

## TRACCE DEL CONCORSO A 400 POSTI

### **Studio della commissione**

In **allegato** lo studio integrale.

Le tracce di penale e amministrativo sono chiaramente riferibili ai due professori ordinari. La prima, peraltro, rientra anche nella sfera di interessi del presidente della commissione.

### **Tracce assegnate al concorso e argomenti trattati al corso**

#### **Diritto civile**

- 17 maggio 2023: *«Premessi cenni sui contratti reali, tratti il candidato dei profili di responsabilità nel contratto di deposito».*
- 10 dicembre 2022: *«Contratto gratuito reale e contratto gratuito ad effetti reali».*  
In **allegato** l'estratto unico della dispensa di accompagnamento della lezione del corso ordinario, sulla responsabilità nel contratto di deposito, e della traccia sui contratti reali

#### **Diritto penale**

- 18 maggio 2023: *«Premessa un'esposizione dei caratteri tipici nonché della funzione del reato complesso, si soffermi il candidato sul delitto di omicidio volontario commesso dall'autore del delitto di atti persecutori nei confronti della stessa persona offesa»*
- 29 aprile 2023: *«Reato complesso e continuato, con particolare riferimento all'omicidio aggravato dagli atti persecutori e al giudizio di esecuzione».*  
In **allegato** l'estratto unico della dispensa di accompagnamento della full immersion del 29 aprile, dove viene esaminato il reato complesso e la sentenza sull'omicidio aggravato dagli atti persecutori (Cass. sez. un. S.U. 38402/21), e della dispensa di accompagnamento della lezione preconcorsò del 16 maggio, dove viene esaminato il delitto di atti persecutori.

#### **Diritto amministrativo**

- 19 maggio 2023: *«Illustri il candidato la disciplina dei servizi di interesse economico generale e la compatibilità con il regime degli aiuti di stato»*
- 16 maggio 2023: *«Premessi cenni sulle regole di concorrenza nel settore dei servizi e dei servizi di interesse (economico) generale, dica il candidato dei modelli di affidamento ai privati dei beni e servizi pubblici. Poteri del legislatore in materia».*  
In **allegato** l'estratto unico della dispensa di accompagnamento della lezione del corso ordinario del 6 maggio sui servizi pubblici e della lezione preconcorsò del 16 maggio.

Quando si fa riferimento agli “argomenti trattati al corso” non ha alcun senso fare riferimento a libri o raccolte di temi. Né ha molto senso fare riferimento a lezioni in cui si sono trattate decine di argomenti o che esaminano in modo generico singoli aspetti oggetto della traccia concorsuale. Occorre invece considerare se la trattazione dell’argomento:

- a) si avvicina molto alla traccia del concorso;
- b) è avvenuta a breve distanza dal concorso;
- c) è avvenuta in modo approfondito.

## **Diritto civile**

- **Traccia**

*Premessi cenni sui contratti reali, tratti il candidato dei profili di responsabilità nel contratto di deposito.*

- **Analisi logica**

Traccia istituzionale, classica (secondo tipo: generale/particolare), ma non molto armoniosa: il collegamento tra la prima e la seconda parte è nell’essere il contratto di deposito un contratto reale, ma l’elemento centrale della prima parte attiene alla fase di perfezionamento del contratto, quello della seconda parte attiene alla fase di esecuzione del contratto. Per illuminare il nesso occorre evidenziare il ruolo della consegna da un lato nella formazione del vincolo, dall’altro nella tipologia di obbligazioni che ne derivano e il cui inadempimento dà luogo a responsabilità.

Per rinforzare il collegamento, è opportuno porre l’attenzione sui tratti differenziali tra i diversi contratti reali, distinguendo l’ipotesi in cui la custodia del bene ricevuto è una prestazione strumentale (comodato, pegno) e quella in cui è la prestazione principale (deposito), sulla quale ultima è stata elaborata la responsabilità *ex recepto* (peraltro, in epoca più recente, estesa anche ai contratti dove la custodia è prestazione accessoria).

Il tema della responsabilità “*ne*” contratto di deposito attiene essenzialmente all’inadempimento, sicché non bisogna cadere nella tentazione di dilungarsi sulla responsabilità da cose in custodia (art. 2051 c.c.).

- **Contratti reali**

Il contratto reale si perfeziona con la consegna della cosa che ne è oggetto. Si tratta di una categoria eccentrica nel sistema privatistico, dove di regola la consegna attiene alla fase dell’esecuzione e non del perfezionamento del contratto. Più precisamente: nei contratti consensuali, abbiano ad oggetto una prestazione di dare o di fare (vendita, locazione, appalto, opera manuale, ecc.) la consegna rientra tra gli effetti, nei contratti reali la consegna rientra nella fattispecie.

In letteratura è frequente l’affermazione che i contratti reali rappresentino una deroga tanto all’art. 1321 (e forse all’art. 1325) quanto all’art. 1322, comma 2 del codice civile e siano tipici, nel senso che non possano essere costituiti contratti reali al di fuori dei tipi previsti dall’ordinamento (mutuo, comodato, deposito, pegno, contratto estimatorio, sequestro convenzionale).

La tesi non è esatta sotto entrambi i profili.

L’art. 1321 c.c. definisce il contratto secondo lo schema norma-potere-effetto, essendo il potere (di autonomia privata) costituito dall’accordo. Ciò implica che tutti i contratti si fondano sull’accordo, non già che ai fini del perfezionamento del contratto e della produzione dei suoi effetti non siano

richiesti ulteriori elementi. L'assoluta identificazione tra accordo e contratto opera solo nei contratti traslativi (art. 1376 c.c.), in cui l'effetto reale è conseguenza diretta del consenso, senza che ciò escluda l'ammissibilità di contratti traslativi reali (donazione manuale, mutuo, deposito irregolare, *datio in solutum*).

L'art. 1322, comma 2 c.c. fissa il principio di atipicità del contratto, consentendo ai privati di creare schemi negoziali divergenti da quelli codificati sulla base della causa astratta. Ma i contratti reali sono una categoria giuridica non un tipo legale, sicché l'inammissibilità di contratti reali diversi da quelli espressamente previsti (neppure pacifica) non rappresenta una deroga al principio di atipicità del contratto (che investe la funzione e non le modalità di perfezionamento), ma un'applicazione del principio dell'ordine giuridico, in base al quale è solo l'ordinamento giuridico a stabilire il nesso tra fattispecie ed effetti, quindi quali siano gli effetti giuridici ricollegabili alla consegna.

Il fondamento della previsione dei contratti reali è stato variamente individuato. Sul piano della causa, la consegna vale a dare consistenza alla funzione del contratto, poiché prima di essa l'assetto di interessi appare obiettivamente incerto. Sul piano dell'accordo, viene in rilievo il sorgere del vincolo: una tesi sostiene che la consegna segue, completandolo, il consenso; altra tesi ritiene che consenso e consegna siano integrati, perché la consegna sancisce la definitività del consenso, inquadrandosi nello schema ordinario (art. 1326 c.c.). Sotto il profilo della giuridicità, occorre ragionare sulla labile linea di confine tra il contratto reale e il rapporto di cortesia, specie in caso di gratuità.

Probabilmente la *ratio* della categoria tocca tutti questi profili, ma si colloca nella teoria dell'obbligazione: le operazioni economiche sottese ai contratti reali sono connotate da un margine di ambiguità: in assenza della consegna non sarebbe agevole stabilire se le parti hanno inteso vincolarsi sul piano giuridico o sociale. Casi di scuola sono la promessa di concessione in godimento o l'impegno a custodire una cosa, intercorsi tra amici. Emerge allora il legame concettuale tra le modalità di perfezionamento del contratto e la sua causa astratta: la funzione dei contratti reali mal si coniuga con una pattuizione che si arresti allo scambio delle dichiarazioni.

In conseguenza, deve riconoscersi la possibilità di stipulare contratti consensuali aventi per oggetto le obbligazioni caratteristiche del deposito, del comodato, del mutuo, che importino effetti diversi, ossia gli obblighi rispettivi di consegnare e ricevere in consegna, oppure soltanto il primo (comodato, mutuo) o soltanto il secondo (deposito), se i contratti siano a titolo gratuito. Con tali operazioni, infatti, non viene scardinato il nesso di causalità normativa tra fattispecie ed effetti previsto nell'ambito dei contratti reali, perché a diversità di fattispecie (manca la consegna) corrispondono diversi effetti.

Tanto premesso sul piano generale, occorre individuare in cosa il deposito si differenzi dagli altri contratti reali, e il tema investe sempre la causa.

Nei contratti reali la consegna è prevista nell'interesse di chi la riceve, nel senso che è strumentalmente rivolta all'esercizio di facoltà a questo attribuite nel suo interesse (mutuo, comodato, pegno) o nell'interesse comune (contratto estimatorio): nel pegno la facoltà di trattenere la cosa a garanzia del soddisfacimento di un credito, ed eventualmente di venderla; nel comodato quella di usare della cosa; nel mutuo il diritto di proprietà e conseguentemente la disponibilità piena; nel contratto estimatorio la facoltà di acquistare la proprietà mediante pagamento del prezzo, o di vendere la cosa pur non essendone proprietario. Al contrario nel deposito la consegna della cosa ha luogo nell'interesse di chi la dà, ossia la custodia del bene da parte del depositario. Va poi osservato che, in senso contrario non potrebbe osservarsi utilmente che, anche nel comodato (art. 1804) e nel pegno (art. 2790), sorge a carico del ricevente l'obbligo di custodire la cosa ricevuta. È

chiaro, infatti, che in tal caso l'obbligo di custodia non costituisce l'effetto caratteristico e lo scopo del contratto.

Più delicata diventa la distinzione quando, per volontà delle parti, il deposito divenga dalla sua struttura tipica, nei limiti consentiti dal codice; le possibilità in tal senso previste dagli articoli 1770 (attribuzione della facoltà d'uso al depositario), 1771 (stipulazione di un termine nell'interesse del depositario) e 1782 (trasferimento al depositario della proprietà delle cose fungibili depositate), rendono indubbiamente più difficile la differenziazione tra il deposito e rispettivamente il comodato e il mutuo.

### • **Responsabilità nel deposito**

Il deposito è il contratto col quale una parte riceve dall'altra una cosa mobile con l'obbligo di custodirla e di restituirla in natura. L'inadempimento di queste obbligazioni fa scattare la responsabilità *ex recepto*.

Con questa locuzione – tramandata dalle fonti romanistiche – si indica quel particolare tipo di responsabilità che nasce dalla ricezione di una cosa, allorquando il ricevente assume l'obbligazione di restituirla. Tale fattispecie può realizzarsi in svariati modelli contrattuali, ma la sua area elettiva sono i contratti di custodia. La custodia, normalmente, costituisce una prestazione strumentale all'obbligazione di consegna, come dispone l'art. 1177, secondo cui l'obbligazione di consegnare una cosa determinata include quella di custodirla fino alla consegna, ciò che avviene, ad esempio, nel contratto di trasporto. Tuttavia, vi sono molteplici casi in cui l'obbligazione di custodia rappresenta il contenuto della prestazione principale dedotta in obbligazione: sono i casi, ad esempio, del contratto di deposito e delle sue varianti.

Nel diritto romano i *recepta* davano luogo ad una responsabilità oggettiva: l'albergatore e gli assimilati rispondevano inesorabilmente dei danni e dei furti subiti dal cliente. Non si può dire, però, che ciò fosse conseguenza dell'obbligo di custodia, piuttosto che dello specifico servizio prestato, che obbligava il debitore alla consegna del bene ricevuto senza poter accampare giustificazioni di sorta.

Nella nostra tradizione la responsabilità *ex recepto* è stata considerata una responsabilità da inadempimento aggravata dall'evento, una responsabilità di tipo oggettivo per il solo fatto della perdita, deterioramento o distruzione del bene oggetto di custodia. Il codice civile, tuttavia, non dà soluzioni univoche, ma differenzia la responsabilità a seconda delle caratteristiche del soggetto tenuto alla custodia del bene.

Ai sensi dell'art. 1768 c.c. “*Il depositario deve usare nella custodia la diligenza del buon padre di famiglia. Se il deposito è gratuito, la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore*”. Da un lato, dunque, vi è un'obbligazione di risultato, collegata all'obbligo di restituzione, dall'altro la responsabilità è fondata sulla colpa nell'obbligazione di custodia. Il modello di responsabilità cambia quando il depositario sia un soggetto dotato di particolari qualità professionali che facciano sorgere in capo al creditore depositante un legittimo affidamento circa la sicurezza dei beni depositati e la regolare esecuzione dell'obbligazione di custodia. Così nel deposito in albergo o nei magazzini generali, nel servizio bancario delle cassette di sicurezza, nel trasporto di cose. In tutti questi casi la responsabilità del debitore si configura in termini oggettivi, a prescindere dalla diligenza, per il solo fatto della perdita, deterioramento o distruzione della cosa oggetto di deposito: il soggetto obbligato può andare esente da responsabilità solo se prova l'intervento di un fattore imprevedibile e/o inevitabile, come la forza maggiore o il caso fortuito. Ciò si spiega in quanto il soggetto tenuto alla custodia esercita professionalmente questo tipo di attività e, pertanto, la diligenza impostagli richiede che il medesimo appronti tutte le misure necessarie per far fronte agli

eventi che possano rendere impossibile o difficoltosa l'esecuzione della prestazione. In realtà anche queste non sono fattispecie di responsabilità puramente oggettiva, piuttosto postulano come prova liberatoria una diligenza massima, esigibile dall'imprenditore nella sua organizzazione, che si presume allorquando il debitore abbia dimostrato l'intervento della causa esterna, invincibile anche con lo sforzo più inteso.

La questione della responsabilità *ex recepto* si è posta in termini emblematici in alcuni contratti atipici che hanno come obbligazione accessoria la custodia (parcheggio e ormeggio), a cui si applica la disciplina del deposito.

In un precedente concernente il contratto di ormeggio si opera un inquadramento preciso della responsabilità del custode: *«È vero che correntemente si sostiene che, in caso di avaria, deterioramento o distruzione della cosa depositata, il depositario non si libera della responsabilità ex recepto provando di avere usato nella custodia della res la diligenza del buon padre di famiglia prescritta dall'art. 1768 c.c., ma deve provare a mente dell'art. 1218 c.c. che l'inadempimento sia derivato da causa a lui non imputabile (Cass. 8 agosto 1997, n. 7363; Cass. n. 6592/95). Il principio, indubbiamente esatto, va condiviso per ogni obbligazione di custodire [...] Ciò non comporta, però, che il fatto esterno debba avere necessariamente i requisiti del caso fortuito o della forza maggiore, poiché in questo caso si finirebbe in un'ipotesi di presunzione di responsabilità, mentre nella fattispecie si versa solo in ipotesi di presunzione di colpa, ponendo l'art. 1218 c.c. a carico del debitore la prova che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità a lui non imputabile e cioè, come sostiene correntemente la dottrina, che egli non sia colpevole dell'inadempimento. Nello stesso contratto di deposito la responsabilità per inadempimento dell'obbligo di custodia è sempre fondata sulla colpa (art. 1768, c. 2, c.c.). Pur ritenendo che le obbligazioni che gravano sul concessionario di ormeggio, con obbligo di custodia, siano anche quelle della custodia, conservazione e restituzione delle cose ricevute, cosicché il rapporto fra i contraenti, in materia di responsabilità per inadempimento e di colpa presunta "ex recepto", è disciplinato essenzialmente dalle norme codicistiche del deposito, questo comporta in relazione alla responsabilità per accadimento esterno, che impedisca la restituzione del bene depositato, che è raggiunta la prova liberatoria a carico del concessionario dell'ormeggio (con obbligo di custodia), se questi dimostri di avere adottato tutte le precauzioni che le circostanze suggerivano secondo un criterio di ordinaria diligenza, per evitare la distruzione delle cose depositate. Solo se detto concessionario dell'ormeggio, con obbligo di custodia, (come qualunque altro obbligato ex recepto) si rende conto (o avrebbe dovuto rendersi conto) al momento dell'adempimento della prestazione di custodia, che il soddisfacimento dell'interesse creditorio non è configurabile senza la produzione di uno sforzo maggiore rispetto a quello che ordinariamente comporterebbe la diligenza del buon padre di famiglia, è tenuto comunque a produrre tale sforzo particolare, versando altrimenti in colpa cosciente, se non proprio in dolo eventuale, nonostante che egli abbia custodito con la diligenza del buon padre di famiglia. Ed è solo in questi termini che ha un senso ritenere che la sola prova della diligenza del buon padre di famiglia nell'espletamento dell'attività di custodia, di cui al combinato disposto degli artt. 1176-1177 ed art. 1768 c.c., non è idonea ad escludere la responsabilità per inadempimento del custode ex art. 1218 c.c., in caso di accadimento esterno, che rimane pur sempre una responsabilità per colpa».*

## • Conclusioni

Per individuare il regime della responsabilità da inadempimento del depositario, occorre operare un raccordo tra la norma speciale (art. 1768 c.c.) e la norma generale (art. 1218 c.c.), il che peraltro è suggerito anche dall'art. 1780 c.c., secondo cui *“Se la detenzione della cosa è tolta al depositario*

*in conseguenza di un fatto a lui non imputabile, egli è liberato dall'obbligazione di restituire la cosa ...*”, regola coerente con quanto disposto dall'art. 1218. Nel raccordo gioca un ruolo il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.): è in virtù di tale principio che la diligenza esigibile dal depositario comporta che, in esplicazione del dovere di protezione, egli predisponga quanto necessario per prevenire gli accadimenti esterni, che possano determinarne la perdita, il perimento, o il deterioramento della cosa in custodia.

Il contratto di deposito può essere un contratto a favore di terzo ex art. 1411 c.c., il cui fine principale è quello della custodia, conservazione e restituzione delle merci, con la conseguenza che titolare dell'azione risarcitoria nei confronti del depositario per la perdita, distruzione o deterioramento delle cose depositate è, indipendentemente da chi ne sia il proprietario, non solo il depositante ma anche il terzo che avrebbe avuto titolo alla restituzione.

## **Diritto penale**

- **Traccia**

*Premessa un'esposizione dei caratteri tipici nonché della funzione del reato complesso, si soffermi il candidato sul delitto di omicidio volontario commesso dall'autore del delitto di atti persecutori nei confronti della stessa persona offesa*

- **Analisi logica**

Traccia istituzionale, classica, articolata sempre sulla sequenza generale/particolare. Il collegamento tra le due parti della traccia è palese, poiché l'omicidio volontario commesso dall'autore del delitto di atti persecutori nei confronti della stessa persona offesa (art. 576, comma 1, n. 5.1) si prospetta come una tipica ipotesi di reato complesso, scaturente dalla fusione di due reati, in cui quello meno grave assume il ruolo di circostanza aggravante. La questione è stata oggetto di una recente pronuncia delle Sezioni Unite (38402/21). L'unico problema è definire il rapporto che deve esistere tra omicidio e atti persecutori perché si configuri la fattispecie complessa e la sua distinzione dal reato continuato, su cui infatti la Cassazione si sofferma. .

- **Premessa**

Reato complesso e reato continuato sono ipotesi di concorso di reati in cui i reati sono legati sotto il profilo oggettivo o soggettivo. La differenza è che nella prima ipotesi il legame è reputato così forte che il legislatore opera l'unificazione tra i reati. Stabilisce infatti l'art. 84, comma 1 c.p. che *“le disposizioni degli articoli precedenti non si applicano quando la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per se stessi, reato”*. Vale a dire che in tali casi non trova luogo la disciplina sul concorso di reati, poiché la legge considera unitariamente – ossia, appunto, complessivamente – fatti da soli costituenti reato.

La definizione postula che sussistano più fatti astrattamente considerati dalla legge come reati (*“... fatti che costituirebbero, per se stessi, reato”*) e una disposizione che li qualifichi (*“se la legge considera...”*) come elementi costitutivi o circostanze aggravanti di un solo reato. L'istituto può quindi manifestarsi in due forme: come reato composto e come reato complesso circostanziato, entrambe tali che, in sua assenza, l'episodio di vita sarebbe sussumibile in più norme incriminatrici. Secondo la tesi oggi prevalente in dottrina il fondamento dell'istituto è nel principio del *ne bis in idem* sostanziale, come limite alla frammentarietà della legislazione penale.

Un approfondimento della figura è stato operato dalle Sezioni Unite, chiamate a rispondere al quesito se, in caso di omicidio commesso dopo l'esecuzione di condotte persecutorie poste in essere nei confronti della medesima persona offesa, i reati di atti persecutori e di omicidio aggravato ai sensi dell'art. 576 c.p., comma 1, n. 5.1 concorrano tra loro o sia invece ravvisabile un reato complesso. Detta disposizione prevede la pena dell'ergastolo se *“l'omicidio è commesso dall'autore del delitto previsto dall'articolo 612 bis nei confronti della stessa persona offesa”*. Ciò perché, diversamente da altre ipotesi di reato complesso, in cui vi è una contestualità o almeno occasionalità spazio-temporale, questa sembra considerare come unico legame l'identità dei soggetti del reato, sicché l'aggravamento di pena derivante, previsto per l'omicidio, non pare assorbire l'intero disvalore del delitto di persecuzione.

Nell'affermare che *«L'omicidio realizzato dopo la condotta di stalking nei confronti della vittima, contestato e ritenuto nella forma del delitto aggravato ex articoli 575 e 576, comma 1, n. 5.1, del codice penale, punito con la pena edittale dell'ergastolo, integra un reato complesso, ex articolo 84 del codice penale, in ragione della unitarietà del fatto»*, il massimo Collegio di legittimità ha ritenuto che la struttura del reato complesso sia caratterizzata, oltre che dagli elementi formali esplicitamente indicati dall'art. 84 citato, anche da ulteriori elementi sostanziali.

Di seguito gli stralci della motivazione che riguardano tale conclusione.

#### • **Reato complesso**

E' noto a questa Corte il risalente dibattito dottrinario sulla identificazione del principio generale del quale il citato art. 84 sarebbe espressione. Esso ha visto contrapporre ai richiami ai criteri della specialità in concreto, della sussidiarietà, della consunzione o del ne bis in idem sostanziale quello alla specialità in astratto posta a fondamento dell'art. 15 c.p., di cui l'art. 84 sarebbe una sostanziale duplicazione.

Questa tesi ha trovato anche un riconoscimento giurisprudenziale in un caso in cui l'assorbimento del reato di procurata somministrazione di sostanze stupefacenti (art. 613 c.p.) in quello di rapina, aggravata dal porre il soggetto passivo in stato di incapacità di volere e agire (art. 628 c.p., comma 3, n. 2), è stato giustificato quale applicazione specifica del principio di specialità e del conseguente concorso apparente di norme (Sez. 2, n. 50155 del 1/11/2004, Minicucci, Rv. 230601). E' tuttavia alla particolare struttura normativa del reato complesso, per come delineata dall'art. 84, che occorre avere riguardo per stabilire se, nel caso di specie, sussista o meno il concorso fra le norme incriminatrici richiamate.

4. La soluzione del quesito richiede a questo punto una preliminare riflessione sulla fattispecie del reato complesso, come tale nominata nella rubrica dell'art. 84 c.p., e descritta, nel comma 1 di detto articolo, quale sussunzione, come elementi costitutivi o circostanze aggravanti di un reato, di fatti di per sé costituenti autonomi reati.

4.1. Dal tenore letterale della disposizione risulta immediatamente che la figura in esame presenta più forme di manifestazione. Va tralasciata, in quanto non attinente al caso oggetto della questione rimessa, la problematica dell'inclusione o meno tra queste forme del cosiddetto “reato complesso in senso lato”, nel quale una fattispecie incriminatrice è composta da un fatto costituente altro reato e da ulteriori elementi di fatto in sé privi di rilevanza penale. Tale ipotesi è stata ritenuta configurabile dalla giurisprudenza con riguardo al reato di bancarotta fraudolenta per distrazione, in quanto comprendente un fatto di appropriazione indebita a cui si aggiunge la sentenza dichiarativa di fallimento (Sez. 5, n. 2295 del 03/07/2015, dep. 2016, Marafioti, Rv. 266018), mentre viene diversamente ricondotta da parte della dottrina alla diretta applicazione del principio generale di specialità.

Tanto premesso, nel testo della norma citata si individuano chiaramente due distinte ipotesi, rispettivamente denominate in dottrina come “reato composto”, costituito da elementi che di per sè integrerebbero altre figure criminose, e come “reato complesso circostanziato”, nel quale, ad una fattispecie-base, distintamente prevista come reato, si aggiunge quale circostanza aggravante un fatto autonomamente incriminato da altra disposizione di legge.

La seconda di tali ipotesi è quella che evidentemente ricorrerebbe nel caso proposto alle Sezioni Unite secondo una delle interpretazioni giurisprudenziali in contrasto, per la quale il reato-base di omicidio volontario è aggravato dalla commissione di un fatto costituente il diverso reato di atti persecutori. Dal testo normativo emergono peraltro, per il reato complesso in genere come per quello circostanziato in particolare, alcune indicazioni di contenuto chiaro e indiscutibile.

4.2. E' in primo luogo necessario che l'elemento costitutivo o la circostanza aggravante del reato complesso abbiano ad oggetto un fatto oggettivamente identificabile come tale. Ne segue che la fattispecie in esame non ricorre allorchè la norma incriminatrice, in tesi assorbente, consideri in questa prospettiva una mera qualificazione soggettiva del soggetto agente. E' il caso della condizione di persona facente parte di un'associazione finalizzata alla commissione di reati di contrabbando (L. 17 luglio 1942, n. 907, art. 81, n. 4), in relazione alla quale è stato ravvisato il concorso fra il reato di contrabbando aggravato e quello di associazione per delinquere (Sez. 3, n. 11916 del 05/10/2016, dep. 2017, Colombo, Rv. 269276).

4.3. Occorre, altresì, che il fatto di cui sopra sia inserito nella struttura del reato complesso nella completa configurazione tipica con la quale è previsto quale reato da altra norma incriminatrice. Per questa ragione è stata coerentemente esclusa la natura di reato complesso della rissa, aggravata dalla morte o dalle lesioni subite da taluno nel corso della stessa, rispetto ai reati di omicidio o lesioni personali, essendo gli eventi aggravanti inclusi nella fattispecie incriminatrice di cui all'art. 588 c.p. nella loro oggettiva verifica quale conseguenza della colluttazione, e non in tutte le componenti materiali e psicologiche dei reati specificamente previsti dagli artt. 575 e 582 c.p. (Sez. 1, n. 30215 del 07/04/2016, R., Rv. 267224). Analogamente, è stato escluso l'assorbimento del reato di porto illegale di arma nel delitto di rapina aggravata dall'uso della medesima arma (art. 628 c.p., comma 3, n. 1), in quanto il delitto di porto illegale è integrato da una condotta diversa da quella sufficiente per la realizzazione dell'aggravante della rapina, che richiede unicamente l'utilizzazione di un'arma anche non detenuta o portata illegalmente (Sez. 2, n. 8999 del 18/11/2014, dep. 2015, Di Stefano, Rv. 263229). La giurisprudenza ha, inoltre, ritenuto assorbita la contravvenzione di possesso ingiustificato di strumenti di effrazione (art. 707 c.p.) nel delitto di furto aggravato dalla violenza sulle cose o dal mezzo fraudolento solo allorchè gli strumenti abbiano trovato effettivo impiego nell'azione furtiva e la detenzione sia attuata esclusivamente con l'uso necessario all'effrazione (Sez. 2, n. 5731 del 02/10/2019, dep. 2020, Lamonaca, Rv. 278371).

4.4. Il fatto deve, infine, essere previsto dalla norma incriminatrice, che si assume configurare un reato complesso, quale componente necessaria della relativa fattispecie astratta, non essendone rilevante l'eventuale ricorrenza nel caso concreto quale occasionale modalità esecutiva della condotta. In tal senso la Corte di legittimità ha ritenuto il concorso del reato di falso in atto pubblico con quello di truffa del quale il falso abbia costituito un artificio nella situazione specificamente contestata (Sez. 5, n. 2935 del 05/11/2018, dep. 2019, Manzo, Rv. 274589), nonchè il concorso del reato di esercizio abusivo di attività finanziaria con quello di usura, non necessariamente realizzabile mediante l'irregolare erogazione di un finanziamento (Sez. 2, n. 43916 del 04/10/2019, Abbate, Rv. 277740). Le citate decisioni hanno sostanzialmente ritenuto estranea alla fattispecie

dell'art. 84 c.p., nella sua inequivoca e insuperabile formulazione testuale, la figura del "reato eventualmente complesso", ipotizzata da parte della dottrina.

5. Sulla base di quanto sinora esposto è possibile affermare che i tratti strutturali della fattispecie normativa del reato complesso, chiaramente rilevabili dalla formulazione letterale dell'art. 84 c.p., richiedono la previsione testuale di più fatti di per sè costituenti autonomi e diversi reati, puntualmente riconducibili a distinte fattispecie incriminatrici.

A questo punto si tratta di verificare, alla luce della ratio e della collocazione sistematica dell'istituto, se sussistano ulteriori presupposti per la configurabilità del reato complesso.

Il tema, come si è visto, è prospettato nella stessa ordinanza di rimessione. Secondo uno dei due indirizzi interpretativi esaminati, il reato complesso si configura in presenza anche di un collegamento sostanziale fra la condotta omicidiaria e quella persecutoria, collegamento la cui necessità è stata affermata anche da una parte della dottrina. Quest'ultima, pur ammettendo che la figura del reato complesso è il risultato di un'operazione legislativa di unificazione di reati, individua alla base di tale costruzione normativa un substrato sostanziale che riconduce i fatti ad un contesto criminoso esso stesso unitario e ne identifica il profilo di congiunzione in una comune matrice ideologica quanto ai motivi a delinquere, in un rapporto finalistico fra i fatti o nella convergenza degli stessi verso un unico risultato finale. Orbene, guardando in questa prospettiva al testo dell'art. 84, si nota che i caratteri del reato complesso sono costruiti come funzionali ad un effetto giuridico immediatamente ed espressamente indicato ("le disposizioni degli articoli precedenti non si applicano..."), ossia l'inoperatività dei meccanismi di cumulo sanzionatorio previsti in detti articoli e la conseguente applicazione della sola pena edittale prevista per il reato complesso, escludendo qualsiasi incidenza sanzionatoria dei reati in esso unificati. Fra le disposizioni oggetto di richiamo dell'incipit dell'art. 84 rientra il concorso formale di reati disciplinato dall'art. 81 c.p., comma 1, per la quale è previsto un trattamento sanzionatorio che, pur nella forma mitigata del cumulo giuridico, è determinato dalla pluralità delle pene corrispondenti ai singoli reati concorrenti. La normativa dell'art. 84 si connota particolarmente come derogatoria rispetto a quella dell'art. 81 e il reato complesso ne emerge quale fattispecie di esenzione dal regime sanzionatorio del concorso formale, in quanto "assorbe" la pene stabilite per i singoli reati in quella stabilita per il reato complesso. Questo rapporto fra le due disposizioni suggerisce la riferibilità delle stesse ad un fondamento sostanziale comune che dà ragione della previsione specifica di una particolare disciplina sanzionatoria nell'ipotesi del reato complesso; tale fondamento è identificabile nell'unitarietà dell'azione complessiva che comprende i fatti criminosi, da intendersi come implicitamente sottesa anche alla figura del reato complesso, secondo quanto sottolineato dalla dottrina sopra citata.

Si pone nella stessa linea argomentativa la considerazione della ratio della previsione dell'art. 84, volta ad evitare una duplicazione della risposta sanzionatoria per gli stessi fatti in violazione del principio del ne bis in idem sostanziale (oggetto di recente e reiterata affermazione nella giurisprudenza costituzionale, v. Corte Cost., sent. n. 20 del 2016 sull'identità del fatto ai fini del divieto di procedere per precedente giudicato ai sensi dell'art. 649 c.p.p., ma con evidenti ricadute sul piano sostanziale; Corte Cost., sent. n. 43 del 2018 e sent. n. 236 del 2016 in tema di proporzionalità della previsione punitiva). E' evidente che tale necessità si manifesta segnatamente nel rapporto fra il reato complesso e gli altri reati che lo compongono, contraddistinti da un contesto unitario, nell'ambito del quale maggiormente risalta la possibilità di una sproporzione nel cumulo di pene previste per fatti inseriti nella stessa azione criminosa.

6. Vi sono dunque convincenti ragioni sistematiche per le quali deve ritenersi che il reato complesso sia caratterizzato, oltre che dagli elementi strutturali esplicitamente indicati dalla norma, anche da un ulteriore elemento sostanziale, costituito dall'unitarietà del fatto che complessivamente integra il reato riconducibile a questa fattispecie.

L'esistenza di questo presupposto è stata peraltro colta dalla giurisprudenza di legittimità nelle situazioni in cui la casistica concreta ha posto in rilievo la relativa problematica; e in tali occasioni il concetto di unitarietà del fatto è stato arricchito di ulteriori connotazioni descrittive.

Una di esse è stata ravvisata nella contestualità spaziale e temporale fra i singoli fatti criminosi che compongono la fattispecie del reato complesso n aggiunta a questo, però, si è posto in luce un altro aspetto allorchè è stata esaminata l'ipotesi della rapina commessa in un luogo destinato a privata dimora, che, in quanto prevista quale forma aggravata del reato di rapina dall'art. 628 c.p., comma 3, n. 3-bis, costituisce in linea generale e in termini strutturali un reato complesso circostanziato che assorbe il delitto di violazione di domicilio (in tal senso Sez. 2, n. 40382 del 17/07/2014, Farfaglia, Rv. 260322). Qui non vi è dubbio che la stessa formulazione della fattispecie astratta, radicando la forma circostanziale in un dato ambientale relativo al particolare luogo di commissione del fatto, implichi inevitabilmente la descritta contestualità dei fatti di rapina e di violazione di domicilio.

Quando tuttavia è stato presentato all'attenzione della giurisprudenza il caso particolare della violazione di domicilio commessa al fine di danneggiare l'abitazione della vittima, e nel corso della quale il soggetto agente abbia approfittato della disponibilità di detta abitazione per impossessarsi di beni della persona offesa, si è sottolineato come in una situazione del genere i fatti di violazione di domicilio e rapina assumano il carattere della contestualità per un limitato segmento temporale, inserendosi solo occasionalmente il secondo nell'azione relativa al primo e per il resto divergendone le finalità. E' stata di conseguenza esclusa la configurabilità nel caso in esame del reato complesso, ritenendosi il concorso fra i reati di rapina aggravata e violazione di domicilio (Sez. 2, n. 1925 del 18/12/2015, dep. 2016, Singh, Rv. 265990). Questa linea interpretativa ha trovato successiva conferma nell'affermazione di carattere generale per la quale l'assorbimento della violazione di domicilio nel reato complesso di rapina aggravata si verifica allorchè la predetta violazione sia posta in essere al fine esclusivo della sottrazione di beni della persona offesa (Sez. 2, n. 17147 del 28/03/2018, Andolina, Rv. 272808). L'insufficienza della mera contestualità dei fatti criminosi, previsti quali costitutivi di un reato complesso, ad integrare detta fattispecie con i relativi effetti di assorbimento nella stessa dei reati componenti, è stata peraltro ribadita con riguardo ad un'ipotesi nella quale il legame finalistico fra i fatti è letteralmente enunciato nella formulazione della norma incriminatrice del reato complesso: è il caso della violenza sessuale commessa mediante minaccia. L'assorbimento dell'autonomo reato di minaccia di cui all'art. 612 c.p. in quello di violenza sessuale è stato, infatti, rigorosamente limitato ai casi in cui la condotta minacciosa sia strumentale alla costrizione della vittima a subire la violenza sessuale; è stato, viceversa, escluso, con il conseguente concorso fra i due reati, nei casi in cui le espressioni minacciose siano rivolte alla persona offesa anche per una finalità diversa, come quella di indurre la stessa a ristabilire una relazione sentimentale con il soggetto agente (Sez. 3, n. 23898 del 12/03/2014, R., Rv. 259433).

Alla luce di queste indicazioni, oltre ad essere confermata sul piano applicativo la necessità, per la configurabilità del reato complesso, del presupposto sostanziale dell'unitarietà del fatto - in aggiunta alle condizioni strutturali previste dall'art. 84 c.p. - detto presupposto si presenta come articolato non solo nella contestualità dei singoli fatti criminosi sussunti della fattispecie assorbente, ma anche nella loro collocazione in una comune prospettiva finalistica. Ed in tal senso l'esperienza giurisprudenziale si salda con i menzionati riferimenti dottrinali che individuano il fondamento del

reato complesso nella convergenza dei fatti che lo compongono in direzione di un unico risultato finale.

- **Omicidio aggravato dagli atti persecutori**

7. Occorre ora verificare se i requisiti necessari per la ravvisabilità di un reato complesso, fin qui descritti, siano o meno sussistenti nella fattispecie aggravata del reato di omicidio di cui all'art. 576, primo comma, n. 5.1, cod. pen. rispetto al reato di atti persecutori. L'orientamento che propende per la conclusione negativa sul punto incentra le sue argomentazioni sulla mancanza nel caso di un elemento strutturale del reato complesso, ossia la puntuale descrizione della fattispecie tipica del reato assorbito all'interno di quella del reato assorbente. Difetterebbe in particolare, trattandosi, in tesi, nel caso in esame di un reato complesso circostanziato, la riproduzione testuale del fatto aggravante in termini corrispondenti a quelli del fatto tipico del reato di atti persecutori.

L'oggetto dell'aggravante si ridurrebbe viceversa ad un aspetto eminentemente soggettivo, inerente alla qualificazione del soggetto agente come autore di una condotta persecutoria, e quindi ad un profilo negativo della sua personalità con riguardo alla maggiore capacità criminale dimostrata. La lettura della norma nella sua interezza fornisce, però, indicazioni di segno contrario.

Va in primo luogo attribuito il giusto rilievo al dato per il quale la fattispecie del reato di atti persecutori è richiamata nella previsione circostanziale mediante la citazione della relativa norma incriminatrice. Questo elemento deve essere valutato in collegamento con la descrizione normativa del fatto aggravante quale commissione dell'omicidio ad opera «dell'autore del delitto previsto dall'art. 612-bis nei confronti della stessa persona offesa». Questa formulazione non comprende unicamente il riferimento all'identità del soggetto agente dei reati di omicidio volontario e di atti persecutori, sul quale l'orientamento contrario alla configurabilità del reato complesso sofferma la sua attenzione per limitare la portata della circostanza aggravante alla mera posizione soggettiva dell'autore del fatto omicidiario. L'espressione della norma, come viceversa sottolineato dall'opposto indirizzo giurisprudenziale, attribuisce analogo risalto all'essere i due reati diretti contro la medesima persona, e quindi all'identità della vittima dei reati. La fattispecie incriminatrice di cui all'art. 612-bis cod. pen. è, dunque, menzionata nella previsione della circostanza aggravante attraverso l'indicazione non solo del titolo di reato, ma anche dell'autore e della vittima della relativa condotta, ossia dei soggetti fra quali l'azione persecutoria si svolge. In questi termini, la predetta fattispecie è di conseguenza inequivocabilmente riportata all'interno della fattispecie aggravatrice nella sua integrale tipicità. L'omicidio volontario è pertanto aggravato, nell'ipotesi in esame, non per le caratteristiche personali del soggetto agente, ossia l'essere un persecutore, ma per ciò che egli ha fatto, vale a dire per il fatto persecutorio commesso. Fatto che in quanto tale, e non solo per il suo significato in termini di capacità criminale del soggetto agente, è costitutivo della fattispecie astratta di un reato a questo punto complesso nella forma circostanziata.

Sostiene ulteriormente questa interpretazione il contenuto dei lavori preparatori al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito con modificazioni dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, introduttivo della circostanza aggravante in esame. L'intenzione del legislatore era nell'occasione chiaramente espressa dall'intento di affrontare con adeguato rigore sanzionatorio un fenomeno criminale notoriamente ricorrente ed inaggravante nella realtà attuale, ossia il verificarsi di fatti omicidiari in danno di vittime di atti persecutori da parte degli stessi autori di tali atti. Orbene, in questa prospettiva la ratio della previsione si individua nella risposta ad un fatto complessivo visto come meritevole di aggravamento per la sua oggettiva valenza criminale, ossia lo sviluppo omicidiario di una condotta persecutoria, con l'effetto di sanzionare tale aggravamento con la massima pena

dell'ergastolo; nel quale, pertanto, tale condotta è intranea nella sua fattualità alla struttura della disposizione circostanziale.

La fattispecie in esame presenta, in conclusione, le caratteristiche strutturali del reato complesso circostanziato, che include il reato di atti persecutori in una specifica forma aggravata del reato di omicidio. Le considerazioni da ultimo svolte rendono inoltre coerente una lettura della norma che sottende l'esistenza del requisito sostanziale del reato complesso, ossia l'unitarietà finalistica dei fatti di omicidio volontario ed atti persecutori. Non vi è dubbio infatti che, se l'intento legislativo alla base della previsione dell'aggravante è quello di perseguire con maggiore severità l'omicidio costituente sviluppo della condotta persecutoria, è a questa dimensione fattuale che deve aversi riguardo per la definizione della fattispecie aggravante; e quindi ad una situazione nella quale gli atti persecutori e l'omicidio presentano non solo contestualità spazio-temporale, ma si pongono altresì in una prospettiva finalistica unitaria.

8. La tesi della ravvisabilità di un reato complesso nella fattispecie aggravata in esame, convalidata dalle argomentazioni che precedono, non è inficiata dalle obiezioni che alla stessa sono state opposte.

Tanto in considerazione, soprattutto, delle caratteristiche del reato complesso come delineate in generale e, per quanto detto, presenti nel caso di specie, con particolare riguardo alla necessaria ricorrenza di un'unitarietà non solo contestuale, ma anche finalistica dei fatti complessivamente considerati; aspetto, quest'ultimo, che rende irrilevante la maggior parte di dette obiezioni.

[...]

9. Deve in conclusione essere affermato il seguente principio di diritto: *“La fattispecie del delitto di omicidio, realizzata a seguito di quella di atti persecutori da parte dell'agente nei confronti della medesima vittima, contestata e ritenuta nella forma del delitto aggravato ai sensi degli artt. 575 e 576, primo comma, n. 5.1 cod. pen. — punito con la pena edittale dell'ergastolo — integra un reato complesso, ai sensi dell'art. 84, primo comma, cod. pen., in ragione della unitarietà del fatto”*.

10. L'applicazione del principio di cui sopra nel caso di specie comporta la fondatezza del motivo dedotto dall'imputata sul ritenuto concorso del reato di atti persecutori con il reato di omicidio. Il fatto omicidiario contestato, ultimo degli atti persecutori oggetto della relativa imputazione e, come meglio si vedrà, in linea continuativa con i precedenti, è indiscutibilmente contestuale alla conclusione della condotta persecutoria e inserito nella stessa prospettiva finalistica di annichilimento della personalità della vittima.

[...]

15. Per effetto dell'accoglimento del motivo di ricorso sull'assorbimento del reato di atti persecutori in quello di omicidio aggravato, in applicazione dell'affermato principio di diritto sulla natura di reato complesso propria di quest'ultimo delitto, la pena corrispondente al reato assorbito deve essere eliminata, ai sensi dell'art. 620, lett. I), cod. proc. pen.

Con la sentenza impugnata, ritenuta la continuazione fra i due delitti, la pena-base per l'omicidio aggravato era determinata in ventuno anni e sei mesi di reclusione, aumentata ai sensi dell'art. 81 cod. pen. di un anno e sei mesi e ridotta a quindici anni e quattro mesi per il rito abbreviato. Va pertanto eliminato l'aumento di un anno e sei mesi, e la rimanente pena-base deve essere rideterminata, con la riduzione per l'abbreviato, in quattordici anni e quattro mesi di reclusione.

## • Conclusioni

In effetti l'art. 84 c.p. non precisa quale debba essere il rapporto tra i reati unificati, in particolare se tra di essi debba esistere un rapporto di omogeneità sul piano naturalistico o di valore. L'analisi delle ipotesi di reato complesso previste nell'ordinamento rivela che tale nesso talvolta è assente,

sicché un cospicuo orientamento ritiene che gli unici requisiti del reato complesso sono quelli ricavabili dalla formulazione testuale dell'art. 84 c.p. Tuttavia le Sezioni Unite sono giunte a diversa conclusione, sulla base di un ragionamento sistematico, di cui un passaggio rilevante è la distinzione con il reato continuato.

Nel reato continuato il legame ha natura teleologica, tuttavia l'identità del disegno criminoso è il progetto, la rappresentazione e la volizione delle diverse azioni criminose, quindi non è semplicemente un dato motivazionale o psicologico, ma deve abbracciare il contenuto dei fatti di reato commessi. Pertanto, l'istituto è nato come finzione normativa di unicità del reato: (art. 79 del codice Zanardelli). Ancorché superata, la concezione unitaria del reato continuato ispira una serie di regole di disciplina, anche sfavorevoli, come la decorrenza della prescrizione.

Se il nesso teleologico è così intenso nel reato continuato, la distinzione con il reato complesso (nel caso esaminato dalle S.U. i giudici di merito avevano appunto ritenuto il reato continuato e non il reato complesso) deve fondarsi su un diverso elemento che caratterizza quest'ultimo: la contestualità dei fatti.

L'obiezione principale alla tesi delle Sezioni Unite è proprio nell'assenza di tale riferimento all'interno dell'art. 576, comma 1, n. 5.1. Le Sezioni Unite superano quest'obiezione con un interessante ragionamento ermeneutico: la disposizione non fa riferimento a tale requisito, perché esso è sottinteso all'art. 84 c.p., la cui applicazione all'ipotesi specifica postula, dunque, la sussistenza di tale elemento. In tal senso milita anche un dato sistematico, fondato sull'argomento *a contrario*: il riferimento letterale contenuto nell'art. 576, comma 1, n. 5 alla contestualità (omicidio commesso “*in occasione della commissione di taluno dei delitti previsti dagli artt. 572, 583-quinquies, 600-bis, 600-ter, 609-bis, 609-quater e 609-octies*”) si spiega con la volontà del legislatore di applicare la disciplina del reato complesso prescindendo in questi casi dall'elemento finalistico. Viceversa, nell'ipotesi dell'art. 576, comma 1, n. 5.1, operando la norma generale (art. 84 c.p.), che presuppone ambo i requisiti, non c'era necessità di prevederli espressamente.

Ciò, in definitiva, significa che non in tutti i casi in cui l'omicidio è commesso dall'autore del delitto previsto dall'articolo 612-bis nei confronti della stessa persona offesa potrà ravvisarsi il reato complesso, ma solo in quelli che rispondono alla struttura dell'istituto, ossia quando tra i due delitti sussista la connessione oggettiva e teleologica individuata dalla suprema Corte. Da qui l'ulteriore necessità di analizzare lo sviluppo (o *escalation*) del delitto di atti persecutori in parallelo, riflettendo sulla conversione concettuale che il delitto ha maturato: da illecito contro l'autodeterminazione a sentinella di più gravi reati, così da assumere le sembianze del reato-ostacolo.

Sul piano della teoria generale del diritto penale, la tipizzazione dell'omicidio aggravato dagli atti persecutori è un segno della tendenza legislativa a trasferire – per alcune fattispecie che generano maggiore allarme sociale – il substrato criminologico del fatto nella tipicità: l'evenienza di una persecuzione che sfoci in attentati alla vita della vittima è statisticamente minoritaria, ma avvertita dall'opinione pubblica come pericolo imminente alle relazioni patologiche uomo/donna.

## **Diritto amministrativo**

### **• Traccia**

*Illustri il candidato la disciplina dei servizi di interesse economico generale e la compatibilità con il regime degli aiuti di stato*

## • **Analisi logica**

A prescindere dalle difficoltà di contenuto, legate alla circostanza che questa è più una traccia di diritto UE che di diritto amministrativo, l'insidia era nel collegamento tra la prima e la seconda parte: la tutela della concorrenza, cui si connette tanto la materia dei servizi di interesse economico generale, quanto (se non più) quella degli aiuti di Stato, che ne sono una deroga. Più evidente, invece, il profilo legato alla gestione dei servizi economici, che è il dato qualificante della disciplina.

## • **Servizi di interesse economico generale**

Nell'ambito dei rapporti tra Stato e mercato gioca un ruolo sempre più importante l'azione dell'Unione europea. La creazione di un mercato unico ha determinato infatti un ridimensionamento del ruolo delle autorità nazionali, spostando molte scelte strategiche in campo economico in sede europea. Ciò ha comportato nel campo dei servizi pubblici un cambiamento delle scelte afferenti all'organizzazione ed alla gestione degli stessi, indirizzate verso la privatizzazione e la liberalizzazione.

Per la creazione di un mercato unico sono stati usati essenzialmente tre strumenti: il primo è costituito dalla libertà di circolazione delle merci, dei lavoratori, dei servizi e dei capitali; il secondo è incentrato sulla disciplina della concorrenza; il terzo riguarda la limitazione degli aiuti di Stato alle imprese. Tutti e tre, peraltro rispondono al dogma del mercato concorrenziale.

I principi di concorrenza europea perseguono il fine di assicurare la «libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi, e dei capitali» (art. 26, secondo par., TFUE).

Le regole, in grado di garantire il perseguimento di tali finalità, sono molteplici e vengono indicate mediante espressioni sintetiche identificative dei fenomeni:

- regole di “concorrenza” cosiddette antitrust;
- “concorrenza nel mercato”;
- “concorrenza per il mercato”.

Le regole antitrust impongono, da un lato, ai soggetti che svolgono attività di impresa di evitare di porre in essere comportamenti idonei a restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno; dall'altro, vietano agli Stati membri di concedere aiuti o risorse, sotto qualsiasi forma, che, favorendo talune imprese, falsino o minaccino di falsare la concorrenza (artt. 101 e 107 TFUE).

La “concorrenza nel mercato” presuppone, invece, l'adozione di misure di liberalizzazione finalizzate ad eliminare o ridurre barriere di accesso al mercato per assicurare, in una prospettiva di promozione della concorrenza stessa, l'esercizio delle libertà fondamentali. In tale ambito si pongono i fenomeni di liberalizzazione dei servizi pubblici.

La “concorrenza per il mercato”, infine, identifica le regole di diritto pubblico relative alla scelta del soggetto che può erogare quella determinata prestazione di servizi. In proposito i principi fondamentali del diritto europeo sono contemplati in specifiche direttive relative ai settori dei contratti pubblici e delle concessioni (direttive 26 febbraio 2014, n. 2014/23/UE, n. 2014/24/UE, n. 2014/25/UE), trasposte nel codice dei contratti.

La categoria concettuale di riferimento per definire l'oggetto della normativa in materia di concorrenza è quella dei «servizi», la cui nozione si ricava dall'art. 57 TFUE (ex art. 50 TCE), dove è stabilito che *“Ai sensi del presente Trattato, sono considerate come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone. I servizi comprendono in particolare: a)*

*attività di carattere industriale, b) attività di carattere commerciale, c) attività artigiane, d) le attività delle libere professioni. [...]*”.

La nozione europea si incentra su due elementi: uno positivo ed uno negativo.

In positivo i servizi sono definiti come prestazioni fornite dietro retribuzione. Su tale punto è utile ricordare che la Corte di Giustizia collega la nozione di retribuzione all’oggetto della prestazione, in base alla norma citata, per la quale i servizi comprendono in particolare attività di carattere industriale e commerciale ed attività artigiane e libere professioni.

Il secondo elemento della definizione di servizi, di segno negativo, precisa il tipo di prestazione, che non deve essere regolata dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone. Ne consegue il carattere residuale della nozione di servizio, da individuarsi, secondo un’autorevole opinione, in ogni attività economicamente rilevante che si traduca in una prestazione e non in uno scambio di beni.

Completa la nozione di servizi l’art. 51 TFUE, dettato in materia di diritto di stabilimento e richiamato dall’art. 62 in materia di servizi, secondo cui *“Sono escluse dall’applicazione delle disposizioni del presente capo, per quanto riguarda lo Stato membro interessato, le attività che in tale Stato partecipino, sia pure occasionalmente, all’esercizio dei pubblici poteri”*.

Non è casuale che le fonti UE utilizzino sempre il plurale «servizi», con ciò evidenziando la dimensione globale in cui le attività di cui essi consistono vengono in rilievo, ossia il mercato interno dell’Unione europea. Posto che i servizi sono identificati con esclusivo riferimento al contenuto dell’attività economica ed al nesso di corrispettività con il compenso erogato per il loro svolgimento, non vi è una tipizzazione dei modelli di organizzazione, né di tipo soggettivo, né di tipo oggettivo. Si tratta quindi di attività che possono essere prestate sia da imprese private che pubbliche, sia in concorrenza che in monopolio.

Contrariamente all’opinione corrente, pertanto, il Trattato sembra mantenere una sorta di posizione neutrale in ordine al modello di organizzazione del servizio, fermo restando gli obiettivi della competitività del mercato e della qualità della vita dei cittadini che in ogni caso devono essere perseguiti. Né potrebbe essere altrimenti, tenuto conto che la definizione di servizi non tiene conto delle finalità cui lo stesso possa eventualmente assolvere. Ne risulta così esaltata la natura economico-imprenditoriale e la conseguente regola fondamentale, dettata all’art. 56 TFUE (ex art. 49 TCE), secondo cui *“nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all’interno della Comunità sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione”*.

Data la sua latitudine, è all’interno della categoria dei «servizi» che occorre ricercare quella di «servizio pubblico», espressione che non compare mai nel Trattato – salvo l’art. 93 TFUE, che lo menziona incidentalmente in materia di servitù imposte alle imprese esercenti servizi di trasporto – in quanto ritenuta suscettibile di ostacolare la formazione di un quadro comune a livello europeo in materia di attività economiche di primaria rilevanza per la collettività, attesa l’eterogeneità delle legislazioni nazionali in ordine al concetto di “pubblico”.

Il diritto dell’Unione europea conosce, invece, la nozione di “servizio di interesse generale”.

In merito si legge nel Libro verde della Commissione europea del 21 maggio 2003 ai paragrafi 16 e 17: «L’espressione “servizi di interesse generale” non è presente nel trattato, ma è derivata nella prassi comunitaria dall’espressione “servizi di interesse economico generale” che invece è utilizzata nel trattato. È un’espressione più ampia di “servizi di interesse economico generale” e riguarda sia i servizi di mercato che quelli non di mercato che le autorità pubbliche considerano di interesse generale e assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico. L’espressione “servizi di interesse

economico generale” è utilizzata negli articoli 16 e 86, paragrafo 2 del trattato. Non è definita nel trattato o nella normativa derivata. Tuttavia, nella prassi comunitaria vi è ampio accordo sul fatto che l’espressione si riferisce a servizi di natura economica che, in virtù di un criterio di interesse generale, gli Stati membri o la Comunità assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico. Il concetto di servizi di interesse economico generale riguarda in particolare alcuni servizi forniti dalle grandi industrie di rete quali i trasporti, i servizi postali, l’energia e la comunicazione. Tuttavia, il termine si estende anche a qualsiasi altra attività economica soggetta ad obblighi di servizio pubblico».

In sostanza, dal riferimento alla nozione positiva di “*servizio di interesse economico generale*” contenuto in alcune norme del Trattato CE, si giungeva ad enucleare la più ampia nozione di “*servizio di interesse generale*”, formalmente assente. Secondo il Libro verde della Commissione europea sopra citato, l’espressione “*obblighi di servizio pubblico*” si riferisce a requisiti specifici imposti dalle autorità pubbliche al fornitore del servizio per garantire il conseguimento di alcuni obiettivi di interesse pubblico, ad esempio in materia di trasporti aerei, ferroviari e stradali e di energia. Tali obblighi possono essere imposti sia a livello comunitario che nazionale o regionale. Si fuoriesce così dallo schema neutrale che caratterizza la nozione di servizio, incentrata sul solo binomio prestazione-retribuzione.

Oggi l’art. 14 TFUE (ex art. 16 TCE) stabilisce che “*Fatti salvi l’articolo 4 del trattato sull’Unione europea e gli articoli 93, 106 e 107 del presente trattato, in considerazione dell’importanza dei servizi di interesse economico generale nell’ambito dei valori comuni dell’Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l’Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell’ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi*”.

Tale norma, pur non dando una definizione dei servizi di interesse economico generale, ne evidenzia l’importanza in seno ai valori comuni dell’Unione ed il ruolo svolto ai fini della coesione sociale e territoriale. Nella prassi comunitaria c’è un indirizzo concorde che li identifica nei servizi di natura economica che, in considerazione dell’interesse generale cui sono preordinati, sono assoggettati a specifici obblighi pubblici.

L’art. 106 TFUE (ex art. 86 TCE) stabilisce:

“1. *Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente trattato, specialmente a quelle contemplate dagli art. 18 e da 101 a 109 inclusi.*

2. *Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l’applicazione di tali norme non osti all’adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell’Unione.*

3. *La Commissione vigila sull’applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive e decisioni*”.

La disposizione sancisce l’assoggettamento dei servizi d’interesse economico generale alle norme sulla concorrenza, ma nel limite in cui esse non ostacolano l’adempimento della specifica missione

loro affidata. L'elemento rilevante, che giustifica la deroga al regime concorrenziale, risulta dunque la finalità del servizio, la c.d. *mission*, consistente nel perseguimento di quegli obiettivi di benessere della collettività che nell'ordinamento italiano qualifica la nozione di servizio pubblico.

La considerazione degli interessi generali in relazione alla tipologia di servizi oggetto di esame rileva, quindi, sotto il duplice profilo della sottoposizione a specifici obblighi di servizio al fine di garantire il perseguimento dei valori in essi coinvolti (c.d. dimensione verticale del servizio, afferente al rapporto tra gestore dello stesso ed utenti) e della deroga alle regole di concorrenza che siano di ostacolo al perseguimento della specifica missione loro affidata (c.d. dimensione orizzontale del servizio, relativa ai rapporti tra gli operatori economici interessati alla sua erogazione). In altre parole, il differenziale, costituito dalla missione presente nei "servizi d'interesse economico generale" di cui agli articoli 14 e 106, par. 2 TFUE ed assente nei "servizi" di cui all'art. 56, si traduce nell'imposizione di obblighi di servizio e nella possibilità di deroga alle regole di concorrenza con riguardo ai primi e non ai secondi.

I principi comunitari in tema di servizi e di servizi economici di interesse generale, allora, divergono. Nei servizi esiste solo la necessità, e al tempo stesso la sufficienza, di assicurarne la libera prestazione ai fini di un corretto funzionamento del mercato interno, impedendo restrizioni non giustificate, e l'interesse generale funge da limite esterno. Nei secondi l'interesse generale costituisce un limite interno, connotando il fine dell'attività, che ne giustifica la sottrazione alle regole della concorrenza. Resta fermo che il servizio economico di interesse generale ricade pur sempre nell'area dei servizi economici e, dunque, è assoggettato alle stesse regole nella misura in cui non ostacolano il perseguimento della finalità collettiva.

Rispetto ai servizi d'interesse economico generale, l'azione dell'Unione appare ispirata ad una progressiva, ma costante, opera di demolizione dei condizionamenti pubblicistici per favorire la più ampia concorrenza.

In tale ottica si possono ricordare i principi di non discriminazione e di parità di accesso, il divieto agli Stati membri di emanare o mantenere condizioni di privilegio nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui essi stessi riconoscono diritti speciali ed esclusivi. Non si tratta, peraltro, di ostilità comunitaria a qualsiasi forma di limitazione del mercato. È stato infatti sottolineato come la tradizionale lettura dell'attuale art. 106 del TFUE potrebbe essere rovesciata, potendosi trovare in esso non tanto, o meglio non solo, il divieto a qualsiasi tipo di limitazione della concorrenza, ma anche la legittimazione per un intervento pubblico alla luce del più generale principio di sussidiarietà. Più precisamente l'azione pubblica deve intervenire con propri strumenti solamente laddove le regole della concorrenza e del mercato non siano sufficienti al perseguimento degli obiettivi di interesse generale che esso si propone.

È da segnalare, tuttavia, l'opinione di chi rileva che sia sempre più limitata la valutazione da condurre alla luce del principio di proporzionalità circa le possibili deroghe alle norme di concorrenza, permesse in relazione all'adempimento dei compiti affidati alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale. Si tratta, infatti, di una valutazione operata prevalentemente dallo stesso legislatore comunitario, che definisce per ogni settore gli ambiti sempre più ristretti nei quali ammettere diritti speciali ed esclusivi.

Come anticipato, dalla nozione di «servizio di interesse economico generale» è stata enucleata il concetto di «servizio di interesse generale», a designare il *genus* idoneo a comprendere i servizi di mercato e quelli non di mercato, che le autorità pubbliche considerano di interesse generale ed assoggettano a discipline di natura pubblica.

I servizi d'interesse generale, più precisamente, raggruppano le attività di servizio non economico

(istruzione obbligatoria, previdenza ed assistenza, servizi sociali ecc.), nonché le funzioni inerenti alla potestà pubblica (sicurezza, giustizia, ecc.) ed i servizi di interesse economico generale (energia, comunicazioni, ecc.). Ricordiamo che l'art. 106 TFUE non si applica alle due prime categorie (servizi non economici e funzioni inerenti alla potestà pubblica).

Il Libro verde sui servizi di interesse generale in merito precisa che «i servizi di interesse generale svolgono un ruolo sempre più rilevante: sono parte dei valori condivisi da tutte le società europee e costituiscono un tratto essenziale del modello europeo di società. Il loro ruolo è fondamentale per migliorare la qualità di vita di tutti i cittadini e per superare l'emarginazione e l'isolamento sociali.

Emerge, quindi, la convinzione che gli obiettivi perseguiti dagli Stati membri attraverso lo sviluppo e il mantenimento di aree di attività economica in forma di servizi pubblici sono al centro del modello europeo di società e finalizzati alla realizzazione di valori che non incontrano ostacoli nell'eterogeneità dei modelli di organizzazione nei diversi paesi membri. Le attività possono essere prestate in concorrenza o in monopolio, sia da imprese private che pubbliche ed essere controllate da autorità nazionali, regionali o locali. In tale ottica, la Commissione europea non esita ad ammettere che dalle specifiche finalità di interesse generale assegnate ai servizi possano derivare diritti e prerogative speciali, in grado di influenzare le condizioni di fornitura delle prestazioni da esse offerte sul mercato. La deroga al regime della concorrenza si giustifica, tuttavia, solamente per le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale e quando tale deroga sia effettivamente indispensabile ad assicurare il funzionamento del servizio e le sue finalità: la specifica missione. In proposito è opportuno precisare che l'ordinamento comunitario assume un atteggiamento di non ingerenza sui contenuti delle missioni affidate ai servizi, lasciando le amministrazioni pubbliche libere nella individuazione degli obiettivi da assicurare ai cittadini e quindi nella definizione del pubblico servizio.

Passo successivo è il libro bianco sui servizi di interesse generale (COM/2004/374 del 12 maggio 2004), in cui compare il concetto di servizio universale, strumentale a consentire l'accesso a tutti i cittadini ad una particolare tipologia di servizi di interesse economico generale, che si identificano nei servizi pubblici essenziali. Gli ostacoli alla fruizione di questi ultimi possono essere di due tipi: uno legato alla conformazione territoriale di alcune aree geografiche dei singoli Stati membri ed un altro invece dipendente dal prezzo del servizio. Al fine di superare tali difficoltà intervengono, sulla base di principi comuni definiti a livello comunitario, i singoli Stati membri, in relazione alle peculiarità dei vari contesti locali, secondo il principio di sussidiarietà. Emerge così un concetto minimale di servizio pubblico, un nocciolo duro dell'interesse generale che deve tener conto delle diverse realtà nazionali e che costituisce una sorta di limite di tolleranza alle deroghe alla concorrenza introdotte a garanzia di una specifica missione di pubblico servizio. Il servizio universale è, negli ordinamenti degli Stati membri, la componente di base del servizio pubblico; vi è poi una componente ulteriore

Il quadro sin qui tracciato – e l'oscillazione dei servizi di interesse economico generale tra l'area dei servizi in forma di pura impresa e quella in forma di servizio pubblico – è confermato dalla direttiva 12 dicembre 2006 CE relativa ai servizi nel mercato interno, che si applica ai servizi di interesse economico generale.

Il considerando 17 al riguardo stabilisce che *“La presente direttiva si applica soltanto ai servizi che sono prestati dietro corrispettivo economico. I servizi d'interesse generale non rientrano nella definizione di cui all'articolo 50 del trattato e sono pertanto esclusi dall'ambito di applicazione della presente direttiva. I servizi d'interesse economico generale sono servizi che, essendo prestati dietro corrispettivo economico, rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva.*

*Tuttavia, alcuni servizi d'interesse economico generale, per esempio quelli che possono esistere nel settore dei trasporti, sono esclusi dall'ambito di applicazione della presente direttiva, mentre altri servizi d'interesse economico generale, per esempio quelli che possono esistere nel settore postale, sono oggetto di una deroga alla disposizione sulla libera prestazione di servizi stabilita nella presente direttiva [...]*".

Il considerando n. 8 precisa che *"le disposizioni della direttiva relative alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei servizi si applichino soltanto nella misura in cui le attività in questione siano aperte alla concorrenza. Gli Stati membri non sono pertanto obbligati a liberalizzare i servizi d'interesse economico generale, a privatizzare gli enti pubblici che forniscono tali servizi o ad abolire i monopoli esistenti per quanto riguarda altre attività o certi servizi di distribuzione. Ai fini della direttiva, fatto salvo l'articolo 16 del Trattato CE, possono essere considerati servizi d'interesse economico generale soltanto i servizi la cui fornitura costituisca adempimento di una specifica missione d'interesse pubblico affidata al prestatore dallo Stato membro interessato. Tale affidamento dovrebbe essere effettuato mediante uno o più atti, la cui forma è stabilita da ciascuno Stato membro, e con la precisazione della natura di tale specifica missione"*.

In coerenza con tali premesse, l'art. 2 stabilisce che la direttiva non si applica, tra l'altro, ai servizi non economici d'interesse generale e alle attività connesse con l'esercizio di pubblici poteri. Sono esclusi, dunque, i servizi non economici o, comunque, non imprenditoriali, mentre non sono menzionati tra quelli esclusi i servizi economici di interesse generale, invece considerati dal precedente art. 1:

*"2. La presente direttiva non riguarda la liberalizzazione dei servizi d'interesse economico generale riservati a enti pubblici o privati, né la privatizzazione di enti pubblici che forniscono servizi.*

*3. La presente direttiva non riguarda né l'abolizione di monopoli che forniscono servizi né gli aiuti concessi dagli Stati membri cui si applicano le regole comunitarie di concorrenza.*

*4. La presente direttiva lascia impregiudicata la libertà, per gli Stati membri, di definire, in conformità del diritto comunitario, quali essi ritengano essere servizi d'interesse economico generale, in che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati, in conformità delle regole sugli aiuti concessi dagli Stati, e a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti"*.

A tale previsione il d.lgs. n. 59 del 2010 ha dato attuazione nell'art. 2, secondo cui: *"1. Le disposizioni del presente decreto non si applicano: [...] c) ai servizi d'interesse economico generale assicurati alla collettività in regime di esclusiva da soggetti pubblici o da soggetti privati, ancorché scelti con procedura ad evidenza pubblica, che operino in luogo e sotto il controllo di un soggetto pubblico"*.

La lett. c) corrisponde nella sostanza ai servizi pubblici, ossia alle attività rivolte alla collettività per fini di pubblico interesse gestiti in regime di esclusiva, indipendentemente dalla natura pubblica o privata del gestore, qualora il soggetto privato eroghi il servizio per conto del soggetto pubblico che ne è titolare.

La piena equiparazione tra la nozione nazionale e quella UE è stata operata dal d.lgs. n. 201/2022, che ha per oggetto la disciplina generale dei servizi di interesse economico generale prestati a livello locale.

L'art. 2 definisce «servizi di interesse economico generale di livello locale» o «servizi pubblici locali di rilevanza economica» *"i servizi erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato, che non sarebbero svolti senza un intervento pubblico o sarebbero svolti a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non*

*discriminazione, qualità e sicurezza, che sono previsti dalla legge o che gli enti locali, nell'ambito delle proprie competenze, ritengono necessari per assicurare la soddisfazione dei bisogni delle comunità locali, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale".*

L'art. 3 precisa che i servizi di interesse economico generale di livello locale rispondono alle esigenze delle comunità di riferimento e alla soddisfazione dei bisogni dei cittadini e degli utenti, nel rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità. L'istituzione, la regolazione e la gestione dei servizi pubblici di interesse economico generale di livello locale rispondono a principi di concorrenza, sussidiarietà, anche orizzontale, efficienza nella gestione, efficacia nella soddisfazione dei bisogni dei cittadini, sviluppo sostenibile, produzione di servizi quantitativamente e qualitativamente adeguati, applicazione di tariffe orientate a costi efficienti, promozione di investimenti in innovazione tecnologica, proporzionalità e adeguatezza della durata, trasparenza sulle scelte compiute dalle amministrazioni e sui risultati delle gestioni.

L'attribuzione di diritti speciali o esclusivi è ammessa, in conformità al diritto dell'Unione europea, solo se indispensabile all'adempimento della funzione affidata al gestore del servizio pubblico locale di rilevanza economica, in assenza di misure meno restrittive della libertà d'impresa e sulla base di un'adeguata analisi economica.

Elemento centrale della disciplina dei servizi di interesse economico generale sono i modelli di gestione. Il decreto in esame ripropone le modalità già previste dall'abrogato art. 113 TUEL:

- a) affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica, secondo le modalità previste dal dall'articolo 15, nel rispetto del diritto dell'Unione europea;
- b) affidamento a società mista, secondo le modalità previste dall'articolo 16, nel rispetto del diritto dell'Unione europea;
- c) affidamento a società *in house*, nei limiti fissati dal diritto dell'Unione europea, secondo le modalità previste dall'articolo 17.

L'art. 15 rinvia alla disciplina in materia di contratti pubblici, favorendo il ricorso a concessioni di servizi rispetto ad appalti pubblici di servizi, in modo da assicurare l'effettivo trasferimento del rischio operativo in capo all'operatore. Gli articoli 16 e 17 fanno rinvio alle T.U. sulle società partecipate. In tal modo si cristallizza a livello normativo lo stretto legame intercorrente tra attività e soggetti nel quadro di un sistema amministrativo che, almeno per i servizi, propende nettamente per il diritto privato.

### • Aiuti di stato

L'art. 107, par. 1 TFUE stabilisce che *"Salvo deroghe contemplate dal presente Trattato, sono incompatibili con il mercato comune, nella misura in cui incidano sugli scambi fra gli Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza"*.

Affinché ricorra la fattispecie di aiuti di Stato debbono ricorrere congiuntamente le seguenti condizioni:

- a) un trasferimento di risorse pubbliche;
- b) un vantaggio economico, cui il beneficiario accede in virtù del carattere pubblico dell'ente erogatore, vale a dire, che non avrebbe potuto ottenere da un soggetto privato guidato dal movente del profitto;
- c) la selettività del trasferimento, allorché gli aiuti siano limitati a singole imprese, a singoli settori o a singole aree di uno Stato membro;
- d) l'incidenza sulla concorrenza e sugli scambi infra-comunitari.

La deroga alla normativa generale sugli aiuti di Stato per i servizi di interesse economico generale trova fondamento nei citati articoli 14 e 106, par. 2 TFUE.

La delimitazione del perimetro dei servizi da garantire e delle condizioni di offerta viene dunque lasciata agli Stati membri e alle loro articolazioni territoriali (Regioni, ecc.); tuttavia, l'intervento pubblico dovrebbe assumere natura residuale (vale a dire, nei limiti nei quali il mercato non provveda spontaneamente), nel rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

Sono quindi assoggettabili a obblighi di servizio pubblico quei servizi che il mercato, guidato dalla logica del profitto, non assicurerebbe spontaneamente a condizioni – per quantità, diffusione territoriale, accessibilità e abbordabilità – che gli Stati considerano conformi all'interesse pubblico; di qui la necessità di intervenire anche attraverso forme di compensazione, non necessariamente finanziarie.

Il finanziamento degli obblighi di servizi pubblici può assumere più forme, quali: a) compensazioni monetarie; b) concessione di diritti speciali o di diritti esclusivi alle imprese onerate degli obblighi; c) finanziamento a carico di altri utenti, con calcolo della media delle tariffe; d) finanziamento a carico di altre imprese non onerate, con la costituzione di fondi di solidarietà fra operatori; e) accollo a tutti gli operatori di una quota di obbligo di servizio; f) compensazioni dirette ai consumatori ex art. 102, par. 2 lettera a).

In diversa misura (salvo la e) tutte queste misure implicano aiuti di Stato.

Nella famosa Sentenza Altmark la Corte UE ha fissato le seguenti condizioni: a) l'impresa beneficiaria deve effettivamente svolgere i servizi in questione e questi debbono essere chiaramente definiti; b) i parametri di determinazione della compensazione debbono essere fissati in modo trasparente, e questa deve essere lo stretto necessario ad assicurare l'assolvimento dei compiti assegnati all'impresa; c) l'importo del sussidio deve essere commisurato ai costi addizionali che l'impresa beneficiaria sostiene per assolvere la propria obbligazione; d) allorché il servizio non venga assegnato mediante procedure di mercato, l'importo della compensazione va fissato sulla base di un'analisi dei costi di un'impresa media, ben gestita ed equipaggiata.

## • Conclusioni

Il diritto europeo della concorrenza, nella cornice dei processi di liberalizzazione economica e senza interferire direttamente nei processi di privatizzazione, consente alle società private e pubbliche di svolgere attività di impresa, nonché attività di servizio di interesse economico generale, purché si rispettino le regole antitrust e le procedure di garanzia di scelta del contraente o del socio. Deroghe alla concorrenza sono ammesse in favore dei servizi di interesse economico generale, e tra queste anche aiuti di stato, che rappresentano la compensazione per l'imposizione degli obblighi di servizio pubblico, in quanto l'impresa, senza l'imposizione dell'obbligo, non avrebbe reso quella prestazione nel rispetto delle specifiche modalità previste. Se tale costo fosse posto a carico dell'erogatore del servizio si realizzerebbe un'ingiustificata discriminazione rispetto ad altri, eventuali, operatori del medesimo settore che non sono gravati da analoghi obblighi.

Tipicamente le deroghe alla concorrenza si pongono nei casi di fallimento del mercato, ma possono essere anche previste per il perseguimento degli altri obiettivi di finanza pubblica (stabilizzazione, equità, sviluppo).

## Considerazioni sul concorso

Due tracce sono istituzionali, la terza no.

Gli allievi dovrebbero essere avvantaggiati dalla circostanza che le tracce di diritto penale e amministrativo erano state trattate a breve distanza dal concorso, addirittura quella di amministrativo (a seguito della quale si sono ritirati oltre 3500 candidati) il giorno prima delle prove scritte.

La trattazione dell'argomento (peraltro in termini pressoché sovrapponibili alla traccia) il giorno prima del concorso non è un fenomeno isolato, essendosi verificata già diverse volte negli anni precedenti. L'apparente eccezionalità del fatto si spiega alla luce, da un lato, della perdurante tendenza dei commissari a privilegiare gli argomenti che conoscono meglio, dall'altro dalla completezza e precisione nello studio della commissione. Non ha fondamento razionale tenere lezioni sugli argomenti probabili quando la commissione è stata nominata da poco e non c'è tempo di approfondirne lo studio (oltre che per la concreta possibilità che successivamente cambino i componenti), ma occorre collocarla il più vicino possibile all'inizio delle prove, con benefici anche per la memoria.

Questo vantaggio competitivo si aggiunge a quelli che derivano dal metodo scientifico di preparazione.

Di seguito l'analisi comparata delle *performance* della Scuola e del Resto d'Italia negli ultimi sette concorsi conclusi, calcolata in base al rapporto tra vincitori e partecipanti, che è l'unico dato in grado di esplicitare l'incidenza dell'insegnamento sul risultato degli studenti.

Anni	IQ	Resto d'Italia	Rapporto
2014	20%	4,326%	4,62
2015	20,87%	5,64%	3,7
2016	18,10%	5,5%	3,29
2017	22,32%	5,29%	4,21
2018	20,46%	5,52%	3,7
2019	19,04%	4,03%	4,73
2021	26,61%	3,28%	8,11
<b>Media</b>	<b>21%</b>	<b>4,8%</b>	<b>4,38</b>

A causa della sospensione del corso nel 2019-2020 e al ridotto numero di iscrizioni nel 2020-2021 e 2021-2022 i partecipanti della Scuola erano in numero inferiore al passato e questo influirà negativamente sul numero assoluto dei vincitori.

Ma le percentuali di successo resteranno molto alte.