

**ISSN 1127-8579**

**Pubblicato dal 25/02/2015**

**All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/36872-la-nozione-di-servizio-pubblico-nel-diritto-interno-e-comunitario>**

**Autore: Nicotra Francesco**

## **La nozione di servizio pubblico nel diritto interno e comunitario**

## LA NOZIONE DI SERVIZIO PUBBLICO NEL DIRITTO INTERNO E COMUNITARIO

### **1. Premessa**

La disciplina amministrativa dei servizi pubblici presenta da sempre un punto controverso nella propedeutica definizione di “servizio pubblico”. I numerosi tentativi, susseguitisi (con alterne fortune) per definire la nozione e identificarne e disciplinarne le fattispecie, costituiscono un esercizio storicamente più che secolare, condiviso in senso orizzontale da molteplici ordinamenti nazionali.

La nozione di servizio pubblico, pur rinnovata, continua, tuttavia, ad esprimere chiaramente due momenti in costante conflitto l'uno con l'altro; la responsabilità politica su attività comunque connesse alla sfera pubblica, da un lato, ed il valore della concorrenza e del rispetto delle regole dell'economia, dall'altro.

Da tempo, poi, il dibattito dottrinale, normativo e giurisprudenziale si articola anche in senso verticale, su una pluralità di livelli (nazionale, sub-nazionale, comunitario e mondiale), che concorrono da diverse prospettive a delineare la nozione di servizio pubblico, assumendo ciascuno come propria la competenza a definire alcuni profili della materia.

### **2. La nozione di servizio pubblico**

Sorta nelle scienze economiche, e non in quelle giuridiche, la nozione di servizio pubblico è controversa.

L'elaborazione di una concezione giuridica del servizio pubblico ha tradizionalmente rappresentato una questione caratterizzata da un elevatissimo grado di problematicità<sup>1</sup>, coinvolgendo contemporaneamente diversi settori disciplinari e presupponendo, altresì, conoscenze extragiuridiche, in particolare nel campo economico e in quello della scienza dell'amministrazione. Non a caso quella di servizio pubblico è stata considerata come una delle nozioni delle discipline giuspubblicistiche più incerte e di maggiore difficoltà definitoria<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> In tale contesto la stessa definizione di servizio pubblico appare “tra quelle più tormentate”. Cfr. M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, 69.

<sup>2</sup> C. IANNELLO, *L' "idea" di servizio pubblico nella nuova disciplina interna e comunitaria*, Napoli, 2005, 51.

La difficoltà di definire, da una prospettiva giuridica, il concetto di servizio pubblico, deriva da una pluralità di fattori.

Innanzitutto, occorre tener presente che l'evoluzione tecnologica e quella sociale condizionano inevitabilmente la nozione di cui si discute, con conseguenti riflessi sul diritto positivo e, conseguentemente, sulle ricostruzioni dottrinarie<sup>3</sup>.

In secondo luogo, le concezioni di servizio pubblico sono influenzate da scelte culturali e politiche, e, in particolare, dal diverso grado di intervento della mano pubblica sul mercato, quindi, in ultima analisi dal grado di sviluppo socio-economico di una data comunità umana in un dato periodo storico (si pensi a quanto nei fatti avvenuto nell'Europa continentale nella seconda metà del secolo scorso, in cui da uno stato c.d. del *Welfare* si è tornati a visioni più liberiste e limitative dei diritti e delle garanzie offerte dallo Stato ai suoi cittadini).

Il servizio pubblico, infatti, ha da sempre rappresentato il terreno privilegiato di scontro tra opposte concezioni dello Stato: quella cd. liberale, fondata sull'idea che ai pubblici poteri devono essere affidate le sole funzioni sovrane, lasciando alla libera iniziativa privata tutte le attività economiche; quella del cd. *welfare state*, fondata invece sull'intervento pubblico nelle attività economiche, al fine di garantire l'eguaglianza, non solo giuridica, ma anche sostanziale, tra i cittadini<sup>4</sup>.

In via di principio, con il concetto di servizio pubblico si fa riferimento ad attività di attribuzione di beni della vita suscettibili di valutazione patrimoniale che, sebbene dirette a soddisfare esigenze essenziali per la collettività, si estrinsecano secondo modalità non autoritative<sup>5</sup>.

Sono due, quindi, gli elementi essenziali del servizio pubblico: la strumentalità al soddisfacimento di esigenze essenziali della collettività; la non autoritatività (nella fase di erogazione) e connotazione della "prestazione". Il primo elemento permette

---

<sup>3</sup> C. IANNELLO, cit., 51, ricorda che la legge sulle municipalizzazioni del 1903 definiva di servizio pubblico, rendendone così possibile la cd. municipalizzazione, l'attività farmaceutica, l'illuminazione pubblica, la distribuzione e la vendita del ghiaccio.

Ancora, per formulare un esempio più vicino ai giorni nostri, si può ricordare che fino a pochi fa anche la produzione e distribuzione del latte erano considerate attività di servizio pubblico (Cfr., sul punto, Corte Cost., 16.06.1958 n. 851, in *Giur. Cost.* 1958; Corte Cost., 23.03.1960 n. 11, in *Giur. Cost.* 1960, 90 e ss).

<sup>4</sup> C. IANNELLO, cit., 52.

<sup>5</sup> Tali sono, per esempio, la distribuzione del gas e dell'energia elettrica, il servizio elettrico, il servizio sanitario, il servizio idrico, i trasporti pubblici, la gestione dei rifiuti, i servizi telefonici, l'informazione radiotelevisiva, ecc.

di distinguere i servizi pubblici da altre attività di natura economica; il secondo li distingue dalle funzioni pubbliche<sup>6</sup>.

Sul piano del diritto positivo, numerose sono le leggi dello Stato che fanno esplicito riferimento al concetto di servizio pubblico, come la 142 del 1990 in tema di servizi pubblici locali, oggi trasfusa nel Testo unico delle leggi comunali e provinciali (D.lgs. n. 267/2000); la legge 146 del 1990 sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali; l'art. 358 del codice penale; il decreto legislativo n. 80 del 1998 così come riscritto dalla legge 205 del 2000, e recentemente l'art. 23 bis della legge 133/08 modificato dal d.l. 135/09, convertito nella legge 20 novembre 2009, n. 166.

Va rilevato, tuttavia, che né il testo costituzionale, né le leggi citate offrono, in maniera anche solo parziale, una definizione della nozione di servizio pubblico.

In mancanza di una definizione normativa generale<sup>7</sup>, la nozione di servizio pubblico è stata essenzialmente il frutto dell'opera interpretativa di dottrina e giurisprudenza che hanno elaborato concezioni teoriche differenziate in relazione al quadro normativo e istituzionale di riferimento<sup>8</sup>.

Storicamente, la nozione di servizio pubblico diventa un problema di carattere giuridico con l'inizio dello scorso secolo, in corrispondenza dei processi di

---

<sup>6</sup> Se da un punto di vista teleologico, infatti, servizio pubblico e funzione pubblica possono - appunto, sul piano descrittivo - essere accomunate nel quadro finalistico unitario dell'attività amministrativa, dal punto di vista strutturale la funzione pubblica è un'attività che si estrinseca nell'esercizio del potere amministrativo, mentre la nozione di servizio pubblico prescinde da tale connotato. Questa tradizionale distinzione poggia, sostanzialmente, sul fatto che il pubblico servizio sarebbe un'attività non autoritativa, di natura tecnica e non giuridica, e come tale qualificata in via residuale rispetto alla funzione pubblica (ferma restando la coincidente destinazione di entrambi al soddisfacimento dei bisogni della collettività).

Rimangono così escluse dalla nozione di servizio pubblico le attività consistenti esclusivamente nell'esercizio di poteri e funzioni pubbliche, comprese le attribuzioni non riconducibili ai poteri autoritativi in senso stretto (come, ad es., le iscrizioni in albi, elenchi, liste, i compiti inerenti all'anagrafe, ecc.).

<sup>7</sup> Una definizione del legislatore, limitata per altro agli effetti della legge penale, è giunta solo nel 1990 con la novella al codice penale.

<sup>8</sup> Sull'elaborazione della nozione di pubblico servizio si veda: *I servizi pubblici*, in *Primo trattato di diritto amministrativo italiano* (diretto da V.E. ORLANDO), vol. IV, Milano, 1930; U. POTOTSCHNIG, *I servizi pubblici*, Padova, 1964; R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, 1956, 37 e ss.; C. GALLUCCI, *Servizi pubblici locali* (voce), in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Roma, 1999, 1; G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO-F. G. SCOCA (a cura di), *Dir. Amministrativo*, I, Bologna, 1998, 917 e ss.; P. CIRIELLO, *Servizi pubblici* (voce), in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Roma, 1992, 1 e ss.; S. CATTANEO, voce *Servizi pubblici*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, 355 e ss.; F. MERUSI, voce *Servizio pubblico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XVII, Torino, 1976, 217; M. DUGATO, *Il servizio pubblico locale: realtà e virtualità nei criteri di classificazione (nota a Cons. Stato, Sez. V, 10 marzo 2003, n. 1289)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 930; L. PERFETTI, *Contributi ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001; R. VILLATA, *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, Milano, 2006.

nazionalizzazione e municipalizzazione di attività che fino a quel momento erano state svolte dai soggetti privati in forma di impresa. Il fenomeno della municipalizzazione, intesa come esigenza ed espressione dello Stato moderno di intervenire nella sfera dell'impresa privata, stante la necessità di soddisfare attraverso i pubblici servizi i bisogni collettivi, affonda le sue radici nel cd. *socialismo municipale* e si afferma come manifestazione dell'autonomia comunale che vuole gestiti i servizi pubblici di maggior rilievo economico sociale attraverso attività di natura economica, ma sottratte all'economia di mercato<sup>9</sup>.

L'articolato dibattito ebbe il suo culmine sul finire degli anni '60 e vide contrapposti i fautori della *teoria del servizio pubblico in senso soggettivo* ed i sostenitori della *teoria del servizio pubblico in senso oggettivo*.

Secondo la classica definizione di De Valles<sup>10</sup>, il servizio pubblico era “una attività imputabile, direttamente o indirettamente allo Stato, volta a fornire prestazioni ai singoli cittadini; il concetto di prestazione rappresenta il tratto peculiare dell'istituto”<sup>11</sup>. Questa ricostruzione dottrinale, denominata “*teoria soggettiva*”, considerava come elemento qualificante del servizio pubblico la sua imputabilità ad un soggetto pubblico.

Alla luce di questa ricostruzione dottrinale, il servizio è pubblico in quanto le relative attività, non aventi carattere autoritativo<sup>12</sup>, sono esercitate da un soggetto pubblico o comunque per conto di esso allo scopo di garantire alla collettività il soddisfacimento di utilità essenziali. In particolare, questa attività può essere gestita o da un soggetto pubblico, attraverso i propri organismi, oppure, può essere affidata in concessione a privati senza che altre imprese possano fare loro concorrenza.

---

<sup>9</sup> L. CASTELLANI, *Il servizio pubblico locale in Italia e in Europa*, in *Rivista Anci*, 1996, 25 e ss.

<sup>10</sup> Deve attribuirsi al contributo di A. DE VALLES (*I servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. VI, Milano, 1930, 360 e ss.), il merito di avere studiato e sviluppato la nozione di servizio pubblico nella sua versione soggettiva.

La teoria soggettiva, dopo l'emanazione della legge Giolitti, si è diffusa rapidamente soprattutto in un primo momento, quando l'interesse si era concentrato nell'affidare all'amministrazione un'attività imprenditoriale, la quale successivamente veniva offerta ai cittadini in modo indifferenziato.

<sup>11</sup> Nel volume *I servizi pubblici*, in *Primo trattato di diritto amministrativo italiano* (diretto da V.E. ORLANDO), vol. IV, Milano, 1930. Posizione che faceva tesoro dell'insegnamento romaniano, secondo cui “anche quando il contenuto della prestazione amministrativa è materialmente identico al contenuto di prestazioni private, il diverso soggetto che le rende ne altera la natura giuridica”, così S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 333.

<sup>12</sup> In relazione alla distinzione fra servizio pubblico e funzione amministrativa si veda G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1987, 150 e ss., il quale rileva che a fianco delle attività autoritative si dovevano registrare nuovi compiti dell'amministrazione.

L'*atto di assunzione* da parte di un pubblico potere costituisce il fattore fondamentale della nozione suddetta: quindi se un ente pubblico prevede che uno specifico servizio economico sia di utilità generale, stabilisce di gestire tale servizio evitando così che lo stesso possa essere oggetto del libero mercato.

Pertanto, in base a questa teoria il pubblico servizio si ha solo quando lo Stato o altri enti pubblici lo hanno dichiarato tale includendolo nelle proprie finalità<sup>13</sup>.

Tale ricostruzione ha trovato in epoca più recente la sua più nota espressione in un'importante decisione della Corte di Cassazione<sup>14</sup>, che ha individuato l'elemento caratterizzante la pubblicità del servizio, nella imputabilità dello stesso ad un ente pubblico.

Tale teoria individuava i servizi pubblici in un campo ben preciso e delimitato dell'attività amministrativa, caratterizzato dalla prestazione di utilità di carattere tecnico e materiale a favore dei cittadini; nella formulazione classica e più affermata, tale prestazione avrebbe dovuto essere rivolta ai cittadini *uti singuli* mentre, per altra parte della dottrina, sarebbe stata considerata servizio pubblico anche la prestazione fornita ai cittadini *uti universi*.

Ma, proprio quando la dottrina italiana sembrava aver superato il dibattito iniziato agli inizi del Novecento (a seguito della municipalizzazione dei servizi) ed aveva ricondotto il servizio pubblico ad una nozione soggettiva, il profilo economico del pubblico servizio si imponeva di nuovo all'attenzione degli studiosi.

Tale impostazione prestò infatti il fianco a numerose critiche.

Innanzitutto, a contraddire la nozione soggettiva c'erano determinate attività, aventi caratteristiche materiali perfettamente simili ai servizi pubblici imputabili alla pubblica amministrazione, erano poste in essere da privati e sottoposte ad una disciplina pubblicistica non basata su di un provvedimento dell'Amministrazione pubblica; si parlò allora di "servizi pubblici impropri"<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> In particolare, il riferimento allo Stato nel pensiero di DE VALLES va inteso nel senso che un servizio sarà pubblico solo in quanto lo scopo a cui esso tende sia stato assunto come proprio dallo Stato (ed eventualmente affidato anche alla cura di enti minori), per cui l'interesse alla erogazione del servizio diviene un fine pubblico. Vedi anche G. ZANOBINI, *L'esercizio privato di funzioni e servizi pubblici*, in *Trattato Orlando*, 1935, II, 3, 198.

<sup>14</sup> Sez. Un., 6 maggio 1995, n.4989, in *Foro it.* 1996, I, 1363, con nota di F. CARINGELLA.

<sup>15</sup> Così A. DE VALLES, *op. cit.*, 613.

In secondo luogo, la concezione soggettiva si scontrava con il quadro ordinamentale e della sua tendenza ad una progressiva dismissione delle forme di intervento pubblico nell'economia<sup>16</sup>.

Ancora, la lettura delle disposizioni costituzionali e prima tra tutte dell'art. 43 Cost. che contemplando la possibilità per lo Stato di riservare o trasferire, mediante esproprio e salvo indennizzo, a sé determinate imprese o categorie di imprese che si riferiscano a servizi pubblici essenziali, sembra affermare, viceversa, la possibilità della gestione privata di tali servizi.

Proprio per le su indicate critiche, è emersa sempre più l'esigenza di una definizione oggettiva di servizio pubblico che comprendesse le attività economiche in senso lato, caratterizzate dalla soggezione ad un particolare regime per la rilevanza sociale degli interessi perseguiti, prescindendo dall'imputazione soggettiva ai pubblici poteri. All'impostazione originaria si è venuta quindi a contrapporre una *ricostruzione oggettiva* della nozione di pubblico servizio con l'intento di qualificare un'attività in base alla sua rispondenza alla pubblica utilità ed al pubblico interesse, a prescindere dal soggetto al quale è istituzionalmente collegata.

Secondo la tesi oggettiva, a prescindere dalla connotazione pubblicistica del soggetto gestore, il servizio è pubblico in quanto la relativa attività di prestazione è diretta a soddisfare interessi essenziali della collettività.

L'elaborazione della teoria in esame si deve a Pototschnig<sup>17</sup>, il quale afferma che i caratteri del servizio si ricavano da una interpretazione congiunta degli artt. 41 e 43 della Costituzione.

L'art. 43 Cost. prevede innanzitutto che, ai fini di utilità generale, la legge può riservare *“allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o d'utenti determinate imprese o categorie d'impresе, che si riferiscono a servizi pubblici essenziali o a fonti d'energie o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere d'interesse generale”*.

Dal contenuto della norma costituzionale suddetta, si potrebbe dedurre la natura oggettiva del servizio pubblico e, quindi, la non necessaria assunzione della stessa da parte dell'amministrazione.

---

<sup>16</sup> Si veda ad esempio l'art. 2 D. L. 332/94, recante “norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni”, che operando la c.d. privatizzazione materiale, non incide sulla natura giuridica del servizio reso.

<sup>17</sup> U. POTOTSCHNIG, cit. Si veda anche la ricostruzione di M. NIGRO, *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, in *Riv. trim. dir. Pubbl.*, 157, 118 e ss.

L'art. 43 della Cost. stabilisce che oltre lo Stato e altri enti pubblici sono possibili destinatari della riserva o del trasferimento anche "comunità di lavoratori o di utenti" ammettendo quindi che anche soggetti privati possono gestire attività qualificabili come "servizio pubblico"<sup>18</sup>.

La tesi in esame richiede, affinché possa parlarsi di "servizio pubblico oggettivo" muovendo dal terzo comma dell'art. 41 Cost., che la legge determini "i programmi e i controlli" necessari per garantire che l'attività economica pubblica o privata "possa essere indirizzata ed organizzata ai fini sociali".

In questa prospettiva, dunque, si può parlare di servizio pubblico indipendentemente dal soggetto che lo pone in essere in quanto la qualità pubblica deriva dalla particolare disciplina pubblicistica e dallo scopo perseguito. Ciò che rileva è dunque l'attività e la sua attitudine a soddisfare un interesse di carattere generale, indipendentemente dalla natura pubblica o meno del soggetto titolare della stessa.

La tesi oggettiva pura ha trovato accoglimento in un noto indirizzo giurisprudenziale sostenuto dal Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 1/2000<sup>19</sup> volto ad includere nella nozione di pubblico servizio ogni forma di attività "finalizzata al perseguimento dell'interesse collettivo", con l'ulteriore conseguenza che l'ambito del servizio pubblico finirebbe col coincidere con l'intero ambito dell'attività amministrativa sorretta dai principi di cui all'art.97 Cost., ovvero secondo altra accezione, con l'attività svolta da qualsivoglia soggetto, purché riconducibile ad un ordinamento di settore, ovvero sottoposte "a controllo vigilanza o a mera autorizzazione da parte di un'amministrazione pubblica"<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> L'art. 43 Cost. rappresenta una norma che ha posto notevoli problemi nell'interpretazione del termine *servizi pubblici essenziali*. Secondo alcuni (così F. MERUSI, *op. cit.*, 371) la essenzialità non è attributo necessario del servizio pubblico (*contra* C. BOZZI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, 368, per il quale "i servizi pubblici devono essere essenziali"); essa è il frutto di una valutazione particolare e diversa rispetto a quella che è intesa soltanto a disciplinare una attività come *servizio pubblico*, anche se può in concreto assorbirla. La valutazione di essenzialità (unita a quella del "carattere di preminente interesse generale") prevista dall'art. 43 Cost., ha come conseguenza l'applicazione di un regime - riserva o trasferimento coattivo di imprese previo indennizzo - che non deve necessariamente applicarsi a tutti i servizi pubblici. Anche secondo S. CASSESE (*Legge di riserva e art. 43 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960, 1344), il contenuto preciso dei servizi pubblici essenziali può essere ricercato "non certo con l'ausilio dei mezzi approntati dalla scienza giuridica, bensì con riferimento a nozioni della scienza storica, economica e sociale".

<sup>19</sup> In Foro it. 2000, fasc. III, 365.

<sup>20</sup> In tal senso si veda il Parere dell'ad. Gen. N. 30 del 12 marzo 1998.



Nonostante il richiamato fondamento costituzionale, anche la teoria oggettiva non è peraltro esente da critiche sia per la sua eccessiva ampiezza, sia per la sua ambiguità. La principale critica<sup>21</sup> a cui è stata sottoposta la teoria oggettiva è quella di aver esteso eccessivamente il concetto di servizio pubblico, includendo tutte le attività economiche che presentano programmi e controlli stabiliti dalla legge per soddisfare l'interesse generale della collettività. Infatti, l'indeterminatezza delle fattispecie che possono essere ricomprese nella definizione finiscono per ricondurre nella nozione del pubblico servizio situazioni non omogenee, riducendo alquanto l'utilità e la giuridicità della categoria stessa. Con ciò diventa difficile distinguere il servizio pubblico dalla semplice attività economica svolta da soggetti privati.

Tali critiche hanno spinto una parte della dottrina a formulare una tesi intermedia che è stata definita da alcuni "*soggettiva temperata*". Secondo quest'ultima teoria per poter qualificare un servizio come pubblico, occorre che lo stesso sia imputabile all'amministrazione, anche se l'attività venga in realtà svolta da un soggetto privato attraverso il modello concessorio.

Questa teoria, a differenza della teoria soggettiva c.d. "pura", mette in risalto gli elementi caratterizzanti della nozione di servizio pubblico secondo la concezione oggettiva, evidenziando l'importanza della disciplina di diritto positivo, l'attività oggetto del servizio e le finalità dalla stessa perseguita senza che possa desumersi la pubblicità del servizio dalla natura pubblica del soggetto che ne è titolare<sup>22</sup>.

La visione è, pertanto, nettamente diversa: la titolarità pubblica è determinata dalla pubblicità obbiettiva del servizio e non dalla pubblicità del soggetto.

Nonostante questa impostazione sia in grado di soddisfare i bisogni della collettività e quindi di superare l'eccessiva indeterminatezza della teoria soggettiva<sup>23</sup>, essa presenta elementi criticabili riguardo alla relatività e disomogeneità che caratterizzano questa nozione<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Cfr. M. NIGRO, *L'edilizia popolare ed economica*, in A.M. SANDULLI (a cura di) *I lavori pubblici. Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, 1967, 496 e ss.; F. ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Milano, 1973, 46 e ss.

<sup>22</sup> R. VILLATA, *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, cit., 5.

<sup>23</sup> Le critiche più importanti contro la teoria soggettiva riguardano l'eccessiva vaghezza e la scarsa capacità discrezionale della nozione, contraddetta dalla presenza di attività gestite dai privati ma con caratteristiche simili ai servizi pubblici.

<sup>24</sup> In tema cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, n. 319 del 3 aprile 1999.

Non potendosi ravvisare nel diritto positivo elementi che fanno prevalere l'una o l'altra teoria<sup>25</sup>, si è cercato di superare i limiti su evidenziati attraverso nuove ricostruzioni che tendono a privilegiare la nozione oggettiva.

La giurisprudenza ha teso a far propria la nozione oggettiva di servizio pubblico, considerato come ogni attività volta alla realizzazione di fini sociali per il cui svolgimento sia dettata una disciplina derogatoria del diritto comune<sup>26</sup>. Coerentemente con le definizioni della normativa comunitaria, rese anche in tema di appalto pubblico di servizio, secondo i giudici amministrativi, per individuare la figura di cui si discute, occorre avere riguardo a tre elementi fondamentali: il beneficiario del servizio, la sussistenza o meno di un interesse generale e la remunerazione<sup>27</sup>.

Il necessario perseguimento dell'interesse generale richiede che l'attività oggetto del rapporto debba essere rivolta non già direttamente all'amministrazione appaltante, ma ad una utenza indiscriminata<sup>28</sup>.

Il servizio può essere svolto anche da soggetti privati, ma ciò non può far concludere che a detta nozione possa essere attribuita un'accezione così ampia da comprendere qualsiasi attività privata soggetta a controllo, vigilanza o autorizzazione della Pubblica amministrazione, in quanto il servizio si qualifica come pubblico perché l'attività in cui esso consiste si indirizza istituzionalmente al pubblico, mirando a soddisfare direttamente esigenze della collettività in coerenza con i compiti dell'Amministrazione pubblica<sup>29</sup>. In conclusione, la funzione deve in questi casi essere rivolta necessariamente a vantaggio della collettività.

Ne deriva che la remunerazione del servizio, secondo la giurisprudenza amministrativa, non si pone quale corrispettivo del sinallagma contrattuale (che caratterizza, al contrario, la diversa figura dell'appalto pubblico del servizio), ma, come era chiaramente ribadito dall'art. 12, comma 5, della L. 23.12.1992 n 498

---

<sup>25</sup> Un elemento a favore dell'accoglimento della tesi oggettiva da parte del moderno legislatore è sicuramente la nozione di incaricato di pubblico servizio, compreso il soggetto estraneo all'amministrazione.

<sup>26</sup> La giurisprudenza ordinaria e amministrativa hanno più volte affrontato il problema della definizione della nozione di servizio pubblico, poiché quest'ultima è divenuta un criterio di riparto della giurisdizione a seguito del D.lgs. 80 del 1998.

<sup>27</sup> T.A.R. Sicilia Catania, sez. II, 21 marzo 2005, n. 466.

<sup>28</sup> Cfr., T.A.R. Sicilia Catania, sez. II, 21 marzo 2005, n. 466; T.A.R. Liguria, sez. II, 31 marzo 2004, n. 312; T.A.R. Milano 6 novembre 2002 n. 4262; Cons. Stato, Ad. Plen., 30 marzo 2000 n. 1.

<sup>29</sup> Cfr. T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 12 novembre 2009, n. 5021; T.A.R. Piemonte, sez. II, 04 ottobre 2003, n. 1221; T.A.R. Basilicata – Potenza, 4 settembre 2002, n. 598.

(novellato dall'art. 117 del D.Lgs.vo 18.8.2000 n. 267), richiede il ricorso alla diversa forma tariffaria<sup>30</sup>.

Per altro, il servizio si qualifica come “pubblico”, proprio a causa della sua vocazione a soddisfare esigenze della collettività in coerenza con i compiti dell'amministrazione pubblica.

In altre parole, è caratterizzato da un elemento funzionale (soddisfacimento diretto di bisogni di interesse generale) che non si rinviene nell'attività privata imprenditoriale, anche se indirizzata e coordinata a fini sociali (cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 30.3.2000, n. 71<sup>31</sup>).

Si può, in conclusione, affermare che secondo la giurisprudenza i fattori distintivi del pubblico servizio sono, da un lato, l'idoneità del servizio, sul piano finalistico, a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti, e, dall'altro, la sottoposizione del gestore ad una serie di obblighi, tra i quali quelli di esercizio e tariffari, volti a conformare l'espletamento dell'attività a norme di continuità, regolarità, capacità e qualità, cui non potrebbe essere assoggettata, invece, una comune attività economica<sup>32</sup> ed al soddisfacimento di interessi che il Legislatore ha ritenuto aventi rilevanza sociale.

Probabilmente la scelta consigliabile è quella di adottare entrambi i criteri, lo stesso legislatore infatti nell'art. 112, co. I<sup>33</sup>, del D.lgs 267/2000 (testo unico sulle autonomie locali) si è posto tale problema preferendo una nozione praticamente *mista*.

---

<sup>30</sup> In particolare, anche in assenza di una precisa definizione a livello normativo, nella giurisprudenza amministrativa si è consolidata la definizione di servizio pubblico soprattutto in relazione alle tariffe applicate dagli esercenti e alla fornitura a favore di un'utenza collettiva.

Più precisamente, relativamente ai servizi pubblici locali, l'art. 117 T.U.E.L. n. 267/2000 stabilisce che la tariffa ne costituisce il corrispettivo, ma non ne definisce il contenuto, determinato dalla possibilità concreta dell'ente di dividere sui singoli l'onere della gestione ed erogazione della prestazione.

Ne deriva che se è pur vero che lo stesso Titolo V del T.U.E.L. n. 267/2000 disciplina anche i criteri per la determinazione e la riscossione delle tariffe, è altrettanto vero che non si possono escludere dall'ambito dei servizi pubblici locali quelli erogati senza un corrispettivo, sempre che le prestazioni siano strumentali all'assolvimento delle finalità sociali dell'ente (cfr. Consiglio di Stato, V Sez. 16 dicembre 2004, n. 8090).

<sup>31</sup> Secondo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione “il servizio si qualifica come pubblico allorquando l'attività, in cui esso consiste, sia indirizzata istituzionalmente al pubblico, mirando a soddisfare direttamente esigenze della collettività, in coerenza con i compiti propri dell'amministrazione pubblica...”.

<sup>32</sup> cfr. Cons. Stato, V, 12.10.2004, n. 6574.

<sup>33</sup> La disposizione stabilisce che “*gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo delle comunità locali*”.

A fronte delle ampie incertezze in materia, più che fornire una nozione generale di servizio pubblico, si tende oggi ad identificare alcuni indici rivelatori della natura pubblica di un servizio.

Innanzitutto, il servizio pubblico si sostanzia nell'erogazione di utilità essenziali per la collettività prestate in modo non autoritativo. In particolare, deve trattarsi di utilità che il diritto positivo – fra cui primariamente le norme costituzionali – considera come bisogni collettivi che necessitano di garanzie<sup>34</sup>.

Altro indice rivelatore della natura pubblica di un servizio è stato individuato nella sua sottoposizione ad un regime particolare<sup>35</sup>.

Un ulteriore elemento di connotazione dei servizi pubblici è la loro collocazione in un cd. “ordinamento di settore” al cui vertice è posta un'autorità pubblica dotata di poteri di vigilanza e di controllo.

Infine, la giurisprudenza richiede, quale presupposto imprescindibile del servizio pubblico, il suo indirizzarsi nei confronti dell'utenza finale: a rigore, è servizio pubblico solo l'attività rivolta all'utente finale e non le attività a monte rispetto a tale fase<sup>36</sup>.

La nozione di servizio pubblico è decomponibile in due *species*: i *servizi pubblici centrali* (energia elettrica, trasporto ferroviario, telecomunicazioni) e i *servizi pubblici locali* (servizio idrico, gestione dei rifiuti, distribuzione del gas). I primi si caratterizzano per un'organizzazione a rete nazionale; i secondi presentano strette connessioni con la finalità particolare dello sviluppo e della promozione economico-sociale delle comunità locali<sup>37</sup>.

Questi ultimi in particolare formeranno oggetto di studio presente lavoro.

---

<sup>34</sup> Trattandosi di strumenti d'effettività e garanzia dei diritti civili e sociali degli utenti, tali garanzie sono rappresentate dalla necessità, continuità, uguaglianza, adattabilità, trasparenza e concertazione nella loro erogazione.

<sup>35</sup> Nonostante l'ordinamento non affidi il servizio in via esclusiva ai pubblici poteri, quest'ultimi lo organizzano comunque secondo modalità ben precise di gestione, in quanto risponde ad un interesse pubblico.

<sup>36</sup> Va tuttavia precisato che la nozione di utente finale del servizio pubblico è più ampia rispetto a quella di “consumatore” fatta propria dall'art. 1468-*bis* c.c., poiché alla nozione di utente del servizio possono essere ricondotti anche gli imprenditori che fruiscono del servizio medesimo.

<sup>37</sup> Occorre considerare, peraltro, che alla tradizionale distinzione dei servizi nazionali da quelli locali vanno ad aggiungersi servizi pubblici allocati in ambiti territoriali e politico-istituzionali intermedi; spesso regionali e anche provinciali. E' il caso della dimensione regionale del servizio sanitario, o, per molti versi, della marcata tendenza all'allocatione ultracomunale del servizio idrico integrato.

### **3. Nozione di servizio pubblico locale**

Dopo aver richiamato la nozione di servizio pubblico che la dottrina e la giurisprudenza hanno faticosamente ricostruito, pare opportuno interrogarsi su quali siano gli aspetti peculiari del c.d. servizio pubblico locale. Se cioè esso sia nozione distinta da quella generale appena delineata o rappresenti una sua *species*.

Con riferimento a quest'aspetto, l'articolo 112, comma 1 T.u.e.l., pur non fornendo una vera e propria definizione di servizio pubblico locale, espone alcuni tratti distintivi di tale istituto. La disposizione fa riferimento a ***“servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali”***<sup>38</sup>.

La genericità della norma si spiega con la circostanza che gli enti locali, ed il comune in particolare, sono enti a fini generali dotati di autonomia organizzativa, amministrativa e finanziaria ( art. 3 T.u.e.l.), nel senso che essi hanno la facoltà di determinare da sé i propri scopi e, in particolare, di decidere quali attività di produzione di beni ed attività, purché genericamente rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile della comunità locale di riferimento (art. 112 T.U.E.L.), assumere come doverose.

La previsione dell'art. 112 comma 1 T.u.e.l. è in linea con il principio secondo cui gli enti locali ed espressamente i Comuni e le Province, rappresentano le proprie comunità, ne curano gli interessi e ne promuovono (e la provincia ulteriormente ne coordina) lo sviluppo.

Ciò implica che l'assunzione dei servizi pubblici locali è rimessa ad autonome valutazioni degli enti locali, in relazione ai diversi contesti socio-economici e territoriali. Quel che rileva è perciò la scelta politico-amministrativa dell'ente locale di assumere il servizio, al fine di soddisfare in modo continuativo obiettive esigenze della collettività<sup>39</sup>.

In particolare, affinché possa essere assunta come servizio pubblico, una attività dovrà incidere in via diretta sulla comunità, perché rispondente ad esigenze

---

<sup>38</sup> In proposito va precisato che, ai sensi dell'art. 2 comma 1 T.u.e.l., per enti locali ai fini del testo unico si intendono: i Comuni, le Province, le Città metropolitane, le Comunità montane, le Comunità isolate e le Unioni di comuni.

<sup>39</sup> In tal senso Cons. Stato, Sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369.

essenziali o diffuse di una determinata collettività locale. Del resto, il ruolo degli enti territoriali come interpreti primari dei bisogni e delle esigenze delle rispettive comunità sembra in piena sintonia con la volontà di valorizzare il sistema autonomistico in virtù degli articoli 5 e 118 Cost.

Sotto il profilo oggettivo, pertanto, la nozione di servizio pubblico locale costituisce una specificazione della nozione generale, con un ambito più ristretto della prima. Per espressa previsione normativa, infatti, questa particolare *species* di servizio pubblico è limitata alle sole attività che “sono rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali”.

L’art. 112 comma 1 T.u.e.l., precisa inoltre che gli enti locali provvedono alla gestione dei servizi pubblici “nell’ambito delle loro rispettive competenze”. Il riferimento alle competenze degli enti locali impone di valutare la formulazione normativa alla stregua dell’attuale sistema improntato, anche sul piano costituzionale, al principio di sussidiarietà.

Se, da un lato, il riferimento contenuto all’art. 112, comma 1, genericamente agli enti locali, aumenta il numero dei soggetti che possono istituire servizi pubblici locali, d’altra parte, il riparto è determinato alla stregua del principio di sussidiarietà. Già in forza della legislazione ordinaria ed in particolare del combinato disposto degli artt. 3, 4 e 13 del T.u.e.l. - dopo le modifiche apportate dalla l. n. 265 del 1999 - si evidenziava che il Comune era chiamato ad esercitare la generalità delle funzioni di interesse locale, salvo che per espressa previsione legislativa queste non rientrassero nella competenza degli altri enti territoriali al fine di garantirne una gestione unitaria.

Questo quadro viene confermato e rafforzato dalla previsione contenuta all’art. 118 Cost. in cui si sancisce che le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che per esercitare l’esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà<sup>40</sup>, differenziazione ed adeguatezza<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Sul principio di sussidiarietà, inteso come criterio di distribuzione delle competenze fra i diversi livelli di governo, si vedano, fra i molti, S. CASSESE, *Il cittadino e l’amministrazione pubblica*, in *Riv. Trim Dir. Pubbl.*, 4/1998, 1015; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà, (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, 2003, 4 e ss.; A. D’ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella costituzione italiana*, *Riv. It. Dir. pubbl. Com.*, 2/1997, 603 e ss.; E. FERRARI, *Lo Stato sussidiario: il caso dei servizi sociali*, in *Dir. Pubbl.* 1, 2002, 99; A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti. Contributo allo studio dei criteri ordinatori del sistema delle fonti*, Padova, 2003; F. PIZZETTI, *Sussidiarietà, interessi degli Stati e tutela dei cittadini. La*

Ciò trova conferma anche nell'art. 23 bis, comma 1, della legge 6 agosto 2008, n. 133, come modificato dalla legge 20 novembre 2009, n. 166, in base al quale “Le disposizioni del presente articolo disciplinano l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell' articolo 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione”.

Sotto il profilo soggettivo, ai fini della configurazione del servizio pubblico locale, assume rilevanza la decisione dell'ente territoriale di istituire il servizio e la previa valutazione sulla doverosità del porre tale servizio a disposizione della collettività locale.<sup>42</sup>

La discrezionalità degli enti locali in tali deliberazioni deve trovare un proprio limite di estensione in diversi ordini di elementi. Il primo legato al contesto istituzionale nel quale si svolge l'azione dell'ente territoriale, il secondo è di carattere interno ed attiene alle modalità che debbono accompagnare l'assunzione della decisione<sup>43</sup>. In proposito, il Consiglio di Stato, pur riconoscendo la natura ampiamente discrezionale dell' “assunzione” di un servizio pubblico, ha evidenziato la necessità di una adeguata ponderazione di tutti gli interessi coinvolti in tali scelte ed in quelle

---

*ripartizione delle competenze in un multilev system: due prospettive per l'Unione*, in P. BILANCIA (a cura di), *Il processo costituente europeo*, Milano, 2002; G. U. RESCIGNO, *Stato sociale e principio di sussidiarietà*, in *Quad. reg.*, 2, 2002, 381 e ss.; L. VIOLINI, *I confini della sussidiarietà: potestà legislativa “concorrente”, leale collaborazione e strict scrutiny (nota a Corte cost. n 303/2003)*, in *Le Regioni*, 1, 2004; P. VIPIANA, *Il principio di sussidiarietà “verticale”. Attuazioni e prospettive*, Milano, 2002.

<sup>41</sup> Per un approfondimento sui profili di diritto costituzionale, anche alla luce delle modifiche apportate al Titolo V della Costituzione, si segnala A. ZITO, *I riparti di competenze in materia di servizi pubblici locali dopo la riforma del titolo V della costituzione*, in *Dir. Amm.*, 2007, 387.

<sup>42</sup> L'assunzione del servizio pubblico costituisce un atto di autonomia con il quale, accertata la utilità collettiva di una determinata prestazione, e, quindi, la sua doverosità, l'ente locale competente assume su di sé la titolarità del compito-servizio. L'atto di assunzione deve contenere il “programma” e la “misura” del servizio pubblico, e proprio con riferimento ad essi va operata la scelta della forma di gestione del servizio; tale atto è di competenza del Consiglio comunale o provinciale. La deliberazione deve essere accompagnata dagli attinenti dati tecnici ed economico-finanziari utili a corredare la motivazione della scelta della forma di erogazione del servizio.

<sup>43</sup> M. CAMMELLI, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Le Regioni*, 1992, 16.

di organizzazione del servizio, nonché di una congrua motivazione circa la convenienza della formula gestoria prescelta tra quelle indicate dalla legge<sup>44</sup>.

In altri termini, l'assunzione dei servizi pubblici locali è rimessa ad autonome valutazioni degli enti locali in relazione ai differenti contesti socio-economici e territoriali.

Pertanto, affinché un'attività possa essere assunta come servizio pubblico, deve essere un'attività tale da incidere in via diretta sulla comunità, perché rispondente ad esigenze essenziali o diffuse di una determinata collettività locale. L'incidenza deve emergere da specifiche situazioni (economiche, sociali, territoriali); deve potersi apprezzare un obiettivo e diretto riferimento al complesso degli interessi della collettività di cui l'ente è esponenziale, in misura tale da richiedere specifiche garanzie di risultati e di condotta del servizio, assicurabili con determinate modalità di gestione e quindi in chiave organizzatoria del servizio.

L'ente locale non può quindi assumere servizi pubblici che abbiano ad oggetto un'attività qualsiasi. Deve trattarsi di un'attività che deve presentare necessariamente determinate caratteristiche quali: il soddisfacimento di bisogni fondamentali, seppure mutevoli, per la vita dei cittadini; il valore di pubblica utilità; l'impossibilità economica del suo esercizio mediante organizzazioni alternative in concorrenza tra loro (non profittabilità per l'esercente); l'impossibilità per l'iniziativa privata di far fronte all'ingente volume di capitali necessari per la sua gestione ed erogazione; il suo funzionamento deve essere garantito sempre in modo socialmente soddisfacente.

Anche sotto il profilo soggettivo, allora, si conferma che la nozione di servizio pubblico locale costituisce una specificazione della nozione generale e si differenzia da quest'ultima proprio per il fatto che l'istituzione del servizio viene decisa dall'ente locale che ne assume la titolarità<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> Così Cons. Stato, Sez. V, 14 dicembre 1988, n. 818 (in *Cons. Stato*, 1988, I, 1625) e Id., Sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374 (in *Cons. Stato*, 1990, I, 455) che precisa come “la gestione dei servizi pubblici sia logicamente e necessariamente preceduta dall'atto di assunzione del servizio”.

<sup>45</sup> In tal senso anche F. G. SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *Le concessioni di servizi pubblici*, Rimini, 1988, 35. In questo senso muove anche una recente pronuncia del Consiglio di Stato in cui viene ribadito che quel che rileva ai fini dell'identificazione del servizio pubblico locale è la scelta politico-amministrativa dell'ente locale di assumere il servizio stesso, al fine di soddisfare in modo continuativo obiettive esigenze della collettività, in quanto, “muovendo dal dato di diritto positivo fornito dall'art. 112 T.u.e.l., deve ritenersi che la qualificazione di servizio pubblico locale spetti a quelle attività caratterizzate, sul piano oggettivo, dal perseguimento di scopi



#### **4. Una questione problematica: la rilevanza economica del servizio**

La distinzione tra servizi pubblici locali a rilevanza economica e servizi pubblici locali privi di rilevanza economica è stata introdotta dal D.L. n. 269 del 2003, convertito in L. n. 326 del 2003, che ha abolito la precedente distinzione tra servizi a rilevanza industriale e servizi privi di rilevanza industriale<sup>46</sup>, prevista dall'art. 35 della L. n. 448 del 2001<sup>47</sup>.

---

sociali e di sviluppo della società civile, selezionati in base a scelte di carattere eminentemente politico, quanto alla destinazione delle risorse economiche disponibili ed all'ambito di intervento, e, su quello soggettivo, dalla riconduzione diretta o indiretta (per effetto di rapporti concessori o di partecipazione all'assetto organizzativo dell'ente) ad una figura soggettiva di rilievo pubblico" (Cons. Stato, Sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369).

<sup>46</sup> Tale distinzione si era a sua volta sovrapposta a quella tra "servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale" e "servizi sociali" senza rilevanza imprenditoriale", desumibile dall'impianto dell'art. 11 3, D.Lgs. n. 267 del 2000, che aveva collegato la possibilità del ricorso al modello gestionale dell'istituzione alla presenza di un servizio di natura sociale implicante un'attività non imprenditoriale. Viceversa, il requisito dell'imprenditorialità era stato espressamente collegato al modello gestionale dell'azienda speciale e, implicitamente, a quello delle società miste. Tale discriminazione aveva, tuttavia, ricevuto numerose critiche in dottrina, poiché - si era da più parti sostenuto - essendo tutti i servizi locali caratterizzati da una natura oggettivamente economica, lo svolgimento della loro gestione è comunque e sempre connesso alla veste formale dell'impresa. Per ulteriori approfondimenti sul tema, si veda G. SCIULLO, *I servizi culturali degli enti locali nella finanziaria per il 2002*, in *Aedon*, n. 1/2002.

<sup>47</sup> L'art. 35 della L. n. 448 del 2001 aveva introdotto la bipartizione dei servizi pubblici locali in servizi a rilevanza industriale e servizi privi di rilevanza industriale. I significati da ascrivere alle due categorie erano, tuttavia, parsi da subito controversi. Molti autori avevano a tale proposito fortemente criticato il legislatore per non avere in alcun modo chiarito l'accezione nella quale era stato utilizzato il termine "industriale". In questo senso, si veda, tra gli altri, M. DUGATO, *I servizi pubblici degli enti locali*, in *Giorn. Dir. Armm.*, 2002, 219 secondo cui nel nostro ordinamento, l'attività industriale è descritta come attività d'impresa di produzione di beni e servizi, in contrapposizione con quella commerciale in senso stretto, consistente nell'attività di interposizione nella circolazione di beni e servizi. Il legislatore, d'altro canto, non solo non aveva definito il concetto di industrialità, ma, neppure, aveva individuato la categoria dei servizi pubblici locali a cui tale requisito poteva essere riconosciuto, cosa per la quale era stata delegata la sede regolamentare (delega poi rimasta infruttuosa). La distinzione introdotta dalla riforma del 2001 era rimasta, dunque, incompiuta, anche se era stato possibile, attraverso l'analisi combinata delle disposizioni riservate alla categoria dei servizi industriali, ricondurre a quest'ultima, in via interpretativa, alcune attività, tra le quali quelle di distribuzione di energia, gas e acqua, oltre ai servizi di trasporto collettivo e a quelli relativi alla gestione del ciclo dei rifiuti.

Per un approfondimento sul tema, si veda G. E. BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, Milano, 2003, 223 e ss. I servizi privi di rilevanza industriale erano stati, invece, individuati in quelli appartenenti alla categoria del terziario, come i servizi culturali e quelli alla persona. *Contra*, G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005, 82-83. Secondo un'autorevole corrente dottrinale, doveva intendersi servizio a rilevanza industriale quello che, in quanto teso a soddisfare esigenze qualitativamente omogenee, era suscettibile di tradursi in prestazioni standardizzate e di divenire, pertanto, oggetto di produzioni con tecniche industriali. Così, D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2002, 114 e ss. Secondo la giurisprudenza amministrativa, la linea di discriminazione tra servizi a rilevanza industriale e servizi privi di tale rilevanza doveva essere individuata nel confine di separazione tra le attività produttive di utili (i primi) e quelle in astratto improduttive (i secondi). Sul tema, si veda, tra le altre, Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2003, n. 2380, in *Giust. Civ.*, 2003, 1, 1941. Ai sensi di quest'ultima pronuncia non poteva dubitarsi del carattere industriale del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani (tenuto conto della rilevante organizzazione di uomini e mezzi e dell'impiego di capitale che

Il legislatore nazionale, tuttavia (in questo come nei precedenti casi), non ha provveduto a corredare la bipartizione enucleata con la specifica indicazione dei settori di riferimento, con ciò rendendo particolarmente difficoltosa l'individuazione della normativa da applicare alle fattispecie concrete.

Peraltro, all'ente locale è stata conferita in materia una discrezionalità ancora più ampia rispetto al quadro normativo previgente, in ragione del fatto che la riforma del 2003 neppure ha demandato ad un regolamento governativo (invece richiamato dal citato art. 35) il compito di entrare nel dettaglio<sup>48</sup>.

Secondo l'orientamento palesato dalle Istituzioni comunitarie, deve considerarsi come economica ogni attività che comporti l'offerta di beni e servizi sul mercato e che sia suscettibile di svolgimento da parte dei privati a scopo di lucro<sup>49</sup>.

Ne deriva che devono intendersi "servizi di rilevanza economica" tutti quelli che mirano al soddisfacimento dei bisogni della collettività e che vengono offerti agli utenti a fronte di un corrispettivo, il quale riveste la duplice funzione di coprire i costi e di remunerare il capitale investito<sup>50</sup>.

Sono, invece e per esclusione, "servizi privi di rilevanza economica" quelli aventi ad oggetto attività a carattere prevalentemente solidaristico, inidonee a produrre profitto e, quindi, prive dello scopo di lucro<sup>51</sup>.

---

richiede, nonché della complessità del processo di gestione e trattamento dei rifiuti nel cui governo si risolve).

<sup>48</sup> La dottrina ha fortemente criticato la mancanza di certezze circa i confini tra le due categorie di servizio pubblico locale legislativamente elaborate. In questo senso, si veda, tra gli altri, B. BOSCHETTI, *Enti locali e iniziativa economica*, in *Le Regioni*, 2007, 5, 793.

<sup>49</sup> Il diritto comunitario qualifica in termini di servizi di interesse economico generale le attività che si traducono nell'offerta di beni e servizi, sul mercato di riferimento, in base a criteri efficientisti. Si vedano, in proposito, la Comunicazione della Commissione - I servizi di interesse generale, 20 settembre 2000, COM (2000) 580; la relazione della Commissione al Consiglio europeo di Laeken Servizi di interesse generale del 17 ottobre 2001 COM (2001) 598; il Libro verde sui servizi di interesse generale, 21 maggio 2003, COM (2003) 270.

<sup>50</sup> Il rilievo assunto dalla categoria dei servizi aventi rilevanza economica nella riforma del 2003 è derivato, secondo una parte della dottrina, dalla necessità di avviare il processo di adeguamento al diritto comunitario e, dunque, la liberalizzazione. La distinzione tra servizi con e senza rilevanza economica avrebbe, pertanto, fornito risposta all'esigenza di aprire alla concorrenza determinati settori di mercato, a prescindere dalla piena consapevolezza dei requisiti utili al fine dell'inserimento nell'una o nell'altra categoria. Per ulteriori approfondimenti sul tema, si rimanda a A. GUALDINI, *Servizi a rilevanza industriale e servizi privi di tale rilevanza*, in A. Travi (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2003, 13 e ss.

<sup>51</sup> Il dato sostanzialmente differenziale tra le due categorie di servizio è stato ravvisato anche nell'impatto del servizio stesso sugli assetti concorrenziali, in aggiunta al fattore concernente la redditività. Così, S. MEZZACAPO, *Al 31 dicembre 2006 addio alle concessioni senza gara*, in *Guida al Diritto*, 2004, 41, 125 e ss.

Di fatto, come buona parte della dottrina ha provveduto a sottolineare, il carattere economico o meno di un servizio pubblico locale non può essere oggetto di definizioni esclusivamente aprioristiche, in quanto ineludibilmente collegato al contesto storico, geografico e sociale in cui è posizionato il mercato di riferimento<sup>52</sup>.

Emblematico, in proposito, è l'esempio del sistema giuridico francese<sup>53</sup>.

La nozione di servizio pubblico (public service) si traduce in un'attività di interesse pubblico, sostenuto da un pubblico o una persona privata, ma sotto il controllo di un ente pubblico. Si distingue tra servizi pubblici e ordine normativo (difesa, giustizia, ecc.), quelli finalizzati al benessere e alla salute, quelli con quelli educativi e culturali e la natura economica. Il regime giuridico del servizio pubblico è definito intorno a tre principi: la continuità dei servizi pubblici, la parità prima che il servizio pubblico e la mutevolezza (adattabilità), essenziale in Francia<sup>54</sup>. La difesa del servizio

---

<sup>52</sup> Così G. MARCOU, colloquio tenutosi presso il Dipartimento di diritto amministrativo dell'Università La Sorbonne di Parigi il 6.09.2010, con la presenza di C. IANNELLO. Secondo l'autore, il carattere economico o meno del servizio deve necessariamente essere valutato in base alle concrete condizioni del suo svolgimento e, soprattutto, in relazione alle prestazioni delle quali il gestore si assume il carico. L'autore, inoltre, definisce la distinzione come convenzionale. In proposito, si veda G. MARCOU, *Il servizio pubblico tra attività economiche e non economiche*, in *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, a cura di A. BRANCASI, il Mulino, Bologna, 2003, p. 324.

<sup>53</sup> Sull'argomento, si veda: Y. DELAIRE, *La délégation des services publics locaux*, Berger-Levrault, 2008; *Recueil des modèles de cahier des charges et règlements de services, la documentation française*, 1987; *Le service public, rapport au Premier ministre, la documentation française*, 1996; J. DUFAU, *Les concessions de service public des collectivités locales*, Le Moniteur, 1979; A. COUDEVYILLE, *Les concessions de service public des collectivités locales*, Sirey, 1983; X. BESANÇON, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, LGDJ, 1999. Acora, in material, Circolare du 7 droit 1987 relative à la gestion par les collectivités locales de leurs services publics locaux : champ d'application et conditions d'exercice de la gestion déléguée de ces services.

<sup>54</sup> Spiega G. MARCOU (colloquio tenutosi presso il Dipartimento di diritto amministrativo dell'Università La Sorbonne di Parigi il 6.09.2010, con la presenza di C. IANNELLO) che la cultura giuridica francese ha elaborato una nozione di *service public* diversa e assai più ampia rispetto a quella conosciuta, con la medesima denominazione, nel nostro ordinamento. Si chiama in tal modo, infatti, qualsiasi attività di un ente pubblico volta a soddisfare un bisogno di interesse generale, dante vita a rapporti sottratti al diritto comune e sottoposti alla disciplina derogatoria (*exorbitant*) del diritto amministrativo nonché alla competenza del giudice amministrativo. Il *service public*, così latamente inteso, copre un'area molto vasta dell'azione pubblica: è tale la gestione degli affari esteri, l'amministrazione della giustizia, la depurazione delle acque, l'organizzazione dei trasporti pubblici urbani ... ecc.; ed è comprensivo sia delle funzioni (attività giuridiche) che delle prestazioni di utilità sociale erogate dai poteri pubblici. Inoltre, è sottoposto a continua evoluzione in misura del crescere dei settori dell'intervento pubblico, del moltiplicarsi degli strumenti giuridici di organizzazione e di azione, dell'espansione dei bisogni sociali, del progredire delle scienze e delle tecniche ... ecc. Esso rappresenta, pertanto, la *pierre angulaire*, la nozione "chiave" del diritto amministrativo, tanto che i giuristi della scuola di Bordeaux definivano il diritto amministrativo come il *droit des services publics*, e lo Stato stesso come *ensemble de services publics*. Per la sua attitudine espansiva, a causa della constatazione che vi sono attività degli enti pubblici non caratterizzate dalla destinazione alla cura di interessi collettivi (ad esempio la locazione di immobili, e in genere la valorizzazione del patrimonio "disponibile"), ma del tutto analoghe a quelle di tipo economico-

pubblico e il timore di una sfida del servizio pubblico sono temi ricorrenti del dibattito politico<sup>55</sup>.

La difficoltà, dunque, è che la portata di questo concetto varia nel tempo e dipende dalla definizione che rendono la popolazione e del potere politico in un dato momento<sup>56</sup>.

La questione della classificazione dei servizi pubblici locali in base alla loro rilevanza o non rilevanza economica risulta, dunque, particolarmente complessa, alla luce di un sistema legislativo che non fornisce idonei supporti letterali.

Ciononostante, il concreto conferimento al servizio dell'una o dell'altra natura assume un ruolo essenziale in vista della corretta individuazione del modello gestionale cui poter ricorrere in concreto<sup>57</sup>.

Non esistendo, dunque, attività qualificabili come economiche in via generale e astratta, l'obiettivo dell'interprete deve essere rappresentato dall'individuazione dei parametri utilizzabili allo scopo della valutazione prodromica alla finale categorizzazione.

---

imprenditoriale esercitate dai privati, e, di contro, attività volte a soddisfare interessi generali svolte da soggetti privati, la nozione di *service public* ha perso progressivamente di capacità definitoria. Inoltre non vi è più corrispondenza biunivoca tra *service public* e diritto amministrativo, essendo il diritto privato penetrato in gran parte dei settori in cui l'amministrazione svolge un'attività di carattere industriale e commerciale. Si è venuta a creare, in tal modo, una crescente divaricazione tra la teoria astratta del *service public* e il diritto positivo giurisprudenziale, che ha determinato l'impossibilità di dare una definizione capace, ad un tempo, di rappresentare con sufficiente compiutezza il fenomeno e di individuare il regime giuridico che ne deriva. Vi sono; però, alcuni principi comuni che salvaguardano un minimo di unità e nel contempo assicurano la sopravvivenza del concetto, sintetizzati: il principio di *continuité* (il servizio pubblico deve funzionare in modo ininterrotto con regolarità temporale ed efficienza, il che giustifica l'imposizione di particolari vincoli e obblighi a carico dell'erogatore, detti "oneri di servizio pubblico"); il principio di *adaptation* (il servizio pubblico deve adeguarsi ai cambiamenti delle esigenze di interesse generale e pertanto i rapporti con i gestori sono suscettibili di modifiche unilaterali, così come lo stesso gestore, o il modo di gestione, può essere mutato per scelta dell'amministrazione); il principio di *égalité* (spesso usato in endiadi o fungibilmente con il principio di *neutralité*: il servizio pubblico deve assicurare parità di posizione dei cittadini, o meglio degli utenti, dinanzi alle prestazioni e alle funzioni erogate).

<sup>55</sup> Durante gli scioperi di novembre e dicembre 1995, il Primo Ministro pensava di poter calmare la situazione, proponendo di inserire il concetto di servizio pubblico nella Costituzione. Ciò mostra l'importanza del concetto.

<sup>56</sup> G. MARCOU, colloquio tenutosi presso il Dipartimento di diritto amministrativo dell'Università La Sorbonne di Parigi il 6.09.2010, con la presenza di C. IANNELLO.

<sup>57</sup> Tali considerazioni assumono ancora maggiore rilievo laddove si rifletta sul fatto che soltanto con riferimento ai servizi di rilevanza economica l'ordinamento ha previsto modalità di gestione improntate ad una rigorosa tutela della concorrenza. Cfr. C. MANCUSO, *Il servizio idrico integrato in Emilia-Romagna: tra esigenze di aggregazione e nuovi municipalismi*, in *Le istituzioni del Federalismo*, 2006, 2, 377.

Sotto questo profilo, risulta imprescindibile la considerazione sia dello scopo che l'ente locale si propone di realizzare con lo svolgimento del servizio, sia dell'astratta potenzialità remunerativa dell'attività svolta, in conformità all'orientamento comunitario che - come visto - impone di ascrivere al concetto di "economicità" il significato di idoneità a coprire i costi e il capitale investito con i ricavi conseguiti (attraverso il ricorso a strumenti come, ad esempio, la tariffa remunerativa) e come idoneità a generare profitto per il soggetto incaricato della gestione<sup>58</sup>.

Un altro imprescindibile fattore della rilevanza economica è stato ravvisato nella necessaria presenza di reti e impianti ai fini della concreta erogazione del servizio<sup>59</sup>.

Da ultimo, l'art. 23-bis del D.L. n. 112 del 2008, convertito in L. n. 133 del 2008, si è nuovamente avvalso della distinzione tra servizi a rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica, laddove ha espressamente richiamato soltanto i primi come oggetto specifico della nuova normativa.

Anche in tale caso, tuttavia, si è manifestato l'orientamento che da sempre caratterizza la legislazione in materia di servizi pubblici locali, perennemente improntata all'indicazione dell'oggetto disciplinato attraverso l'attribuzione ad esso di un *nomen* a cui non viene espressamente conferito uno specifico significato.

Per tentare di ovviare a quanto sopra, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nella comunicazione sull'applicazione del citato art. 23-bis, allegata alla deliberazione del 16 ottobre 2008<sup>60</sup>, ha sostenuto che debbono essere definiti servizi di rilevanza economica tutti quelli che hanno ad oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali con esclusione dei servizi sociali privi di carattere imprenditoriale.

Tuttavia, l'esplicito riferimento al requisito dell'imprenditorialità, come elemento la cui assenza deve essere considerata di ostacolo alla definizione del servizio in termini di rilevanza economica, se da un lato rafforza il legame tra concetto di

---

<sup>58</sup> Per ulteriori approfondimenti sul tema, si veda T. TESSARO, *I servizi pubblici locali privi di rilevanza economica*, in *Comuni d'Italia*, 2004, 5, 28.

<sup>59</sup> La giurisprudenza amministrativa ha ritenuto di rilevanza economica i servizi connotati non solo dall'astratta remuneratività dell'attività svolta e, dunque, dall'esistenza di uno scopo di lucro, ma anche dalla presenza di un mercato di riferimento caratterizzato dalla concorrenzialità. Cfr. T.A.R. Puglia Bari, Sez. I, 12 aprile 2006, n. 1318 in *Foro amm. TAR* 2006, 4 1444; T.A.R. Liguria, sez. II, 28 aprile 2005, n. 527, in *Foro Amm. TAR*, 2005, 1022.

<sup>60</sup> Pubblicata su [www.dirittodelmercato.com](http://www.dirittodelmercato.com).

servizio pubblico locale e veste giuridico-formale d'impresa<sup>61</sup>, dall'altro lato conduce a complicare ulteriormente il già compromesso quadro definitorio afferente alla materia<sup>62</sup>.

In sintesi, sembra potersi affermare che il discrimine tra il carattere della rilevanza economica o meno del servizio pubblico non è dato né dalla natura dell'attività né dal suo oggetto e ciò indipendentemente anche dalla segnalata inesistenza di una precisa nozione di servizio pubblico.

Il servizio pubblico a carattere commerciale si caratterizza per i suoi requisiti di economicità, dovendosi assicurare, ex art. 2082 del c.c., almeno l'equilibrio fra costi e ricavi del servizio. Nel servizio pubblico privo del requisito dell'economicità il costo è, invece, essenzialmente assicurato dalla fiscalità generale dell'ente e comunque dagli ordinari mezzi di bilancio.

Ciò può avvenire per disposto normativo, (si pensi alle norme costituzionali che fanno obbligo all'ente di garantire il livello essenziale del servizio), ovvero per scelta autonoma dell'ente in relazione ai bisogni della collettività che si ritiene comunque di tutelare<sup>63</sup>.

Sotto altro profilo va affermato che mentre la gestione di tutti i servizi pubblici, in quanto comportano l'uso di risorse pubbliche, debbono rispondere ai criteri di buon andamento desunti dall'art. 97 Cost., solo i servizi pubblici a carattere economico

---

<sup>61</sup> Una delle problematiche maggiormente dibattute in materia di teorie sui modelli gestionali dei servizi pubblici locali è sempre stata quella relativa al rapporto sussistente tra l'attività di gestione del servizio e la categoria giuridico-formale dell'impresa. A parere di una buona parte della dottrina, il servizio pubblico dovrebbe essere tendenzialmente sempre organizzato in forma di impresa, in vista del raggiungimento dell'equilibrio economico, attraverso l'acquisizione dei corrispettivi. Cfr. R. DELLI SANTI - SANTAPICHI, *La gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, 2000. Poche volte, tuttavia la questione è stata affrontata dal punto di vista della località del servizio pubblico svolto e delle vicende storico-normative attraversate dalla fattispecie con particolare riferimento alla sua circoscritta territorialità. Sul punto, si rimanda a F. DELLO SBARBA, *I servizi pubblici locali. Modelli di organizzazione e di gestione*, Torino, 2009, 231 -249.

<sup>62</sup> Attraverso il richiamo all'elemento dell'imprenditorialità si compie, infatti, un passo indietro sotto il profilo dell'attribuzione di significato al concetto di servizio pubblico locale per il tramite della sua aggettivazione: al medesimo elemento si era, infatti, già richiamato l'originario art. 113 del D.Lgs. n. 267 del 2000 e ciò aveva generato le critiche dottrinali a cui aveva fatto seguito la sostituzione legislativa con il diverso parametro dell'industrialità, introdotto, come detto, dall'art. 35 della L. n. 448 del 2001.

<sup>63</sup> "Gli effetti si dislocano in una duplice prospettiva: il primo è che risolvendosi il servizio pubblico a carattere commerciale in una attività economicamente rilevante per il mercato della produzione e distribuzione di beni e servizi va assicurato il rispetto dei principi comunitari della concorrenza (al di fuori delle ipotesi di autoproduzione del servizio da parte dell'ente), mentre a dette regole non è assoggettato, rispondendo ad altre esigenze, il servizio pubblico non economico" (Parere Corte dei Conti n. 195/2009).

debbono essere assicurati attraverso un prezzo che assicuri almeno l'equilibrio tra costi e ricavi.

In quest'ottica deve ritenersi di rilevanza economica il servizio che si innesta in un settore per il quale esiste, quantomeno in potenza, una redditività, e quindi una competizione sul mercato e ciò ancorché siano previste forme di intervento finanziario pubblico dell'attività in questione; può invece considerarsi privo di rilevanza quello che, per sua natura o per le modalità con cui viene svolta la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna competizione e quindi appare irrilevante ai fini della concorrenza<sup>64</sup>.

In proposito, va rilevato che recentemente, con la decisione n. 5097 del 27 agosto 2009<sup>65</sup>, il Consiglio di Stato, sez. V, ha affermato che i servizi a rilevanza economica sono caratterizzati dalla (almeno potenziale) redditività e dalla complessiva attività svolta dalla società affidataria, che può anche avere un oggetto sociale eterogeneo, ricomprendente sia attività a rilevanza sociale che economica. Ciò in quanto, ai fini della qualificazione di un servizio pubblico locale sotto il profilo della rilevanza economica, non deve considerarsi determinante la valutazione fornita dall'amministrazione precedente, essendo necessario verificare in concreto se l'attività da espletare presenti o meno la caratteristica della redditività, anche solo in via meramente potenziale.

Ciò risulta confermato anche dall'attuale disciplina contenuta nell'art. 23bis del D.L. n. 112/2008 (convertito nella legge 133/08 e modificato dal d.l. 135/09, convertito nella legge 20 novembre 2009, n. 166) che prevede che si possa derogare alla regola generale della procedura competitiva ad evidenza pubblica in presenza di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali, e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, che non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato, che devono essere valutate tutte dall'ente stesso a seguito dell'effettuazione di un'analisi del mercato con riferimento anche alle offerte economiche e ai possibili

---

<sup>64</sup> Cfr., in tal senso, TAR Puglia n. 1318/2006; T.A.R. Sardegna 2 agosto 2005, n. 1729; T.A.R. Liguria, Sez. II, 28 aprile 2005, n. 527; T.A.R. Campania 7 novembre 2003, n. 13382; T.A.R. Umbria 24 ottobre 2003, n. 821.

<sup>65</sup> In *Dir. e Pratica Amm.* 2009, 10. 16 ss., con commento di I. CORREALE, *Il requisito della redditività per l'affidamento diretto*. L'autore sottolinea che sono "la consistenza oggettiva del bene di riferimento e la sua attitudine potenziale a produrre redditività in qualunque momento a connotarlo di quella rilevanza economica che esclude la possibilità di affidamenti diretti nel campo dei servizi pubblici, atteso che l'inserimento anche solo potenziale nello sfondo del mercato competitivo distoglie o anche inibisce la cura dell'interesse pubblico che ne è posto a fondamento".

soggetti affidatari e successivamente devono essere sottoposte al parere dell’Autorità Garante della concorrenza e del mercato<sup>66</sup>.

L’ente in sostanza deve dimostrare la sussistenza delle peculiarità del contesto socio-economico-ambientale a cui è destinato il servizio pubblico e, quindi, delle ragioni che non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato per l’affidamento della gestione del servizio pubblico, anche con riferimento alla valutazione in termini di efficacia, efficienza ed economicità dell’azione amministrativa che deve emergere da un’attività di comparazione che deve risultare da una consultazione del mercato<sup>67</sup>.

### **5. Il servizio pubblico comunitario**

Il processo di integrazione europea ha avuto ripercussioni anche nel settore pubblico degli Stati membri, incidendo sulla definizione e il contenuto della tradizionale concezione di servizio pubblico conosciuta a livello nazionale<sup>68</sup>.

Una moderna nozione di servizio pubblico locale deve pertanto oggi confrontarsi anche con i principi che si evincono in materia dal diritto comunitario: in primo luogo perché l’ente locale, in quanto parte integrante dello Stato, è tenuto al rispetto degli obblighi comunitari (dei quali può essere ad esso direttamente contestata l’inadempienza) e in secondo luogo poiché in ambito comunitario trova spazio l’affermazione della libertà di concorrenza che costituisce l’aspetto che maggiormente rischia di essere compromesso dall’assunzione di un pubblico servizio<sup>69</sup>. In proposito due aspetti meritano di essere evidenziati: la nozione di servizio affermata nel diritto comunitario, in parte diversa da quella degli stati membri<sup>70</sup>; i rapporti tra concorrenza e controllo pubblico.

---

<sup>66</sup> In proposito, si veda parere Corte dei Conti n. 195/2009.

<sup>67</sup> In tal senso, i pareri dell’AGCM del 5 febbraio 2009/ boll. n.9/2009 e del 12 marzo 2009/boll. n. 15/2009.

<sup>68</sup> Come spesso accade, all’interno dell’Unione europea non si rinviene una diretta e precisa corrispondenza tra gli istituti giuridici dei singoli Stati membri. Conseguentemente, in sede di regolamentazione comune, nasce l’esigenza di garantire alle disposizioni comunitarie quella elasticità che permette una loro applicazione generalizzata negli ordinamenti dei singoli Stati. Nella realtà pratica ciò può comportare l’esigenza di adattare istituti interni a quelli, diversi nei contorni applicativi, di matrice comunitaria. Tale situazione si verifica, ad esempio, proprio con riferimento alla tematica dei “servizi pubblici locali”.

<sup>69</sup> D. SORACE, *L’ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 357.

<sup>70</sup> In ambito comunitario, non sussiste una categoria esattamente corrispondente a quella del diritto interno, e ciò proprio in quanto si tratta di una nozione non univoca, che può essere utilizzata nei diversi ordinamenti con significati differenti: “*in alcuni casi, si riferisce al fatto che un servizio è offerto alla collettività, in altri che ad un servizio è stato attribuito un ruolo specifico nell’interesse pubblico e in altri ancora si*



La lettura comunitaria del concetto di servizio pubblico si staglia su un reticolo di tradizioni nazionali talora molto distanti in senso qualitativo e quantitativo<sup>71</sup>.

Occorre, poi, rilevare che il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea firmato a Lisbona contiene un nuovo art. 14 (ex art. 16, TCE), che sottolinea con forza la responsabilità comune dell'Unione europea e degli Stati membri, stabilendo una solida base giuridica alle azioni della UE, ma insieme rafforzando il principio di sussidiarietà<sup>72</sup> che sorregge l'attività normativa degli Stati nell'ambito dei limiti fissati dal Trattato e dalle norme comunitarie secondarie. Inoltre, il Protocollo aggiuntivo al Trattato di Lisbona (*Protocollo sull'esercizio della Competenza concorrente*) introduce per

---

*riferisce alla proprietà o allo status dell'ente che presta il servizio*" (Libro verde sui servizi di interesse generale, adottato dalla Commissione europea, 21/5/2003 n. COM(2003) 270).

<sup>71</sup> La nozione di servizio pubblico si è sviluppata negli ordinamenti nazionali, soprattutto dell'Europa continentale, per indicare quelle prestazioni a favore della collettività di cui si faceva carico lo Stato.

La tradizione francese ha costruito sin dal Settecento il diritto amministrativo intorno alla teoria del *service public* (nella cultura giuridica europea di tradizione amministrativa, l'ambito francese è quello ove storicamente si è prodotto il più duraturo e continuato sforzo di definizione e valorizzazione del servizio pubblico; cfr. G. E. BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, Milano, 2003, 54).

Di servizio pubblico si iniziò invece a parlare in Italia tra la fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento in relazione alla predisposizione delle infrastrutture indispensabili al fine di realizzare l'unificazione economica, legislativa, amministrativa del paese (G. E. BERLINGERIO, *op. cit.*, 27).

Data l'importanza di tali servizi per il benessere dei cittadini - basti pensare alle telecomunicazioni, alla posta, ai trasporti, nonché alla sanità e all'istruzione - la Pubblica amministrazione ne assumeva la titolarità e prevedeva per i fornitori un regime derogatorio del diritto comune. Ciò comportava che tali servizi fossero gestiti da imprese incaricate in esclusiva, possedute o partecipate dallo Stato (M. CAPANTINI, *Il servizio universale. La soluzione dei fondi di compensazione* in *Riv.it.d.pub.com.*, 2003, 101).

Lo Stato pertanto si riservava l'attività ritenuta di primario interesse generale, affidandone la fornitura al soggetto che meglio avrebbe risposto alle esigenze pubbliche, fosse esso un'impresa pubblica, un ente o un'impresa titolare di una concessione (B. MAMELI, *Servizio pubblico e concessioni*, Milano, 1998, 403, in cui l'autrice parla di "vecchia nozione di concessione" come provvedimento autoritativo di affidamento discrezionale di un monopolio). Quest'ultimo strumento giuridico rappresentava proprio la traslazione dei poteri di gestione del servizio di cui era titolare la Pubblica amministrazione: se allo Stato non conveniva erogare direttamente il servizio istituendo un ente pubblico, allora provvedeva ad affidare l'incarico ad un'impresa, che però rimaneva sottoposta ad un rigido controllo pubblico. (I fornitori delle prestazioni erano spesso tenuti a rispondere alle esigenze di tutti gli utenti e a praticare un prezzo "politico", cioè determinato discrezionalmente e non sulla base dei costi di produzione. In questo modo si veniva incontro alle esigenze delle fasce meno abbienti della popolazione (in questo senso, G. P. CIMOLINO, *I trasporti ferroviari nella UE*, in RADICATI DI BROZOLO, *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino, 2001, 203). Nel caso le imprese operassero in perdita, visto che non potevano praticare un prezzo di mercato, lo Stato provvedeva al loro rifinanziamento). In quest'ottica, il termine "pubblico" indicava il fatto che il servizio fosse controllato dallo Stato, che riteneva opportuno, nel quadro della propria politica sociale, garantire alcune prestazioni a tutti. L'interesse dei cittadini dipendeva dalla volontà statale di garantire la fornitura del servizio ad un prezzo accessibile.

<sup>72</sup> La materia dei servizi pubblici nel diritto comunitario è infatti retta dai principi di sussidiarietà e proporzionalità, con una competenza dell'Unione europea che si esplica nei limiti delle sole attribuzioni espressamente conferite dai Trattati e nella misura strettamente necessaria, lasciando quindi ampio spazio di normazione agli Stati ed alle loro articolazioni territoriali.

la prima volta il concetto di servizi di interesse generale ed afferma la competenza concorrente dell'Unione, che copre, cioè, non l'intero settore ma "unicamente gli elementi disciplinati dall'atto dell'Unione".

Va innanzitutto precisato che il diritto comunitario primario non conosce la figura del servizio pubblico o di interesse pubblico o comunque a rilevanza pubblica, ma contempla tre categorie di servizi: servizi di interesse generale, servizi di interesse economico generale e servizi non economici. Con tali nozioni si intendono realtà concettualmente diverse da quelle utilizzate dagli stati membri.

Gli Stati fondatori della Comunità europea, all'inizio degli anni Cinquanta, non avevano ipotizzato un intervento comunitario volto a disciplinare le modalità di gestione dei servizi pubblici nazionali; si trattava infatti di un settore strettamente connesso con la struttura politica, economica e sociale propria di ciascuno Stato. Ciò spiega gli scarni riferimenti all'interno del Trattato ad una qualsiasi nozione di servizio pubblico.

I Paesi invocavano pertanto l'articolo 295<sup>73</sup> sulla neutralità comunitaria nei confronti dei regimi proprietari a livello nazionale per giustificare l'esistenza di un settore pubblico lasciato alla discrezione dei pubblici poteri. Questa situazione si protrasse per decenni.

Dagli studi intrapresi dalla Commissione europea dalla fine degli anni Ottanta del secolo scorso e dalla volontà di realizzazione del mercato interno, però, emerse chiaramente come molti servizi pubblici potessero essere forniti in un contesto concorrenziale, senza intervento statale, e senza che venissero meno le finalità di ordine sociale loro proprie.

A partire dagli anni Novanta venne intrapreso in gran parte degli Stati comunitari, per volere soprattutto della Commissione europea, un processo di liberalizzazione che investì principalmente i settori delle telecomunicazioni, dei trasporti, il servizio postale ed il settore energetico.

Tale processo ha spinto gli studiosi a interrogarsi sull'esistenza di una nozione di "servizio pubblico comunitario" e a ricercare nei Trattati un qualche riferimento utile alla sua definizione.

---

<sup>73</sup> Art. 295: "Il presente Trattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri".

E' interessante verificare se la nozione di servizio pubblico comunitario, così come accolta nella pratica, si conformi ad una delle nozioni esistenti a livello nazionale e, ancora, se si giustifichi, nonostante la liberalizzazione, una deroga al diritto comunitario della concorrenza in tali settori.

Un elemento chiave è la consapevolezza che i servizi non devono più necessariamente essere sottoposti al controllo della pubblica amministrazione, che in passato sceglieva il fornitore "*intuitu personae*", cioè sulla base di considerazioni di natura non propriamente razionale ma dettate da una logica di opportunità politica. Ciò implica che il servizio non è tanto "pubblico" in quanto pertiene ai poteri pubblici, ma in quanto riguarda il pubblico<sup>74</sup>, ovvero è prestato a favore della collettività.

In proposito, come rilevato dalla Commissione, spesso gli Stati "confondono la missione con lo *status*"<sup>75</sup>: è la missione ad essere di interesse generale, mentre lo *status* è irrilevante, visto che l'attività può essere svolta tanto da un soggetto pubblico quanto da un soggetto privato<sup>76</sup>.

Alla luce di tale interpretazione, gli studiosi hanno ricostruito il profilo oggettivo<sup>77</sup> della nozione di servizio pubblico comunitario, che permette di qualificare un servizio come pubblico in virtù delle sue caratteristiche intrinseche, e non dell'assunzione del servizio da parte dei pubblici poteri.

Il ruolo dello Stato non è, tuttavia, venuto meno, ma è stato semplicemente ridefinito: nell'organizzazione del proprio settore pubblico deve tenere conto dei principi comunitari, in particolare quelli che presiedono alla realizzazione del mercato interno<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 1997, 191-192, 200, 203.

<sup>75</sup> Comunicazione della Commissione europea dell'11 settembre 1996, 443/96, *introduzione*: "[...] ha un duplice senso: da un lato designa l'ente che produce il servizio e, dall'altro, si riferisce alla missione di interesse generale affidata a quest'ultimo [...]".

<sup>76</sup> Comunicazione 443/96, pt. 11: "...senonché la politica europea non è interessata allo status, bensì all'interesse generale e, quindi, alle missioni e alle condizioni alle quali possono essere assolte".

<sup>77</sup> Va ricordato che la nozione oggettiva vede nel servizio pubblico un'attività oggetto – per le sue caratteristiche intrinseche – ad un regime giuridico particolare, volto alla tutela dell'interesse pubblico, indipendentemente dalla natura degli operatori.

<sup>78</sup> Questa è una rilettura della nozione soggettivistica. L'elemento pubblico non è più a valle, poiché l'amministrazione non gestisce più direttamente, ma si sposta a monte nella scelta dei fornitori delle prestazioni che vengono sottratte al mercato per perseguire l'interesse generale. Sono, però, riscontrabili entrambe le concezioni, sia quella soggettiva così come definita, sia quella oggettiva perché la prestazione del servizio è svincolata dallo status del soggetto erogatore ed identifica il

In conseguenza di ciò, gli Stati non possono più decidere arbitrariamente come fornire i servizi pubblici e quali prestazioni rientrino in questa nozione, perché ciò potrebbe avere ripercussioni negative sul commercio intracomunitario (creare un monopolio per fornire energia elettrica, ad esempio, impedisce la concorrenza tra operatori, che è invece positiva per aumentare l'efficienza nel settore).

Incidendo sulle scelte nazionali in materia di servizi pubblici, il diritto comunitario finisce così con l'influenzare anche il settore amministrativo nazionale<sup>79</sup>.

Al fine di inquadrare in modo proficuo la nozione comunitaria di servizio pubblico si deve fare specifico riferimento all'evoluzione applicativa che si è sviluppata nel contesto normativo comunitario; si è partiti infatti dagli artt. 86 e 16 del Trattato fino ad arrivare, in tempi più recenti, alla previsione contenuta all'interno dell'art. 36 della Carta dei Diritti Fondamentali.

## **6. Segue: Il concetto di servizio pubblico nei Trattati**

La Comunità europea non ha fatto riferimento ad alcuna specifica definizione nazionale per individuare la nozione di servizio pubblico comunitario<sup>80</sup>: ha preferito elaborarne una propria<sup>81</sup>.

Come noto, il Trattato non contiene alcuna definizione di servizio pubblico<sup>82</sup> e se ne occupa nel fondamentale art. 86, che è suddiviso in due commi: nel 1°, vieta agli

---

servizio per alcune sue intrinseche caratteristiche. In questo senso, CARTEI G., *Il servizio universale*, Milano 2002, 258-259.

<sup>79</sup> L'influenza europea in ambito nazionale ha fatto parlare di *Europeanization*, cioè di progressiva incidenza del diritto comunitario sul diritto nazionale. Il settore pubblico riflette la storia e la tradizione di un paese ed è stato tra gli ultimi ad essere influenzato dal processo di integrazione. Ancora oggi è una *grey area* dove le competenze della Comunità e degli Stati si sovrappongono. Sono ormai poche le normative comunitarie che non incidono sulla struttura organizzativa dei servizi pubblici. L'influenza, però, non significa "riorganizzazione della struttura statale". In C. DEMMKE, *Undefined boundaries and grey area: the evolving interaction between the EU and national public services*, in *Eipascopie, pubblicazioni dell'istituto olandese Eipa*, 2002, 8-11.

<sup>80</sup> Alcuni studiosi (G. BRAIBANT, *Le droit administratif français*, Parigi, 1994, p.131 e DELION, *Service public et compatibilité publique*, in *AJDA*, 1997, p.69) ritengono che il servizio pubblico comunitario si identifichi nella nozione di "service public" dell'ordinamento francese per la presenza dei tre principi della "Loi de Rolland" (uguaglianza, continuità, adattamento) che dovrebbero disciplinarne il funzionamento. L. ROLLAND, *Précis de droit administratif*, Paris, Dalloz, 1957.

<sup>81</sup> In ambito comunitario, non sussiste una categoria esattamente corrispondente a quella del diritto interno, e ciò proprio in quanto si tratta di una nozione non univoca, che può essere utilizzata nei diversi ordinamenti con significati differenti: "in alcuni casi, si riferisce al fatto che un servizio è offerto alla collettività, in altri che ad un servizio è stato attribuito un ruolo specifico nell'interesse pubblico e in altri ancora si riferisce alla proprietà o allo status dell'ente che presta il servizio" (Libro verde sui servizi di interesse generale, adottato dalla Commissione europea, 21/5/2003 n. COM(2003) 270). Il legislatore comunitario ha, piuttosto, preferito utilizzare delle categorie concettuali di più ampio respiro.

Stati di emanare misure contrarie alle norme del Trattato nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui sono riconosciuti diritti esclusivi; nel 2°, ammette deroghe alle norme suddette quando ciò sia necessario per permettere alle imprese incaricate dei servizi di interesse economico generale di assolvere i compiti loro assegnati.

L'articolo 86, n. 2<sup>83</sup>, introduce una nozione nuova, che non si ritrova in alcun diritto amministrativo nazionale: il “servizio di interesse economico generale”. Poiché non è definito il suo contenuto, non si può asserire a priori se la nozione si identifichi o meno con quella tradizionale di servizio pubblico<sup>84</sup>.

La norma sostiene che le imprese che offrono servizi di interesse economico generale<sup>85</sup> devono sottostare ai meccanismi concorrenziali, purché questi ultimi non ostacolino l'assolvimento della specifica funzione di tali imprese<sup>86</sup>.

Le ragioni dell'incertezza normativa che sta alla base di questa come di numerose altre disposizioni sono da ricercarsi nelle differenze dei settori pubblici a livello nazionale, alcuni estremamente protetti come in Italia e Francia<sup>87</sup>, altri più predisposti all'apertura come in Gran Bretagna.

Gli Stati possono quindi privilegiare alcune imprese, ma solo limitatamente a quanto necessario per il perseguimento dell'interesse generale. Su questi presupposti sembra

---

<sup>82</sup> Il Trattato affronta solo marginalmente la nozione di servizio pubblico con riferimento al settore dei trasporti. L'articolo 73 stabilisce, infatti, la compatibilità di aiuti necessari al coordinamento dei trasporti ovvero al rimborso di servizi “inerenti alla nozione di servizio pubblico”. E' chiaramente ambiguo, poiché non provvede alla definizione di servizio pubblico né a chiarire le sue potenzialità di applicazione.

<sup>83</sup> Art.86.2: “Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, 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”.

<sup>84</sup> L'espressione usata dal Trattato di “servizi di interesse economico generale” indirizza l'interprete ad individuare la categoria sulla base della rilevanza economica dell'attività, piuttosto che in relazione all'oggetto delle prestazioni ed ai destinatari di queste.

<sup>85</sup> Tali imprese sono investite di una duplice funzione: una collegata al mercato e alle regole che sovrintendono al loro funzionamento e l'altra collegata ai bisogni di un paese e che non risponde alle regole del mercato. TESAURO G., *Diritto comunitario*, Padova, 2003, 732-733.

<sup>86</sup> Leggendo la disposizione in negativo, soffermandoci cioè su ciò che la norma non dice apertamente, possiamo concludere che alcune imprese godono di un regime specifico, che si concretizza ad esempio in un finanziamento statale o nel mantenimento di una posizione di monopolio, per assolvere a missioni di interesse generale, qualora la concorrenza ne ostacoli l'adempimento. La *ratio* della norma è quella di privilegiare il mercato.

<sup>87</sup> I. CHIEFFI, *Compatibilità di misure statali di intervento sui mercati con la disciplina comunitaria della concorrenza*, in *Riv.it.d.pub.com.*, 2003, 387. L'autrice sottolinea le resistenze opposte da alcuni Stati ad una limitazione delle proprie prerogative in materia di servizi pubblici contrapposte alla volontà di altri paesi di tutelare i principi del mercato interno.

che la Comunità europea abbia sin dalle origini ridotto la discrezionalità dei Paesi in merito all'organizzazione del proprio settore pubblico<sup>88</sup>.

A seguito della liberalizzazione, l'attenzione della comunità si focalizzò sulla tutela dei servizi di interesse economico generale; tutela perseguibile (come analizzato dalla Commissione europea) anche senza invocare alcuna deroga al diritto comunitario<sup>89</sup>. Il secondo comma dell'articolo 86 realizza proprio il difficile contemperamento<sup>90</sup> “tra l'interesse degli Stati ad utilizzare determinate imprese, segnatamente del settore pubblico, come strumento di politica economica e sociale, con l'interesse della Comunità europea all'osservanza delle regole di concorrenza e al mantenimento dell'unità del mercato comune”<sup>91</sup>.

L'assenza nel TCE della nozione di servizi pubblici e l'approntamento di categorie e denominazioni diverse (con le quali ciascun Stato membro si confronta in modo peculiare), apportano pertanto al dibattito contributi elaborati alla luce del valore primario della concorrenza<sup>92</sup>. Tali contributi non sempre sono stati recepiti prontamente dagli ordinamenti di alcuni stati membri, e ciò a causa della lentezza

---

<sup>88</sup> In realtà, la norma fu invocata prima degli anni Novanta per salvaguardare la funzione amministrativa nazionale e derogare ai principi di libera concorrenza con riguardo ai servizi pubblici; gli Stati membri istituivano con facilità monopoli per tutelare settori strategici dell'economia.

<sup>89</sup> G. E. BERLINGERIO, *op. cit.*, 306.

<sup>90</sup> PERICU A., *Impresa e obblighi di servizio pubblico. L'impresa di gestione di servizi pubblici locali*, Milano, 2001, 326, in cui l'autore si sofferma sull'equilibrio realizzato dall'art.86 tra principi di diritto comune e disciplina derogatoria.

<sup>91</sup> Causa Albany international, C-67/96, sentenza del 21 settembre 1999, 103.

<sup>92</sup> La concorrenza è considerata come un punto decisivo nella politica comunitaria, essendo il mezzo attraverso il quale poter raggiungere gli obiettivi assunti già in sede di costituzione della comunità europea. Una concorrenza efficace è, infatti, fondamentale per garantire un'economia di mercato aperta.

Invero, secondo l'art. 2 del Trattato CE la Comunità europea ha il compito di promuovere “uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, la parità tra uomini e donne, una crescita sostenibile e non inflazionistica, un alto grado di competitività e di convergenza dei risultati economici, un elevato livello di protezione dell'ambiente ed il miglioramento della qualità di quest'ultimo, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra Stati membri.” A tal fine, deve essere, tra l'altro, realizzato “un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno” (art. 3, lett. g) Trattato CE).

Per l'ordinamento comunitario la preminenza del principio concorrenziale comporta che tutte le attività economiche devono essere assoggettate alle medesime regole, in modo da garantire la completa liberalizzazione dei mercati o il ripristino delle condizioni concorrenziali, e ciò anche con riferimento a quegli ambiti in cui non si determini una struttura pluralistica della concorrenza (cfr. A. PERICU, *Impresa ed obblighi di servizio pubblico, cit.*). In sostanza, il diritto comunitario ha previsto alcune specifiche norme volte ad impedire tutte quelle azioni che possono, come tali, dimostrarsi contrarie al principio di concorrenza.

nell'applicazione dell'art. 86 TCE, fulcro dell'approccio comunitario alla materia e base giuridica per gli interventi di liberalizzazione degli ultimi anni<sup>93</sup>.

Essendo, di fatto, la materia di cui si discute volta a garantire la concorrenzialità nel mercato interno particolarmente rigida, il legislatore non si è affatto disinteressato di tutelare un settore di importanza strategica nella vita degli Stati membri, quale quello dei servizi di interesse economico generale. Proprio in tale contesto si inquadra, allora, la norma di cui all'art. 86, paragrafo 2, del Trattato, che si pone, in base quanto meno ad una sua interpretazione meramente letterale, quale un'oasi derogatoria nella rigidità della politica della concorrenza così come sviluppata nel Trattato.

La citata norma dispone, infatti, che 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 della Comunità”*.

L'espressione “servizi di interesse economico generale” indirizza l'interprete ad individuare la categoria sulla base della rilevanza economica dell'attività<sup>94</sup>, piuttosto che in relazione all'oggetto delle prestazioni ed ai destinatari di queste. Inoltre, la disciplina posta dall'art. 86 tocca solo indirettamente i servizi pubblici, poiché assume a proprio oggetto immediato la relazione che si stabilisce tra gli Stati e le

---

<sup>93</sup> Cfr. da ultimo V. SOTTILI, *L'art. 86 del Trattato CE*, in *Servizi essenziali e diritto comunitario*, a cura di L. RADICATI DI BROZOLO, Torino, Giappichelli, 2002, 7; A. BARRECA, *L'art. 86 del trattato CE: origini e scopi perseguiti*, in [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it); VILLATA, *op. cit.*, 21.

<sup>94</sup> Rispetto a dette attività, che il Trattato qualifica come “servizi d'interesse economico generale”, l'azione dell'Unione europea appare sicuramente 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, di liberalizzazione, 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 (art. 90). Non si tratta peraltro, di ostilità comunitaria a qualsiasi forma di limitazione del mercato; come è stato giustamente sottolineato, infatti, la tradizionale lettura dell'art. 90 del Trattato 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 sono sufficienti al perseguimento degli obiettivi di interesse generale che esso si propone (Per tale interpretazione cfr. M. CAMMELLI, *Comunità europea e servizi pubblici*, in L. VANDELLI, C. BOTTARI, D. DONATI (a cura di); A. PIOGGIA, *Appunti per uno studio sulla nozione di pubblico servizio*, in *Quaderni del pluralismo*, 1998, 175 e ss.

imprese cui i servizi sono affidati, nonché la posizione di queste ultime di fronte alle regole del Trattato.

Il riferimento alla rilevanza economica dei servizi e la qualificazione dei soggetti incaricati dei servizi come “imprese”, indica il punto di vista economico come quello da assumere per l’identificazione della categoria. In questo quadro si spiega il criterio seguito dalla Corte di giustizia per definire la categoria dei servizi pubblici di rilevanza comunitaria: essa è costruita sulla base dei concetti di impresa e di attività economica.

Occorre quindi cercare di chiarire in via preliminare questi due concetti, per capire meglio il significato di servizio economico di interesse generale.

Al riguardo il concetto di impresa incaricata della gestione di servizi di interesse economico generale è stato interpretato nel senso di comprendere tutte quelle attività di interesse economico generale gestite da un soggetto pubblico o privato, al quale l’esercizio di tale specifica missione sia stato affidato da un apposito atto del potere pubblico<sup>95</sup>.

Quanto al concetto di attività economica, la Corte<sup>96</sup> fa riferimento all’attività tesa ad offrire lavori e servizi su di un determinato mercato con scopo di lucro anche se non pare giungere ad una conclusione del tutto chiara e soddisfacente. Tale oggettiva difficoltà è ammessa dalla stessa Corte quando, a commento della Comunicazione della Commissione europea [COM (2007) 725 del 20 novembre 2007], così dichiara: “La Commissione Europea, nel “Libro Verde sui servizi di interesse generale” (COM–2003-2007) del 21 maggio 2003, ha affermato che le norme sulla concorrenza si applicano soltanto alle attività economiche, dopo aver precisato che la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non sarebbe possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura non economica”<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup> CARDARELLI-ZENO ZENCOVICH, *Il diritto delle telecomunicazioni*, Roma, 1997. La giurisprudenza precisa (fra le tante, Corte di Giustizia CE, 01 giugno 2006, n. 205): “È impresa qualunque entità che svolge un’attività economica, indipendentemente dalla forma giuridica e dal modo del suo finanziamento”.

<sup>96</sup> Si vedano, ad esempio, le sentenze nelle cause C-475/99 (2001) punto 19 e C-237/04 (2006) punto 29.

<sup>97</sup> Inoltre, la Corte cerca di chiarire l’aspetto di servizio economico anche utilizzando criteri in negativo: “secondo la costante giurisprudenza comunitaria spetta al giudice nazionale valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato. tenendo conto, in particolare, dell’assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, della mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività ed



Dato poi che, rileva ancora la Corte, l'art. 86 del Trattato è di applicazione generale e (purtroppo) utilizza espressioni indeterminate, occorre indagare oltre, soprattutto con riferimento al 2° c., alla relazione tra imprese e poteri pubblici: infatti, nella formulazione dell'art. 86, n. 2, la qualità di servizio “di interesse economico generale” si presenta come il presupposto sulla base del quale i poteri pubblici assegnano alle imprese compiti particolari, che possono giustificare deroghe alle regole del Trattato.

Infatti, i servizi di interesse economico generale – scrive la Commissione nella Comunicazione – *I servizi di interesse generale in Europa GUC 17 del 19-1-2001* – sono servizi che “le autorità ritengono che debbano essere garantiti anche quando il mercato non sia sufficientemente incentivato a provvedervi da solo”.

Questa definizione implica che alla qualità di servizio di interesse economico generale non si accompagna necessariamente la sottrazione dell'attività al regime di mercato; la stessa Commissione europea rende esplicita questa lettura dell'art. 86, n. 2, quando aggiunge che “Ciò non significa che il mercato non sia, in molti casi, il miglior meccanismo per ottenere tali servizi”.

Peraltro, per giurisprudenza costante, è pacifico che i compiti che gli Stati assegnano alle imprese non sono oggetto di sindacato: l'individuazione dei compiti rientra infatti nella sfera di decisione riservata agli Stati. Il diritto comunitario interviene solo quando il conseguimento degli obiettivi richiede misure contrarie alle disposizioni del Trattato, ma il sindacato che esso autorizza è limitato alla congruità di tali misure rispetto agli scopi cui sono dirette<sup>98</sup>.

---

anche dell'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in questione (Corte di giustizia CE, sentenza 22 maggio 2003, Causa 18/2001)”.

<sup>98</sup> Tale impostazione è confermata anche dalla Decisione della Commissione 28 novembre 2005 (riguardante l'applicazione dell'art. 86, n. 2 del Trattato CE agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale), che dà atto che, nei settori nei quali non esiste una specifica disciplina comunitaria, la giurisprudenza riconosce agli Stati “un ampio margine di discrezionalità» nella definizione dei servizi di interesse economico generale. Per questo, la Commissione, quale autorità che deve vigilare sull'osservanza dell'art. 86, intende il proprio intervento come limitato «alle ipotesi di “errore manifesto” degli Stati nella definizione dei servizi di interesse economico generale” (7° considerando della citata Decisione). La stessa logica presiede anche alla direttiva sui servizi nel Mercato interno – D. 2006/125 – che, all'art. 1, par. 3, prevede: “La presente direttiva lascia impregiudicata la libertà, per gli Stati membri, di definire in conformità del diritto comunitario, quali essi ritengano essere servizi di interesse economico generale, in che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati, ... e a quali obblighi essi debbano essere soggetti”.

Con l'art. 86 non si è voluto quindi escludere a priori il ruolo svolto dai pubblici poteri in una materia tradizionalmente riservata alla loro competenza quale quella dei servizi pubblici, ma, piuttosto, si è inteso relegare gli interventi pubblici in un ruolo "residuale", essendo gli stessi consentiti soltanto quando i fini generali da perseguire siano di per sé incompatibili con il mantenimento delle regole concorrenziali<sup>99</sup>.

Le modifiche successivamente apportate ai Trattati, sebbene non troppo significative, hanno avuto come conseguenza quella di rinnovare e valorizzare il ruolo dei servizi di interesse economico generale sui quali riposa la struttura stessa dell'Unione europea.

In sintesi approssimativa, l' "intervenire" comunitario in fatto di servizi pubblici al termine della (lunga) fase iniziale di quiescenza, si può riassumere in: *a*) un primo momento di deflagrazione del profilo pro-concorrenziale dell'art. 86 sul finire degli anni ottanta<sup>100</sup>, per cui i tradizionali servizi pubblici economici vengono disciplinati in quanto primariamente "servizi", soggetti alle regole di mercato, e *b*) una seconda fase (ancora attuale) in cui molti leggono un riflusso rispetto agli orientamenti precedenti.

La prima delle due fasi<sup>101</sup> si sostanzia in una serie di interventi europei di liberalizzazione ed armonizzazione di numerose attività espletate tradizionalmente da monopoli pubblici: riguardo ai servizi a rete, in particolare, vengono progressivamente aperti al mercato attività di telecomunicazione, di trasporto pubblico, di servizi energetici e postali. L'instaurazione del mercato unico anche rispetto ai servizi pubblici diviene prioritaria. Il processo che ne scaturisce, nonostante alla dichiarata indifferenza in sede comunitaria rispetto alla proprietà delle imprese del settore (art. 295 TCE), porta naturalmente i pubblici poteri a dismettere la veste di fornitori diretti di prestazioni, per divenire invece regolatori garanti del conseguimento dell'interesse generale in mercati tendenzialmente liberalizzati.

---

<sup>99</sup> S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2004.

<sup>100</sup> Cfr. da ultimo B. SORDI, *Servizi pubblici e concorrenza: su alcune fibrillazioni tra diritto comunitario e tradizione continentale*, in *Quaderni fiorentini*, XXXI, 2002, 589.

<sup>101</sup> Detta fase ha un impatto particolarmente significativo in Italia, ove si affianca al nascente operare dell'autorità nazionale *Garante della Concorrenza e del Mercato* (istituita con l. 287/90).

La nozione di servizio pubblico di matrice amministrativa sembra in principio estranea e lontana rispetto all'ordinamento comunitario, il quale ne rifiuta perfino la denominazione, in quanto polisemica e fuorviante<sup>102</sup>. I suoi tratti riemergono in parte nella vasta nozione (art. 86, c. 2) di servizi di interesse economico generale<sup>103</sup>.

Con l'art. 86 non si è voluta individuare una specifica categoria di servizi assoggettati ad una disciplina comunitaria particolare, ma si sono soltanto voluti delineare alcuni servizi che, se pur sottoposti in via generale alla disciplina comunitaria in materia di concorrenza, possono in determinate circostanze, in virtù dei particolari obiettivi che devono esplicare, essere esonerati dall'applicazione di alcune regole.

In particolare, la Corte<sup>104</sup> riconosce come giustificate le misure statali in deroga qualora, in assenza di tali misure, l'impresa non avrebbe potuto svolgere il servizio<sup>105</sup>.

La portata della norma in esame riveste un'importanza decisiva ai fini della ricerca di un equilibrio tra gli obiettivi di politica economica generale perseguiti dagli stati e le ragioni del libero mercato<sup>106</sup>. Si tratta di una sorta di "compromesso" tra le prerogative degli Stati membri in materia di politica economica e gli interessi dell'Unione Europea<sup>107</sup>.

L'obiettivo del diritto comunitario è pertanto quello di regolare l'esercizio di funzioni pubbliche in forma imprenditoriale per limitarne la portata in funzione del libero mercato concorrenziale<sup>108</sup>. I servizi di cui si discute sono assoggettati alle regole di concorrenza fin dove ciò non comprometta la missione loro riconosciuta,

---

<sup>102</sup> Cfr. Comunicazione sui *Servizi di interesse generale*, cit., allegato II.

<sup>103</sup> Cfr. RANGONE, *ult. op. cit.*, 20; VILLATA, *op. cit.*, 22; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, cit., 113 e ss.

<sup>104</sup> Giurisprudenza costante: tra le tante, Causa C-209/98, punti 77-78 – *trattamento rifiuti* – e C-340/99 del 2001, punto 54 – *poste* –.

<sup>105</sup> La regola indicata nel caso di impugnativa di misura derogatoria assunta dagli Stati può essere espressa in modo anche più chiaro come segue: allo Stato l'onere di provare la funzionalità delle misure adottate, alla Commissione europea quello di provare l'esistenza di misure alternative meno restrittive e, quindi, in ultima analisi, la sproporzione delle misure adottate rispetto allo scopo perseguito. Tale giudizio non è semplice, anche perché il principio di proporzionalità è ritenuto dalla stessa Corte di Giustizia "flessibile", ciò in quanto provare che le misure statali eccedono quanto necessario allo scopo non è facile poiché implica un vasto apprezzamento di dati economici, finanziari e sociali.

<sup>106</sup> G. E. BERLINGERIO, *op. cit.*

<sup>107</sup> D. CALDIROLA, *La dimensione comunitaria del servizio pubblico ovvero il servizio di interesse economico generale e il servizio universale*, in *Servizi pubblici concorrenza diritti*, a cura di L. AMMANNATI, M.A. CABIDDU, P. DE CARLI, Giuffrè, 2001.

<sup>108</sup> A. ZUCCHETTI, *Normativa CE: concorrenza e gare in materia di servizi pubblici locali. Le gare per i servizi pubblici locali sono richieste dalla vigente normativa CE?*, in [www.aem.it/download/Gare%20A0e%20A0normativa%20A0CE%20A04%2012%2002\(1\).pdf](http://www.aem.it/download/Gare%20A0e%20A0normativa%20A0CE%20A04%2012%2002(1).pdf)

quanto a continuità, uguaglianza di trattamento, adattamento ai bisogni delle prestazioni: nel qual caso l'applicazione di tali regole sarebbe esclusa, secondo una valutazione degli Stati ispirata a criteri di ragionevolezza e proporzionalità, e sottoposta alla vigilanza dalla Commissione e della Corte di Giustizia.

Tuttavia, nella seconda fase di riflusso cui si accennava, svariati segnali hanno testimoniato, in seno alla Unione europea, una minor fiducia nei benefici della concorrenza e la maturazione di una certa consapevolezza circa l'irrinunciabilità di una componente soggettiva pubblica: questo specie in ossequio all'indiscusso valore, oltre che economico, anche sociale e di coesione dei servizi ed in relazione al momento regolatorio delle attività<sup>109</sup>.

A prescindere dal fatto che tale componente sia o meno un lascito di tradizioni continentali di servizio pubblico<sup>110</sup>, è un dato che la concorrenza, valore fondante della Comunità, di fronte ai servizi pubblici si trova talora ad arretrare. Il confronto tra interesse generale e regole del mercato unico (in particolare di concorrenza) implica che le seconde non si impongano *ex se* ma possano addirittura divenire funzionali alla realizzazione del primo e pronte semmai a farsi da parte qualora, viceversa, si rivelino ostative. La concorrenza, anziché valore assoluto, assume in determinati contesti una configurazione strumentale: con la precisazione che la discrezionalità in ordine all'uso di tale strumento è ridotta in quanto esso si impone residualmente, rispetto ai servizi economici di rilievo comunitario, laddove non sia strettamente necessario farne a meno per garantire un interesse generale. Al contempo, i servizi pubblici vengono sempre più reinterpretati primariamente come strumenti di coesione sociale e territoriale.

Secondo tali presupposti, è anche in merito alla decisione di rigettare o limitare ragionevolmente e proporzionalmente le regole di concorrenza, ovvero di correggerle ai fini coesivi di socialità, che il ruolo delle amministrazioni pubbliche si evolve e si rivalorizza<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> Cfr. da ultimo, F. DI PORTO, *Regolazioni di "prima" e "seconda" generazione. La liberalizzazione del mercato elettrico*, in MCR, 2003, 325 e ss.

<sup>110</sup> Cfr. SORDI, *op. cit.*, 593.

<sup>111</sup> Al riguardo, D. SORACE, intervenendo al Convegno sul "Diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali", Pisa, 15 marzo 2004, ricorda che la necessità di imporre obblighi di servizio pubblico non implica automaticamente deroghe alle regole di concorrenza laddove: a) detti obblighi siano imposti indifferentemente in capo a tutte le imprese di un settore determinato (ciò che lascerebbe tali imprese in una condizione di eguaglianza

Più che stabilire nel diritto primario una disciplina compiuta della gestione di questi servizi, si è però preferito enfatizzarne in misura sempre maggiore il loro valore sino ad annoverarli tra i principi generali, elencati nella parte prima del Trattato. E' stata necessaria l'azione della Corte di giustizia e della Commissione europea per enucleare una disciplina comunitaria per i servizi di interesse economico generale.

### **7. Segue: La posizione sostenuta dalla Commissione e dalla Corte di Giustizia.**

Nell'ambito del quadro sommariamente sintetizzato si collocano le misure comunitarie adottate per rendere compatibili tra loro le regole del mercato unico e l'interesse generale sotteso ai servizi pubblici.

Così, la Commissione da un lato, con strumenti ora di c.d. *soft law*<sup>112</sup>, ora normativi (quali le liberalizzazioni "controllate" dei grandi servizi a rete, la definizione di obblighi di servizio pubblico e di servizio universale), e alcune statuizioni della Corte di Giustizia dall'altro, hanno svolto un lavoro di ridefinizione del concetto di servizio pubblico che si impone ormai quale indicazione prioritaria per tutti gli ordinamenti nazionali europei.

Riguardo al concetto di servizio pubblico, sembra essenziale vagliare l'interpretazione propria dell'organo chiamato a valutare in concreto le condotte che possono scontrarsi con le disposizioni normative relative ai servizi di interesse economico generale, ovvero quella della Commissione che, nel mirare all'applicazione incrementale del diritto comunitario, da un lato è destinataria delle

---

concorrenziale); b) gli obblighi, imposti ad una (o ad alcune imprese) possono essere espletati autonomamente senza la necessità di misure compensative speciali.

<sup>112</sup> Nel linguaggio giuridico il termine inglese *soft law*, fa riferimento ad una serie di fenomeni di regolazione connotati dalla produzione di norme prive di efficacia vincolante diretta. La *soft law* si contrappone, quindi, ai tradizionali strumenti di normazione (leggi, regolamenti, ecc.), emanati secondo determinate procedure da soggetti che ne hanno l'autorità (parlamenti, governi ecc.), i quali producono norme dotate di efficacia vincolante nei confronti dei destinatari (*hard law*). In mancanza di un'efficacia vincolante diretta, la garanzia dell'osservanza delle norme di *soft law* riposa sul fatto che chi le ha emanate coincide con il loro destinatario (autoregolamentazione) oppure sull'autorevolezza del soggetto che le ha emanate e, quindi, sulla loro forza persuasiva. Tali norme non danno luogo a situazioni giuridiche soggettive direttamente tutelabili in sede giurisdizionale, ciò non toglie che il giudice ne possa tenere indirettamente conto. In particolare, il termine *soft law* è comunemente utilizzato per contrassegnare una diversificata tipologia di atti e strumenti di diritto comunitario il cui tratto comune è costituito dal carattere "non" vincolante delle regole che in essi vengono poste, benché ad essi vengano comunque riconosciuti effetti giuridici. Un esempio sono le raccomandazioni emanate dall'Unione Europea. In argomento si veda A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario, Relazione tenuta al convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti - L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali - Catania, 14-15 ottobre 2005.*

pressioni provenienti dagli Stati e dalla società civile, dall'altro procede ad un attento recepimento delle indicazioni della Corte di Giustizia.

Già con la Relazione al Consiglio europeo di Laeken (2001), l'esecutivo comunitario si dimostrava sensibile alla necessità di una maggiore certezza del diritto in materia di servizi di interesse generale (in special modo rispetto agli orientamenti talora altalenanti della Corte in fatto di finanziamento) e di meccanismi per la valutazione periodica del loro funzionamento, in termini di qualità, accessibilità, sicurezza ed equità e trasparenza tariffarie<sup>113</sup>.

Il *Libro verde* di consultazione *sui servizi di interesse generale* del 2003, ultimo documento di riferimento in materia, prosegue in tale direzione<sup>114</sup>. Esso parte dall'assunto per cui il TCE "non colloca il funzionamento dei servizi di interesse generale fra gli obiettivi comunitari e non assegna alla Comunità poteri positivi specifici in questo settore"<sup>115</sup>, e, ancora, che "non è probabilmente né auspicabile né possibile elaborare un'unica e completa definizione europea del contenuto dei servizi di interesse generale"<sup>116</sup>. Ciò non di meno, nel documento si afferma che "la vigente normativa comunitaria sui servizi di interesse economico generale include una serie di elementi comuni da cui si potrebbe dedurre un utile concetto comunitario di servizi di interesse economico generale"<sup>117</sup>.

Peraltro, alcuni dei temi sollevati dal Libro verde ammettono la possibilità che un'adeguatezza formale ai dettami comunitari nei settori di servizio pubblico già regolati, può comunque risultare carente, qualora non se ne apprezzino i positivi effetti sull'utenza: questo, ad esempio, in riferimento ai criteri con cui valutare la legittimità dei finanziamenti degli obblighi di servizio pubblico (fino ad ora centrati

---

<sup>113</sup> Cfr. Commissione europea, *Relazione al Consiglio europeo di Laeken sui "Servizi di interesse generale"*, COM(2001) 598 def., del 17 ottobre 2001 (per la quale cfr. M. CAPANTINI, *Servizi di interesse generale e aiuti di Stato. La Relazione della Commissione al Consiglio europeo di Laeken*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2003, 478 e ss.); e *Relazione al consiglio europeo di Siviglia*, cit.

<sup>114</sup> Commissione europea, *Libro verde sui servizi di interesse generale*, 21 maggio 2003, COM (2003) 270, in relazione al quale la Commissione ha poi emanato una *Relazione sulla consultazione pubblica in merito al libro verde sui servizi di interesse generale*, 29 marzo 2004, SEC(2004)326. Cfr. N. RANGONE, *Il Libro verde sui servizi di interesse generale: verso un nuovo approccio alla regolazione comunitaria dei servizi pubblici?*, intervento al convegno *Servizi locali e qualità sociale nell'Europa che cambia*, Campidoglio 6 novembre 2003 (in corso di pubblicazione); G. E. BERLINGERIO, *op. cit.*, 325 e ss.

<sup>115</sup> Commissione europea, *Libro verde*, cit., 28.

<sup>116</sup> *Ibid.*, n. 49.

<sup>117</sup> Ancora, *ibid.*, n. 49.

unicamente sull'apprezzamento del loro impatto anticoncorrenziale) e agli strumenti di valutazione della qualità dei servizi e dell'efficacia della regolazione<sup>118</sup>.

Inoltre, la Commissione fa luce sulle attuali differenze di approccio del diritto comunitario rispetto ai diversi tipi di servizio di interesse generale<sup>119</sup>.

Secondo questa Istituzione, l'espressione in esame si riferirebbe “a dei 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”<sup>120</sup>. In particolare, a detta della Commissione, all'interno della disciplina comunitaria sarebbe possibile individuare un concetto (comunitario) di servizi di interesse economico generale i cui elementi riguarderebbero sei precisi aspetti: il servizio universale, la continuità, la qualità del servizio offerto, l'accessibilità delle tariffe, la tutela degli utenti e quella dei consumatori<sup>121</sup>.

Proprio il “servizio universale”, frutto della elaborazione della Commissione in ambito europeo, merita specifica menzione, in quanto interpretato come nozione in cui le esigenze di servizio pubblico sembrano trasfigurarsi nel diritto comunitario. Esso si sostanzia nel quadro dei processi di liberalizzazione controllata di alcuni servizi a rete (poste e telecomunicazioni) e consiste in generale di un insieme minimo di servizi (di una certa qualità), che deve essere comunque garantito, a condizioni accettabili, a chiunque ne faccia richiesta<sup>122</sup>: in tal senso si è affermato

---

<sup>118</sup> Cfr. *ibid.*, n. 90 e 94 ss.

<sup>119</sup> Essa individua: 1) “grandi servizi a rete” economici, soggetti alle regole del TCE su libera circolazione, concorrenza e aiuti di Stato (nel caso le prestazioni incidano sugli scambi tra Stati) e a particolari discipline di settore; 2) servizi economici oggetto delle sole regole del TCE (come la gestione dei rifiuti, i servizi idrici, la radiodiffusione); 3) servizi non economici e servizi che non incidono sugli scambi, cui si applicano i soli principi del TCE di non discriminazione nell'accesso e di libera circolazione delle persone (cfr., *Ibid.*, n. 32).

Proprio nell'ipotesi: *a*) di un'estensione della disciplina comunitaria sia ai servizi economici non regolati settorialmente, che a quelli non economici, ovvero *b*) di una globale *disciplina quadro* del settore, l'ordinamento comunitario si dimostra consapevole di dover trovare nuovi equilibri tra interesse generale e principi di concorrenza. Una ricerca nella quale finirebbe per ridisegnarsi profondamente il ruolo degli Stati e delle amministrazioni territoriali.

<sup>120</sup> Commissione Europea, *Libro verde sui servizi di interesse generale*, 2003, 270 def.

<sup>121</sup> Così sempre, Commissione Europea, *Libro verde sui servizi di interesse generale*, cit. *supra*, cons. 17; e *Libro verde sui servizi di interesse economico generale*, 2004, 374 def.

<sup>122</sup> Per una ricostruzione della nozione, cfr. M. CAPANTINI, *Il servizio universale e le sue modalità di finanziamento*, cit., 99; M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 26 e ss.; RANGONE, *op. cit.*, 18 e ss.; G. E. BERLINGERIO, *op. cit.*, 115 e ss.; da ultimo e più esaurientemente, CARTEI, *op. cit.*

che esso consiste in qualcosa di meno in termini di quantità e qualcosa di più in termini di qualità rispetto al tradizionale servizio pubblico<sup>123</sup>.

L'assenza della nozione di servizio pubblico di matrice amministrativa nel diritto primario della Comunità e la lontananza tra l'approccio comunitario e alcune esperienze nazionali (francese ed italiana *in primis*) non corrisponde comunque ad un atteggiamento di indifferenza verso il tema. Al contrario, il continuo confronto tra interesse generale e regole di concorrenza esprime una pluralità di nozioni dai caratteri nuovi, quali quelle di servizio di interesse economico generale, servizio universale e obblighi di servizio pubblico e contratto di servizio pubblico.

Queste, dall'ottica delle esperienze nazionali, possono leggersi, ciascuna per un profilo diverso, come risultanti di una complessa e continua scrematura dell'antico concetto di servizio pubblico ad opera, fondamentalmente, del valore comunitario di concorrenza<sup>124</sup>.

Così, il nucleo irrinunciabile dei servizi pubblici viene progressivamente limato ma, al contempo, anche consolidato in quanto "resistente" all'applicazione incondizionata delle regole del mercato unico. Tale processo si sostanzia nella cornice dell'art. 16 TCE e dell'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, oltre che delle comunicazioni della Commissione (che, seppur dotate di un minor tasso di costituzionalità, presentano un elevato grado di specificità e godono comunque di un'alta considerazione). Esso incide progressivamente sui molteplici profili della gestione dei SIEG, in cerca di un equilibrio, ancora incompleto e problematico, tra interesse generale e concorrenza.

---

<sup>123</sup> Cfr. N. RANGONE, *I servizi pubblici - Nozioni e regole*, in AA.VV., *Annuario* (2001) dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, Milano, Giuffrè, 2002, 196.

<sup>124</sup> In altri termini, l'Unione europea non nega il concetto di pubblico servizio negli stati membri, ma, come ha riconosciuto la Commissione, lo sviluppo dei servizi di interesse generale e il mantenimento di aree di attività economica in forma di pubblici servizi "sono essenziali al progresso della competitività europea, della solidarietà sociale e della qualità della vita dei cittadini" (Comunicazione della Commissione dell'11 settembre 1996, in G.U.C.E., n. C. 281 del 26 settembre 1996, 3. Per un'illustrazione dei contenuti v. il commento di N. RANGONE, in *Giornale di dir. amm.*, 1997, 4, 386). Dal tenore di detta comunicazione emerge 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" i cui valori non incontrano ostacoli nell'eterogeneità dei modelli di organizzazione dei servizi di interesse generale nei diversi paesi membri. In tale ottica, la Commissione 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



Tale bilanciamento, infatti, volutamente informato ad elasticità dagli artt. 16 e 86 TCE, non sempre risulta chiarito dal diritto derivato, né dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Ciò non di meno, è un dato evidente il fatto che soprattutto quest'ultima fornisca oramai gli orientamenti più importanti, giungendo a verificare sia:

- a) la *necessità* di regimi speciali conferiti dagli Stati a imprese di servizio pubblico<sup>125</sup>, che
- b) la loro *proporzionalità* (anche se in questo caso il punto sembra controverso<sup>126</sup>) e finanche
- c) l'esistenza effettiva degli interessi generali che gli Stati affermano essere sottesi a determinati servizi<sup>127</sup>.

Peraltro, mentre il primo punto appare consolidato, altrettanto non può dirsi per il secondo, nonostante l'importanza che il TCE e la Commissione riconoscano diffusamente al principio di proporzionalità e il numero di statuizioni ove esso è richiamato dalla stessa Corte proprio in fatto di deroghe alla concorrenza in favore dell'interesse generale<sup>128</sup>. Il quadro, poi, è reso ancora più incerto qualora il regime di privilegio, concesso a compensazione di missioni di interesse generale<sup>129</sup>, configuri la possibile sussistenza di aiuti di Stato *ex art.* 87 TCE, con evidenti

---

<sup>125</sup> Cfr. le sentenze CGCE 19 maggio 1993, C-320/91, *Corbeau*, in *Racc.* 1993, I-2533; 27 aprile 1994, C-393/92, *Almelo*, in *Racc.* 1994, I-1477; 23 ottobre 1997, C-159/94, *Repubblica Francese*, in *Racc.* 1997, I-5815; 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany*, in *Racc.* 1999, I-5751).

<sup>126</sup> Cfr. in positivo, Tribunale di primo grado, 27 febbraio 1997, T-106/95, *FFSA*, in *Racc.* 1997, II-229 (confermata dall'ordinanza CGCE del 25 marzo 1998, C-174/97); conclusioni avv. gen. in causa C-30/87, *Bodson*; e ancora *Corbeau*. In negativo, cfr. le sentenze CGCE 10 febbraio 2000, cause riunite C-147/97, C-148/97, *Deutsche Post*, in *Racc.* 2000, I-825; e ancora *Albany*.

<sup>127</sup> Cfr. le sentenze 10 dicembre 1991, C-179/90, *Merci convenzionali Porto di Genova*, in *Racc.* 1991, I-5889; e ancora *Almelo*. Cfr. P. FATTORI, *Monopoli pubblici e articolo 90 del Trattato CE nella giurisprudenza comunitaria*, in *MCR*, 1999, 127 e ss.; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 391 e ss.; G. CAPUTI, *Servizi pubblici e monopoli nella giurisprudenza comunitaria*, Torino, Giappichelli, 2002, 137 e ss.

<sup>128</sup> Cfr. G. CAPUTI, *Servizi pubblici e monopoli nella giurisprudenza comunitaria*, cit., 138.

<sup>129</sup> La deroga al regime della concorrenza si giustifica tuttavia solo quando sia effettivamente indispensabile ad assicurare il funzionamento del servizio e le sue finalità: la cd. *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. La Corte di Giustizia ha interpretato la deroga suddetta al regime della concorrenza in senso assai restrittivo, ponendo a carico degli enti che la invocano l'onere di dimostrarne le condizioni legittimanti, vale a dire l'effettiva incompatibilità della soggezione alle norme sulla concorrenza con lo svolgimento dei compiti affidati agli enti stessi.

interrogativi in ordine al controllo esercitato su di essi dalla Commissione *ex art. 88 TCE*<sup>130</sup>.

Il terzo punto, invece, tocca più degli altri un profilo nevralgico per il bilanciamento tra regole di concorrenza e interesse generale, ossia il ruolo da riconoscere agli Stati nell'individuazione di quest'ultimo (oltre che nelle modalità adeguate e legittime per garantirlo).

Al riguardo, da un punto di vista normativo ed amministrativo, la problematica permane aperta. Da un lato, infatti, vigono un consacrato principio di sussidiarietà verticale<sup>131</sup> (per sua natura elastico) e un art. 16 TCE, in ossequio ai quali la Commissione ricorda che gli Stati sono liberi di “definire i servizi d'interesse generale, fermo restando il controllo di eventuali casi di errore manifesto”<sup>132</sup> (senza riguardo per il regime di proprietà, pubblica o privata, delle imprese e secondo criteri di proporzionalità tra restrizioni alla concorrenza e garanzia dell'interesse generale)<sup>133</sup>. Dall'altro, invece, vi sono ambiti in cui l'espansivo ordinamento comunitario impone discipline dettagliate e preponderanti. Un esempio in tal senso è dato in materia di servizio universale, ove gli Stati membri di fatto ben poco possono aggiungere agli obblighi previsti dalle direttive CE su telefonia/comunicazioni elettroniche e poste<sup>134</sup>.

Al di là delle incertezze, ciò che comunque va rilevato in merito al terzo punto, concerne un aspetto (soprattutto ideologico) del servizio pubblico che più di

---

<sup>130</sup> Cfr. la giurisprudenza comunitaria ricordata dalla Commissione nella *Relazione al consiglio europeo di Siviglia, sullo stato dei lavori relativi alle linee direttrici in materia di aiuti di Stato legati ai servizi d'interesse economico generale*, ed in particolare a titolo esemplificativo, le sentenze 22 novembre 2001, C-53/00, *Ferring*, in *Racc.* 2001, I-9067; e 24 luglio 2003, C-280/00, *Altmark Trans*, in *Racc.* 2003, I-7747. V. contributo di Cfr. G. CAPUTI, *Servizi pubblici ed aiuti di stato nella giurisprudenza comunitaria. Ad ogni onere corrisponde una contropartita considerevole?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2004, 3-4, 823; F. GHELARDUCCI – M. CAPANTINI, *Gli aiuti di Stato e il principio dell' "investitore privato" negli orientamenti della Commissione e nella giurisprudenza comunitaria*, in *www.astrid-online.it*, 2003.

<sup>131</sup> Il principio di sussidiarietà è stato enunciato in modo compiuto per la prima volta nel Trattato CE, il cui art. 5, par. 2 (introdotto dal Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992) sancisce che “nei settori che non sono di sua esclusiva competenza, la Comunità interviene, secondo il principio di sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati e meglio conseguiti a livello comunitario”. Il trattato UE, peraltro, aggiunge al ruolo sussidiario delle istituzioni comunitarie l'obbligo – in capo all'Unione – di rispettare “l'identità nazionale dei suoi Stati membri” (art. 6).

<sup>132</sup> Cfr. Commissione europea, *Comunicazione sui Servizi di interesse generale*, 2000, cit., preambolo.

<sup>133</sup> Cfr. E. FERRARI, *Servizi pubblici: impostazione e significato della ricerca di una nozione*, in *Foro it.*, 2002, I, 1845.

<sup>134</sup> Cfr. V. SOTTILI, *L'art. 86 del Trattato CE*, cit., 30 e ss.

qualunque altro sembrava tradizionalmente inattaccabile, ossia “la esclusiva politicITÀ della decisione di considerare servizio pubblico un’attività economica”<sup>135</sup>.

Alla luce del quadro comunitario su descritto, sembra pertanto emergere un concetto minimale di servizio pubblico, una sorta di nocciolo duro dell’interesse generale, il quale deve tener conto delle diverse realtà nazionali e costituisce una sorta di limite di tolleranza alle deroghe alla concorrenza introdotte a garanzia di una specifica missione di pubblico servizio.

La nozione di servizio pubblico comunitario coincide sostanzialmente con la nozione interna oggettiva di servizio pubblico. Entrambe le nozioni, infatti, prescindono dalla riserva e dalla titolarità del servizio in capo allo stato, poiché lo stesso può essere svolto da imprese private o pubbliche<sup>136</sup>.

In definitiva il diritto comunitario non nega il concetto di servizio pubblico, ma lo supera distinguendo una componente di base o minimale (*servizio universale*) che legittima eventuali deroghe al regime della concorrenza e una componente ulteriore (*servizio a valore aggiunto*) cui si applica la disciplina generale e quindi le regole di mercato<sup>137</sup>. Peraltro, la stessa commissione ha espressamente ammesso che gli stati membri restano comunque liberi di definire delle “missioni di interesse generale supplementari” rispetto al servizio universale, definendo in senso più esteso l’obiettivo che intendono perseguire e di conseguenza la loro nozione di pubblico servizio<sup>138</sup>.

In tale contesto si assiste ad un passaggio da “Stato gestore” a “Stato regolatore”, il quale, invece di gestire attività economiche, pone le regole del gioco per garantire a tutti i cittadini la possibilità di concorrere ad armi pari in un mercato rilevante.

---

<sup>135</sup> SORACE, *ult. op. cit.*, 392.

<sup>136</sup> Non è mancata tuttavia autorevole dottrina (VILLATA, *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, cit., 27) che, invece, ha ritenuto la nozione di servizio pubblico comunitario compatibile con la nozione soggettiva temperata di servizio pubblico, poiché il primo presuppone un atto specifico dell’autorità pubblica d’investitura dell’impresa che gestisce il servizio stesso, il che significa, l’imputazione di quest’ultimo all’autorità e attribuzione della gestione alle imprese mediante lo strumento concessorio. La tesi in esame richiede che l’imputazione del servizio all’autorità pubblica non implichi l’esistenza di regimi di monopolio o di posizioni dominanti, potendo esservi un’attribuzione del servizio ad imprese private che gestiranno il servizio stesso in mercati non riservati.

<sup>137</sup> Cfr. sul punto BOITEAU C., *Il concetto comunitario di servizio pubblico e i servizi pubblici locali*, in *Probl. amm. pubbl.*, 1997, 347.

<sup>138</sup> A. PIOGGIA, *op. cit.*

## **8. L'ipotesi di un testo di riferimento in materia di servizi pubblici e prospettive di codificazione nel *Libro verde sui servizi di interesse generale*.**

Il quadro si qui esposto, dà conto della quantità di istanze incidenti sui molteplici profili del servizio pubblico, ai livelli concettuale, definitorio e disciplinare, cui da tempo si prospetta la possibilità di dare conformazione tramite un testo condiviso di principi organizzativi, di gestione e regolazione.

A livello comunitario, da tempo è emersa l'esigenza di una sistemazione della materia: esigenza storicamente alimentata per lo più dalla reazione dei contesti nazionali di tradizione amministrativa all'applicazione delle regole del mercato unico. In tal senso, il desiderio di fissare alcuni principi relativi ai servizi pubblici esprime l'aspirazione degli Stati a tracciare linee di demarcazione a difesa delle proprie prerogative storico-ideologiche, che si fa tanto più urgente quanto più dilagante diviene l'ingerenza comunitaria.

Proprio per queste ragioni sono state formulate una serie di proposte per una *carta europea dei servizi pubblici*, delle quali la prima e più compiuta è stata quella francese del gennaio 1993. In quel caso, si trasmetteva alla Commissione un progetto (da sottoporre poi all'approvazione del Consiglio) completo di definizioni, principi, regole di gestione ed organizzazione per regolatori e gestori di servizi pubblici. La sua eccessiva vaghezza, tuttavia, suscettibile di determinarne interpretazioni contrastanti con il diritto comunitario, decretò l'insuccesso dell'iniziativa<sup>139</sup>.

Analoghe proposte, di poco successive, si sono registrate rispettivamente in seno al Parlamento europeo, con l'adozione finale di una Risoluzione nel 1995<sup>140</sup> e con un Progetto di raccomandazione formulato dal Consiglio d'Europa del 2 luglio 1996.

Il primo dei suddetti progetti si è materializzato in ambito francese e il secondo è stato espressione dell'organo maggiormente rappresentativo delle istanze popolari e politiche (il Parlamento): nessuno di essi proviene dalla Commissione, la quale, al di là degli interventi settoriali, preferisce, a legislazione vigente, fornire indicazioni con gli strumenti elastici di *soft law* (comunicazioni, relazioni e documenti di consultazione) anziché fissare un assetto definitivo in atti giuridici vincolanti di carattere generale (direttive o regolamenti).

---

<sup>139</sup> Cfr. *Bulletin européen du Moniteur*, 15 febbraio 1993 e *Reg. gov. loc.*, 1994 (con commento di N. RANGONE, *Verso una carta europea dei servizi pubblici?*, 739 e ss.).

<sup>140</sup> Cfr. Parlamento europeo, *Imprese pubbliche, privatizzazioni e servizi nella Comunità europea*, A3-0254/94.

In particolare, con il Libro verde del 2003, la Commissione offre un quadro delle prospettive comunitarie in materia di servizi di interesse generale, interrogandosi fra l'altro:

- a) sull'opportunità di una disciplina comune anche a servizi (sia economici che sociali) non ancora soggetti a norme settoriali;
- b) in caso affermativo, sulla scelta tra un approccio specifico per settore, come accaduto finora, ovvero una trattazione di respiro più generale<sup>141</sup>;
- c) sul modello di sussidiarietà da adottare nelle eventualità prospettate<sup>142</sup>.

Nell'ipotesi, avanzata proprio dalla Commissione, dell'adozione di uno strumento quadro a carattere generale vincolante di cui al punto *b*), detto strumento avrebbe la funzione di "chiarire e consolidare gli obiettivi e i principi comuni a tutti o a molti tipi di servizi di interesse generale nei settori di competenza comunitaria. Tale strumento potrebbe costituire la base per un'ulteriore normativa settoriale che consenta di raggiungere gli obiettivi fissati nello strumento quadro, semplificando quindi e consolidando il mercato interno in questo settore"<sup>143</sup>.

Allo stato attuale, peraltro, esso potrebbe essere costituito da una direttiva ovvero da un regolamento, ma in entrambi i casi sarebbe problematico rinvenire una base legittimante nei Trattati<sup>144</sup>. Diversamente, con l'adozione della Costituzione europea, lo strumento quadro, almeno in fatto di servizi economici, avrebbe potuto assumere la forma di legge europea (atto legislativo di portata generale, obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri), ai sensi dell'art. III-6 (grosso modo una nuova versione dell'art. 16 TCE)<sup>145</sup>. Detto articolo prevedeva infatti che la *legge* definisca "principi e condizioni, segnatamente economiche e finanziarie, che consentano [ai SIEG] di assolvere i rispettivi compiti".

---

<sup>141</sup> Cfr. Commissione europea, *Libro verde*, cit., n. 37 ss.; *Relazione sulla consultazione pubblica in merito al libro verde sui servizi di interesse generale*, cit., n. 4.3.

<sup>142</sup> Cfr. *ibid.*, n. 28 ss.

<sup>143</sup> Commissione europea, *Libro verde*, cit., n. 38.

<sup>144</sup> Cfr. Commissione europea, *Libro verde*, cit., n. 40.

<sup>145</sup> Come noto, l'idea di sostituire agli attuali trattati europei un unico testo di livello costituzionale non ha avuto successo a causa dell'opposizione manifestata in sede referendaria dalle popolazioni di Francia e Paesi Bassi. Tuttavia, successivamente si è proposto di procedere ad una riformulazione dei trattati esistenti, proposta concretizzata nella stesura di un nuovo testo di riforma, il Trattato di Lisbona, non ancora ratificato da tutti gli stati membri.

Al di là di tali considerazioni, la stessa Commissione osserva come, specie negli ordinamenti di comunicazioni elettroniche, poste, energia elettrica, gas, e trasporti, sarebbero ormai individuabili principi comuni a tutti i servizi di interesse economico generale e, in parte, anche ai servizi non economici. Permanendo i principi di sussidiarietà verticale ed orizzontale quali clausole aperte, lasciate all'evoluzione dei rapporti tra Stati e Comunità e tra pubblico e privato, la disciplina sostanziale dei servizi pubblici sembrerebbe giunta ad un consolidamento tale per cui, una volta individuato un servizio come pubblico, risulterebbe abbastanza definito il regime ad esso applicabile. Vi è, in altri termini, “un corpus normativo specifico per settore per le differenti industrie di rete” che forniscono servizi di interesse economico generale<sup>146</sup>, che potrebbe costituire la base per l'elaborazione di quello che, al di là del valore giuridico da assumere, potrebbe definirsi come uno “Statuto dei servizi pubblici”<sup>147</sup>.

Il termine “statuto”, pur prestandosi in campo giuridico ad una quantità di usi diversi, denota come costante, “quella di essere un corpus normativo di respiro ampio e in posizione centrale in ordine all'oggetto disciplinato”<sup>148</sup>. Nel caso in esame, esso dovrebbe distinguersi sia dai precedenti tentativi di Carte dei servizi pubblici (dai contenuti generici ed oramai poco utili in uno stato tanto avanzato di disciplina della materia) che dalle carte di servizio, non limitandosi al profilo del rapporto con l'utenza ovvero dei principi di erogazione, ma dettando norme “a tutto tondo” di organizzazione e regolazione che definiscano l'equilibrio tra interesse generale e regole di concorrenza.

---

<sup>146</sup> Cfr. Commissione europea, *Libro verde*, cit., n. 37.

<sup>147</sup> Un'operazione parzialmente simile, del resto, trova un precedente (regolamentare e quindi di carattere normativo) in ambito comunitario: in materia di società, attraverso una stratificazione di direttive protrattasi per quasi trent'anni, si è giunti in ultimo alla definizione di un *corpus* di norme comuni sullo Statuto della Società europea, intendendo tuttavia con il termine “Statuto” al contempo l'atto costitutivo e lo statuto propriamente detto della società, qualora quest'ultimo formi oggetto di atto distinto (cfr. art. 6, Regolamento CE 8 ottobre 2001, n. 2157/2001, relativo allo statuto della Società europea (SE), in GUCE 10 ottobre 2001, L 294). Con riguardo invece ai principi relativi alla liberalizzazione proprio dei servizi a rete, cfr. F. DI PORTO, *Il decreto Bersani (D.LGS. N: 79/99). Profili pro-concorrenziali della riforma del mercato elettrico*, in *Concorrenza e Mercato*, 2000, 417, nota 28. Relativamente alle regole comunitarie applicabili ad alcune forme tipiche di interazione-cooperazione orizzontale tra pubblico e privato (ossia i dilaganti fenomeni di “partenariato pubblico-privato” quali gli appalti e le concessioni), cfr. in ultimo il *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni* della Commissione europea del 30 aprile 2004 (COM(2004)327).

<sup>148</sup> M. PROCACCINI, *Ambiguità e spessore della parola statuto tra lessico giuridico*, in [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it), 11.

In tal senso lo statuto di cui sopra avrebbe necessariamente il vincolo di distinguersi dai precedenti tentativi (di impronta nazionale) di codificazione di una disciplina per principi dei servizi pubblici, “interfacciando” gli ordinamenti nazionali con quello comunitario (entrambi chiamati poi a confrontarsi con il progredire dell’ordinamento commerciale mondiale)<sup>149</sup> in una prospettiva di amministrazione integrata dei servizi di interesse economico generale<sup>150</sup>.

Dott. Francesco Nicotra

(Dottore di ricerca in diritto pubblico e comunitario

Presso l’Università di Catania)

---

<sup>149</sup> Al riguardo, cfr. *Relazione sulla consultazione pubblica in merito al libro verde sui servizi di interesse generale*, 29 marzo 2004, SEC(2004), n. 4.10.

<sup>150</sup> Cfr. sull’argomento F. MUNARI, *La disciplina dei c.d. servizi essenziali tra diritto comunitario, prerogative degli Stati membri e interesse generale*, in *Dir. Ue*, 2002, 58 e ss.