga anche per *EDF*.

1262

La situazione è rimasta pressoché invariata fino alla fine degli anni '90, quando la Comunità Europea ha cercato di favorire la creazione di un mercato unico dell'energia, sollecitando l'apertura del settore alla concorrenza fra operatori economici di tutti i Paesi membri del mercato unico<sup>67</sup>. La Francia ha recepito questa prima tranche di indicazioni comunitarie emanando un provvedimento che ha consentito ai fornitori di gas naturale autorizzati in altri Stati membri a fare richiesta per ottenere un'autorizzazione ad operare anche nel paese transalpino<sup>68</sup>. Tuttavia, la concezione del settore del gas come ricadente entro il perimetro dei servizi pubblici ha fatto sì che la Francia abbia, tutto sommato, ottenuto rilevanti concessioni in sede di negoziazione europea per quanto concerne ulteriori obblighi di liberalizzazione del mercato di riferimento: infatti, gli enti territoriali hanno continuato, per un ulteriore periodo di tempo, a essere beneficiari di concessioni per la fase della distribuzione della materia prima, che è rimasta accentrata in mano pubblica<sup>69</sup>. La disciplina europea in materia si è nel frattempo evoluta nel senso di richiedere una separazione, quantomeno formale, fra fornitore o produttore del servizio energetico e suo distributore<sup>70</sup>; la distribuzione è stata quindi affidata a

<sup>63</sup> Loi départementale du 10 août 1871 e Loi municipale du 5 avril 1884. Per una prospettiva più recente sui servizi pubblici esercitati a livello decentrato v. D.M. Traina, *I servizi pubblici locali in Francia*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, II, 2001, 879 ss.

<sup>64</sup> Il regime si è consolidato a partire dall'approvazione della Loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie; v. J. Bergougnoux (a cura di), *Services publics en réseau: perspectives de concurrence et nouvelles régulations*, Parigi, 2000, 103.

<sup>65</sup> J.-P. Angelier, *Electricité et gaz naturel: du monopole public à la concurrence réglementée. Une perspective historique*, 2005, 2-3, disponibile all'url: [halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00120737/document/](https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00120737/document/) (ultimo accesso : 4 giugno 2019).

<sup>66</sup> Loi n° 46-628 du 8 Avril 1946 sur la Nationalisation de l'Electricité et du Gaz.

<sup>67</sup> Direttiva 98/30/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 giugno 1998 relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale.

<sup>68</sup> Loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie, Art. 5.

<sup>69</sup> Cavaliere P., Vendaschi A., *Il mercato europeo del gas naturale: un obiettivo ancora da raggiungere*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, II, 2007, 889-890.

<sup>70</sup> Direttiva 2003/55/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 98/30/CE.

persone giuridiche il cui capitale sia detenuto esclusivamente da soggetti pubblici o controllati dallo Stato: per *GDF* si tratta della controllata *GRDF*. Contestualmente, inoltre, *GDF* è stata trasformata in una società anonima a partecipazione necessaria dello Stato pari almeno al 70%, alla quale è attribuita la competenza per la produzione di energia elettrica e la fornitura di gas naturale (al pari di *E.D.F.*)<sup>71</sup>.

Di lì a poco, *GDF* ha fronteggiato un'altra rilevante trasformazione, con la fusione con la società ad azionariato diffuso *Suez*, volta ad evitare che la stessa fosse "scalata" dal colosso italiano dell'energia *ENEL*<sup>72</sup>. La fusione è stata in seguito autorizzata con un provvedimento che ha anche sancito, in forza dell'unione di forze con *Suez*, la modifica della precedente disciplina e l'abbassamento della quota minima di capitale che debba essere detenuta dallo Stato francese nella neo-costituita società a un terzo del totale<sup>73</sup>, aprendo così, di fatto, alla privatizzazione della società.

La *Loi Pacte* modifica la disciplina consentendo che la quota di capitale di *GRDF* che *ENGIE*, lo Stato, imprese pubbliche od organismi del settore pubblico debbano necessariamente detenere sia pari alla sola maggioranza, senza così impedire che una parte anche consistente del capitale della società divenga di proprietà di investitori privati<sup>74</sup>. L'altra novità è la modifica della disposizione del Codice dell'energia che prevede una soglia minima di azionariato statale in *ENGIE*<sup>75</sup>, che passa da almeno il 30% del capitale a una singola azione. Il Consiglio di Stato ha sinteticamente argomentato di non ritenere che alcuna delle due modifiche sia meritevole di rilievi critici sotto il profilo della compatibilità con i principi costituzionali o comunitari<sup>76</sup>. Tuttavia, è chiaro che l'effetto che discenderebbe dalla combinazione delle due modifiche è quello di consentire che tanto la fornitura di gas naturale, operata in larga parte da *ENGIE*, quanto la sua distribuzione, di cui è responsabile principalmente *GRDF*, possano passare integralmente (o quasi, vista la simbolica frazione che lo Stato dovrebbe in ogni caso detenere in *ENGIE*) in mano a investitori privati (per *GRDF* questo accadrebbe in conseguenza del transito del capitale di *ENGIE* sotto il settore privato) e pertanto sfuggire, dopo oltre settant'anni, al controllo giuridico dello Stato. Peraltro, proprio due disposizioni attinenti al campo delle modifiche in tema di approvvigionamento energetico sono state sanzionate dal *Conseil Constitutionnel*,

<sup>71</sup> Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, Art. 24; a tal proposito, è stata sottolineata la distinzione fra la cd. "societizzazione" di enti pubblici esercenti pubblici servizi e la loro privatizzazione (seppur la prima sia spesso un primo passo verso la seconda), v. B. Poujade, *Privatizzazioni e collettività locali in Francia*, in G.F. Ferrari (a cura di), *Semplificazione amministrativa, privatizzazioni e finanza locale. Esperienze nazionali a confronto*, Venezia, 2014, 152-153.

<sup>72</sup> C. Lucioni, *Il ruolo delle autorità amministrative indipendenti nel settore della regolazione dei servizi pubblici in Francia: il caso della Commission de Régulation de l'Énergie*, in G.F. Ferrari (a cura di), *Servizi pubblici locali e autorità di regolazione in Europa*, Bologna, 2010, 124.

<sup>73</sup> Loi n°2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie.

<sup>74</sup> Art. 140, *Loi Pacte*.

<sup>75</sup> Art. L111-68, Code de l'énergie.

<sup>76</sup> *Conseil d'État*, Assemblée générale, Séance du jeudi 14 juin 2018, Nos° 394.599 et 395.021, *Avis sur un projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises*, § 82, p. 31.

che ha comunque lasciato in piedi le altre rilevanti modifiche apportate al regime giuridico di *ENGIE* e *GRDF* (v. *infra*, §6).

### 5. Proprietà privata e pubblica: principi e giurisprudenza costituzionale

Il tema del trasferimento dalla mano pubblica a quella privata (o viceversa) di attività che rientrano nell'ampia categoria dei servizi pubblici è divenuto di particolare interesse a partire dagli anni '80 del XX secolo, quando anche in Francia, dinanzi a un clima internazionale particolarmente favorevole al ritiro dello Stato dall'iniziativa economica diretta, sono stati intrapresi diversi tentativi di ridurre il ruolo del settore pubblico nell'ambito imprenditoriale. In questo contesto, la prima vera alternanza ai vertici degli organi repubblicani fra gli eredi della tradizione di De Gaulle e gli esponenti del Partito socialista ha determinato un percorso non lineare nel rapporto fra Stato e mercato, caratterizzato da fasi di accentramento del controllo di grandi imprese nelle mani pubbliche contrapposte a fasi di favorevole apertura dell'azionariato al settore privato. Avendo a mente tale quadro, risulta più agevole valutare l'opera del *Conseil Constitutionnel*, che dei testi finalizzati all'una o all'altra trasformazione è stato interprete privilegiato in sede di scrutinio preventivo di costituzionalità.

A beneficio di chiarezza, vale la pena fare riferimento alle disposizioni che hanno fatto da parametro delle decisioni del collegio di stanza al *Palais Royal* allorquando esso abbia vagliato leggi di nazionalizzazione o privatizzazione. In primo luogo, l'art. 34 Cost. V Repubblica dispone una riserva di legge per la regolazione della nazionalizzazione di imprese e, di converso, del trasferimento di beni delle stesse dalla proprietà pubblica a quella privata<sup>77</sup>. Accanto a questa disposizione, il *Conseil* ha ritenuto di applicare anche altri principi che si rintracciano nel cd. *bloc de constitutionnalité*<sup>78</sup>: si tratta di quelli sanciti all'art. 17 DDHC e all'*alinéa* 9 (v. *supra*, §2). La prima disposizione prevede che la proprietà, in quanto diritto inviolabile e sacro, non possa essere sottratta al legittimo titolare del bene salvi i casi di evidente necessità pubblica e a fronte di adeguato indennizzo al proprietario, mentre la seconda impone il trasferimento in mano pubblica di tutti i beni e le imprese il cui utilizzo si configuri come un servizio pubblico nazionale o un monopolio di fatto.

<sup>77</sup> Art. 34, *alinéa* 2, Constitution du 4 octobre 1958, «*La loi fixe ... les règles concernant ... les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé*».

<sup>78</sup> Come è noto, con la cd. *Grand Décision* (n° 71-44 DC du 16 juillet 1971), il *Conseil Constitutionnel* ha sancito la rilevanza ai fini del giudizio di legittimità costituzionale, oltre che della Costituzione della V Repubblica, anche del Preambolo alla Costituzione della IV Repubblica (1946) e della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (1789). L'espressione si deve originariamente a C. Emeri e J.-L. Seurin (*Chronique constitutionnelle et parlementaire française. Vie et droit parlementaire*, RD publ., 1970, spéc. p. 678), anche se è a Louis Favoreu (*Bloc de constitutionnalité*, in O. Duhamel et Y. Meny (a cura di), *Dictionnaire constitutionnel*, Parigi, 1992, p. 87) che si fa risalire la sua compiuta teorizzazione. Giova notare come, a partire dal 2005, anche la Carta dell'ambiente (2004) è assunta al rango di parametro di legittimità costituzionale, in quanto inserita nel Preambolo alla Costituzione della V Repubblica.

Sulla base di tali disposizioni, il *Conseil Constitutionnel* ha elaborato una giurisprudenza trentennale sul tema, che ha accompagnato e, in parte, indirizzato l'incedere irregolare del processo di privatizzazione dei soggetti esercenti funzioni di pubblico servizio. Tale percorso venne inaugurato dalle due decisioni in tema di nazionalizzazioni pronunciate dal collegio nel 1982 a breve distanza l'una dall'altra. La legge sulle nazionalizzazioni era stata approvata dall'Assemblea Nazionale il 18 dicembre 1981 all'esito di un percorso contrastato, caratterizzato tanto in prima quanto in seconda lettura da una posizione favorevole della Camera bassa e una sfavorevole della Camera alta, senza che la commissione mista paritetica convocata a seguito della prima lettura fosse stata in grado di redigere un progetto di legge condiviso<sup>79</sup>. Con la decisione del 16 gennaio 1982, il *Conseil Constitutionnel* interpretò l'art. 34 Cost. nel senso che la disposizione non imponesse che qualsiasi operazione implicante un trasferimento dal settore privato a quello pubblico (o viceversa) fosse decisa in via diretta dal legislatore, al quale spetta la sola competenza a disciplinare lo svolgimento dell'operazione secondo regole che applicheranno le autorità o gli organi designati dal legislatore stesso<sup>80</sup>. Con tale provvedimento, il collegio rilevò l'incostituzionalità soltanto di alcune disposizioni della legge impugnata; tuttavia, riconoscendo il carattere di inseparabilità delle stesse dal resto della legge<sup>81</sup>, impedì di fatto la promulgazione del provvedimento nella sua interezza.

La pronuncia riveste inoltre un significato particolare sotto il profilo della consacrazione del ruolo della *judicial review of legislation* nel sistema francese (pur se svolta in un momento antecedente all'entrata in vigore del testo normativo): infatti, contrariamente a quanto sostenuto dal Guardasigilli nella memoria depositata a sostegno della costituzionalità della legge, il *Conseil* ritenne che l'attribuzione alla legge delle scelte su nazionalizzazioni e privatizzazioni a norma dell'art. 34 Cost. non valesse a dispensare il legislatore, nell'esercizio di tale competenza, dal rispetto dei principi e delle regole di valore costituzionale che sono imposti a tutti gli organi dello Stato<sup>82</sup>. Detto altrimenti, il collegio affermò a chiare lettere che la discrezionalità del legislatore nell'apprezzamento delle misure che lo stesso determina non è sindacabile dal giudice costituzionale, ma altresì che ciò non vale a esentare l'esercizio di tale potere discrezionale dalla verifica di compatibilità con la Costituzione: si tratta, cioè, di un riconoscimento della prevalenza del principio di costituzionalità sul principio di legalità, conclusione invero non del tutto pacifica in un ordinamento che sulla rilevanza della legge come espressione della volontà popolare si è a lungo fondato<sup>83</sup>.

<sup>79</sup> L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Parigi, 1999, 472.

<sup>80</sup> Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, § 39. Il testo originale recita « [c]onsidérant que si, aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé, ces dispositions n'imposent pas que toute opération impliquant un transfert du secteur public au secteur privé soit directement décidée par le législateur; qu'il appartient à celui-ci de poser pour de telles opérations des règles dont l'application incombera aux autorités ou organes désignés par lui ».

<sup>81</sup> *Ibid.*, § 75.

<sup>82</sup> *Ibid.*, § 18.

<sup>83</sup> L. Favoreu, L. Philip, *op. cit.*, 483; L. Favoreu, *La politique saisie par le droit*, Parigi, 1988, 36-38.

La decisione si rivelò anche un'occasione per rimettere ordine nell'ambito del *bloc de constitutionnalité*, con particolare riferimento all'(in)esistenza di una gerarchia materiale fra le varie componenti. Infatti, non solo il contenuto dell'art. 17 DDHC venne dichiarato produttivo di effetti giuridici, in conseguenza dell'esito negativo del referendum del 5 maggio 1946 su un progetto di Costituzione corredato da una dichiarazione dei diritti alternativa a quella del 1789 e del rinvio alla stessa DDHC nel Preambolo alle Costituzioni della IV e V Repubblica; inoltre, la disposizione si vide riconosciuto pari grado agli altri valori sanciti dalla DDHC e pieno valore costituzionale, avendo i principi di natura politica, economica e sociale sanciti dal Preambolo alla Cost. IV Repubblica valenza meramente integrativa e non derogatoria rispetto a quelli di cui alla DDHC<sup>84</sup>.

Per quanto concerne il significato da attribuire all'*alinéa* 9, la pronuncia non affrontò direttamente la questione: i ricorrenti sostenevano che *soltanto* beni e imprese il cui utilizzo costituisse un servizio pubblico nazionale o un monopolio di fatto potessero fondare la pretesa dello Stato di nazionalizzare; diversamente, la maggioranza parlamentare riteneva che la disposizione valesse a stabilire un requisito minimo alla cui manifestazione il legislatore fosse tenuto a trasferire in mano pubblica la proprietà del bene o dell'impresa, senza pregiudizio a eventuali altre operazioni di sorta dettate da esigenze ulteriori e nella piena discrezionalità dello stesso Parlamento<sup>85</sup>. L'unica conclusione che è dato trarre dalla pronuncia è l'affermazione dell'inesistenza di ragioni che, a norma della disposizione, ostino all'applicazione alle nazionalizzazioni dei principi sanciti dalla DDHC<sup>86</sup>.

A seguito della pronuncia, il Consiglio dei Ministri predispose rapidamente un nuovo progetto di legge e conferì al Primo ministro il compito di impegnare la responsabilità politica del Governo sul provvedimento; il testo fu approvato nell'arco di due settimane, nonostante le resistenze della maggioranza dei senatori, e il *Conseil*, nuovamente adito, si pronunciò l'11 febbraio sancendo la conformità a Costituzione della legge<sup>87</sup>. Peraltro, questa seconda decisione costituisce il primo caso di esercizio di un controllo *à double détente* di leggi ordinarie, mentre tale meccanismo di scrutinio era già stato applicato nei confronti di regolamenti d'assemblea e leggi organiche<sup>88</sup>. La particolarità di questo tipo di verifica, che potremmo tradurre come *controllo in due tempi*, è che si manifesta laddove disposizioni dichiarate incostituzionali siano considerate inseparabili dal resto del testo normativo, impedendone così la promulgazione: la legge che la maggioranza parlamentare potrebbe approvare tenuto conto dei rilievi del giudice costituzionale è quindi destinata, con ogni probabilità, a essere sottoposta a un secondo vaglio di conformità alla Costituzione. Peraltro, tale procedimento pone anche una questione ulteriore, ossia se il soggetto che abbia esercitato l'iniziativa legislativa

---

<sup>84</sup> L. Favoreu, *Une grande décision*, in L. Favoreu (a cura di), *Nationalisation et Constitution*, Parigi-Aix-en-Provence, 1982, 39-41.

<sup>85</sup> *Ibid.*, 52.

<sup>86</sup> Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, § 17.

<sup>87</sup> Décision n° 82-139 DC du 11 février 1982.

<sup>88</sup> L. Favoreu, L. Philip, *op. cit.*, 479; M.-C. Steckel, *Le Conseil Constitutionnel e l'alternance*, Parigi, 2002, 332-333.

(nel caso di specie il Governo) debba sottoporre un progetto di legge del tutto nuovo al Parlamento oppure se possa limitarsi a presentare solo le disposizioni dichiarate incostituzionali in una versione emendata: i proponenti ritennero nella circostanza che il deposito di un nuovo testo fosse la scelta più appropriata. D'altronde, la necessità di far ripartire l'iter legislativo non impedì una rapida approvazione del progetto di legge, dimostrando come anche il *Conseil*, lungi dalla volontà di erigersi a baluardo dello *status quo*, si predispose a svolgere piuttosto una funzione di indirizzo che canalizzasse un cambio di rotta tanto significativo entro la cornice costituzionale.

Il vento cambiò rapidamente quando, a seguito della vittoria gollista alle elezioni legislative del 1986, il Presidente socialista Mitterand nominò Primo ministro Jacques Chirac, inaugurando così la prima coabitazione nella storia della V Repubblica. Al suo insediamento, l'esecutivo presentò al Parlamento un progetto di legge che autorizzava il Governo a procedere a una massiccia opera di privatizzazione di imprese pubbliche tramite l'emanazione di un'ordinanza. Nell'arco di un mese e mezzo il progetto di legge fu approvato in Assemblea Nazionale e in Senato e il *Conseil constitutionnel* fu presto adito dai parlamentari d'opposizione<sup>89</sup>. Con la decisione del giugno 1986 il collegio affrontò, accanto al tema della titolarità del potere di individuare puntualmente quali imprese pubbliche trasferire al settore privato, anche la questione dell'estensione del potere governativo d'adozione di ordinanze a norma dell'art. 38 Cost.: la legge impugnata fu dichiarata conforme a Costituzione poiché l'esercizio del potere di ordinanza del Governo non soggiace ad altra condizione se non quelle statuite allo stesso art. 38<sup>90</sup>. In particolare, il *Conseil* dichiarò che la legge di autorizzazione al Governo ad esercitare il potere di ordinanza non difettava di precisione, come invece sostenuto dai parlamentari d'opposizione: la decisione consacra quindi un'interpretazione del termine *programma* non particolarmente rigorosa, consentendo al Governo una determinazione delle finalità dell'intervento che, per quanto precisa e vincolata al rispetto di regole e principi di valore costituzionale<sup>91</sup>, non deve recare necessariamente il contenuto di dettaglio delle ordinanze che saranno adottate, il quale può dipendere anche dai risultati di studi e approfondimenti le cui conclusioni siano conosciute in un momento successivo<sup>92</sup>. Seppur, dunque, sul piano formale la pronuncia certifichi l'ordinarietà del ricorso allo strumento dell'autorizzazione parlamentare al Governo a legiferare tramite ordinanza, proprio l'*obiter* che richiama una serie di parametri costituzionali espressi o ricavati

<sup>89</sup> L. Favoreu, L. Philip, *op. cit.*, 676.

<sup>90</sup> Décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, § 3; la disposizione recita: "*Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre, par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi ...*" [Il Governo può, per l'esecuzione del proprio programma, domandare al Parlamento l'autorizzazione ad adottare, tramite ordinanza, entro un limitato periodo di tempo, misure che appartengono normalmente al dominio della legge (T.d.A.)].

<sup>91</sup> *Ibid.*, §§ 13-14. Fra i principi richiamati esplicitamente, giova menzionare il controllo giurisdizionale e il diritto di difesa degli agenti economici interessati dalle procedure in questione, il rispetto degli obblighi internazionali della Francia (Art. 55 Cost. V Repubblica), la tutela dell'indipendenza nazionale e l'equa valutazione del valore delle imprese cedute.

<sup>92</sup> *Ibid.*, § 21.

dalla giurisprudenza del *Conseil* stesso certifica, nei fatti, la sottoposizione dell'esercizio di tale prerogativa a un controllo di natura piuttosto intrusiva: da un lato, la legge di abilitazione viene vagliata tanto per il rispetto delle procedure parlamentari di approvazione del testo quanto sotto il profilo del proprio contenuto (pur con il beneficio di un'eventuale specificazione in fase successiva delle disposizioni); dall'altro, l'ordinanza stessa che da essa scaturisce deve conformarsi a quei principi e valori costituzionali a proposito dei quali il collegio aveva già statuito nella decisione del 1982<sup>93</sup>.

Sul versante delle privatizzazioni, la decisione si è posta nel solco della pronuncia sulle nazionalizzazioni di pochi anni prima, da un lato confermando come sia il solo apprezzamento del legislatore a determinare quale imprese o beni debbano essere trasferiti al settore privato, con l'unico limite del rispetto dei sopracitati principi e valori costituzionali (fra cui l'*alinéa* 9); dall'altro, riconoscendo nuovamente che spetta al legislatore la sola determinazione delle regole che presiedano al trasferimento di beni o imprese dal settore pubblico a quello privato, senza che ciò richieda che ciascuna singola operazione sia autorizzata per legge<sup>94</sup>. Ciò valse a legittimare la dicotomia di trattamento basata sul rango delle imprese in questione, consentendo all'autorità amministrativa la libera alienazione di quelle di valore secondario o comunque di società controllate, vincolando invece a un'apposita deliberazione del Parlamento il trasferimento al settore privato del controllo di quelle imprese eccedenti determinate soglie dimensionali o volumi di affari oppure che fossero divenute di proprietà pubblica in ottemperanza a specifiche disposizioni di legge<sup>95</sup>.

La pronuncia riveste particolare significato, inoltre, per lo spazio che il collegio dedica all'interpretazione dell'*alinéa* 9, prendendo spunto dalla disposizione per occuparsi dell'istituto dei servizi pubblici. In primo luogo, viene sancita la natura di limite minimo alle privatizzazioni della disposizione, per cui è contrario a Costituzione soltanto il trasferimento al settore privato di beni o imprese il cui utilizzo si configuri come servizio pubblico nazionale o monopolio di fatto. In particolare, sul punto il *Conseil* statuì che “*se la necessità di determinati servizi pubblici nazionali deriva da principi o regole di valore costituzionale, la determinazione delle altre attività che debbano essere elevate a servizio pubblico nazionale è lasciata all'apprezzamento del legislatore o dell'autorità regolamentare*”, aggiungendo che non osta al trasferimento di un'attività o un'impresa al settore privato la sua precedente qualificazione come servizio pubblico nazionale quando non derivante da una previsione costituzionale<sup>96</sup>. Con riferimento al caso in questione, il collegio argomentò che, anche presumendo che con la legge di nazionalizzazione del 1982

<sup>93</sup> L. Favoreu, L. Philip, *op. cit.*, 681-682.

<sup>94</sup> Décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, § 72.

<sup>95</sup> Tale disciplina è poi stata introdotta con l'Art. 7, Loi n° 86-793 du 2 juillet 1986 autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social.

<sup>96</sup> Décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, § 53: “*Si la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle, la détermination des autres activités qui doivent être érigées en service public national est laissée à l'appréciation du législateur ou de l'autorité réglementaire*”.

il legislatore avesse voluto istituire un servizio pubblico di credito, tale operazione non costituiva la realizzazione di alcun obbligo costituzionale, non impedendo il ritorno di una porzione delle attività creditizie al settore privato. La pronuncia si premura altresì di delineare le modalità di individuazione di un monopolio di fatto, richiedendo che si tenga conto dell'insieme del mercato al cui interno si svolgano le attività delle imprese e della concorrenza alla quale le stesse devono far fronte nell'ambito di tale mercato e che non si considerino posizioni privilegiate detenute solo momentaneamente sul mercato o con riferimento a parte soltanto delle attività esercitate<sup>97</sup>. Sulla base di tali criteri, il *Conseil* ritenne che nessuna delle 65 imprese interessate dal testo ricadesse entro tale definizione, operando un controllo di opportunità limitato all'insussistenza di un manifesto errore di apprezzamento del legislatore, così importando una tecnica consolidata dalla giurisdizione amministrativa<sup>98</sup>.

La decisione sul caso delle privatizzazioni dimostra dunque come il giudice costituzionale francese non interpreti il proprio ruolo di contrappeso e garanzia nei confronti della tirannia della maggioranza come un effettivo potere di veto o di interdizione delle decisioni politiche del Parlamento, ma testimonia anzi la volontà dell'organo di assicurare che l'esercizio della discrezionalità di cui il legislatore gode sia inquadrato in una cornice di obblighi costituzionali funzionali alla protezione anche delle minoranze. Più nel dettaglio, il *favor* per le scelte di indirizzo politico del Parlamento si desume, fra l'altro, dalla scelta di limitare lo scrutinio sull'esistenza di monopoli di fatto a un mero accertamento "negativo", volto soltanto alla verifica di eventuali palesi errori di valutazione del legislatore; tuttavia, le numerose riserve di interpretazione contenute nelle decisione vincolano in maniera significativa l'esercizio del potere di autorizzazione del Parlamento (e, a cascata, quello di ordinanza del Governo), come peraltro evidente dalla scelta del *Conseil* di farvi esplicito riferimento nel dispositivo della pronuncia.

Il riscontro favorevole del giudice costituzionale non valse tuttavia a chiudere la vicenda, in quanto il Presidente della Repubblica rifiutò di firmare l'ordinanza adottata dal Governo, adducendo un presunto mancato rispetto degli obblighi internazionali della Francia; in realtà, si ritiene che la scelta fu piuttosto dettata da ragioni di natura politica, sulla cui legittimità è stata peraltro avanzata più di una perplessità, avendo il *Conseil* conferito la patente di conformità a Costituzione alla legge<sup>99</sup>. Il Governo pose rimedio all'inconveniente presentando al Parlamento un progetto di legge che sostituisse l'ordinanza e che fu di lì a breve approvato e promulgato senza ulteriori passaggi dinanzi al *Conseil Constitutionnel*.

Di lì a poco, il collegio del *Palais Royal* arricchì la giurisprudenza sull'*alinéa* 9 nell'ambito del giudizio sull'impugnazione della legge sulla libertà di comunicazione che prevedeva, fra l'altro, l'autorizzazione al passaggio in mano privata della società televisiva *TF1*. In particolare, il *Conseil* sancì esplicitamente come la disposizione ostasse alla concessione per legge di un monopolio su scala

<sup>97</sup> *Ibid.*, § 55.

<sup>98</sup> M.-C. Steckel, *op. cit.*, 321-322.

<sup>99</sup> *Ibid.*, 255.

nazionale a un'impresa privata, ritenendo tuttavia che la cessione ai privati di una sola fra le più società nazionali televisive operanti su frequenze Hertz non violasse tale divieto, lasciando aperta la possibilità di creazioni di analoghi servizi<sup>100</sup>.

Giova menzionare anche quanto statuito dal giudice costituzionale nel caso riguardante la *Caisse nationale de crédit agricole (CNCA)*, per la quale il Parlamento aveva ritenuto di avviare alla fine del 1987 un processo di mutualizzazione, trasformando l'ente pubblico in società anonima e cedendo le azioni a categorie ben individuate, fra cui in primo luogo le casse regionali di mutuo credito agricolo. Innanzitutto, venne ribadito che, a norma dell'art. 34 Cost., il legislatore fissa le regole che presiedono al trasferimento di beni dalla mano pubblica a quella privata (e viceversa) senza essere vincolato a qualsivoglia modalità di realizzazione del trasferimento, nel rispetto di quei principi e valori costituzionali già in precedenza menzionati. Inoltre, dopo aver escluso che l'attività costituisse un servizio pubblico richiesto dalla Costituzione, il *Conseil* ritenne che, seppur l'istituto di credito detenesse un'esclusiva per l'erogazione di prestiti agevolati al settore agricolo, essa non fosse che una delle attività dell'istituto e che comunque esistessero prestiti agevolati anche per altre categorie di soggetti, pertanto sancendo che il trasferimento di *CNCA* al settore privato non avrebbe violato l'*alinéa* 9<sup>101</sup>.

La realizzazione del progetto di privatizzazioni si arrestò piuttosto bruscamente alla rielezione alla Presidenza della Repubblica di Mitterand e al mutamento di maggioranza in seno all'Assemblea nazionale a seguito delle elezioni anticipate convocate dopo lo scioglimento della stessa (1988). All'esito di questa prima fase del processo di privatizzazione, soltanto un quinto delle imprese potenzialmente interessate era stato trasferito al settore privato (fra cui le banche *Paribas* e *Société Générale*). Un rilancio del piano abortito alla fine degli anni '80 si ebbe dopo che lo schieramento di centro-destra riconquistò la maggioranza nell'assemblea politica nel 1993 e, nell'ambito della seconda coabitazione, il Governo presieduto da Édouard Balladur spinse per l'approvazione di una legge che autorizzasse l'amministrazione al perseguimento di una politica di privatizzazione di svariati *assets* in mano pubblica senza sottostare a un termine di decadenza per l'esercizio di tale potere (come era previsto nella legge del 1986, che sanciva lo spirare dell'autorizzazione dopo cinque anni)<sup>102</sup>. I Governi Balladur e Juppé hanno così progressivamente portato a termine quasi tutti i trasferimenti previsti dal progetto del 1993, fra cui spiccano quelli della *Banque Nationale de Paris (BNP)*, 1993) e dell'impresa di produzione automobilistica *Renault* (1996), la cui nazionalizzazione risaliva al termine della II guerra mondiale<sup>103</sup>. Con riferimento a quest'ultima, la legge di autorizzazione alla privatizzazione aveva abrogato alcune disposizioni che ostavano al trasferimento della maggioranza del capitale in mano privata limitando al 25% la quota che lo Stato poteva alienare<sup>104</sup>.

<sup>100</sup> *Conseil Constitutionnel*, décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, § 45.

<sup>101</sup> *Conseil Constitutionnel*, décision n° 87-232 DC du 7 janvier 1988, § 31.

<sup>102</sup> Loi n° 93-923 du 19 juillet 1993 de privatisation.

<sup>103</sup> Ordonnance n°45-68 du 16 janvier 1945 portant nationalisation des usines Renault.

<sup>104</sup> Loi n° 90-560 du 4 juillet 1990 relative au statut et au capital de la Régie nationale des usines Renault, Art. 3.

Il giudice costituzionale si pronunciò nuovamente sulla nozione di servizio pubblico nazionale in occasione dell'impugnazione della legge volta a trasformare la persona giuridica pubblica *France Télécom* in un'impresa nazionale a partecipazione maggioritaria dello Stato. Il *Conseil* riconobbe che il mantenimento della missione di servizio pubblico a carico dell'impresa come previsto dalla disciplina previgente equivaleva alla qualificazione della stessa come esercente un servizio pubblico nazionale e che l'attribuzione della maggioranza del capitale della costituenda impresa allo Stato escludeva che vi potesse essere violazione dell'*alinéa* 9, potendo un ulteriore trasferimento di capitale dalla mano pubblica a quella privata avvenire soltanto tramite l'approvazione di una nuova legge<sup>105</sup>. Pertanto, un'attività può essere qualificata come servizio pubblico nazionale anche se esercitata da un ente di diritto privato (come una società anonima) a patto che il controllo sull'ente stesso sia comunque esercitato dallo Stato. Giova ricordare come la decisione in parola abbia anche sancito che, in assenza di esplicita disposizione normativa contraria, la persona giuridica rimanga vincolata al rispetto degli obblighi a valore costituzionale legati alla funzione di pubblico servizio precedentemente stabiliti, fra i quali l'eguaglianza di trattamento degli utenti, la neutralità e la confidenzialità del servizio e la continuità del servizio pubblico.

La vittoria dei socialisti alle elezioni legislative del 1997 portò all'*Hôtel de Matignon* Lionel Jospin, inaugurando la terza coabitazione con Chirac, divenuto nel 2005 inquilino dell'*Eliseo*. Il cambiamento di maggioranza, tuttavia, non arrestò il processo di privatizzazione, che però procedette con maggiore cautela e una particolare attenzione all'interesse nazionale nell'ambito delle attività delle imprese in questione; il settore finanziario e assicurativo fu ancora una volta quello in cui si concentrò la maggioranza delle operazioni, fra cui vale la pena menzionare quelle riguardanti *Crédit industriel et commercial (CIC, 1998)* e *Crédit Lyonnais (1999)*. Il primo decennio del XXI secolo ha poi visto il passaggio in mano privata anche del controllo della compagnia aerea di bandiera *AirFrance*<sup>106</sup>: esso, in realtà, è avvenuto per diluizione della porzione di capitale detenuta dallo Stato francese all'atto della fusione con l'operatore olandese *KLM*, per effetto della quale la quota statale è scesa dal 54% al 44%; di lì a poco lo Stato ha ritenuto di cedere una parte ulteriore del capitale della neonata *AirFrance-KLM*, scendendo al 18,6% delle quote<sup>107</sup>. A ruota è stato poi il turno del fornitore di servizi di telecomunicazione *France Télécom*<sup>108</sup>, che nel 2004 ha visto le partecipazioni del settore pubblico calare dal 53,1 % al 42,25% per effetto della cessione di circa il 10% da parte dello Stato e di *ERAP*<sup>109</sup>.

<sup>105</sup> *Conseil Constitutionnel*, décision n° 96-380 DC du 23 juillet 1996, § 4.

<sup>106</sup> L'autorizzazione è stata conferita tramite il décret n° 2003-945 du 3 octobre 2003 pris pour l'application de la loi n° 93-923 du 19 juillet 1993 de privatisation.

<sup>107</sup> Al 28 febbraio 2019 lo Stato francese deteneva il 14,3% delle azioni.

<sup>108</sup> Loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom.

<sup>109</sup> *Entreprise de recherches et d'activités pétrolières*, un ente pubblico commerciale e industriale che acquisisce partecipazioni in imprese nei settori dell'energia e delle telecomunicazioni per conto dello Stato francese.

Il *Conseil Constitutionnel* è tornato sulla scena allorché il III Governo Raffarin si accingeva a trasformare *E.D.F.* e *GDF* in società anonime: la decisione ricalca in realtà in buona parte quella su *France Télécom* di otto anni precedente, sancendo che il mantenimento della missione di servizio pubblico alle due società ne ha confermato la natura di esercenti attività di servizio pubblico nazionale e che, dato che la maggioranza delle partecipazioni azionarie erano rimaste in capo allo Stato, la legge non violava l'*alinéa* 9, poiché solo una legge ulteriore avrebbe potuto modificare l'azionariato nel senso di una diminuzione della presenza dello Stato<sup>110</sup>. Due anni più tardi, il collegio del *Palais Royal* si è trovato a dover rendere una decisione sull'impugnazione della legge che autorizzava lo Stato francese a scendere sotto la maggioranza del capitale di *GDF* a seguito della fusione con *Suez*. Il *Conseil d'État* in sede consultiva aveva ritenuto che la società non sfruttasse un monopolio di fatto in ragione di una pluralità di fattori: la recente soppressione del monopolio di importazione ed esportazione di gas; la risalente apertura della fornitura e del trasporto di gas ad altri operatori e la possibilità offerta ai comuni di gestire tramite concessione la distribuzione del gas attribuendola a imprese o enti pubblici da essi determinati; inoltre, anche il regime di monopolio nella distribuzione di gas ai cd. "clienti non idonei" non era stato considerato determinante, in quanto destinato a cessare di lì a pochi mesi<sup>111</sup>.

Il *Conseil Constitutionnel* si espresse sullo stesso provvedimento dichiarando che, al di fuori dei servizi pubblici richiesti dalla Costituzione, è il legislatore o l'autorità regolamentare a dover individuare quali altre attività debbano così essere qualificate, fissando la loro organizzazione a livello nazionale e conferendone l'esercizio a una *singola* impresa; una precedente qualificazione legislativa come servizio pubblico nazionale non osta, tuttavia, a una successiva cessione dell'impresa al settore privato, a patto che la stessa venga privata delle caratteristiche che ne fanno un'esercente servizio pubblico nazionale<sup>112</sup>. Nel caso di specie, la legge apriva alla concorrenza il mercato del gas naturale, imponendo a tutti gli operatori il rispetto dei medesimi obblighi a cui *GDF* era già assoggettata, pertanto impedendo di qualificare l'attività esercitata da *GDF*, che pure rimaneva un servizio pubblico, come di rango nazionale. Per quanto riguarda la verifica sull'esistenza di un monopolio di fatto, il *Conseil* ripropose il test già delineato nella decisione del 1986 sul piano di privatizzazioni del Governo Chirac, affermando che *GDF* non potesse ricadere nella categoria del monopolio di fatto per una pluralità di ragioni: il trasporto di gas fu aperto a tutti gli operatori già nel 1949; le attività di distribuzione, già conferite a operatori non nazionalizzati, sono state aperte alla concorrenza a partire dal 2005; è intervenuta la soppressione del monopolio dell'importazione o esportazione di gas nel 2003; in ogni caso, il gas naturale è fonte energetica sostituibile<sup>113</sup>.

<sup>110</sup> *Conseil Constitutionnel*, décision n° 2004-501 DC du 5 août 2004, § 14.

<sup>111</sup> *Conseil d'État*, Assemblée générale – n° 372.040 – 11 mai 2006.

<sup>112</sup> *Conseil Constitutionnel*, décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, § 14.

<sup>113</sup> *Conseil Constitutionnel*, décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, §§ 22-24.

È in questo consolidato orientamento giurisprudenziale che si iscrive la recente decisione sulle privatizzazioni autorizzate dalla *Loi Pacte*.

## 6. Il sindacato sulla *Loi Pacte* e la prima assoluta del *référéndum d'initiative partagée*

Il braccio di ferro fra Assemblea Nazionale e Senato, infatti, ha avuto il proprio prevedibile esito nel ricorso presentato dalla minoranza parlamentare dinanzi al *Conseil Constitutionnel* all'indomani dell'approvazione della stessa legge (14 aprile). Tuttavia, è d'uopo dar conto in precedenza di un'altra pronuncia pertinente la materia in questione: si tratta di quella riguardante la proposta di legge volta ad affermare il carattere di servizio pubblico nazionale dell'attività di sfruttamento degli aeroporti di Parigi (il *Conseil* è stato investito della questione in data 10 aprile).

In particolare, la Costituzione riconosce ad almeno un quinto dei membri del Parlamento il diritto di presentare un progetto di legge che, a determinate condizioni, può essere sottoposto a referendum (cd. referendum d'iniziativa condivisa o parlamentare). La proposta di iniziativa legislativa deve riguardare le materie su cui anche il Presidente della Repubblica può proporre referendum (*i.e.* organizzazione dei pubblici poteri, riforme relative alla politica economica, sociale o ambientale della nazione e ai servizi pubblici che vi concorrono, oppure volta a ratificare un trattato internazionale che, senza essere contrario alla Costituzione, nondimeno incida sul funzionamento delle istituzioni)<sup>114</sup>, deve ottenere il sostegno di un decimo degli elettori e non può prefiggersi l'abrogazione di una disposizione normativa entrata in vigore da meno di un anno<sup>115</sup>.

Accertato il rispetto dei requisiti previsti per la presentazione del progetto di legge in questione, il collegio ha riconosciuto come l'organizzazione, lo sfruttamento e lo sviluppo dei tre aeroporti parigini di Roissy, Orly e Le Bourget non costituiscano un servizio pubblico nazionale la cui necessità derivi dalla Costituzione; la proposta di qualificarli come tali a norma dell'*alinéa* 9 non comporta quindi alcun manifesto errore di apprezzamento da parte degli autori della proposta di legge<sup>116</sup>. Sulla base di tale considerazione, è stata sancita la possibilità di avviare, a partire dal mese successivo alla pubblicazione della decisione sulla Gazzetta Ufficiale, la raccolta delle firme a sostegno del referendum in questione, per un periodo totale di nove mesi<sup>117</sup>. Una volta che il *Conseil*

<sup>114</sup> L'elenco delle materie suscettibili di consultazioni referendaria è contenuto all'Art. 11, c. 1, Cost.

<sup>115</sup> Art. 11, c. 3, Cost. La disciplina costituzionale sul tema è stata altresì integrata da una fonte di rango legislativo intervenuta aggiungendo un'apposita disposizione all'ordinanza che disciplina il funzionamento del *Conseil Constitutionnel*, v. Art. 45-2, Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel (introdotto dall'Art. 2, Loi organique n°2013-1114 du 6 décembre 2013). Peraltro, è perlomeno dubbio se si tratti di uno strumento efficace in concreto, poiché condizione per l'indizione del referendum da parte del Presidente della Repubblica è la prolungata inerzia delle Camere, da intendersi come il mancato esame e deliberazione sulla proposta entro il termine di sei mesi, v. F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, 560-561.

<sup>116</sup> *Conseil Constitutionnel*, decisione n° 2019-1 RIP, 9 maggio 2019, § 9.

<sup>117</sup> Art. 4-II, Loi organique n° 2013-1114 du 6-12-2013 portant application de l'art. 11 de la Constitution.

*Constitutionnel* certificasse l'avvenuta soddisfazione del requisito dell'adesione alla proposta di legge di almeno un decimo dell'elettorato, le due Camere avrebbero un termine di sei mesi per esaminare il testo, all'inutile spirare del quale il Presidente della Repubblica dovrebbe sottoporre a referendum la proposta di legge medesima<sup>118</sup>.

Trattandosi della prima volta che tale iniziativa sia stata proposta e validata dal giudice costituzionale, non si può agevolmente prevedere la sua portata in concreto, anche se si potrebbe rivelare uno strumento non convenzionale a disposizione della minoranza politica per contrastare, seppur a distanza di tempo (v. l'obbligo che siano trascorsi almeno 12 mesi dall'entrata in vigore di una disposizione), eventuali indirizzi politici controversi e oggetto di aspro dibattito nel Paese oltre che in Parlamento. D'altronde, l'eventuale convocazione di tale referendum rischia di mettere in stallo la privatizzazione di *ADP*, a cui il legislatore avrebbe diversamente potuto procedere a seguito della pronuncia del *Conseil* stesso sulla conformità delle disposizioni in tema di privatizzazioni contenute nella stessa *Loi Pacte*<sup>119</sup>.

In questa seconda decisione, dopo aver respinto le doglianze relative all'alterazione della genuinità del dibattito parlamentare con riferimento alle modalità di presentazione delle disposizioni in questione, il collegio richiama quanto già statuito con la fondamentale decisione del 16 gennaio 1982, ossia che l'apprezzamento del legislatore nel determinare se e quali beni trasferire dalla mano pubblica a quella privata non lo dispensa dal rispetto dei principi e delle regole di valore costituzionale imposti a tutti gli organi dello Stato<sup>120</sup>. Sotto il profilo dell'esistenza di un monopolio di fatto, il giudice costituzionale osserva che, per quanto *ADP* sia titolare esclusiva del diritto di sfruttamento di numerosi aeroporti civili nella regione parigina, fra i quali i due principali del Paese, esistono comunque altri aeroporti di interesse nazionale o internazionale sul territorio francese; inoltre, nonostante *ADP* domini ampiamente il settore aeroportuale francese, essa fronteggia la crescente concorrenza dei principali aeroporti regionali e degli altri grandi Hub europei<sup>121</sup>. Il *Conseil* afferma altresì che il mercato dei trasporti in cui opera *ADP* contempla dei collegamenti per i quali il trasporto aereo è sostituibile con altre modalità di spostamento, fra cui quelle su strada e tramite ferrovie ad alta velocità<sup>122</sup>. Per queste ragioni, la pronuncia esclude la configurabilità di *ADP* come monopolio di fatto ai sensi dell'*alinéa* 9. A seguire, dopo aver richiamato la propria giurisprudenza sul tema dei servizi pubblici nazionali, il collegio dichiara che le attività esercitate da *ADP* non costituiscono un servizio pubblico nazionale derivante dalla Costituzione e che nessuna disposizione di legge in vigore qualifica la società come esercente un'attività così qualificata<sup>123</sup>. D'altronde, prosegue la pronuncia, lo sfruttamento di un servizio

<sup>118</sup> Art. 9, Loi organique n° 2013-1114 du 6-12-2013 portant application de l'art. 11 de la Constitution.

<sup>119</sup> *Conseil Constitutionnel*, Décision n° 2019-781 DC, 16 maggio 2019.

<sup>120</sup> *Ibid.*, §42.

<sup>121</sup> *Ibid.*, §45.

<sup>122</sup> *Ibid.*, §46.

<sup>123</sup> *Ibid.*, §§49-50.

pubblico di interesse nazionale non pertiene alla sola *ADP*, configurandosi anche come caratteristica di alcuni degli aeroporti regionali summenzionati.

Il *Conseil* ha altresì sancito la conformità costituzionale del meccanismo di calcolo dell'indennità da riconoscere ad *ADP* al termine previsto per la scadenza della concessione ad essa riconosciuta dalla *Loi Pacte*, in quanto basato su criteri che permettono una valutazione obiettiva e imparziale nel rispetto di tecniche di valutazione appropriate del valore dei beni, senza riconoscere ad *ADP* un'indennità eccessiva<sup>124</sup>. Parimenti conformi alla Costituzione sono state dichiarate le disposizioni concernenti le modalità di controllo sull'idoneità delle strutture a garantire la continuità del servizio pubblico aeroportuale.

Anche l'intenzione di privatizzare *FDJ* è finita sotto il tiro della *saisine parlementaire*, le cui doglianze sono state tuttavia respinte dallo stesso giudice costituzionale asserendo che le disposizioni impugnate non conferiscano un monopolio di fatto alla società in questione nel settore del gioco d'azzardo, che comprende altresì le scommesse sulle corse dei cavalli, le attività riservate ai casinò e le scommesse sportive *online*; d'altronde, l'offerta di scommesse sportive e poker *online* in concorrenza con altri operatori non conferisce alla stessa, pur se considerata insieme a quelle attività per cui essa detiene diritti di esclusiva, un rango tale da assurgere a monopolio di fatto nel settore<sup>125</sup>. Inoltre, prosegue la pronuncia, la privatizzazione di *FDJ* non esonera la medesima dal rispetto delle norme generali dettate in materia di gioco d'azzardo, fra cui quelle dettate per prevenire le degenerazioni patologiche del gioco e per tutelare i minori d'età<sup>126</sup>.

Diversamente dalle altre due iniziative, le modifiche al regime proprietario di *ENGIE* e di *GRDF* non sono state oggetto di contestazione a seguito della promulgazione della *Loi Pacte*.

Il paragrafo che segue, dopo aver delineato in breve l'orientamento del giudice costituzionale sulle disposizioni più rilevanti in materia, svolge alcune considerazioni sintetiche sulle motivazioni della più recente decisione del *Conseil Constitutionnel*.

## 7. I vincoli alle privatizzazioni: un quadro di sintesi

La ricostruzione della giurisprudenza del *Conseil Constitutionnel* con riferimento alle precedenti iniziative di privatizzazione o nazionalizzazione intraprese in Francia negli ultimi tre decenni consente di contestualizzare in maniera consapevole la pronuncia più recente del giudice costituzionale e delineare quali siano, a oggi, i principi a cui il legislatore deve attenersi quando intenzionato a trasformare, in un senso o nell'altro, il regime proprietario di enti eroganti servizi pubblici ai cittadini.

In particolare, l'interpretazione che delle disposizioni rilevanti in materia è stata data sembra essersi consolidata soprattutto con riferimento all'art. 34 Cost.

---

<sup>124</sup> *Ibid.*, §64.

<sup>125</sup> *Ibid.*, §91.

<sup>126</sup> *Ibid.*, §94.

e l'art. 17 DDHC. Nel primo caso, infatti, è ormai dato per assodato che il requisito che sia la legge a disciplinare le modalità di trasferimento di beni fra settore pubblico e privato non implichi che sia il legislatore a indicare puntualmente tutti e ciascuno gli enti la cui proprietà sia oggetto di alienazione al settore privato, ben potendosi delegare, con riferimento a una determinata categoria, tale scelta discrezionale all'autorità amministrativa<sup>127</sup>. Peraltro, non si ravvisa alcun possibile rilievo relativo alla violazione di tale principio nel caso delle privatizzazioni disposte dalla *Loi Pacte*, tutte d'altronde disposte espressamente dalla legge.

Nel secondo caso, il riconoscimento di forza precettiva al principio di cui all'art. 17 DDHC ha posto un interrogativo sull'effettiva sussumibilità del caso delle nazionalizzazioni sotto tale disposizione: la ricostruzione della genesi del testo ha infatti suggerito che esso sia stato originariamente designato a fungere da presidio avverso l'abuso del potere pubblico a fini espropriativi (ossia quelle forme di compressione del diritto di proprietà privata volte alla pubblica utilità ed efficaci su beni immobili)<sup>128</sup>. In quanto le nazionalizzazioni sono invece intese come indirizzate al perseguimento di una determinata politica economica e insistenti su universalità di beni o su titoli che assicurino il controllo di un'impresa, l'allargamento della sfera di applicazione della disposizione non era un'operazione interpretativa necessariamente dovuta. Tuttavia, il *Conseil Constitutionnel* ha riconosciuto che le nazionalizzazioni rientrano a pieno titolo nel campo delle privazioni della proprietà ai sensi della disposizione in oggetto e sono pertanto vincolate al rispetto della stessa. Ciononostante, lo scrutinio esercitato sulla sussistenza di esigenze di necessità pubblica alla base di tali operazioni è stato finora poco penetrante, fino ad ammettere che esse possano dipendere dalla mera intenzione del legislatore di fondare la nazionalizzazione sul bisogno di fornire ai pubblici poteri i mezzi per far fronte alla crisi economica, promuovere la crescita e combattere la disoccupazione<sup>129</sup>. Sul punto, il sindacato pare dunque limitarsi all'apprezzamento di eventuali errori manifesti di valutazione del Governo o del Parlamento, evitando di sottoporre le ragioni sottostanti alle scelte del legislatore a un esame approfondito. Adottando una prospettiva critica, 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, limitandosi a motivazioni che appaiono a tratti apodittiche e difettano di verifica penetrante sui motivi adottati dal legislatore per giustificare la propria scelta. D'altro canto, nel caso della *Loi Pacte* la questione è affrontata un po' sommariamente, risolvendosi nell'individuare l'esigenza di continuità del servizio pubblico aeroportuale come la necessità pubblica che fonda la futura privatizzazione dei beni di proprietà di *ADP*.

Più controversa è, invece, l'interpretazione dell'*alinéa* 9, poiché meno chiaro è il perimetro delle definizioni di servizio pubblico nazionale e di monopolio di

---

<sup>127</sup> Il principio è stato originariamente sancito nella sentenza n° 81-132 DC, 16 gennaio 1982, per poi essere applicato in concreto nella pronuncia n° 86-207 DC, 26 giugno 1986 (su entrambe v. *supra*, §5).

<sup>128</sup> J.-F. de Montgolfier, *Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées*, in *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 31 (Dossier: *Le droit des biens et des obligations*), marzo 2011, §I.1.

<sup>129</sup> J.-Y. Chérot, *Droit Public Économique*, Paris, Economica, 2007, 33.

fatto. Procedendo con ordine, la dottrina d'oltralpe si è a lungo interrogata sull'elaborazione di una definizione univoca dell'istituto del servizio pubblico, senza tuttavia pervenire ad un approdo certo e pienamente obiettivo; operando un'estrema sintesi, si ritiene che non possa esistere la categoria concettuale del servizio pubblico "naturale", cioè tale per le sole proprie caratteristiche oggettive<sup>130</sup>. Ciò non toglie che esistano comunque degli indicatori minimi per poter considerare un'attività un servizio pubblico, vale a dire l'esistenza di un collegamento, sia esso diretto o indiretto, con una pubblica autorità e l'orientamento dell'esercizio dell'attività stessa al soddisfacimento di un pubblico interesse; parimenti, si ritiene che vada considerato servizio pubblico l'attività che il legislatore in determinate circostanze temporali e storiche abbia designato come tale<sup>131</sup>. Pertanto, ne seguirebbe che, sottraendo determinate attività al dominio dei pubblici servizi per il mero operare di una classificazione legislativa, ci si svincolerebbe dall'applicabilità dell'*alinéa* 9, evitando di incappare nell'obbligo di trasferire un'impresa privata sotto il controllo pubblico e ben potendo alienare la proprietà di un ente che eserciti un servizio a privati.

La giurisprudenza del *Conseil Constitutionnel* sancisce una tripartizione della categoria dei servizi pubblici, i quali possono essere costituzionali, legislativi o regolamentari, a seconda della fonte da cui traggano la propria legittimazione. Peraltro, il riferimento del giudice costituzionale non è ai servizi pubblici che siano necessariamente menzionati dalla Costituzione come tali, bensì a quelli il cui status giuridico si possa desumere anche in via di interpretazione del testo costituzionale. *Conseil Constitutionnel* e *Conseil d'État* hanno adottato un orientamento decisamente restrittivo in materia, negando in svariate circostanze la qualifica di servizio pubblico costituzionale ad attività che pur rientravano nella più ampia categoria dei servizi pubblici<sup>132</sup>. Tale rigore del giudice costituzionale ha spinto una parte della dottrina a ipotizzare che di servizi pubblici costituzionali si possa parlare soltanto con riferimento a quei servizi pubblici a carattere amministrativo rientranti nelle funzioni tipiche della sovranità (difesa nazionale, giustizia, affari esteri, polizia)<sup>133</sup>. 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<sup>134</sup>. Quanto premesso consente di affermare che la categoria dei servizi pubblici costituzionali sia più ristretta di quella dei servizi pubblici nazionali, che infatti possono essere istituiti anche in conseguenza di scelta discrezionale del legislatore. Si può pertanto concludere che offre un servizio pubblico nazionale solo l'impresa

<sup>130</sup> G.J. Guglielmi, G. Koubi, M. Long, *Droit du service public*, Issy-les-Moulineaux, 2016, 107-108.

<sup>131</sup> J.-Y. Chérot, *op. cit.*, 43.

<sup>132</sup> *Conseil Constitutionnel*: décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986 e décision n° 87-232 DC du 7 janvier 1988; *Conseil d'État*: n° 372.147 – 25 et 29 août 2005 e n° 372.040 – 11 mai 2006.

<sup>133</sup> P. Esplugas, *Conseil Constitutionnel et service public*, LGDJ, Paris, 1994, 25 ss.

<sup>134</sup> L. Favoreu, L. Philip, *op. cit.*, 689-690.

che eserciti un servizio pubblico definito come tale dalla legge, su tutto il territorio nazionale e in condizione di monopolio<sup>135</sup>.

Decisivo è dunque, ai fini dell'interpretazione dell'*alinéa* 9, determinare i confini del concetto del monopolio di fatto. Anche in questo ambito, tanto il *Conseil Constitutionnel* quanto il *Conseil d'État* hanno adottato un atteggiamento cauto nel valutare l'esistenza di un monopolio in concreto, limitandosi a sanzionare soltanto quelle situazioni ove fosse stato accertato un manifesto errore di apprezzamento delle circostanze di fatto. Tuttavia, un tale approccio pare distanziarsi da un'analisi economica condotta alla stregua di quella tipica del diritto della concorrenza: il giudice costituzionale considera infatti come mercato di riferimento quello delle attività (al plurale) esercitate da un determinato soggetto, ove invece, di norma, la determinazione di tale mercato si fa su singoli prodotti o comunque su prodotti sostituibili, così restringendo tendenzialmente l'ambito di indagine<sup>136</sup>. La diretta conseguenza di tale asimmetria è stata l'estensione (forse all'eccesso) della concezione di mercato rilevante a opera del *Conseil d'État* nel contesto del parere sulla privatizzazione delle società concessionarie dei servizi autostradali: la ragione per cui si ritenne che esse non sfruttassero un monopolio naturale fu che esistevano comunque tragitti alternativi per congiungere le località interessate, conferendo così confini molto ampi al mercato concorrenziale di riferimento<sup>137</sup>.

Lo scrutinio sull'applicabilità dell'*alinéa* 9 costituisce il nucleo più rilevante della recente pronuncia del *Conseil Constitutionnel* (v. *supra*, §6), mettendo in luce plasticamente come sia sull'interpretazione di queste due ultime nozioni che si è finora (e, presumibilmente, continuerà a essere) giocato il delicato equilibrio fra le scelte di politica economica del legislatore e i limiti che i principi costituzionali pongono all'esternalizzazione ai privati di servizi ai cittadini. Tuttavia, non può negarsi la tendenziale deferenza che in materia ha adottato il giudice costituzionale, che ha sovente dato credito alle considerazioni addotte a proposito dal legislatore di turno.

Al termine dell'iter parlamentare della *Loi Pacte*, pare dunque confermato quel *favor* che, in materia, il sistema costituzionale francese tributa alla discrezionalità esercitata in concreto dal legislatore; non resta che attendere l'esito della complicata iniziativa referendaria intrapresa, che potrebbe rimescolare le carte e impedire la privatizzazione di *ADP*, così aprendo anche un canale alternativo ove convogliare il dissenso parlamentare e popolare con riferimento a iniziative di tal sorta.

---

<sup>135</sup> G.J. Guglielmi, G. Koubi, M. Long, *op. cit.*, 475-478.

<sup>136</sup> J.-Y. Chérot, *op. cit.*, 40-41.

<sup>137</sup> *Conseil d'État*, avis des 25 et 29 août 2005- no 372.147.