

PERCORSI ISTITUZIONALI

Collana della Scuola Superiore
della Pubblica Amministrazione Locale

I SERVIZI PUBBLICI LOCALI

a cura di
Stelio Mangiameli

G. Giappichelli Editore - Torino



ELISA SCOTTI

Servizi pubblici locali e ordinamento comunitario

Sommario: 1. Premessa. – 2. La base giuridica dell'intervento comunitario: il quadro generale. – 3. La politica di concorrenza; l'art. 86 Tr. CE. – 4. Servizi pubblici tra competenze europee, nazionali e locali. – 5. Il canone di ragionevolezza. L'istituzione di servizi pubblici e il mercato. – 6. *Segue:* l'organizzazione dei servizi pubblici e il mercato: diritti speciali ed esclusivi, aiuti di Stato, gara pubblica, società miste e *in house providing*, privatizzazioni e autorità di regolazione. – 7. Sulla distinzione tra servizi d'interesse economico e non economico: ordinamento comunitario e fini sociali.

1. Premessa

L'incidenza del diritto europeo sulla disciplina dei pubblici servizi, nazionali e locali, non è più suscettibile di essere posta in discussione; e ciò sia che si tratti di servizi di rilevanza economica, sia che si abbia riguardo ad attività prive di tale rilevanza¹.

Gli interventi delle istituzioni europee hanno radicalmente cambiato il volto dei servizi pubblici, rendendoli permeabili a logiche (quelle della concorrenza e del mercato) tradizionalmente estranee alle attività pubbliche e al buon andamento e all'efficienza dell'azione amministrativa.

In tale scenario occorre immediatamente sottolineare la duplice rilevanza dei servizi pubblici nell'ordinamento europeo: da un lato essi, qualora abbiano una dimen-

¹ Si v., quanto ai principali atti della Commissione sui servizi d'interesse generale la relazione al Consiglio europeo di Laeken intitolata *I servizi di interesse generale*, COM (2001) 598 def.; le Comunicazioni della Commissione su *I servizi d'interesse generale in Europa*, dell'11 settembre 1996, COM (96) 443 def.; del 20 settembre 2000, *Libro verde sui servizi d'interesse generale*, COM (2000) 580 def.; del 21 maggio 2003 *Libro verde sui servizi d'interesse generale*, COM (2003) 270; del 12 maggio 2004, *Libro Bianco sui servizi d'interesse generale*, COM (2004) 374 def.; del 30 aprile 2004, *Libro verde in materia di partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, COM (2004), 327 def.

In materia di servizi sociali si v. la recente comunicazione del 24 aprile 2006, *Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea*, COM (2006) 177 def.

Per ulteriori indicazioni e approfondimenti sia consentito rinviare a E. SCOTTI, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003.

sione *lato sensu* economica, rilevano come segmenti di "mercato interno" da liberalizzare e da restituire ai suoi legittimi attori, cioè le imprese, pubbliche o private, in regime di concorrenza e nel rispetto delle regole e delle libertà di mercato; ed infatti la recente direttiva relativa ai servizi nel mercato interno (direttiva 2006/123/CE, c.d. Bolkestein), preordinata a "realizzare un mercato unico dei servizi, mantenendo un equilibrio tra apertura dei mercati, servizi pubblici nonché diritti sociali del consumatore"² ha compreso nel suo ambito applicativo anche i servizi d'interesse economico generale.

Per altro verso il servizio pubblico e la sua efficienza, accessibilità, elevata qualità vengono considerati fattori di importanza fondamentale per "la qualità della vita dei cittadini europei" nonché per "l'ambiente e la competitività delle imprese europee"³. Rappresentano, siffatti servizi, una "componente essenziale del modello europeo", garanzia di "coesione sociale e territoriale" e della "competitività dell'economia europea"⁴. In questa prospettiva una specifica attenzione è oggi rivolta ai servizi sociali, a prescindere dalla circostanza che abbiano rilevanza economica o che, al contrario, esulino dalla oggettiva nozione d'impresa⁵.

È noto che, sottoposti a tale duplice impulso innovatore, negli ultimi decenni, i principali servizi pubblici nazionali (servizi di comunicazioni elettroniche, servizi postali, servizi energetici, trasporti) abbiano subito una vera e propria «riscrittura» comunitaria del loro regime giuridico, il quale è oggi definito in direttive comunitarie trasposte in atti nazionali di recepimento.

Indiretto è invece l'intervento comunitario in materia di servizi pubblici locali, dei quali si era anzi affermata in un primo momento l'estraneità all'ambito di rilevanza europea⁶. In questi campi non si hanno specifiche discipline europee relative alle forme organizzative dei servizi e/o alle tipologie di servizi da garantire con caratteri di universalità. Ma, in ossequio al principio di sussidiarietà, l'azione delle istituzioni europee si arresta a livello di principio; e a tale livello tende ad affermare i limiti essenziali derivanti dai principi e dalle regole del mercato e, in particolare di concorrenza, riconoscendo la responsabilità delle autorità pubbliche locali di definire gli obblighi e le funzioni di servizio pubblico e di garantire che gli operatori svolgano i compiti che sono stati loro affidati. La definizione dell'equilibrio tra missioni di interesse generale e applicazione delle regole di mercato viene in tal modo demandata rispettivamente al legislatore nazionale e regionale nonché all'autonomia organizzativa degli enti locali, sotto il controllo del giudice (amministrativo e comunitario) e delle autorità (nazionali e comunitarie) preposte alla tutela della concorrenza e del mercato.

² Direttiva 2006/123/CE, IV considerando.

³ Commissione, 12 maggio 2004, *Libro Bianco sui servizi d'interesse generale*, COM (2004) 374 def.

⁴ *Id.*, *ibidem*.

⁵ Si v. la comunicazione della Commissione del 24 aprile 2006, *Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea*, COM (2006) 177 def.

⁶ Corte Giust., 9 settembre 1999, C-108/98, *Ri.San.* riconosceva che le scelte locali non fossero rilevanti comunitariamente, secondo una posizione poi in fatto superata dalla successiva giurisprudenza.

L
merc
sono
tà di
territ
e dis
getto
gesti
molt
merc
quest
autor
di ge
merc
limiti
provi
un m
gi leg

L:
tezza
quali
feren:
antici
cine
la qu:
(Fran
pubb
medi:
dro, t
D.
merci
non a

⁷ E
giurisp

⁸ P
to soci

⁹ C
pubbli

¹⁰ I

¹¹ I

ste?, li
nizzati

Univer
napoli
Conco:
ammin

L'armonizzazione del regime dei servizi pubblici locali con il diritto europeo dei mercati, pone numerose questioni relative soprattutto ai profili organizzativi. Molti sono i problemi che il prisma comunitario evidenzia, quali quelli relativi alla legittimità di diritti speciali ed esclusivi e alle modalità di affidamento, alle attività c.d. extra-territoriali dei gestori⁷, al rapporto tra finanziamento di missioni d'interesse generale e disciplina degli aiuti di Stato, al ruolo regolatorio del Comune – sovente anche soggetto regolato (quale *partner* di società pubbliche o miste) –, ovvero al rapporto tra gestione delle reti (rilevanti quali *essential facilities*) e svolgimento dei servizi. Ma molte altre questioni potrebbero ipotizzarsi: è attualmente al vaglio dei principi di mercato l'intero assetto organizzativo dei servizi pubblici locali⁸. In tale scenario la questione maggiormente sentita attiene oggi alla seguente opzione: quali margini di autonomia organizzativa residuano in capo all'ente locale nella scelta delle modalità di gestione dei servizi che intende assicurare ai cittadini? È doveroso il ricorso al mercato (c.d. esternalizzazione o *outsourcing*) o l'ente locale può far ricorso – e in che limiti – alla c.d. autoproduzione dei servizi, attraverso il modello del c.d. *in house providing*, o a forme istituzionali ibride, pubblico-private (la società mista), secondo un modello di partenariato pubblico privato che la Commissione europea sembra oggi legittimare?

La risposta comunitaria a questi problemi non può certo avere caratteri di assolutezza⁹, soprattutto considerando le diverse esperienze dei diversi Paesi membri, tra i quali si riscontra un grado di apertura dei servizi pubblici locali al mercato assai differenziato. In alcune esperienze (Inghilterra e paesi scandinavi) esso può dirsi abbia anticipato – e in parte ispirato – l'orientamento di fondo delle istituzioni europee incline all'apertura dei servizi al mercato, non senza tuttavia generare problemi sia per la qualità dei servizi resi dai privati sia per la garanzia del servizio pubblico; altrove (Francia, Germania, Austria) permane invece un modello diverso, fondato su imprese pubbliche o miste in posizione di esclusiva. L'Italia si colloca in una posizione intermedia, caratterizzandosi per una formale adesione al modello di mercato in un quadro, tuttavia, fortemente ambiguo e contraddittorio¹⁰.

Del resto una rigida opzione del legislatore nazionale per un modello di puro mercato per i servizi locali, e dunque l'obbligo di esternalizzarne la gestione in gara, non appare neppure pienamente conforme al nostro quadro costituzionale interno e

⁷ E. SCOTTI, *Società miste, legittimazione extraterritoriale e capacità imprenditoriale: orientamenti giurisprudenziali e soluzioni legislative al confronto*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 777.

⁸ Per tutte queste questioni sia consentito il rinvio a E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 195.

⁹ Cfr. *Libro verde in materia di partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, COM (2004), 327 def.

¹⁰ D.d.l. recante *Delega al Governo per il riordino dei servizi pubblici locali* (AS 712).

¹¹ M.P. CHITI, *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste?*, Introduzione al volume *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali*, (atti del Convegno organizzato dall'Istituto Italiano di Scienze Amministrative il 18 novembre 2005 presso la SPISA della Università di Bologna) Bonomia, University Press., in corso di pubblicazione; G. DI GASPARE, *Monopolio e competizione nei servizi pubblici locali nella prospettiva comunitaria*, relazione al convegno, *Concorrenza e sussidiarietà orizzontale e verticale*, Università di Siena, 2 dicembre 2005 in www.amministrazioneincammino.luiss.it.

al più generale principio di sussidiarietà. L'obbligo di procurarsi presso terzi beni e servizi finirebbe infatti con l'erodere l'autonomia organizzativa degli enti locali, oggetto di garanzia costituzionale (art. 114 Cost.) e comunitaria (art. 5 Tr. CE)¹².

In tale prospettiva neppure il recente d.d.l. delega sui servizi pubblici locali (AS 772) (ri)propone un modello di pura esternalizzazione ma si limita a collocare su un piano eccezionale il ricorso a società miste e *in house*, richiedendo una specifica motivazione della scelta di non rivolgersi al mercato che ne evidenzia, sulla base di specifiche analisi economiche, la preferibilità.

In tale quadro caratterizzato, si ripete, da non celate ambiguità di fondo, occorre verificare più specificamente la parabola comunitaria dei servizi pubblici e i principi che in questo campo sono stati affermati dalle istituzioni comunitarie, rinviando alle pertinenti parti del volume l'esame delle connesse incidenze sugli specifici modelli di gestione.

2. La base giuridica dell'intervento comunitario: il quadro generale

A fronte della riscrittura in atto del regime dei servizi pubblici, anche locali, in chiave comunitaria occorre considerare come, eccezion fatta per i trasporti e per la costruzione di reti, i Trattati non attribuiscono alla Comunità europea competenze dirette in materia, ma facciano riferimento esclusivamente ai servizi e cioè, ai sensi dell'art. 50 Tr. CE, alle «prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione», che certamente comprendono anche, ove siano configurabili come attività economiche, i servizi d'interesse generale. Per i servizi, in tale ampia accezione intesi, è posto il principio della libera prestazione.

La nozione di servizi d'interesse generale costituisce la nozione comunitaria più vicina a quella interna di servizio pubblico. Essa designa, secondo il lessico comunitario, le attività di servizio, commerciali o non, considerate di interesse generale dalle autorità pubbliche e soggette quindi ad obblighi specifici di servizio pubblico, talora individuati attraverso il concetto di servizio universale (e cioè quell'insieme di prestazioni, individuate in taluni settori quali telecomunicazioni e poste, da erogarsi con caratteri di universalità e accessibilità). Servizio universale ed obblighi di servizio pubblico costituiscono dunque l'essenza del servizio di interesse generale, incarnandone la specifica missione d'interesse generale.

Nessuna delle menzionate nozioni è contemplata nel Trattato; le quali, come si vedrà, costituiscono invece oggetto di importanti Comunicazioni della Commissione¹³.

Il Trattato si riferisce invece alla sottocategoria dei servizi d'interesse economico generale (e cioè le attività commerciali che assolvono missioni d'interesse generale), pur senza farne oggetto di specifiche competenze comunitarie. Per essi l'art. 86, par. 2, Tr. CE dispone che «Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse eco-

¹² R. CAVALLO PERIN-D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 99 ss.

¹³ In proposito si v. le note comunicazioni della Commissione su *I servizi d'interesse generale in Europa*, del 1996, 2000 e 2004, nonché quella del 2006 sui *Servizi sociali*, tutte cit. alla nota n. 1.

nomico ge
presente
zione di t
missione
contraria
Commissi
ne direttu
Ai serv
rito dal tr
trastanti¹⁶
nosce «d'i
comuni de
ritoriale»
zi funzion
piti».

Anche
ché l'art.
Trattato».
un rafforz
«di una co
rispetto ai
La rile
si coglie a
la coesion
sviluppo c
comunica:

¹⁴ In par
«rivolgendo

¹⁵ Pur se
ritto comun
potere di ac
ad armoniz
mento di ce
cesso legisla
ne/Consigli
comunitarie
l'esercizio d

¹⁶ Per un
zio universa
DI BROZOLC
p. 527; J.C.
FERRARI (a
gia elettrica

¹⁷ J.C. PI

¹⁸ Sul pu
l'influenza a
la Comunit

nomico 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 della Comunità.¹⁴ Il successivo par. 3 conferisce poi alla Commissione poteri di vigilanza «rivolgendo, dove occorra, agli stati membri, opportune direttive o decisioni»¹⁵.

Ai servizi d'interesse economico generale si riferisce invece l'art. 16 Tr. CE - inserito dal trattato di Amsterdam tra i principi del Trattato e oggetto già di letture contrastanti¹⁶ -, norma che, pur avendo un valore non immediatamente precettivo, riconosce «l'importanza dei servizi d'interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché il loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale» e dispone che «la Comunità e gli Stati membri provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i loro compiti».

Anche in tal caso manca tuttavia uno specifico conferimento di attribuzioni, poiché l'art. 16 si riferisce «alle rispettive competenze» e al «campo di applicazione del ... Trattato». Ciononostante la norma deve essere comunque intesa «come espressione di un rafforzamento della "dimensione sociale" del diritto fondamentale dell'Unione» e «di una certa relativizzazione del precedente primato del mercato e della concorrenza rispetto ai servizi d'interesse economico generale»¹⁷.

La rilevanza dei servizi d'interesse economico generale nell'ordinamento europeo si coglie ancora nell'art. 154 Tr. CE secondo cui la Comunità, al fine di promuovere la coesione economica e sociale e il mercato interno concorre alla costituzione e allo sviluppo di reti transeuropee nei settori delle infrastrutture dei trasporti, delle telecomunicazioni e dell'energia¹⁸.

¹⁴ In particolare il par. 3 dell'art. 86 del Tr. CE conferisce alla Commissione poteri di vigilanza «rivolgendo, dove occorra, agli stati membri, opportune direttive o decisioni».

¹⁵ Pur senza riferirsi ai servizi d'interesse generale, sono talora il fondamento di normative di diritto comunitario derivato in materia gli artt. 94 e ss. del Tr. CE: essi attribuiscono al Consiglio il potere di adottare, attraverso il procedimento di cooperazione con il Parlamento, normative miranti ad armonizzare le legislazioni, nella prospettiva del mercato interno. Sull'importanza del procedimento di cooperazione, «il cui scopo è quello di rafforzare la partecipazione del Parlamento al processo legislativo della comunità» v., per tutte, Corte Giust., 11 giugno 1991, C-300/89, *Commissione/Consiglio*, in *Racc.*, I, 1991, p. 2867, secondo cui «questa partecipazione è il riflesso, sul piano comunitario, di un fondamentale principio di democrazia secondo il quale i popoli partecipano all'esercizio del potere per il tramite di un'assemblea rappresentativa».

¹⁶ Per un primo commento alla norma da ultimo citata v. M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 187; L. RADICATI DI BROZOLO, *La nuova disposizione sui servizi d'interesse generale in Europa*, in *Dir. un. eur.*, 1998, p. 527; J.C. PIELOW, *Il «service public» e l'art. 16 del Trattato CE da un punto di vista tedesco*, in E. FERRARI (a cura di), *I servizi a rete in Europa*, Milano, 2000, p. 70; V. SOTTILI, *Il mercato dell'energia elettrica nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Dir. un. eur.*, 1998, p. 927.

¹⁷ J.C. PIELOW, *Il «service public» e l'art. 16 del Trattato CE da un punto di vista tedesco*, cit., p. 70.

¹⁸ Sul punto cfr. G. AMORELLI, *Riorganizzazione e privatizzazione delle public utilities in Italia: l'influenza del diritto comunitario*, in *Dir. impresz.*, 1995, p. 99 il quale sottolinea come «è chiaro che la Comunità intende definire per sé stessa non più un ruolo meramente interdittivo in relazione alle

La stessa Commissione nelle sue plurime comunicazioni sui servizi d'interesse generale ha riconosciuto che «l'interesse dei cittadini è al centro della politica comunitaria in materia di servizi d'interesse generale. Questi ultimi contribuiscono in maniera rilevante alla competitività generale dell'industria europea e alla coesione economica, sociale e territoriale. In veste di utenti di tali servizi, i cittadini europei si aspettano di ricevere servizi di qualità a prezzi accessibili. Sono quindi gli utenti e le loro necessità ad essere al centro dell'azione pubblica in questo settore. La Comunità tutela gli obiettivi d'interesse generale e la missione del servizio pubblico»¹⁹.

Nonostante la laconicità del Trattato, non sembra dunque più dubitabile che la Comunità, specie a seguito dell'approvazione dei Trattati sull'Unione europea²⁰, di Amsterdam²¹, di Nizza²² e dopo l'approvazione della Carta dei diritti fondamentali²³, consideri ormai il servizio pubblico per l'importanza che assume come tale (e cioè per le utilità che può arrecare sia al mercato interno sia al benessere collettivo) e non più solo come mercato – attuale o potenziale –; ed è del resto ormai evidente che tale complessa rilevanza europea del servizio pubblico sia alla base della sempre più frequente attrazione alla sfera istituzionale comunitaria anche delle scelte, certamente non quelle di livello locale, volte a definire non solo gli assetti di mercato, ma anche le specifiche esigenze generali rilevanti a livello europeo²⁴ e con esse il regime giuridi-

politiche nazionali concernenti i servizi essenziali, ma uno stato di vero e proprio governo attivo, che le consentirebbe di determinare essa stessa il livello della pluralità imprenditoriale da ritenersi conforme al Trattato in connessione con lo standard di servizio pubblico prefisso». Cfr., inoltre V. SOTTILA, *Il mercato dell'energia elettrica nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, cit., p. 927.

¹⁹ Comunicazione della Commissione *I servizi d'interesse generale in Europa*, 20 settembre 2000, cit., par. 8.

²⁰ Che ha dato avvio a quello che è stato efficacemente definito come un processo di revisione generale permanente; in questi termini, U. DRAETTA, *In quale direzione procede l'integrazione europea?*, in *Dir. comm. internaz.*, 2002, p. 241.

²¹ Per un'analisi delle varie tappe dell'integrazione europea, da ultimo, v. G. OROSELLO, *L'Unione europea*, in G. OROSELLO (a cura di), *Il diritto dell'Unione europea*, Padova, 1999; per una lettura critica dell'evoluzione sociale dell'Unione europea v. M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 2000, p. 367; più specificamente sul trattato di Amsterdam cfr. A. TIZZANO, *Il trattato di Amsterdam*, Padova, 1988.

²² Dell'11 dicembre 2000.

²³ In relazione al quale si v. M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, cit., p. 390; R.A. GARCIA, *Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 1 e A. WEBER, *Il futuro della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 31.

²⁴ Al riguardo si v. R. ARRIGONI, *Regolazione e gestione nelle public utilities: principio di separazione e libera concorrenza nell'applicazione di principi costituzionali e comunitari*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, p. 87, la quale rileva come soprattutto con riguardo ai servizi «a rete», «l'interesse al «come» e al «quanto» del loro esercizio smette di essere esclusivamente nazionale coinvolgendo l'intera Comunità». Particolare interesse rivestono, a questo proposito, le Comunicazioni della Commissione su *I servizi d'interesse generale in Europa*, cit. le quali sanciscono espressamente l'importanza dei servizi d'interesse generale nel modello europeo di società. Si v. sul punto, M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, cit., p. 187; L. RADICATI DI BROZOLO, *La nuova disposizione sui servizi d'interesse generale in Europa*, cit. p. 527.

co di base idoneo a realizzare il contemperamento tra tali istanze e le libertà economiche²⁹.

Una sintesi di tale approccio può aversi dall'esame dei *principi guida* definiti nella Comunicazione del 2004 cit.; i quali consistono nel:

- consentire alle autorità pubbliche di operare nell'interesse dei cittadini;
- realizzare gli obiettivi del servizio pubblico all'interno di mercati aperti e concorrenziali;
- garantire la coesione e l'accesso universale;
- mantenere un elevato livello di qualità e sicurezza;
- garantire i diritti dei consumatori e degli utenti;
- controllare e valutare le prestazioni;
- rispettare la diversità dei servizi e delle situazioni;
- aumentare la trasparenza;
- garantire la certezza giuridica.

Ad essi si coniugano, in via programmatica, ulteriori obiettivi tra cui: chiarire i profili più incerti della disciplina – quali l'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato e di appalti –; sviluppare un approccio sistematico con riguardo ai servizi sanitari e sociali; garantire coerenza con la politica commerciale internazionale e in particolare dell'organizzazione mondiale del commercio (OMC); promuovere i servizi d'interesse generale nell'ambito della cooperazione allo sviluppo dei paesi più poveri.

3. La politica di concorrenza; l'art. 86 Tr. CE

In tale complesso scenario la norma fondamentale resta in ogni caso l'art. 86 cit., su cui si sono fondati la maggior parte degli interventi comunitari in materia, preordinati, specie in un primo tempo, a garantire l'applicazione delle regole delle libertà di mercato e in particolare di concorrenza, mutando radicalmente il volto del servizio pubblico tradizionalmente inteso.

L'art. 86 cit. sancisce infatti la sottoposizione delle attività di interesse generale alle regole di mercato pur affiancando a tale previsione una deroga, consentita qualora l'applicazione di tali regole osti all'adempimento della missione d'interesse generale connessa al servizio pubblico.

L'interpretazione dell'art. 86, norma presente nel Trattato sin dalla sua stipula (e cioè sin dal 1957), ha avuto una dinamica che può ricondursi al processo di integrazione europea e alla costituzione del mercato interno.

²⁹ Attraverso la definizione comunitaria di puntuali discipline settoriali dei servizi pubblici, si giunge a livello normativo a specificare la portata dell'art. 86.2 Tr. CE – che prevede la possibile deroga alle regole della concorrenza in ragione della necessità di realizzare specifiche missioni d'interesse generale –. In presenza invece di una definizione comunitaria delle discipline dei servizi e delle missioni d'interesse generale afferenti al livello europeo d'interesse, l'art. 86.2 Tr. CE dovrebbe tornare ad assumere (in coerenza con le sue risultanze testuali che lo indirizzano alle imprese e non agli Stati) un ruolo prioritario nella valutazione dei comportamenti delle imprese e, quantomeno in un primo momento, un ruolo marginale nella valutazione delle discipline dettate dagli Stati negli spazi residuali lasciati dalle direttive.

La norma è stata in un primo tempo intesa come espressiva della competenza propria degli Stati membri di definire *missioni d'interesse generale* in corrispondenza di interessi pubblici nazionali prevalenti rispetto a quelli rimessi alla cura della Comunità²⁵.

La sottrazione della sfera concernente la realizzazione delle *missioni d'interesse generale* dalle competenze della Comunità ha così per lungo tempo implicato il riconoscimento di un'area all'interno della quale la tutela accordata dal diritto comunitario alle libertà di mercato avrebbe potuto essere, nel rispetto del principio di proporzionalità, sacrificata attraverso l'esercizio da parte degli Stati membri delle proprie funzioni sovrane in materia di servizi pubblici. In origine, infatti, la Corte di Giustizia, nel suo sindacato sull'ammissibilità della deroga alle norme del Trattato, si è limitata a verificare la sussistenza di tale sfera di sovranità riservata, senza giungere, in presenza di servizi pubblici nazionali, a sindacare la ragionevolezza, né della loro istituzione, né delle scelte concernenti l'organizzazione e il regime di tali servizi, riconosciute come espressione piena della sovranità degli Stati, ancorché per lo più tradotte nella previsione di monopoli affidati ad imprese pubbliche verticalmente integrate²⁷.

La spinta al mutamento del regime dei servizi pubblici, com'è noto, si è avuta sul finire degli anni ottanta²⁸, allorché la Comunità ha abbandonato l'atteggiamento di

²⁵ Per la tesi, fondata sulla riserva di sovranità nazionale in materia di servizi pubblici e sostenuta soprattutto dai primi interpreti del Trattato, secondo cui la nozione di servizio d'interesse economico generale la si sarebbe dovuta definire all'interno dei singoli Stati, v. A. PAPPALARDO, *Commento all'art. 90*, in *Trattato istitutivo della Comunità economica Europea, Commentario*, diretto da R. Quadri-R. Monaco-A. Trabucchi, Milano, 1965, I, p. 677; B. DELVAUX-G. FABER, *La nozione di «servizio di interesse economico generale»*, in *Riv. dir. ind.*, 1963, p. 158; R. FRANCESCHELLI, *La nozione di servizio di interesse economico generale di cui al § 2 dell'art. 90 del Trattato istitutivo del Mercato economico europeo*, *ibidem*, 1963, p. 84; R. DRAGO, *La nozione di servizio di interesse economico generale secondo l'art. 90 del trattato istitutivo del mercato economico europeo*, *ibidem*, 1963, p. 163; P. ORIANNE, *La nozione di servizio di interesse economico generale secondo l'art. 90 del Trattato istitutivo del mercato economico europeo*, *ibidem*, 1963, p. 146; J. MEGRET-J.V. LOUIS-D. VIGNES-M. WAELBROECK-J. DOUSSET-M. SARMET, *Le droit de la communauté économique européenne, commentaire all'art. 90*, Bruxelles, 1971, vol. III, 83 ss.; A. FRIGNANI-M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996, p. 263 ss. ed *ivi* ulteriori indicazioni bibliografiche.

²⁶ Si v., in proposito, la nota pronuncia della Corte di Giustizia, 30 aprile 1974, C-155/73, *Sacchi*, in *Racc.*, 1974, I, p. 409 in cui si è affermato che «nulla osta a che gli Stati membri, per considerazioni di carattere extraeconomico, sottraggano le trasmissioni televisive, comprese quelle via cavo, al gioco della concorrenza, attribuendo il diritto esclusivo di effettuare tali trasmissioni a uno o più enti determinati» riconoscendo così l'esistenza di profili di discrezionalità non sindacabile sia sulle scelte relative alla definizione delle *missioni d'interesse generale* sia su quelle concernenti il regime giuridico delle stesse.

²⁷ Sul piano dello sviluppo del processo d'integrazione europea il mutato atteggiamento suole essere posto in corrispondenza con l'approvazione dell'Atto unico (1986) il quale, stabilendo il fondamentale obiettivo della progressiva instaurazione del mercato interno entro la scadenza del 31 dicembre 1992 e determinando così il rafforzamento delle politiche della concorrenza, segna l'avvio degli interventi di liberalizzazione dei principali servizi d'interesse economico che hanno potuto avvalersi anche della nuova regola maggioritaria (in particolare trasporti e telecomunicazioni). La constatazione è pressoché generalizzata; *ex multis*, D. CALDIROLA, *La dimensione comunitaria del servizio pubblico ovvero il servizio di interesse economico generale e il servizio universale*, in L. AMANNATI-M.A. CABIDDU-P. DE CARLI (a cura di), *Servizi pubblici concorrenza diritti*, Milano, 2001, p. 125; J.C. MONTERO PASCUAL, *I monopoli nazionali pubblici in un mercato unico concorrenziale*, in

sostanziale
zazione dei
di sistema»
aperta e in li

La Corte
delle clausol
timità dei re
ritenuta di p
te alle impre

*Riv. it. dir. pul
us punto di vi
privato nell'ec
p. 42; E. PICO:
damentali del a*

²⁸ L'espress

²⁹ Cfr. gli ar
correnza e sop
intitolata «Prin
concorrenza» e

³⁰ Al riguar
A.j.d.a., 1996, J

³¹ Tale orier
10, comma 2 (s
scopi del presen
comportamenti
li) e pertanto la
costituire una v
86.2 Tr. CE, fat
se generale.

Ed infatti la
che la liceità de
tutte v. Corte G
norme che prev
perpetrato dalle
il principio sec
concessione di a
Stato membro v
quando adotta u
un'impresa alla
propria posizion
1997, C-242/95,

Secondo tal
individuato sost
sivo non sia in ;
Felencazione est
«limitare la pro
presa beneficiar
mercato contigu
cui semplice ese
mercato dei serv

sostanziale agnosticismo circa le scelte nazionali concernenti l'istituzione e l'organizzazione dei servizi pubblici, per dare attuazione, anche in tali ambiti, alla «decisione di sistema»²⁷ del Trattato CE²⁸ relativa all'instaurazione di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza.

La Corte di Giustizia ha così adottato un'interpretazione sempre più restrittiva delle clausole di cui all'art. 86 Tr. CE, sia nell'estendere il proprio sindacato alla legittimità dei regimi speciali (c.d. esorbitanti) previsti da norme nazionali²⁹ – un tempo ritenuta di per sé non contrastante con le regole di concorrenza, essendo queste rivolte alle imprese e non agli Stati³⁰ –, sia nell'individuare le condizioni atte a consentire

Riv. it. dir. pubbl. com., 1997, p. 663; J.C. PIELOW, *Il «service public» e l'art. 16 del Trattato CE da un punto di vista tedesco*, cit., p. 71; per un più generale inquadramento, G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, 1992, p. 42; E. PICOZZA, *L'incidenza del diritto comunitario (e del diritto internazionale) sui concetti fondamentali del diritto pubblico dell'economia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 239.

²⁷ L'espressione è di N. IRY, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 23.

²⁸ Cfr. gli artt. 81 e 82 del Trattato di Roma che sanciscono le regole fondamentali di libera concorrenza e soprattutto l'art. 4 – norma inserita nel 1992 dal Trattato di Maastricht nella parte prima intitolata «Principi» – che fa riferimento al «principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza» quale criterio guida della politica economica della Comunità e degli Stati membri.

²⁹ Al riguardo si v. D. BERLIN, *Droit communautaire et régimes exorbitants du droit commun*, in *A.j.d.a.*, 1996, Juin, numéro special, p. 48.

³⁰ Tale orientamento della Corte costituisce il risultato della nota applicazione estensiva dell'art. 10, comma 2 (secondo cui gli Stati «si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere gli scopi del presente Trattato»), posto che, testualmente, le norme di concorrenza sanzionano solo i comportamenti scorretti delle imprese (e non anche le misure statuali, normative o provvedimenti) e pertanto la mera previsione di regimi derogatori rispetto alle regole di mercato non dovrebbe costituire una violazione del Trattato da giustificare attraverso il ricorso alla deroga di cui all'art. 86.2 Tr. CE, facendo, cioè, riferimento alla necessità di perseguire una specifica missione d'interesse generale.

Ed infatti la Corte – superando il rigore originario che non le aveva consentito di sindacare altro che la liceità dei comportamenti tenuti dalle imprese beneficiarie di diritti speciali o esclusivi (per tutte v. Corte Giust., 30 aprile 1974, C-155/73, *Sacchi*, cit.) – per poter verificare la legittimità delle norme che prevedono diritti speciali o esclusivi ha dovuto passare attraverso il filtro di un abuso perpetrato dalle imprese a causa del diritto speciale o esclusivo concesso loro dallo Stato, ponendo il principio secondo cui «anche se il semplice fatto di creare una posizione dominante mediante la concessione di diritti speciali o esclusivi non è di per sé incompatibile con l'art. 86 del Trattato, uno Stato membro viola i divieti posti dal combinato disposto dell'art. 90, n. 1 e dell'art. 86 del Trattato quando adotta una misura legislativa, regolamentare o amministrativa che crea una situazione in cui un'impresa alla quale ha conferito diritti speciali o esclusivi è necessariamente indotta ad abusare della propria posizione dominante» (v. così, nell'ambito di un'ampia giurisprudenza, la sentenza 17 luglio 1997, C-242/95, *GT-Link*, in *Racc.*, 1997, I, p. 4449, punto 33).

Secondo tale impostazione il nesso tra abuso di posizione dominante e diritto esclusivo è stato individuato sostanzialmente in due tipologie di casi: quando l'impresa beneficiaria del diritto esclusivo non sia in grado di soddisfare interamente la domanda – c.d. «abuso inefficienza» di cui all'elencazione esemplificativa contenuta nell'art. 82.2, lett. b), Tr. CE che si riferisce alla pratica di «limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico a danno dei consumatori» –; quando l'impresa beneficiaria di un diritto esclusivo in un mercato, per disposizione normativa, eserciti in un mercato contiguo – in cui è ammessa ad operare in concorrenza con altri operatori – un potere al cui semplice esercizio inerisce un profilo abusivo (es. gestore della rete che, operando anche nel mercato dei servizi, abbia il potere di regolazione tecnica circa le specifiche per la connessione alla

(ex art. 86.2) la deroga alle norme del Trattato e cioè ad ammettere regimi speciali dei servizi pubblici (quali diritti speciali o esclusivi, finanziamenti, affidamenti diretti) che, in quanto necessari al perseguimento di missioni d'interesse generale, potessero legittimamente comprimere le libertà di mercato tutelate dall'ordinamento comunitario: soprattutto nell'ipotesi dei monopoli si è infatti preteso che il sacrificio dell'interesse comunitario fosse assolutamente necessario secondo un canone di indispensabilità³³ per il perseguimento dell'interesse pubblico nazionale, e altresì conforme ai principi di proporzionalità, razionalità ed effettività.

Più recentemente la giurisprudenza comunitaria, *in presenza di servizi di interesse anche comunitario* e con atteggiamento senz'altro non lineare – poiché talora più incline ad assicurare il rispetto dei principi di mercato e talora maggiormente attento all'interesse generale – ha reso più incisivo il proprio sindacato sulla nozione di *servizio d'interesse economico generale*, con riguardo non solo all'aggettivo «economico» ma anche a quello «generale» e alla «specifica missione» che costituisce il nucleo di tali servizi e che, in quanto oggetto di una riserva di valutazione politica – dovrebbe sfuggire ad un sindacato pieno della Corte. Nei limiti di un sempre più attento riscontro di ragionevolezza e proporzionalità il giudice comunitario, non senza destare talune perplessità³⁴, ha così assunto il ruolo di controllare le scelte relative alla selezione degli interessi generali e alla loro organizzazione³⁵.

Traccia di tale percorso può cogliersi, a livello normativo, in quegli interventi caratterizzati, oltre il limite della tutela delle libertà economiche, dalla positiva definizione delle discipline di svolgimento delle attività e, talora, delle stesse *missioni d'in-*

rete). Per ulteriori approfondimenti sia consentito rinviare a E. SCOTTI, *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003.

Sull'art. 86, nell'ambito di una vastissima letteratura, si v. A. TIZZANO, *L'azione comunitaria nelle telecomunicazioni: interventi recenti e prospettive future*, in *Dir. inf.*, 1998, p. 920, secondo cui la lettura così accreditata dell'art. 86 sarebbe addirittura in una certa misura «eversiva»; P. FATIORI, *Monopoli pubblici e articolo 90 del Trattato CE nella giurisprudenza comunitaria*, in *Mercato concorrenza e regole*, 1999, p. 127; J.J. MONTERO PASCUAL, *I monopoli nazionali pubblici in un mercato unico concorrenziale*, cit.; K. VAN MIERI, *Les missions d'intérêt économique général et l'article 90.2 du Traité CE dans la politique de la commission*, in *Dir. econ.*, 1997, p. 276; G. RACCA, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 269; V. SOTTILI, *Il mercato elettrico dell'energia elettrica nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, cit., p. 927.

³³ In tal senso cfr. Corte Giust., 19 marzo 1991, C-202/89, *Repubblica francese c. commissione*, cit.; Commissione europea, decisione EUR-Sistema Eurovisione, in G.U.C.E., 1993, L. 179/23, par. 79 secondo cui «l'adempimento della missione deve essere reso impossibile dall'applicazione delle norme di concorrenza»; sul punto v. V. SOTTILI, *Servizio pubblico e diritto comunitario*, cit., p. 49 ss.; D. CALDIROLA, *La dimensione comunitaria del servizio pubblico ovvero il servizio di interesse economico generale e il servizio universale*, cit., p. 136 ss.

³⁴ Si v. V. SOTTILI, *L'art. 86 del Trattato CE*, cit., pp. 52-53, e di D. CALDIROLA, *La dimensione comunitaria del servizio pubblico ovvero il servizio di interesse economico generale e il servizio universale*, cit., p. 133.

³⁵ Si v. Corte Giust., 18 gennaio 2001, C-361/98, *Repubblica italiana c. Commissione*, in *Foro it.*, 2002, IV, c. 437 sulla ripartizione del traffico aereo tra gli aeroporti di Milano – Malpensa 2000; 26 settembre 2000, C-205/98, *Commissione c. Repubblica d'Austria*, sull'obbligo di fissare le aliquote dei pedaggi in funzione dei costi della rete autostradali austriache del Brennero. In proposito cfr. F. MUNARI, *La disciplina dei c.d. servizi essenziali tra diritto comunitario, prerogativa degli Stati membri e interesse generale*, cit., p. 39.

teresse generale. Suo fondamento è il progressivo emergere d'interessi generali di livello europeo: nel quadro della più ampia «trasmigrazione della sovranità verso la CEE»³⁶ in materia economica, gli interessi relativi ai principali servizi pubblici (e soprattutto ai servizi «a rete»: telecomunicazioni, energia, trasporti) appaiono ormai – in sé e non solo in via ancillare rispetto alla promozione della concorrenza e delle libertà economiche – interessi di pertinenza anche della stessa Comunità, sia per la loro importanza ai fini del funzionamento del sistema economico europeo sia – e questo è il dato in progressiva emersione – per il loro primario rilievo rispetto alla soddisfazione di fondamentali esigenze collettive che delineano il modello europeo di società.

Non si tratta più, è chiaro, di interventi meramente interdittivi e protettivi delle libertà di mercato, ma della configurazione dei regimi di svolgimento delle attività – e talora anche della stessa individuazione dei servizi pubblici e delle missioni d'interesse generale –, fondata sulla mediazione tra libertà economiche e interessi pubblici alla efficiente gestione dei servizi³⁷ dei quali si percepisce il valore più elevato rispetto alla semplice tutela della concorrenza, promossa nei settori d'interesse generale anche per il suo valore strumentale di tecnica di efficienza.

Per converso la Corte di Giustizia, di fronte a interessi di livello nazionale – e fortius locale –, atretra rispetto alle scelte politiche degli Stati, salvaguardandone la libertà di definire le missioni generali – nei soli limiti dell'errore manifesto – e di organizzarne lo svolgimento – nel rispetto dei noti canoni di obiettività, trasparenza e proporzionalità³⁸.

³⁶ Così M. MANETTI, *Poteri neutrali e costituzione*, Milano, 1994, p. 32; più in generale G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, cit., p. 21 ss.

³⁷ In tal senso v. E. CASOLINO, *I servizi pubblici nella disciplina comunitaria. Tendenze e prospettive*, in *Pubblico-privato, i pubblici servizi*, Torino, 1998, p. 23 ss.

³⁸ La maggiore cautela della Corte di Giustizia nel valutare le scelte degli Stati nazionali in ordine al mantenimento di aree riservate o comunque di discipline per altri versi contrastanti con le regole poste dal Trattato – quali quelle relative, per es., ad aiuti di Stato, accordi vietati, prezzi e condizioni discriminatorie, discriminazioni in base alla nazionalità – si riscontra nelle più recenti pronunce che, come da più parti messo in rilievo, hanno abbandonato, onde consentire l'operatività della deroga di cui all'art. 86.2 Tr. CE, il riferimento alla condizione di imprescindibilità della deroga stessa ai fini della sopravvivenza stessa della missione, adottando il più elastico criterio della «necessità» che nella sostanza si risolve nella verifica della sussistenza di ragioni obiettive e proporzionate oltre che non contrarie ai principi di trasparenza e parità di trattamento. Al riguardo cfr., la nota sentenza della Corte Giust., che ha inaugurato il nuovo orientamento, Corte Giust., 19 maggio 1993, C-320/1990, *Regie des Postes c. Paul Corbeau*, cit., par. 15; per le successive che, talora con riguardo ai monopoli talora con riguardo ad altre deroghe, lo hanno proseguito, v. 27 aprile 1994, C-393/92, *Comune di Almelò*, in *Racc.*, 1994, I, p. 1477; 23 ottobre 1997, C-158/94, *Commissione c. Italia* (sull'importazione di energia elettrica), in *Racc.*, 1997, I, p. 5789; 23 ottobre 1997, C-157/94, *Commissione c. Paesi Bassi*, in *Racc.*, 1997, I, p. 5699; 18 giugno 1998, C-266/96, *Corsica Ferries*, in *Racc.*, I, 1998, p. 3949; 10 febbraio 2000, cause C-147/97 e C-148/97, *Deutsche Post AG c. Gesellschaft für Zahlungssysteme mbH (GZS) e Citicorp Kartenservice GmbH*, cit.; 13 marzo 2001, C-379/98, *preussenElektra c. Schleswag AG.*, in *Racc.*, I, 2001, p. 2099; 17 maggio 2001, C-340/99, *TNT Traco c. Poste Italiane*, cit.; in proposito v. J.C. MONTERO PASCUAL, *I monopoli nazionali pubblici in un mercato unico concorrenziale*, cit., p. 663.

4. Servizi pubblici tra competenze europee, nazionali e locali

In tale quadro sembra opportuno tracciare talune linee, onde definire più concretamente la ripartizione di competenza tra Comunità e Stati membri³³.

Per ciò che concerne gli aspetti legati alla *politica della concorrenza* (quali l'eliminazione di assetti monopolistici non giustificabili in considerazione delle missioni d'interesse generale, la previsione di principi organizzativi volti a tutelare il mercato – tra cui le modalità di selezione del gestore, l'indipendenza degli operatori dalle autorità di regolazione, l'obbligo di separazione contabile o societaria, la trasparenza dei finanziamenti e la loro ammissibilità solo in presenza di *oneri iniqui* ecc. –) la competenza della Comunità è piena, con il limite del rispetto dei diritti fondamentali.

Il servizio pubblico in sé considerato, come missione d'interesse generale rivolta a soddisfare esigenze collettive – e non come mercato da aprire alla concorrenza – è invece divenuto oggetto d'una competenza concorrente, ripartita tra Comunità, Stati ed enti locali in base al canone della sussidiarietà, riconosciuto anche dalla nostra Costituzione. Il quale, come noto, nella ricerca del livello istituzionale competente muove dal basso, secondo un processo ascendente, cristallizzato nelle norme del Trattato e nell'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che, pur senza un'immediata portata precettiva, riconosce espressamente la maggior idoneità del livello locale a definire l'accesso ai servizi d'interesse economico generale. Come recentemente riconosciuto dalla Commissione, «la competenza a decidere quale servizio debba essere considerato servizio d'interesse generale e come debba essere gestito pertiene in primo luogo al livello locale»³⁴ nei limiti dell'errore manifesto e, ove siano presenti deroghe alla disciplina del mercato, nei limiti della loro necessità rispetto alla missione e, dunque, nel rispetto del principio di proporzionalità³⁵. Compete pertanto *in primis* agli Stati membri (e agli enti locali) di determinare, secondo quanto previsto dalle Costituzioni nazionali, il livello delle prestazioni rivolte a soddisfare gli interessi fonda-

³³ «Dove sono esattamente i limiti della concretizzazione ad opera degli organi dell'Unione?» si domanda J.C. PIELOW, *Il «service public» e l'art. 16 del Trattato CE da un punto di vista tedesco*, cit., p. 73 al quale si rinvia anche per la segnalazione dei problemi, d'indole costituzionale e comunitaria, che solleva «la precisazione ad opera del diritto secondario dei "giusti" rapporti tra concorrenza ed eccezioni alla concorrenza per i servizi d'interesse economico generali».

³⁴ Così, Commissione CE, *I servizi d'interesse generale in Europa*, 20 settembre 2000, cit., par. 22.

³⁵ Considerata l'importanza centrale del principio di proporzionalità ai fini dell'applicazione dell'art. 86.2, sembra opportuno riportare quanto affermato sul punto dalla Commissione CE, nella Comunicazione su *I servizi d'interesse generale in Europa*, 20 settembre 2000, cit., par. 23. «La proporzionalità con riferimento all'articolo 86, paragrafo 2, implica che i mezzi utilizzati per la missione d'interesse generale non devono dare origine a distorsioni non indispensabili degli scambi. In particolare, occorre garantire che qualsiasi restrizione alle norme del Trattato CE, e in particolare le restrizioni alla concorrenza e alle libertà del mercato interno, non eccedano quanto strettamente necessario per garantire il buon adempimento della missione. La prestazione del servizio d'interesse economico generale deve essere garantita e le imprese alle quali tale compito è affidato devono essere in grado di sostenere gli oneri specifici e i costi netti supplementari che ne derivano. La Commissione esercita tale controllo sulla proporzionalità, che è sottoposto a revisione giurisdizionale della Corte di giustizia, in modo ragionevole e realistico, come dimostrato da come utilizza le competenze decisionali che le sono conferite dall'articolo 86, paragrafo 3».

mentali e
ove si pe-
te, non si
co – e se
della pot
soddisfat

5. Il can

Occo-
(e locali)

Si è ir-
cipi *antit*
piosa atti-
tive disco-
slazione i
sugli asse-
to, ha co-
fronte d'i
nel camp-
strument-
blico, del
Il princip-
mento ai
a cominc-
bilanciar-
ridico ge-
raggiunge

Ciò n-
impedisc-
zioni di c
ta un int-
renzi la j
re³⁶, sovr-
seguono
doverosi

³⁶ Cfr.
C.M. e ai
disciplina

³⁷ Per i
cit., p. 410
concorren-
a soddisfa
regole del
problem

mentali dei cittadini; tale determinazione è attratta invece a livello comunitario solo ove si percepisca l'inerenza all'identità europea di taluni servizi – e ciò, auspicabilmente, non solo in una prospettiva di sviluppo del mercato e di ordine pubblico economico – e solo prevedendo una «garanzia minima», rispettando cioè la riserva agli Stati della potestà di valutare se i diritti da essi ritenuti fondamentali siano adeguatamente soddisfatti ed eventualmente di predisporre ulteriori e più ampie garanzie.

5. Il canone di ragionevolezza. L'istituzione di servizi pubblici e il mercato

Occorre ora domandarsi: esiste un limite comunitario rispetto alle scelte nazionali (e locali) di istituire servizi pubblici?

Si è infatti visto come, a differenza di quanto ha consentito l'applicazione dei principi *antitrust* nazionali (che si è risolta, eccezion fatta per alcuni noti casi⁴², in una copiosa attività di repressione delle condotte delle imprese e di segnalazione delle normative discorsive), la sovraordinazione delle disposizioni del Trattato CE rispetto alla legislazione interna abbia consentito un più incisivo intervento delle istituzioni comunitarie sugli assetti tradizionali dei servizi pubblici. Il nuovo equilibrio derivato da tale impatto, ha condotto l'iniziativa economica, posizione un tempo senz'altro comprimibile a fronte d'interessi generali di natura sociale, a divenire bene meritevole di tutela anche nel campo dei servizi pubblici; e non solo in sé ma anche per la riscoperta del suo ruolo strumentale di tecnica di efficienza nel raggiungimento degli obiettivi del servizio pubblico, deluse le aspettative connesse al monopolio e all'impresa verticalmente integrata. Il principio equilibratore delle opposte istanze è stato individuato attraverso il riferimento ai *canoni di ragionevolezza e di proporzionalità*: ogni regola del servizio pubblico, a cominciare dalla sua stessa istituzione, presuppone, nel nuovo quadro, un giudizio di bilanciamento tra libertà economiche e obiettivi d'interesse collettivo, che l'ordine giuridico generale del mercato (normativa di diritto comune e *antitrust*) non consente di raggiungere, di raggiungere adeguatamente o di garantire.

Ciò non vuol dire che la valutazione economica d'efficienza allocativa del mercato impedisca allo Stato di favorire nel mercato stesso il cittadino, assicurandogli condizioni di offerta più vantaggiose – per qualità, efficienza, prezzo – ovvero non consenta un intervento più mite il quale, pur senza interferire sull'offerta di mercato, differenzi la posizione dell'utente rispetto a quella di semplice contraente e consumatore⁴³, sovrapponendo agli strumenti di tutela di diritto comune gli strumenti che conseguono al qualificare *pubblico servizio* una data attività, imprimendole il carattere di doverosità.

⁴² Cfr. ad es. i noti casi *Telystem*, *Omnitel* e *Albacom* le cui complesse vicende avanti all'A.G. C.M. e ai giudici ordinari e amministrativi sono ripercorse in F. BONELLI-S. CASSESE (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, cit., p. 1053 ss.

⁴³ Per una diversa posizione v. D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi economici di pubblica utilità*, cit., p. 410, secondo il quale qualora «le imprese, agendo secondo le regole e gli stimoli del mercato concorrenziale ... producano in piena autonomia servizi che i poteri pubblici ritengono adeguati ... a soddisfare i bisogni della comunità ... basta che i poteri pubblici assicurino il mantenimento delle regole del mercato concorrenziale senza che siano necessari interventi specifici riconducibili alla problematica dei servizi pubblici».

Tuttavia, per un'esigenza, prima ancora che giuridica, di buon senso, il servizio pubblico per non apparire del tutto ingiustificato ed irrazionale dovrà necessariamente apportare al mercato, disciplinato dai regimi generali, un valore aggiunto in corrispondenza di un interesse qualificabile come generale.

Quale sia tale valore aggiunto non è possibile determinare *a priori*, come non è possibile individuare *a priori* quali esigenze della collettività possano costituire l'oggetto di *missioni* d'interesse generale⁴⁴.

Per tale ragione la Corte di Giustizia, analogamente a quanto si è riscontrato esaminando gli orientamenti dei nostri giudici nazionali, ha riconosciuto il nucleo politico del servizio pubblico, non giungendo mai, pur a fronte di un talora assai penetrante sindacato, alla diretta individuazione delle missioni d'interesse economico generale⁴⁵, impedita dal riconoscimento di una vera e propria «sovranità di definizione»⁴⁶ degli Stati. Secondo la sua ormai consolidata giurisprudenza, la Corte ha costantemente rimesso – ovviamente in mancanza di discipline comunitarie di settore – la selezione degli interessi generali agli Stati membri (e non ai giudici nazionali) riservando a sé, nel sindacato sull'art. 86 Tr. CE – sia in sede di rinvio pregiudiziale che di ricorsi per inadempimento –, il controllo sulla effettiva sussistenza della specifica missione d'interesse generale – indicandone partitamente i caratteri essenziali – e sulla ragionevolezza della sua previsione e delle connesse deroghe al Trattato eventualmente previste dalle discipline di settore⁴⁷.

⁴⁴ Scrive in proposito A. PAPPALARDO, *Commento all'art. 90*, cit., p. 692 che «quali siano tali esigenze spetta a ciascuno Stato membro stabilire, sulla base di considerazioni di ordine politico-economico, che potranno divergere da uno Stato all'altro, dato che diversi sono, inevitabilmente, i problemi politico-economici interno che ciascuno Stato ha da risolvere».

⁴⁵ In tal senso J.C. PIELOW, *Il «service public» e l'art. 16 del Trattato CE da un punto di vista tedesco*, cit., p. 59.

⁴⁶ Così H. LECHERER, *Ein – und Ausführmonopol für Gas und Elektrizität*, in *EuZW*, 1998, p. 76, cit. da J.C. PIELOW, *Il «service public» e l'art. 16 del Trattato CE da un punto di vista tedesco*, cit., p. 59.

⁴⁷ Così, per ciò che riguarda il profilo della stessa istituzione del servizio pubblico, la Corte di Giustizia, superato l'originario orientamento secondo cui «spetta al giudice nazionale accertare se un'impresa ... sia stata effettivamente incaricata dallo Stato membro di gestire servizi d'interesse economico generale» (Corte Giust., 27 marzo 1974, C-127/73, *Belgische Radio en Televisie et Société belge des auteurs c. SV SABAM e NV Fonior*, in *Racc.*, 1974, p. 313) ha avviato il sindacato di ragionevolezza in ordine alla qualificazione di una data attività come servizio d'interesse economico generale ai fini dell'applicazione della deroga di cui all'art. 86.2. Ha quindi riconosciuto la presenza di un servizio d'interesse generale con riguardo alle operazioni di ommeaggio, senza entrare nel merito della valutazione degli interessi ma riscontrando la presenza di specifici obblighi di servizio universale (così Corte Giust., 18 giugno 1998, C-266/96, *Corsica Ferries France*, in *Racc.*, I, 1998, p. 3949); al contrario (con la precedente pronuncia del 10 dicembre 1991, C-178/90, *Società Mercati convenzionali del porto di Genova c. Siderurgica Gabrielli*, cit., p. 225, spec. punti nn. 25-28) ha escluso che possa considerarsi incaricata di gestire servizi d'interesse economico generale un'impresa titolare del diritto esclusivo di esercizio delle operazioni portuali opinando che «non risulta dagli atti di causa ... che l'interesse economico generale legato alle operazioni portuali abbia un carattere specifico rispetto a quello di altre attività della vita economica» a causa, cioè, della mancanza di un particolare incarico; ancora, a titolo di esempio può citarsi la sentenza 2 marzo 1983, C-7/82, *GVL c. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.*, 1983, I, pp. 483, 504, con la quale si è escluso, sempre senza entrare nel merito, che una società tedesca per la tutela dei diritti d'autore rientri fra le imprese di cui all'art. 86.2 del Trattato, per la mancanza di uno specifico incarico.

6. *Segue*: l'organizzazione dei servizi pubblici e il mercato: diritti speciali ed esclusivi, aiuti di Stato, gara pubblica, società miste e *In house providing*, privatizzazioni e autorità di regolazione

Una più vistosa incidenza dei principi concorrenziali si è invece avuta con riguardo ai modelli organizzativi – tradizionalmente conformati senza alcuna considerazione dei contrapposti e talvolta strumentali interessi del mercato –.

L'applicazione delle regole di concorrenza conduce infatti all'eliminazione di regimi derogatori rispetto ai principi di mercato non necessari al perseguimento della missione d'interesse generale e all'affermazione di una serie di principi organizzativi volti a garantire un esercizio dei pubblici servizi rispettoso delle libertà economiche (separazione contabile, accesso, interconnessione, aiuti di stato e così via).

Occorre peraltro considerare come, alla stregua dell'art. 97 Cost. – che pone i principi di buon andamento e d'imparzialità dell'azione amministrativa –, il servizio pubblico mutui la sua legalità costituzionale dalla sua efficienza rispetto ai bisogni dei cittadini, dai risultati, cioè, che è idoneo a produrre in termini di utilità collettiva⁴³.

In tale prospettiva, la ritenuta inefficienza del monopolio e la nuova analisi economica che, rifuggendo dalle passate celebrazioni dei benefici e delle potenzialità derivanti dalle « economie di scala », oggi riconosce al mercato e alla concorrenza la capacità di determinare l'ottimo risultato allocativo, si riverberano sulla legalità dell'organizzazione dei servizi pubblici.

Siffatto generale condizionamento, pur senza tradursi in uno specifico modello, impone tuttavia l'osservanza di una serie di principi organizzativi suscettibili di essere tratti dalle diverse discipline di settore, dalle Comunicazioni della Commissione e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia; si tratta di canoni fondamentali di efficienza quali il contenimento massimo delle posizioni di monopolio, la riduzione dell'area dei diritti esclusivi o speciali, l'eliminazione degli aiuti di Stato distorsivi della concorrenza, la separazione tra funzioni di gestione e funzioni di regolazione, la separazione contabile tra attività di servizio pubblico e attività a valore aggiunto e così via⁴⁴.

Per ciò che riguarda invece il sindacato sulla proporzionalità delle regole organizzative dei servizi pubblici v. Corte Giust., 18 giugno 1991, C-260/89, *ERT/Dimitiki*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, p. 471 la quale, sempre senza entrare nel merito dell'interesse generale in forza del quale può legittimarsi il monopolio televisivo, ha spostato l'attenzione sulle modalità organizzative del monopolio che non devono arrecare irragionevoli vulnerazioni alle regole del Trattato (per il rilievo si v., in nota alla sent. cit., M. RAMAOLI, *La prestazione televisiva innanzi alla Corte di giustizia*, *ibidem*, p. 494). In proposito si veda, inoltre, Corte Giust., 11 aprile 1989, C-66/86, *Abmed Szeed Fle-greisen e a.c. Centrale*, in *Racc.*, I, 1989, p. 803.

⁴³ Per tutti v. L. IANNOFFA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, p. 299.

⁴⁴ Tali principi possono evincersi dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e dagli interventi di liberalizzazione della Commissione stando ben attenti a distinguere, specie nell'ambito di direttive e regolamenti, contenuti interdittivi da contenuti propositivi.

I primi, che si rinvergono sia in proposizioni di divieto sia in prescrizioni positive sia in previsioni di possibili modelli organizzativi, attualizzano e concretizzano in relazione ai singoli settori l'art. 86.2 Tr. CE, determinando le misure a tutela della concorrenza e delle libertà economiche e specificando la portata della deroga prevista al fine di realizzare le missioni d'interesse ge-

Siffatte regole speciali devono trovare copertura in un'istanza sociale prevalente rispetto a quella economica, giustificabile secondo il canone di razionalità *ex art.* 86.2 Tr. CE. È alla stregua di tale principio che in sede applicativa dovrà valutarsi la legittimità delle deroghe ai principi concorrenziali, quali la concessione di ausili finanziari, l'affidamento diretto della gestione dei servizi e la stessa previsione di riserve.

Si è visto come la giurisprudenza comunitaria abbia assunto un atteggiamento del tutto restrittivo rispetto alle riserve di attività (monopoli legali), legittimando posizioni di esclusiva solo ove necessario all'equilibrio economico del servizio universale e pretendendo che nell'affidamento delle concessioni siano osservate regole di trasparenza e parità di trattamento tali da rendere il mercato, pur monopolistico, contendibile (c.d. concorrenza per il mercato). Dalle direttive comunitarie può poi trarsi l'indicazione relativa alla scissione della rete – di frequente in condizioni di monopolio naturale – dalla gestione dei servizi, alle volte suscettibile di essere svolta in regime di concorrenza accedendo alla rete. La quale in casi del genere dovrà essere considerata quale infrastruttura essenziale (*essential facility*) per la quale l'esperienza nordamericana ha elaborato una serie di principi antitrust volti a garantire l'accesso paritetico di tutti gli operatori, a prescindere dalla natura, pubblica o privata, del soggetto proprietario e del gestore.

Con riguardo specifico al profilo del finanziamento, la Corte di Giustizia ha poi escluso l'ascrivibilità agli aiuti di Stato e alla relativa disciplina delle misure compensative degli oneri di servizio pubblico, solo qualora mantenute entro il limite dei costi aggiuntivi sostenuti dal beneficiario per l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico³².

Quanto agli affidamenti di diritti speciali o esclusivi di gestire pubblici servizi la Commissione europea e la Corte di Giustizia procedono con estrema prudenza nell'estendere in via generale l'applicazione delle regole previste per l'affidamento degli appalti all'affidamento di pubblici servizi, limitandosi a richiamare i principi generali di proporzionalità, uguaglianza e trasparenza³³; la regola della gara non risulta peral-

nerale – così ad esempio la regola della separazione contabile, il principio di separazione tra regolazione e gestione, quello dell'accesso all'infrastruttura essenziale.

Su questa griglia si reinnesta la scelta funzionale del modo di organizzare i servizi pubblici, la quale se di regola inerte alla sfera propria dei singoli Stati nazionali, in taluni settori (es. telecomunicazioni) è avocata a sé dagli organi comunitari. Infatti, i contenuti delle direttive e dei regolamenti talvolta attuano – e non solo a fini di armonizzazione – la scelta fra diversi sistemi organizzatori tutti ugualmente compatibili con le norme che tutelano le libertà economiche. La diversa dimensione delle molteplici norme che disciplinano i pubblici servizi non appare priva di concrete conseguenze: fuori dal loro ambito diretto di applicabilità le disposizioni da ultimo considerate non hanno una portata suscettibile di essere generalizzata, diversamente da quanto può invece ritenersi per le regole applicative di principi relativi alle libertà economiche e di precetti *antitrust*, le quali concorrono a definire il quadro cui i modelli di gestione dei servizi pubblici devono conformarsi onde potersi ritenere coerenti con l'ordinamento comunitario.

³² Corte Giust., 24 luglio 2003, *Altmark Trans GmbH*, causa C-280/00, in *Foro amm.*, 2003, con nota di E. SCOTTI, *Brevi note in tema di servizi pubblici e aiuti di Stato*.

³³ Commissione CE, Comunicazione 29 aprile 2000, *Foro it.*, 2000, IV, c. 389, con nota di A. BARONE-N. BASSI, *La comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario*; Corte Giust., 7 dicembre 2000, C-324/98, *Teleaustria Verlags GmbH c. Telekom Austria AG*, cit.

tro pos
versale

Più
non so
nariate
missioni
zione t
contrat
ste).

Per
dell'au
calmen
formal
logo e
second
parteci
rantisc
libertà

Qu
discors
zione i
nitarior.

Oc
295 Tr
d'inter
all'imp
cennar
mento

Al
vatizza
settori,
pi di li

³² Pt

³³ Li
blici e d

³⁴ Li
di propr
a cura e
istitua.

³⁵ L
tato di a
linea co
imprese
concorr

³⁶ In
un parz

tro posta esplicitamente da alcuna direttiva in ordine all'affidamento del servizio universale, come pur si era auspicato⁵².

Più in generale gli affidamenti di pubblici servizi a soggetti terzi sono considerati non solo e non tanto nella prospettiva degli appalti, ma piuttosto in quella del partenariato pubblico-privato, recentemente oggetto di una Comunicazione della Commissione⁵³. La quale ha paventato un ventaglio di opzioni organizzative di cooperazione tra autorità pubbliche e mondo delle imprese che vanno da quelle puramente contrattuali (concessioni e appalti) a quelle istituzionali (essenzialmente le società miste).

Peraltro né la Commissione né la Corte di Giustizia escludono la prospettiva dell'auto-organizzazione nella gestione dei servizi, prospettiva che escludendo radicalmente il mercato, legittima il ricorso a società c.d. *in house* – organismi, cioè, solo formalmente distinti dall'ente aggiudicatore in quanto sottoposti al suo controllo analogo e allo stesso rivolti con la loro prevalente attività –; la Corte di Giustizia, infatti, secondo un recente orientamento, pur circoscrivendone l'ambito alle sole ipotesi di partecipazione totalitaria pubblica e di sussistenza di una speciale *governance* che garantisca il controllo sulle scelte fondamentali della società, ha tenuto tuttavia ferma la libertà degli enti locali di farvi ricorso.

Queste, a grandi linee, le principali indicazioni comunitarie sui modelli gestori; un discorso a parte meritano invece le privatizzazioni e l'istituzione di autorità di regolazione indipendenti dal potere politico, misure entrambe non imposte a livello comunitario.

Occorre infatti sottolineare la generale indifferenza del Trattato, sancita dall'art. 295 Tr. CE⁵⁴, per i regimi interni della proprietà⁵⁵, confermata nel settore dei *servizi d'interesse economico generale* dall'art. 86, par. 2, Tr. CE, nel quale si fa riferimento *all'impresa incaricata della gestione di servizi d'interesse economico generale*, senza accennare alla natura dell'impresa – come avviene nel precedente comma che fa riferimento *all'impresa pubblica* – o pretendere il carattere privato.

Altre sono infatti le ragioni cui rispondono, nella prospettiva del Trattato, le privatizzazioni dei servizi pubblici; le quali sono da ricercarsi negli ostacoli che, in taluni settori, la natura pubblica dei gestori potrebbe porre alla piena attuazione dei principi di liberalizzazione⁵⁶.

⁵² Per tale auspicio si v. G. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002, p. 354.

⁵³ *Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, COM (2004), 327.

⁵⁴ La norma citata dispone infatti che «il presente trattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri»; al riguardo cfr. G. MOTZO, art. 222, in *Commentario CEE*, a cura di R. QUADRI-R. MONACO-A. TRABUCCHI, Milano, 1965; P. DIBOUT, *Article 222*, in *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Parigi, 1992.

⁵⁵ L'affermazione è pressoché generalizzata; per tutti si v. G. PERICU, *Impresa pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M. CHITI-G. GRECO II, cit., p. 751 ss., il quale sottolinea come nella prospettiva del Trattato, le imprese in mano pubblica siano tuttavia parificate alle imprese private quanto al necessario rispetto del regime di tutela delle libertà economiche e della concorrenza.

⁵⁶ In tale ottica si è giunti ad ipotizzare, con riferimento ai servizi pubblici di rilievo economico un parziale superamento della clausola d'indifferenza posta dall'art. 295 Tr. CE; in tal senso G.

Il principio, cui in generale si fa riferimento quale condizione ostativa alla presenza di organismi pubblici nel settore dei pubblici servizi, è quello di separazione tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione, messo a repentaglio soprattutto là dove non siano istituite autorità di settore indipendenti (rispetto al potere politico, qualora ad esso debbano ricondursi gli operatori); a ciò si aggiunga il rischio della distorsione degli equilibri di mercato che potrebbe derivare dalla presenza di capitale pubblico³⁷ e di logiche decisionali contaminate dalle finalità che sottendono, nei servizi pubblici, l'iniziativa economica pubblica.

Nei servizi pubblici il principio d'indifferenza per i regimi interni della proprietà, pur certo non superato³⁸, risulta dunque talvolta sensibilmente attenuato dalle ragioni del mercato: solo nelle ipotesi in cui non vanifichino l'operatività dei meccanismi concorrenziali, «forme o sostanze» pubblicistiche potranno pertanto ritenersi pienamente ammissibili. Ma entro questi limiti la soggettività pubblica formale (o il controllo pubblico di enti privati - società miste e *in house*) deve ritenersi pienamente consentita a livello comunitario.

Un discorso analogo vale anche riguardo ai soggetti regolatori: ciò che rileva in ambito comunitario è il rispetto della *par condicio* tra le imprese nel mercato, e non anche la legittimazione, politica o meno delle autorità. L'indipendenza dei regolatori cui si riferiscono talune direttive comunitarie³⁹ è cioè indipendenza dai regolati, specie se in concorrenza tra loro. Il che si traduce in indipendenza dal potere politico solo ove questi operi come gestore nel mercato concorrenziale, direttamente o partecipando a società pubbliche o miste.

7. Sulla distinzione tra servizi d'interesse economico e non economico: ordinamento comunitario e fini sociali

È ricorrente l'affermazione circa la riserva agli Stati membri di ogni scelta concernente i servizi d'interesse generale non economico, categoria nella quale si suole far confluire anche i servizi che nel contesto costituzionale interno sono tradizionalmente definiti come *sociali*⁴⁰.

Tali servizi si collocherebbero in un'area contrapposta al mercato e all'impresa da

AMORELLI, *Le privatizzazioni nella prospettiva del trattato istitutivo della comunità economica europea*, cit., *passim*; per l'affermazione «della stretta interdipendenza tra il regime giuridico delle attività economiche ed il regime delle proprietà», v., sia pur in una diversa prospettiva interpretativa, già G. MOYZO, *Art. 222*, cit.

³⁷ Al riguardo si v. le osservazioni di M. MAZZAMUTO, *Servizi pubblici e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nel d. lgs. n. 89 del 1998*, cit., p. 25.

³⁸ Tale principio è infatti costantemente ribadito nel campo dei servizi pubblici dalla Commissione europea; in proposito si v., da ultimo, *Libro verde sui servizi d'interesse generale*, 21 maggio 2003, COM (2003) 270 def.

³⁹ Si v., nel settore ferroviario, la direttiva 2001/14/CE.

⁴⁰ Si fa riferimento a quei servizi che trovano il loro fondamento nella Costituzione (sanità, istruzione, assistenza e sicurezza sociale, abitazione) su cui E. FERRARI, *I servizi sociali*, Milano, 1986; G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, p. 755; M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, cit.

cui deriv

Nel q
vizi d'int
presa⁴¹, s
loro stess
brano do

Sotto
taria d'ir
ciderebbe
delle attiv
di compr
estranei a
viduati de
il controll
gimi pens
ginare un
to dall'ap
diversa pc

⁴¹ *Espre
compiere»,
Contributo*

⁴² In tal
Osservazioni

⁴³ In pre
per il diritto
economicità
Corte di Giu
te di Giustiz
Corte Giust
DE LEONAR

⁴⁴ Al rigo
logici porto
dell'art. 86 «
re da parte a
bano versare
pensionistici
86 e 90 del
diritto esclus
settembre 19
dell'attività
tire ai soli o
stema di assi
Stato dei cos
it. dir. pubbl.
caricato di g.
Giust., 19 ge
Brevi note su
sprudenza de

cui deriverebbe una sostanziale indifferenza comunitaria circa la loro organizzazione.

Nel quadro evolutivo che si è ora delineato sia la tradizionale definizione dei servizi d'interesse (non economico) generale, derivata *a contrario* dalla nozione d'impresa⁴¹, sia la tradizionale affermazione dell'irrelevanza comunitaria degli stessi (sia la loro stessa distinzione concettuale dai servizi d'interesse economico generale) sembrano dover essere sottoposte a vaglio critico⁴².

Sotto il primo profilo, occorre considerare come, alla luce della nozione comunitaria d'impresa – la quale, secondo i prevalenti orientamenti giurisprudenziali, coinciderebbe con ogni attività inerente ad un mercato attuale o potenziale⁴³ – l'ambito delle attività economiche si presenta potenzialmente onnicomprensivo, cioè in grado di comprendere – sempre potenzialmente – la quasi totalità dei servizi ritenuti invece estranei alla nozione di servizio d'interesse economico generale. Si pensi ai casi individuati dalla Corte: l'attività di sorveglianza antinquinamento in un porto petrolifero, il controllo della navigazione aerea, l'assistenza sociale e sanitaria o la gestione di regimi pensionistici⁴⁴. Nella maggior parte dei casi sembrerebbe infatti possibile immaginare un mercato economico di riferimento e, sul piano dell'efficienza, un giovamento dall'applicazione delle regole di concorrenza. Per averne una conferma si pensi alla diversa posizione assunta, con riguardo alla riserva all'Inail delle assicurazioni contro

⁴¹ Espressamente afferma che «i servizi sociali esulano dall'indagine che qui ci si è proposto di compiere», D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, cit.; L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria del servizio pubblico*, cit.

⁴² In tal senso A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, cit., p. 26, nota 7; F. GIGLIONI, *Osservazioni sulla evoluzione della nozione di servizio pubblico*, in *Foro amm.*, 1998, p. 2270.

⁴³ In proposito si v. L. DI VIA, *Ancora sul principio di solidarietà e la nozione d'impresa rilevante per il diritto comunitario della concorrenza*, in *Foro it.*, 1996, IV, c. 68; ID., *Brevi note sul criterio di economicità e l'impresa rilevante per il diritto della concorrenza nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, *ibidem*, IV, 1994, p. 113; ID., *La nozione d'impresa nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, *ibidem*, IV, 1994, p. 68 e la giurisprudenza *ivi* annotata, per la quale da ultimo v. Corte Giust., 22 gennaio 2002, C-218/00, *Cisal c. Inail*, in *Foro amm.*, 2002, p. 327, con nota di F. DE LEONARDIS, *La Corte di giustizia e il principio di solidarietà nei regimi previdenziali*.

⁴⁴ Al riguardo cfr. Corte Giust., 18 marzo 1997, C-343/95, *Diego Cali & figli S.r.l. c. Servizi ecologici porto di Genova S.p.A.*, in *Racc.*, 1997, I, p. 1547, che ha escluso dall'ambito di applicazione dell'art. 86 «l'attività di sorveglianza antinquinamento che un ente privato è stato incaricato di svolgere da parte dei pubblici poteri in un porto petrolifero, neppure nel caso in cui gli utenti del porto debbano versare un contributo destinato a finanziare detta attività»; con riguardo alla gestione di regimi pensionistici integrativi si è di recente confermato il consolidato orientamento ritenuto che «gli artt. 86 e 90 del Trattato CE non ostano a che le autorità pubbliche attribuiscono ad un fondo pensione il diritto esclusivo di gestire, in un dato settore, un regime pensionistico integrativo» Corte Giust., 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany International BV*, cit.; per l'esclusione della rilevanza economica dell'attività di assistenza sociale e sanitaria (con la conseguenza di ritenere che sia legittimo consentire ai soli operatori privati che non perseguono fini di lucro di concorrere alla realizzazione del sistema di assistenza sociale con la stipula di convenzioni che danno diritto al rimborso da parte dello Stato dei costi dei servizi), Corte Giust., 17 giugno 1997, *Sodemare SA c. Regione Lombardia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, p. 683; per l'affermazione che «non è impresa un ente internazionale, incaricato di gestire il servizio di controllo della navigazione aerea per conto di taluni Stati», Corte Giust., 19 gennaio 1994, C-364/92, *Eurocontrol*, in *Foro it.*, 1994, IV, c. 113, con nota di L. DI VIA, *Brevi note sul criterio di economicità e l'impresa per il diritto della concorrenza nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*.

gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, la quale ha esteso a tali servizi la logica dei servizi d'interesse economico generale, rilevando come «una funzione di carattere sociale dovrebbe essere gestita in monopolio legale solo quando tale scelta sia effettivamente indispensabile nel senso che la relativa attività non possa essere economicamente gestita da parte di imprese private»⁶⁵.

La stessa distinzione tra servizi d'interesse economico e non economico parrebbe secondo tale impostazione superata sul piano del regime giuridico comunitario: in entrambi i casi le regole del mercato dovrebbero trovare applicazione, a meno che non sia necessario derogarvi onde realizzare uno specifico fine sociale.

In questo senso è la Comunicazione della Commissione dell'aprile 2006, relativa all'attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea⁶⁶ che applicando all'interno dei servizi sociali la distinzione tra servizi d'interesse economico e servizi non economici ha affermato, riportandosi alla giurisprudenza della Corte, che «le prestazioni fornite solitamente contro retribuzione debbano essere considerate come attività economiche ai sensi del trattato. Il trattato non esige tuttavia che il servizio venga pagato direttamente da coloro che ne beneficiano. Ne consegue che la quasi totalità dei servizi prestati nel settore sociale deve essere ritenuta 'un'attività economica' conformemente agli artt. 43 e 49 del trattato CE».

È stata d'altro canto messa in luce in dottrina anche l'infondatezza della tesi secondo cui da un lato vi sarebbe «il mondo economico, nel quale si può ricorrere alla mano invisibile del mercato come selettore di ottimalità anche nell'erogazione di servizi e alla regolazione come surrogato della mano invisibile» e dall'altro «quello sociale, dove ci possono essere soltanto erogazioni amministrative»⁶⁷.

A questa stregua sembrerebbe superata la stessa distinzione concettuale tra attività sociali e economiche e l'opinabilità e la politicità delle diverse qualificazioni.

In tale quadro il problema di definire i servizi sociali è stato condivisibilmente posto in relazione al processo d'integrazione europea: i servizi sociali sarebbero inerenti a settori che la Comunità ritiene, nell'attuale momento istituzionale, di rilievo non economico al fine di escluderli dalla competenza comunitaria in quanto afferenti a «materie di cui gli Stati sono particolarmente gelosi»⁶⁸. Potrebbe aggiungersi, dal punto di vista europeo, che i servizi sociali (quantomeno taluni di essi) sembrerebbero anche estranei, in una prospettiva di globalizzazione, allo sviluppo e al potenziamento del mercato interno – dunque all'interesse economico della comunità –, riguardando interessi del cittadino come tale e non come operatore economico e neppure,

⁶⁵ Si v. Autorità garante della concorrenza e del mercato, segnalazione 9 febbraio 1999, in *Boll.*, n. 4, 1999, in cui si afferma anche che il monopolio legale «nell'attuale fase storica si colloca in controtendenza rispetto al progressivo ed incisivo processo di privatizzazione e liberalizzazione dei servizi di pubblica utilità» e che «l'analisi della situazione italiana mostra come l'assenza di concorrenza incida necessariamente sulla ricerca delle soluzioni ottimali per un'efficiente gestione assicurativa». Più in generale per una lettura dei servizi sociali incline a restituire la gestione al mercato v. F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, cit., p. 80.

⁶⁶ Commissione, 26 aprile 2006, COM (2006) def.

⁶⁷ F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, cit., p. 80.

⁶⁸ Così G. CORSO, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 8.

per tal
rispetto
europe
in gene
l'art. 81
dalla ti
coinvol

Sen
ferente
princip
sociale
tra serv
trambi
vi saret
sima a
servizi
potenzi
non ecc
la previ
in una
grale di

I sei
da soci
second
giunge
non tol
conomi
tive del
Nor
pensi a

⁶⁹ R.
90 del T

⁷⁰ Sal
non può
p. 81, il
concorre
to costitu
degli ind

⁷¹ Si
come an
renti inc
ricorren
della san
cittadinc
tizione»

⁷² Co

per taluni di essi, come acquirente; essi non costituirebbero cioè né attività serventi rispetto alle attività produttive né in sé potrebbero considerarsi mercati d'interesse europeo ai fini dell'attuazione delle politiche della concorrenza. Se ne potrebbe più in generale desumere che il carattere economico dei servizi pubblici contemplati dall'art. 86 Tr. CE e, di massima, sottoposti alle regole del Trattato, discenda non tanto dalla tipologia della prestazione quanto piuttosto dalla natura dell'interesse generale coinvolto.

Sembra affiorare a questo riguardo il concetto di *ordine pubblico economico*⁶⁶, afferente all'interesse pubblico a realizzare e tutelare un mercato interno fondato sui principi della libera concorrenza, come concetto distinto rispetto all'*ordine pubblico sociale* su cui si fondano le istituzioni dello Stato sociale di diritto. In questi termini tra servizi economici e non economici non vi sarebbero differenze ontologiche; in entrambi i casi – e dunque anche alla base del servizio d'interesse economico generale – vi sarebbe infatti una funzione sociale, di carattere non economico e afferente di massima ad esigenze fondamentali dei cittadini; e, per converso, anche in relazione al servizio non economico esisterebbe un astratto mercato di riferimento e, dunque, la potenziale operatività del relativo regime giuridico⁷¹. La caratterizzazione sociale (o non economica) di un dato servizio esprimerebbe pertanto, sul piano giuridico, solo la prevalenza rispetto all'ordine pubblico economico di quello sociale, che si traduce in una più radicale derogabilità delle regole di concorrenza (o anche nella loro integrale disapplicazione).

I servizi sociali ineriscono infatti ad ambiti nei quali, per la primarietà dei bisogni da soddisfare connessa all'elevato costo di produzione dei servizi⁷², l'ordinamento – secondo scelte sancite, per i più importanti servizi sociali, già dalla Costituzione – giunge a configurare il sottostante interesse collettivo di tale forza e importanza da non tollerare bilanciamenti con la eventualmente contrapposta libertà d'iniziativa economica privata, sia nella sua dimensione individuale sia nelle sue dimensioni collettive del mercato e della concorrenza.

Non sembra pertanto un'eventualità remota, ancorché specie per taluni servizi – si pensi a quello sanitario⁷² – forse scongiurabile, il mutamento di tali valutazioni politi-

⁶⁶ R. FRANCESCHIELLI, *La nozione di servizio d'interesse economico generale di cui al § 2 dell'art. 90 del Trattato istitutivo del mercato comune europeo*, cit., p. 96.

⁷¹ Salvo forse l'eccezione dell'assistenza agli indigenti in quanto «il servizio fornito agli indigenti non può essere "comprato" per definizione» (F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, cit., p. 81, il quale però poi finisce per ritenere che anche per tali servizi sociali sia possibile un mercato concorrenziale riconducendo l'indigenza ad un problema di cittadinanza in quanto «un ordinamento costituzionale caratterizzato dalla cittadinanza anche economica ... non può permettere che esistano degli indigenti perché gli indigenti non sarebbero cittadini» (ID., *ibidem*).

⁷² Si v. al riguardo F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, cit., p. 82 il quale osserva come anche per quei servizi per i quali «il prezzo sarebbe tale da provocare una selezione degli acquirenti incompatibile con la generalità del diritto di cittadinanza» potrebbe introdursi la concorrenza ricorrendo, per assicurare il bisogno, al sistema delle assicurazioni (soluzione proposta per il campo della sanità) o alla fiscalizzazione dei costi, tramite la cartolizzazione del servizio e la restituzione al cittadino «perché lo spenda dove vuole in un mercato nel quale la pluralità di imprese siano in competizione» (soluzione proposta per i servizi scolastici).

⁷³ Contro F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, cit., p. 82 il quale prefigura anche

che sia per il radicarsi di ideologie neoliberiste, sia per il diffondersi dell'idea della strumentalità del mercato rispetto all'efficienza dei servizi, come sembra intravedersi già da una pronuncia della Corte di Giustizia relativa ai servizi di trasporto medico d'urgenza e di trasporto malati⁷³.

Né, al contrario, considerando l'omogeneità di fondo di tutti i servizi pubblici, può essere esclusa la (auspicabile) ipotesi che, in connessione con l'estendersi dell'ordinamento comunitario oltre la tutela delle libertà economiche, per i servizi (economici e non) più importanti si radichi a livello europeo una concezione sociale⁷⁴ quale fondamento di un intervento comunitario non inteso alla sola promozione dei valori del mercato, secondo spunti che già possono scorgersi in talune comunicazioni della Commissione e del Consiglio europei⁷⁵. E ciò anche a fronte di eventuali e totalizzanti aperture dei mercati alla concorrenza, proprio in relazione alle quali deve ribadirsi l'indipendenza del servizio pubblico dalla struttura del mercato e la possibilità che di esso, in quanto idoneo a recare ai cittadini specifiche utilità in termini di qualità, accessibilità, diffusione ovvero di continuità, si decida il mantenimento pur in contesti pienamente concorrenziali.

per tali servizi gestioni imprenditoriali risolvendo in altro modo il problema dell'(in)accessibilità del servizio.

⁷³ Corte Giust., 25 ottobre 2001, C-475/2001, *Firma Ambulanz Glockner c. Landkreis Südwestpfalz*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, p. 391, con commento di A. ARGENTATI ove si critica la pronuncia della Corte che non brillerebbe «per attenzione alla libera concorrenza» denotando «un raffreddamento dell'ardore con cui il giudice comunitario guarda oggi ai monopoli pubblici».

⁷⁴ Sul punto si v. G. BERTI, *I pubblici servizi tra funzione e privatizzazione*, in *Jus*, 1999, p. 872 ss., il quale sottolinea come il servizio pubblico in generale costituisca «immagine e mezzo di soddisfacimento dei diritti sociali e in ciò rivela la propria legittimità». Nella medesima prospettiva G. PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, I, Milano, 1993, p. 1082 ss.

⁷⁵ A tale proposito si v. la Comunicazione della Commissione *I servizi d'interesse generale in Europa*, 20 settembre 2000, cit., par. 68 in cui si dichiara che «I servizi d'interesse generale che sono collegati alla funzione di benessere e di protezione sociale sono di competenza delle autorità nazionali o regionali. Tuttavia, è ammesso che la Commissione intervenga allo scopo di promuovere la cooperazione e il coordinamento in tali settori. La Commissione si preoccupa principalmente di promuovere la cooperazione degli Stati membri su questioni relative alla riforma della protezione sociale». Tale comunicazione fa inoltre riferimento alla Comunicazione del Consiglio sull'aggiornamento della protezione sociale *Una strategia concertata per modernizzare la protezione sociale*, del 14 luglio 1999, COM (1999), 347, e al mandato conferito dal Consiglio europeo di Lisbona al Gruppo ad Alto livello «Protezione sociale».

Sommario: 1. tore dei servi- le funzioni ti tenza e il po- ze sulle legis

1. La cor

Il d.l. 30 ottobre 2003, dall'art. 3: parte sem- tica e dir- mentari, s- nuovo sist

La rife- te alla rec- fiche app- aspetti ap

Il prin- delle con- gestione i- ca, o mer- art. 113-6

La ris- tuzione, c- rite (art. 6) e di fu- Dei s-