



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI CATANIA
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA
XXIX CICLO

Dott.ssa: Alessandra Cali

SERVIZI PUBBLICI E
TUTELA DELLA CONCORRENZA

—————
TESI DI DOTTORATO
—————

Tutor: Chiar.mo Prof. Agatino Cariola
Coordinatore: Chiar.ma Prof.ssa Anna Maria Maugeri

ANNO ACCADEMICO 2016-2017

INDICE

Capitolo I

LA NOZIONE DI SERVIZIO PUBBLICO NELL'ORDINAMENTO INTERNO

1.1	Funzione pubblica e servizio pubblico	1
1.2	L'emergere della nozione soggettiva di servizio pubblico	6
1.3	La nozione oggettiva	10
1.4	Le recenti rivisitazioni delle nozioni oggettive e soggettive	12
1.5	I principi in materia di pubblici servizi	16
1.5.1	Principi che riguardano la fase di assunzione e organizzazione del servizio pubblico	17
1.5.2	Principi in materia di gestione del servizio pubblico	20
1.6	Riflessioni di sintesi e rinvio	23

Capitolo II

LE SERVICE PUBLIC

Premessa	26
----------	----

SEZIONE PRIMA: LA NOZIONE DI SERVICE PUBLIC

2.1	L'evoluzione della nozione di servizio pubblico in Francia	28
2.2	Le <i>service public</i> : una nozione a più classificazioni	32
2.3	La distinzione binaria del servizio pubblico francese alla luce dell'ordinamento europeo	38

SEZIONE SECONDA: IL REGIME GIURIDICO DEI "SERVICES PUBLICS"

2.4	La relazione tra livello nazionale e locale in ordine alla istituzione del servizio pubblico	43
2.4.1	L'impatto delle regole di concorrenza nella creazione del servizio pubblico	46

2.5	La fase di gestione dei servizi pubblici	51
2.5.1	Le società ad economia mista locale	52
2.5.2	Le società pubbliche locali	56
2.5.3	Le società miste a operazione unica	59
2.6	Osservazioni conclusive	64

Capitolo III

SERVIZI PUBBLICI E ORDINAMENTO EUROPEO

3.1	L'Unione Europea e il fenomeno dei servizi pubblici	68
3.2	I servizi di interesse economico generale	75
3.3	I servizi di interesse non economico generale	85
3.4	Sulla distinzione tra servizi di interesse economico generale e servizi di interesse generale: la posizione della Corte Costituzionale e della giurisprudenza amministrativa	93
3.5	Il servizio universale	96
3.6	Osservazioni conclusive	103

Capitolo IV

CONCORRENZA E SERVIZI PUBBLICI NELL'ORDINAMENTO INTERNO

4.1	La Costituzione e la libertà di concorrenza. L'influenza del diritto europeo	106
4.2	La tutela della concorrenza e il sistema di riparto delle competenze tra Stato e Regioni con riguardo ai servizi pubblici di rilievo economico	118
4.3	La concorrenza e la fase di assunzione del servizio pubblico	123
4.4	La gestione dei servizi pubblici	134
4.5	I recenti interventi legislativi sulla gestione dei servizi pubblici di rilievo economico: l'affidamento c.d. in house	148
4.6	Sul concreto spazio di libertà degli enti locali nella scelta della modalità di gestione del servizio	158
4.7	Considerazioni conclusive	162

Bibliografia

170

Capitolo I:

LA NOZIONE DI SERVIZIO PUBBLICO NELL'ORDINAMENTO INTERNO

SOMMARIO: 1.1. Funzione pubblica e servizio pubblico. - 1.2. L'emergere della nozione soggettiva di servizio pubblico. - 1.3. La nozione oggettiva. - 1.4. Le recenti rivisitazioni delle nozioni oggettive e soggettive. - 1.5. I principi in materia di pubblici servizi. - 1.5.1. Principi che riguardano la fase di assunzione e organizzazione del servizio pubblico. - 1.5.2. Principi in materia di gestione del servizio pubblico. - 1.6. Riflessioni di sintesi e rinvio.

1.1. Funzione pubblica e servizio pubblico.

Il problema della distinzione tra funzione pubblica e servizio pubblico iniziò a porsi con il passaggio dallo Stato di diritto a quello sociale.

Ci si riferisce in particolare al periodo storico, compreso tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo, che ha visto la nascita dello Stato moderno e, con esso, la progressiva assunzione da parte del potere politico dei c.d. compiti di benessere sociale¹.

¹ In Italia la distinzione tra servizi pubblici e funzioni pubbliche si affermò con la prima legge sulle municipalizzazioni, la l. 103/1903, che ha codificato la prassi amministrativa di assunzione diretta di attività economiche da parte dei comuni.

Tale distinzione è stata tradizionalmente considerata propedeutica dalla dottrina più autorevole nell'affrontare il tema dei servizi pubblici. Tuttavia, secondo alcuni autori dovrebbe oggi ritenersi superata perché *“nelle moderne organizzazioni statali di tipo pluralista e democratico tutti i settori della vita della collettività vedono sempre una presenza di tipo misto, caratterizzata da una libera iniziativa privata in costante crescita e da intervento pubblico, moderato e decrescente accompagnato da una sempre più puntuale normazione di indirizzo, controllo e finanziamento”* Cfr. A. Altieri, *I servizi pubblici*, in: M. Mirabella (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 835.

A questi compiti l'amministrazione provvedeva attraverso attività di tipo non autoritativo che si aggiungevano alle funzioni di tipo essenzialmente pubblicistico tradizionalmente svolte dallo Stato.

Tale mutamento non ha comunque tardato a produrre i propri effetti nell'ambito della sistematizzazione del diritto amministrativo.

In particolare in Francia si creò terreno fertile per l'elaborazione della nozione di *service public* che sostituì progressivamente quella di *puissance publique* nel definire l'ambito di applicazione del diritto pubblico e della giurisdizione amministrativa fino a divenire simbolo dell'identità nazionale e di coesione sociale.

La dottrina italiana in un primo tempo si riferì al servizio pubblico in senso analogo a quello francese, adottando una nozione ampia comprendente l'intera attività amministrativa dello Stato, fosse autoritativa o diretta a fini sociali.

Successivamente però, preso atto dello scarso rilievo giuridico di una tale nozione nel nostro ordinamento, si affermò la distinzione tra funzione pubblica e servizio pubblico, costituendo la prima esercizio di

Sul tema del servizio pubblico vedasi: A. De Valles, *I pubblici servizi*, in: V. E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. VI, Milano, 1924, I ed.; G. Miele, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in: Arch. Giur., 1933, p. 172 ss.; F. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo*, I, Padova, 1959, IV ed., p. 202; M. S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, V ed.; U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, Padova, 1964; F. Merusi, voce *Servizio pubblico*, in *Nuoviss. Dig. ital.*, 1970, XVII, p. 215 ss.; I. M. Marino, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1986; S. Cattaneo, voce *Servizi pubblici*, in *Enc. Dir.*, XLII, 1990, p. 355 ss.; P. Ciriello, voce *Servizi pubblici*, in *Enc. giur.*, 1990, XXVIII, p. 1 ss.; G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001; L. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001; E. Scotti, *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003; G. Caia, *I servizi pubblici*, in: L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F. A. Roversi Monaco, F. G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2005, IV ed., p. 137; R. Villata, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano 2006; S. Licciardello, *Percorsi di diritto pubblico dell'economia. Territorio, beni e servizi*, Torino, 2008; S. Licciardello, *I servizi pubblici locali*, in: S. Cognetti, A. Contieri, S. Licciardello, F. Manganaro, S. Perongini, F. Saitta (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino 2014, p. 541 ss.

una potestà pubblica² e sostanziandosi il secondo in “*attività materiali ... poste a disposizione dei singoli per aiutarli nel conseguimento delle loro finalità*”³.

Tale distinzione, a ben vedere, ha tratto origine dallo stesso diritto positivo, essendo contenuta agli artt. 357 e 358 c.p. dai quali, tuttavia,

² La funzione è definibile, quindi, come ogni potere esercitato non per un interesse proprio o esclusivamente proprio, ma per un interesse altrui o per un interesse oggettivo.

Cfr. S. Romano, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937, III ed., p. 142.

Sulla distinzione tra pubblica funzione e servizio pubblico cfr. anche V. Cerulli Irelli, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in: Riv. it. dir. pubbl. com., 2006, p. 748.

L'autore sottolinea che l'area della pubblica amministrazione, in cui alla cura degli interessi collettivi si provvede mediante l'esercizio dei poteri autoritativi e che comprende anche l'attività amministrativa mediante contratti, rientra nell'ambito dell'art. 97 comma 1 Cost comprendendo figure organizzative assai diverse tra loro.

L'area dei servizi pubblici, invece, copre attività ritenute necessarie in un determinato contesto storico-sociale il cui espletamento nell'interesse della collettività deve essere assicurato e, non necessitando dell'esercizio di poteri, possono essere svolte in via di principio in forme privatistiche da parte di ogni soggetto nell'ordinamento.

³ Cfr. G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1958, VIII ed., p. 17.

Secondo la sistemazione operata dall'autore le funzioni costituiscono le attività per mezzo delle quali lo Stato provvede al conseguimento dei propri fini. In questo senso l'amministrazione (accanto alla legislazione e alla giurisdizione) è una funzione dello Stato definibile come “*attività pratica che lo Stato dispiega per curare, in modo immediato, gli interessi pubblici che assume nei propri fini*”.

Questa tesi, da cui emerge l'adesione della nostra dottrina alla concezione oggettiva dello Stato operata dalla dottrina tedesca (e in termini sistematici in particolare da G. Jellinek), fa perno sulla distinzione tra funzioni materiali e funzioni formali, essendo le prime definibili come la risultanza del rapporto tra l'attività dello Stato e gli scopi dello stesso Stato.

Successivamente, con il mutamento dell'assetto politico-costituzionale e la diffusione della c.d. dottrina pura del diritto, tale impostazione venne superata spostando sul terreno esclusivamente formale la teoria delle funzioni pubbliche: il problema delle funzioni statali diventa un problema di “*ascrizione*”, cioè di individuare a quali condizioni una funzione assoluta da un determinato individuo può essere ascritta allo Stato.

Tale condizione consiste nello svolgimento della funzione da parte di un individuo che la assolve secondo le regole della divisione del lavoro, su incarico attribuito conformemente all'ordinamento giuridico, per mezzo di un procedimento regolato dallo stesso ordinamento giuridico

E, così, l'attività pubblica è resa funzione non perché faccia volere ed agire lo Stato perseguendone i fini ma perché appunto si collega all'unità dell'ordinamento “*ponendosi all'interno del processo di attuazione della norma fondamentale, nel continuum della produzione-applicazione del diritto*”.

Sul punto cfr. G. Marongiu, *Funzione amministrativa*, in: *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989.

Abbandonata la ricerca di parametri obiettivi, ogni attività può diventare funzione pubblica, e pertanto funzione dello Stato, sulla base della previsione di specifiche norme organizzative.

non si ricavano dati particolarmente utili ai fini della qualificazione complessiva del fenomeno nel campo del diritto amministrativo⁴.

Senza aver la pretesa di ripercorrere compiutamente le tappe del dibattito che hanno interessato tale distinzione, si vuole qui sottolineare che non meno incerta e “*tormentata*”⁵ della nozione di servizio pubblico si presenta quella di funzione pubblica.

In particolare già nella stessa Costituzione il termine “funzione”, utilizzato con una certa frequenza, non sembra essere adoperato in maniera univoca⁶.

Infatti a volte, ad esempio con riferimento agli artt. 70 e 76 Cost., ci si riferisce a tale termine come sinonimo di potere o potestà; altre volte, è il caso dell’art. 54 Cost., lo stesso sembra essere utilizzato in accezione di attività senza importare una particolare qualificazione pubblicistica.

⁴ Cfr. M. S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, p. 114.

Sul punto v. anche U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, op. cit., p. 5 ss.

L’autore da ultimo citato osserva che la distinzione in ambito penale “*sia risultata scarsamente significativa nel campo proprio del diritto amministrativo e ciò non solo per il fatto che in ogni attività vi sono in realtà momenti nei quali si estrinseca pubblica funzione e altri nei quali si estrinseca pubblico servizio, ma anche e soprattutto perché la distinzione è stata posta sempre con esclusivo riguardo alla posizione della persona fisica nell’ambito di due diverse fattispecie criminose: profilo, questo, che è logicamente l’unico a interessare il diritto penale, ma che si palesa di ben scarsa utilità ai fini di una valutazione complessiva del fenomeno nel campo amministrativo*”.

⁵ Così M. S. Giannini, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986, p. 69 ss.

⁶ Ma la situazione non cambia se si volge lo sguardo alle indicazioni in tema di funzione pubblica contenute in atti legislativi che si caratterizzano anch’esse per scarsa precisione.

Alcuni autori, preso atto di tale situazione, hanno affermato che “*la funzione pubblica costituisce un gallicismo del tutto estemporaneo*”. Infatti “*nell’ambito della nostra tradizione, si sarebbe potuto dire più semplicemente pubblico impiego e organizzazione degli uffici della pubblica amministrazione: evidentemente è parso più opportuno ricorrere all’espressione che ha un suo significato nell’ordinamento francese, per altro non del tutto coincidente con quello che di fatto viene ad assumere nel contesto.*” (Cfr. F. S. Severi, *Funzione pubblica*, in: Dig. Pubbl., VII, Torino, 1991, p. 69 ss).

In altri casi ancora viene poi usato in relazione all'ufficio come sinonimo o con riferimento all'attività dell'ufficio stesso⁷.

Pur in assenza di indicazioni precise in Costituzione, la dottrina ha sostenuto che, attraverso l'interpretazione evolutiva di alcune disposizioni costituzionali, sarebbe possibile pervenire alla conclusione per cui funzione pubblica e servizio pubblico si intrecciano e si integrano come modi di esplicazione dell'amministrazione contemporanea⁸.

Infatti, innanzitutto il principio di uguaglianza sostanziale, sancito dall'art. 3 c. 2 Cost. rende necessario, per il suo inverarsi, una consistente e doverosa azione amministrativa che potrebbe sostanziarsi anche nell'attività di organizzazione e prestazione di servizi pubblici.

Una tale doverosità emergerebbe anche dalle disposizioni di cui agli artt. 32, 33 c. 2, 34 c. 2, 35, 38, 41, c. 3 e 43, che si riferiscono a complessi di attività dell'amministrazione che a volte vedono affiancati alla prestazione di servizi pubblici un'attività amministrativa tipica mediante esercizio di poteri.

Tali considerazioni inducono ad affermare che funzione pubblica e servizio pubblico potrebbero intendersi non come due attività contrapposte ma quali momenti diversi e non coincidenti (e tuttavia integrabili) dell'attività amministrativa nel suo complesso.

⁷ Si tratta degli artt. 37, 51, 86, 90, 91, 93, 96, 99, 106, 107, 115, 119, 121, 128, 129 Cost. Cfr. sul tema F. S. Severi, *Funzione pubblica*, op. cit.

L'autore osserva che vi sono casi in cui tale termine è accompagnato da una indicazione, una finalizzazione che rimane caratterizzata altrove. È il caso della "funzione sociale" di cui agli artt. 42 c. 2 e 45 c. 1 Cost.

⁸ Cfr. G. Caia, *I servizi pubblici*, in: L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F. A. Roversi Monaco, F. G. Scoia (a cura di), *Diritto amministrativo*, op. cit., p. 137.

Da questo punto di vista in particolare il servizio pubblico si connota per la sua “valenza orizzontale” quale “*modello più o meno composito di attività amministrativa distinguibile soprattutto per i connotati organizzativi*” mentre la funzione pubblica è un concetto a “valenza verticale” poiché attiene all’esercizio di un potere autoritativo⁹.

Quindi, la funzione amministrativa può ad esempio inerire al servizio pubblico nella fase della sua istituzione (quando non avviene per legge), nella fase della relativa organizzazione ovvero essere estranea o estremamente ridotta nel momento della prestazione del servizio¹⁰.

Laddove, invece, manchi la connotazione pubblicistica del momento concernente l’organizzazione del servizio non ci si dovrebbe trovare a rigore nell’ambito del servizio pubblico ma di un’attività privatistica (economica) dell’amministrazione.

1.2. L’emergere della nozione soggettiva di servizio pubblico.

La nozione di servizio pubblico si è quindi sviluppata di pari passo all’ampliamento dei compiti statali con l’assunzione da parte dello Stato

⁹ Cfr. G.Caia, *I servizi pubblici*, in: L. Mazzarolli, G. Pericu, A.Romano, F. A. Roversi Monaco, F. G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, op. cit. p. 145.

L’autore precisa che già “*un illustre Autore, Santi Romano, osservava che il concetto di servizio pubblico comprende una quantità di istituti e rapporti l’uno profondamente diverso dall’altro*”.

¹⁰ Cfr. G.Caia, *I servizi pubblici*, in: L. Mazzarolli, G. Pericu, A.Romano, F. A. Roversi Monaco, F. G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, op. cit. p. 145.

Ad esempio nel servizio pubblico di distribuzione dell’energia elettrica o nel servizio pubblico locale di acquedotto, sulla base della relativa normativa che li disciplina, possiamo concludere che la funzione amministrativa inerisce alla fase di organizzazione mentre è assente nella fase di prestazione del servizio. Infatti le tariffe di tali servizi non sono manifestazione del potere autoritativo del gestore ma sono fissati dai relativi organi competenti.

di attività economiche e produttive non connotate dall'estrinsecazione di un potere sovrano.

Tale concezione emerse e si sviluppò, quindi, in un momento storico in cui il neonato Stato unitario, alla ricerca della propria legittimazione, ha assunto su di sé il compito di assicurare l'uniformità delle prestazioni amministrative¹¹.

Sin dal suo emergere la dottrina si impegnò alacremente nel tentativo di fornire una definizione.

In una prima fase caratterizzata dall'assunzione da parte degli enti locali della gestione di determinate attività prevalse in dottrina la concezione c.d. soggettiva o nominalistica per cui dato caratterizzante affinché un'attività produttiva potesse essere considerata servizio pubblico era costituito dalla sua assunzione da parte di un pubblico potere¹².

¹¹ La teoria soggettiva è, dunque, intimamente connessa al fenomeno dell'intervento dello Stato nell'economia in veste di produttore di beni e servizi diversi da quelli tradizionalmente identificati come suoi fini essenziali al fine di supplire le carenze del mercato.

¹² Cfr. A. De Valles, *I pubblici servizi*, in: V. E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. VI, Milano, 1924, I ed., secondo cui "il carattere discrezionale fra autorità pubbliche e private è quello generale, per cui è pubblico ciò che direttamente o indirettamente appartiene allo Stato, altri criteri non si possono adottare, e solo sarà da vedere caso per caso quando un servizio sia dallo Stato riconosciuto come proprio e quando no: ma questa ricerca da compiersi con l'analisi delle singole disposizioni positive non infirma il principio generale".

Tuttavia è stato osservato che già nella ricostruzione operata da De Valles si trovi sostenuta, pur se in maniera confusa, anche una nozione di tipo oggettivo allorché viene rilevato dall'autore che nell'accezione «servizio pubblico», l'espressione «pubblico» andrebbe riferita non tanto all'ente che si assume il servizio quanto a quella parte di collettività che si pone come specifica destinataria dei servizi medesimi».

Nel medesimo senso andrebbe letta l'individuazione della nozione di servizio pubblico «improprio», nel cui ambito rientrano le attività di natura ma sottoposte ad una particolare disciplina giuridica in vista dello scopo cui sono indirizzate e del gran numero di persone che vi hanno interesse: attività che lo Stato non assume come proprie ma di cui tuttavia non si disinteressa. Cfr. sul punto, P. Ciriello, voce *Servizio pubblico*, op. cit.

Tale impostazione, del resto, rifletteva la concezione, prevalente agli inizi del Novecento, per cui il concetto di pubblico andava riferito all'idea di Stato¹³.

Sulla scorta di tale visione si affermò la necessità dell'assunzione esclusiva del servizio da parte dell'amministrazione in forma, quindi, di monopolio. E, parallelamente, si esclude che si fosse in presenza di un servizio pubblico nel caso in cui lo stesso fosse gestito da privati e da enti pubblici in regime di concorrenza¹⁴.

Tuttavia ben presto la mutata realtà socio-economica ha imposto l'individuazione di nuove forme in cui poteva manifestarsi l'imputazione dei servizi allo Stato attenuando il rigore delle più rigide concezioni soggettive tradizionali.

In particolare a livello teorico occorre giustificare la partecipazione sempre più numerosa dei privati nelle attività di gestione del servizio, resa possibile grazie all'istituto della concessione.

¹³ Tale impostazione risente l'eco dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale francese che, nell'affrontare la questione della classificazione delle attività pubbliche prive del carattere autoritativo, aveva utilizzato la nozione del servizio pubblico proprio per attrarre tale sfera di attività dell'amministrazione nell'ambito della competenza del giudice amministrativo. Cfr. sul punto E. Scotti, *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, op. cit., p. 15 ss.; L. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei servizi pubblici*, op. cit., p. 13 ss.

La teoria soggettiva, infatti, si è sviluppata tenendo presente che “l'idea del servizio pubblico non precede ma segue quella della pubblica amministrazione” e che la disciplina del servizio pubblico costituisce un “*corpo speciale di regole*” ricomprese nel diritto amministrativo.

La nozione di servizio pubblico viene così ricostruita intorno alla persona giuridica dello Stato non dovendo il suo svolgimento, in ragione delle specificità che lo caratterizzano, essere regolato dal diritto privato.

Cfr. sul punto G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, op. cit. p. 116 ss.

¹⁴ Ci si riferisce all'opinione di G. Zanobini, *L'esercizio privato di pubbliche funzioni*, in: V. E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, Milano, 1935, II ed., p. 235 ss.

Così i sostenitori della concezione soggettiva, tentando di superare le difficoltà che presentava tale nuova situazione, sostennero che fosse la titolarità in capo alla Pubblica Amministrazione l'elemento caratterizzante il servizio pubblico e non più anche la gestione.

Tale titolarità si estrinsecava nel potere di decisione in capo al soggetto pubblico circa l'assunzione di una determinata attività come servizio pubblico, con il potere di stabilire la modalità di erogazione, di fissare le tariffe, di revocare l'eventuale concessione¹⁵.

Detta concezione si rivelò tuttavia inadeguata col progressivo passaggio a forme di intervento nell'economia in cui l'amministrazione non concedeva più ai privati la sola gestione dell'attività, ma conferiva ad essi la stessa titolarità del servizio, riservandosi esclusivamente funzioni di regolamentazione, indirizzo e controllo¹⁶.

Emerse, quindi, l'esigenza, resasi ancora più forte con l'entrata in vigore della Costituzione, di un progressivo superamento della concezione soggettiva verso la definizione oggettiva di servizio pubblico.

¹⁵ Cfr. De Falco, *Il servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni*, Padova, 2003, p. 37 ss.

¹⁶ La crisi della teoria soggettiva va ricercata probabilmente nel mutamento del contesto socio-economico di riferimento più che in un errore sistematico o metodologico. Infatti alle eccezionali ipotesi di imprese gestite da pubblici poteri si affiancò gradualmente una nuova dimensione di imprenditoria pubblica ispirata a nuove finalità di tipo macroeconomico.

In tale mutato contesto il governo dell'iniziativa economica privata vedeva l'affiancarsi, accanto alle misure di carattere interdittivo, di regimi variamente intesi a indirizzare l'attività dei privati a fini di ordine sociale divenendo sempre più frequente l'affidamento di servizi pubblici a gestori privati.

Cfr. Cfr. E. Scotti, *Il pubblico servizio: tra tradizione nazionale e prospettive europee*, op. cit., p. 40 ss.

1.3. La nozione oggettiva.

La concezione oggettiva del servizio pubblico, al contrario di quella soggettiva, si fonda sulla natura dell'attività prestata sottraendo qualsivoglia rilevanza all'assunzione da parte di un soggetto pubblico¹⁷.

Tale dottrina, ha trovato la sua sistemazione più compiuta con l'opera di Pototschnig ed ha tratto dal dettato costituzionale argomentazioni a suo sostegno.

In particolare, sebbene la Costituzione non contenga alcuna definizione di servizio pubblico, si ritenne potersi ricavare la piena coincidenza della fattispecie di servizio pubblico con quella di *“attività economica, destinata mediante programmi e controlli posti dalla legge al perseguimento di fini sociali”* (art. 41 Cost).

L'importanza centrale dell'attività rispetto al momento di imputazione soggettiva sarebbe del resto ribadita, secondo questa impostazione, dall'art. 43 Cost.

Infatti tale norma, nella parte in cui menziona le imprese o le categorie di imprese che si riferiscono a servizi pubblici essenziali come possibile (e non necessario) oggetto di riserva o di trasferimento ai fini di utilità generale, consentirebbe di ammettere l'esistenza di servizi pubblici esercitati da imprese private senza alcun collegamento istituzionale con l'amministrazione (non trasferite alla titolarità pubblica).

¹⁷ Cfr. U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, op. cit., p. 179 ss.

L'autore individua i limiti reali posti alle condizioni di sviluppo ulteriore della nozione di servizio pubblico proprio nel collegamento artificiale tra servizio pubblico e Stato e sottolinea come *“il nuovo ordinamento costituzionale abbia tolto ogni validità alla teoria nominalistica del servizio pubblico”*, in quanto *“a caratterizzare il regime giuridico dell'attività economica che realizza un servizio pubblico interviene un corpus di disciplina comune, quella di cui all'art 41, 3 comma, qualunque sia il soggetto (privato o pubblico) che l'esercita”*.

La concezione soggettiva sarebbe poi smentita in considerazione della possibilità, riconosciuta ai sensi dell'art. 43 Cost., di trasferire o riservare dette imprese a “*comunità di lavoratori o di utenti*” la cui natura di soggetti privati non è revocata in dubbio¹⁸.

Insomma, secondo questa teoria sarebbero pubblici servizi non solo le attività attratte alla soggettività dello Stato ex art. 43 Cost., e dallo stesso gestite o affidate in concessione, ma anche quelle indirizzate a fini sociali attraverso programmi o controlli ai sensi dell'art. 41 c. 3 Cost anche se gestite, in ipotesi, da un soggetto privato.

Rientrerebbero, così, nella nozione di servizio pubblico anche quelle attività sottoposte a regimi autorizzatori che sulla scorta della impostazione soggettiva erano stati qualificati solo impropriamente come servizi pubblici¹⁹.

¹⁸ Cfr. U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, op. cit.

L'autore sostiene, inoltre, che potrebbe persino ipotizzarsi un trasferimento in favore di comunità di lavoratori o utenti di una impresa appartenente a un soggetto pubblico anziché seguire il consueto percorso dal “privato” al “pubblico”.

¹⁹ Cfr. E. Scotti, *Il pubblico servizio: tra tradizione nazionale e prospettive europee*, op. cit., p. 35 ss.

L'autrice osserva che alla base di tale teoria vi è l'idea che “*il fine pubblico, formalmente imputato allo Stato non comprenda anche i fini sociali, da riferirsi invece all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*”.

Infatti la teoria oggettiva in un'ottica di pluralismo istituzionale e di distinzione tra Stato e società civile mette in evidenza la tensione del servizio pubblico verso fini che non sono propri dello Stato persona ma della società.

È, quindi, coerente con tali premesse che “*l'imputazione del servizio allo Stato-amministrazione come fattore della pubblicità del servizio cede il campo all'imputazione dello stesso alla società civile ... e ai suoi fini quale risvolto della presenza di una disciplina funzionalizzante idonea a superare il principio di libertà di iniziativa privata*”.

A ben vedere dunque, sostiene l'autrice, tale visione del servizio pubblico non è completamente oggettiva, restando fermo il ruolo centrale dell'amministrazione pur letto in chiave solo strumentale.

Proprio l'ampiezza²⁰ della nozione di servizio pubblico cui perviene la dottrina in esame è stata oggetto di critiche in considerazione, non soltanto della scarsa attitudine definitoria, ma anche dell'impossibilità di individuare quelle fattispecie concrete che legittimino l'assunzione autoritaria di attività produttive²¹.

1.4. Le recenti rivisitazioni delle nozioni oggettive e soggettive.

Le critiche cui sono state oggetto entrambe le teorie già esaminate hanno indotto dottrina e giurisprudenza a operarne una rilettura anche alla luce dell'impostazione europea, adottando talvolta delle versioni "temperate" delle stesse.

In particolare secondo un orientamento, proprio dall'ordinamento europeo potrebbe ricavarsi la conferma in ordine all'attuale valenza della tesi oggettiva che ravvisa la presenza di un servizio pubblico per la semplice prestazione di attività aventi interesse collettivo, a prescindere dal ruolo organizzativo dell'amministrazione e da qualunque atto di investitura del gestore privato o pubblico per l'espletamento delle prestazioni di servizio²².

²⁰ Infatti il ricorso ai c.d. ordinamenti sezionali, quale sistema per realizzare l'imputazione del servizio in capo ai privati assoggettando la loro attività ad uno speciale regime di diritto pubblico finiva per far conferire alla nozione di servizio pubblico un contenuto così ampio da farlo coincidere con l'intero sistema organizzativo retto dai programmi e dai controlli.

²¹ P. Ciriello, voce *Servizio pubblico*, op. cit.

²² Una prima conferma si ritroverebbe secondo questo indirizzo negli stessi Trattati europei che non adottano la locuzione "servizio pubblico" ma quelle non del tutto assimilabili di "servizio di interesse economico generale" e "servizio di interesse generale". Per l'approfondimento della nozione europea di servizio di interesse generale e servizio di interesse economico generale cfr. cap. 3.

Ulteriore argomento a favore della ricostruzione in termini oggettivi si rinverrebbe, inoltre, dall'affermarsi, nella coscienza comune, del principio di sussidiarietà orizzontale che importa una limitazione del ruolo dell'amministrazione ai soli casi in cui l'autonoma iniziativa dei privati non è in grado di assicurare la prestazione di servizi che presentino un interesse collettivo.

A tale impostazione ha peraltro aderito la giurisprudenza amministrativa²³.

Tuttavia altri, contestando tali argomentazioni, sostengono che anzi proprio nell'ordinamento europeo vi sono degli indici che confermano il ruolo indispensabile della pubblica amministrazione nella fase di istituzione, organizzazione ed eventuale affidamento a terzi della gestione del servizio²⁴.

²³ Cfr. Consiglio di Stato, sentenza 5 aprile 2012 n. 2021, in: www.federalismi.it.
In tale sentenza si precisa che “ *per identificare giuridicamente un servizio pubblico, non è indispensabile, a livello soggettivo, la natura pubblica del gestore, mentre è necessaria la vigenza di una norma legislativa che, alternativamente, ne preveda l'obbligatoria istituzione e la relativa disciplina oppure che ne rimetta l'istituzione e l'organizzazione all'Amministrazione. Oltre alla natura pubblica delle regole che presiedono allo svolgimento delle attività di servizio pubblico e alla doverosità del loro svolgimento, è ancora necessario, nella prospettiva di un'accezione oggettiva della nozione, che le suddette attività presentino un carattere economico e produttivo (e solo eventualmente costituiscano anche esercizio di funzioni amministrative), e che l'utilità da esse derivanti siano dirette a vantaggio di una collettività più o meno ampia di utenti (in caso di servizi divisibili) o comunque di terzi beneficiari (in caso di servizi indivisibili)*”.

In altra e più risalente sentenza, il Consiglio di Stato aveva già espresso un orientamento di analogo tenore, statuendo che la nozione di servizio pubblico non può essere definita in astratto in relazione al tipo di attività cui esso si riferisce ed a prescindere da un contesto normativo qualificante. Deve, invece, “*ritenersi sufficiente l'elemento teleologico della sua capacità di rispondere ad una utilità generale e collettiva*”.
Cfr. Cons. Stato, sentenza, 3 aprile 1990 n. 319.

²⁴ Cfr. E. Scotti, *Servizi pubblici locali*, in: Dig. Pubbl., Torino, 2012, p. 629 ss.
L'autrice infatti osserva “L'ordinamento europeo fa riferimento alla nozione di *servizio di interesse generale* e a quelle – che della prima rappresentano il nucleo – di *servizio universale* e di *obblighi di servizio pubblico*. Nell'odierno contesto di apertura dei mercati, esse esprimono le nuove forme della doverosità dei servizi; e, pur nelle loro specificità, rivelano tratti comuni: una specifica missione di interesse generale, riflesso di una scelta politica rimessa, secondo il principio di sussidiarietà, alle istituzioni competenti; uno specifico atto di

Ne discende che i servizi di interesse generale non sono identificabili con qualsiasi attività economica sottoposta a programmi pubblici o autorizzazioni amministrative.

Inoltre, anche sul piano dell'ordinamento interno vi sarebbero argomenti che farebbero propendere per un ritorno alla nozione soggettiva.

Ci si riferisce alle sentenze della Corte Costituzionale 6 luglio 2004 n. 204, e 27 luglio 2004 n. 272.

In particolare la prima, nel dichiarare l' illegittimità costituzionale della norma che attribuiva l'intera materia dei servizi pubblici alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, indirettamente conferma la necessità che l'amministrazione eserciti il suo potere autoritativo in funzione dell'istituzione e organizzazione più o meno ampia del servizio.

Con la seconda sentenza citata, invece, la Corte Costituzionale affermando che i servizi pubblici locali non appartengono interamente alla materia della "tutela della concorrenza", anche quando presentano

incarico; una specifica conformazione dell'attività e, cioè, un regime giuridico idoneo a garantire la soddisfazione dei bisogni generali, dato dalla previsione del servizio universale o di specifici obblighi di servizio pubblico".

Cfr. G. Caia, *I servizi pubblici*, in: L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F. A. Roversi Monaco, F. G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, op. cit., p. 134.

L'autore, confutando le argomentazioni a favore della tesi oggettiva, precisa che il principio di sussidiarietà orizzontale non trova ancora spazio integrale nel nostro ordinamento perché è sancito dall'art. 118 c. 4 Cost. solo per il privato sociale e non per i rapporti tra sfera pubblica e privata.

Inoltre anche a livello europeo vi sarebbero degli indici dai quali emergerebbe che l'erogazione dei servizi di interesse generale non si risolve nel mero svolgimento dell'attività economica da regolare ma nell'espletamento di un'attività per la quale "*le pubbliche amministrazioni (e prima il legislatore) possono provvedere affinché sia condotta in base a principi e condizioni che consentano di assolvere i compiti cui l'attività stessa è finalizzata*".

Da ciò dovrebbe conseguire, secondo l'autore, che i servizi di interesse generale lungi dall'identificarsi con qualsiasi attività economica sottoposta a programmi pubblici o autorizzazioni amministrative, vanno individuati nelle prestazioni rese alla collettività e agli utenti in cui si ravvisa come centrale il ruolo dell'amministrazione.

rilevanza economica, ha probabilmente inteso ribadire che i servizi pubblici non possono essere visti solo come attività imprenditoriali da regolare alla stregua della tutela della concorrenza²⁵.

Tali argomentazioni inducono, perciò, parte della dottrina ad adottare la teoria soggettiva sebbene rivisitata.

Secondo tale impostazione il momento soggettivo non si risolve nella natura pubblicistica del soggetto che espleta il servizio ma, in considerazione della destinazione del servizio al pubblico, si realizza con il suo inquadramento tra i compiti dell'amministrazione e con la tipizzazione di determinate modalità gestorie che assicurino il soddisfacimento dell'interesse pubblico.

In particolare il ruolo del potere pubblico si esplica nella decisione della pubblica amministrazione di procedere all'assunzione di un'attività come servizio pubblico, esprimendosi la "pubblicità" più nella sua titolarità che nella fase del suo esercizio.

Invero anche nell'assunzione dell'assetto organizzativo è soggetto l'amministrazione è soggetta a delle limitazioni derivanti dall'impossibilità, per i servizi pubblici di rilievo economico, di imporre moduli organizzativi incompatibili con l'assetto concorrenziale del mercato.

²⁵ Cfr. Caia, *I servizi pubblici*, in: L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F. A. Roversi Monaco, F. G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, op. cit. 146 ss.

Ciò che rileva non è solamente il "fine" dell'attività, valutato in termini di potenziale soddisfacimento dell'interesse pubblico. Infatti perché possa parlarsi di servizio pubblico occorre che l'autorità statale individui una disciplina tipica e idonea a rendere tale attività strumentale all'azione pubblica, indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto che la svolga.

Si perviene, così, alla definizione di servizio pubblico come “*modello di organizzazione tipizzato, a seconda delle scelte legislative nelle singole materie, concernente la prestazione di utilità, che non riguarda esclusivamente manifestazioni di potere amministrativo e neppure un semplice intervento pubblico nell’economia organizzato e gestito con i soli strumenti del diritto comune*”²⁶.

1.5. I principi in materia di pubblici servizi.

Nel delineare l’evoluzione della nozione di servizio pubblico è utile far riferimento ai principi che ne regolano la materia che costituiscono strumenti fondamentali anche ai fini dell’interpretazione e dell’integrazione della disciplina nazionale dei servizi pubblici.

L’affermazione di alcuni di tali principi è stata influenzata dall’ordinamento europeo che, invero, li ha formulati con esplicito riferimento ai servizi che presentano rilevanza economica²⁷.

²⁶ Cfr. Caia, *I servizi pubblici*, in: L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F. A. Roversi Monaco, F. G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, op. cit., p. 156.

Come precisato dall’autore vi possono essere ipotesi in cui la legge identifica un servizio pubblico anche in determinate attività non imputabili o non in titolarità dell’amministrazione ma si tratterebbe di interventi legislativi speciali. Anche in questo caso tuttavia l’amministrazione deve poter vantare la direzione o regolazione del servizio secondo i modi e le condizioni indicati dalla legge speciale.

²⁷ Tuttavia in dottrina si propone un’applicazione di tali principi anche per i servizi di dimensione locale e per quelli c.d. sociali.

“*Pensiamo ai principi della distinzione del carattere pubblico del servizio e natura pubblica o privata del gestore; la non coincidenza tra natura pubblica del servizio e gestione in monopolio; la separazione tra regolazione e gestione; la continuità, l’uguaglianza di trattamento e l’adattamento ai bisogni, che dovrebbero trovare attuazione sia con riferimento ai servizi industriali o commerciali di dimensione locale, sia in ordine ai servizi sociali*”. Cfr. N. Rangone, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999, p. 27.

Si tratta di principi ispirati alla tradizione giuridica dei Paesi degli Stati membri che vengono interpretati a livello europeo e che trovano applicazione attraverso diverse regole di organizzazione e gestione dei servizi (come ad esempio la regola della separazione tra gestione della rete e del servizio)²⁸.

In particolare tra questi principi se ne possono enucleare alcuni che riguardano più nello specifico la fase di assunzione e organizzazione del servizio e altri attinenti la gestione del servizio.

1.5.1. Principi che riguardano la fase di assunzione e organizzazione del servizio pubblico.

In tale categoria vanno annoverati i principi di continuità, uguaglianza di trattamento e quello di adattamento ai bisogni.

Tali principi si ascrivono alla tradizione giuridica dell'ordinamento francese e costituiscono il nucleo centrale del *régime esorbitant du droit commun* che caratterizza i servizi pubblici.

Il principio di continuità²⁹ consiste nell'obbligo di assicurare il servizio agli utenti senza ingiustificate interruzioni e discende come

²⁸ Ad esempio, l'affermazione del principio dell'universalità della prestazione di alcuni servizi pubblici, che nell'ordinamento italiano ha costituito il presupposto per il passaggio alla mano pubblica delle attività, nell'ordinamento europeo ha costituito al contrario il fondamento del processo di liberalizzazione nel rispetto degli obiettivi sociali. Cfr. N. Rangone, *I servizi pubblici*, op. cit. p. 223.

²⁹ Si tratta di un principio che il Conseil Constitutionnel francese, con sentenza del 25 luglio 1979 n. 79-105 DC, ha definito *à valeur constitutionnelle* affermando che "*la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public*".

conseguenza naturale dalla stessa scelta di istituzione del servizio pubblico³⁰.

Gli altri principi cui deve informarsi l'organizzazione del servizio pubblico sono quello di uguaglianza³¹, che impone un divieto di discriminazione nell'offerta e nella prestazione del servizio, e il principio di adattamento ai bisogni (o *principe de mutabilité*)³².

Quest'ultimo, richiedendo la necessità di un continuo adattamento a eventuali nuovi bisogni di interesse generale e al progresso tecnologico, mette in luce il carattere evolutivo e la relatività del servizio pubblico.

Altro principio di derivazione europea riguardante l'organizzazione del servizio è poi quello dell'universalità³³; tale concetto postula

³⁰ Infatti con la istituzione del servizio pubblico si riconosce la legittimità del bisogno sottostante e la necessità di assicurarne il duraturo assolvimento.

Da tale principio discende l'esigenza di regolare l'esercizio del diritto di sciopero da parte dei lavoratori che operano nel settore dei servizi pubblici (esigenza nel nostro ordinamento è stata soddisfatta con la promulgazione della l. 146/1990).

Il rilievo che occupa nel nostro ordinamento il principio di continuità emerge poi dalle fattispecie di reato di interruzione di servizio pubblico di cui agli artt. 331 e 340 c.p.

³¹ Nel nostro ordinamento il principio di uguaglianza nella fruizione dei servizi pubblici è riconducibile agli artt. 3 e 97 Cost.

³² A differenza dei già citati principi di continuità e uguaglianza, non è chiaro il valore giuridico riconosciuto dalla giurisprudenza amministrativa e costituzionale francese a tale principio.

Ciò probabilmente è stato dovuto al fatto che la sua applicazione non ha sollevato problemi giuridico-politici così importanti come invece è successo per i principi di continuità (in particolare con riferimento al diritto di sciopero dei funzionari di servizi pubblici) e di uguaglianza.

Tuttavia applicando tale principio il Conseil d'État ha riconosciuto ai pubblici poteri il diritto di modificare unilateralmente le condizioni del contratto amministrativo (già con la pronuncia del 11 marzo 1910 n. 16178, *Compagnie générale française des tramways*) e di recedere unilateralmente dal contratto che non risponde più alle esigenze del servizio pubblico (con sentenza del 2 maggio 1958 n. 32401, *Distillerie de Magnac-Laval*).

³³ La garanzia di universalità pone poi il problema, che si acuisce nei mercati liberalizzati, della copertura degli oneri iniqui posti in capo agli operatori.

Molteplici sono i meccanismi di finanziamento di tali oneri, quali i trasferimenti finanziari, il ricorso a meccanismi di perequazione tariffaria ovvero la costituzione di un fondo alimentato da tutti gli operatori del settore.

l'individuazione di un insieme di prestazioni da garantirsi a tutti i cittadini con caratteri di uguaglianza, continuità e a prezzi accessibili.

Ciò che qui si vuole sottolineare è che dall'applicazione di questi principi può derivare l'imposizione (o il mantenimento) dei c.d. obblighi di servizio pubblico, ove il libero gioco delle forze del mercato non garantisca adeguati livelli di base del servizio.

Occorre poi osservare che tali ultimi obblighi insieme alla nozione di servizio universale esprimono, nell'odierno contesto di apertura dei mercati, le nuove forme di doverosità dei servizi.

Tali nozioni, quindi, insieme a quella di servizio di interesse generale di cui costituiscono il nucleo, nella parte in cui impongono alle istituzioni competenti una specifica conformazione dell'attività volta a garantire la soddisfazione di bisogni generali, consentono di affermare *“il permanere, anche in sede europea, di un approccio assieme soggettivo e oggettivo e, sul piano istituzionale ribadiscono il ruolo e la responsabilità delle istituzioni pubbliche rispetto alla promozione della coesione sociale e territoriale”*³⁴.

A opinare diversamente, ritenendo cioè superata la nozione di servizio pubblico, in linea con l'attuale affermarsi della primazia del mercato e

La questione comune che essi pongono è se costituiscano o meno *aiuti di Stato* sottoposti vietati ai sensi dell'art. 107 TFUE.

Sul punto la Corte di Giustizia, fondandosi sulle specificità del servizio pubblico rispetto alle comuni attività economiche, ha escluso che il finanziamento degli oneri posti in capo al gestore debba considerarsi aiuto di Stato, ove non ecceda i costi aggiuntivi sostenuti dal beneficiario per l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico. Ciò in quanto in tale situazione l'intervento pubblico sarebbe motivato dall'esigenza di garantire l'assolvimento della missione d'interesse generale e, lungi dal porsi in contrasto con le regole di concorrenza, sarebbe, al contrario, teso a ristabilire il «contraddittorio ad armi pari» vulnerato dall'imposizione di oneri di servizio pubblico.

Cfr. E. Scotti, *Servizi pubblici locali*, op. cit.

³⁴ Cfr. E. Scotti, *Servizi pubblici locali*, op. cit.

con la riconquista di spazi da parte dell'impresa privata, si travolgerebbe la stessa essenza di servizio correlato ai bisogni essenziali dei cittadini e in quanto tale oggetto di una garanzia di risultato da parte dell'amministrazione³⁵.

1.5.2. Principi in materia di gestione del servizio pubblico.

Vi sono poi altri principi che riguardano più specificamente la fase di gestione del servizio.

A tal proposito occorre premettere che la categoria dei servizi di interesse economico generale è nata e si è sviluppata nei Trattati europei per consentire una deroga alla concorrenza e riconoscere il ruolo degli Stati nella loro individuazione e delimitazione.

Nel diritto derivato, però, si è assistito, a partire dagli anni novanta del secolo scorso, alla loro attrazione, un tempo ritenuta impossibile, nell'ambito di un mercato concorrenziale. In tal modo, per mezzo dell'operare del principio di non discriminazione delle imprese secondo la nazionalità e della libertà di prestazione dei servizi e di stabilimento,

³⁵ Cfr. F. Merusi, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, Annuario AIPDA, Milano, 2002, p. 63.

G. Napolitano, voce *Servizi pubblici*, in: *Diz. Cassese*, VI, Milano, 2006, p. 5517.

Talvolta accanto all'idea del mercato, il nuovo approccio si richiama alla lettura solidaristica della sussidiarietà orizzontale, da cui dovrebbe derivare l'esigenza di riconsegnare ai privati, la stessa titolarità dei servizi.

Tale lettura privilegia i concetti di sussidiarietà orizzontale, di regolazione, di concorrenza, di iniziativa privata, di co-amministrazione negando la stessa essenza pubblicistica del servizio.

Il suddetto ribaltamento di prospettiva viene ricondotto all'ordinamento europeo e alla nuova gerarchia di valori che, mettendo in primo piano il mercato, vorrebbe il servizio pubblico quale nozione residuale, volta a definire un ambito eccezionale, di deroga alla disciplina della concorrenza ammissibile nelle sole ipotesi di fallimenti di mercato. (Cfr. G. Pastori, *La sussidiarietà «orizzontale» alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative*, in A. Rinella, L. Coen, R. Scarciglia (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Padova, 1999, 163.)

si voleva rendere possibile la partecipazione anche di operatori europei alla fase di gestione dei servizi pubblici.

Per far ciò si è costruito un modello teorico³⁶ reinterpretando alcuni principi ripresi dalle tradizioni dei paesi membri.

Si è ad esempio affermata la distinzione tra il carattere pubblico del servizio e la natura pubblica o privata del gestore.

Attraverso tale principio³⁷, che viene ricavato dai principi di neutralità rispetto all'assetto proprietario e di uguaglianza di trattamento tra imprese pubbliche e private, si è a livello europeo ribadita la "rottura"

³⁶ Ci si riferisce allo schema teorico Lo schema teorico attraverso cui si è riusciti nell'impresa affonda le sue radici nel pensiero di autorevoli esponenti della Scuola di Vienna trasferitisi negli Stati Uniti.

Cfr. G. Pitruzzella, *I servizi pubblici tra mercato e regolazione*, www.federalismi.it, 2014 n. 6.

È utile riportare qui la sintesi che di tale schema ne fa l'autore.

"Lo schema (proposto da Littlehid) può essere sintetizzato nel modo seguente:

- a) la concorrenza può applicarsi anche ai servizi pubblici, considerati per natura un monopolio;*
- b) a tal fine occorre dissociare la parte demaniale del servizio, la cosiddetta rete (la rete ferroviaria, la rete elettrica, la rete di distribuzione, ecc.) dalla gestione del servizio, aprendo la gestione alla concorrenza;*
- c) la concorrenza nella gestione del servizio non può realizzarsi spontaneamente, ma occorre che sia costruita attraverso la produzione di regole, generali e individuali, perché la preesistenza di un monopolista inibisce l'immediata comparsa di concorrenti che possano competere in condizioni di parità. La concorrenza quindi viene prodotta tramite il diritto che artificialmente crea una condizione di parità tra i concorrenti che altrimenti non esisterebbe;*
- d) proprio per assicurare questa parità ed evitare che l'ex monopolista pubblico possa essere in qualche modo favorito, le regole per realizzare un mercato concorrenziale non possono essere determinate da organi governativi, sulla base di criteri politici, con criteri diversi da quelli economici, ma va affidata a soggetti neutrali, le Autorità indipendenti, dotate di adeguati poteri di regolazione idonei a realizzare, in modo artificiale la concorrenza."*

³⁷ Tale principio è ascrivibile alle tradizioni giuridiche dei Paesi a diritto amministrativo ove si è affermato parallelamente al superamento del criterio organico di individuazione del servizio pubblico e ha trovato una sua prima e compiuta affermazione da parte dei sostenitori della nozione oggettiva del servizio pubblico (che infatti hanno sottolineato l'esistenza di un servizio pubblico non imputabile o non in titolarità dell'amministrazione).

Secondo alcuni autori a livello interno tale principio troverebbe una conferma testuale nell'art. 43 Cost. da cui è possibile dedurre che i servizi pubblici sono tali anche prima della riserva e dell'eventuale trasferimento dell'impresa allo Stato.

Cfr. N. Rangone, *I servizi pubblici*, op. cit., p. 225 ss.

della corrispondenza tra servizio pubblico e settore pubblico tradizionalmente espressa a livello nazionale dal criterio organico.

Anche il principio della libertà del commercio e dell'industria, mutuato anch'esso dagli ordinamenti giuridici nazionali degli Stati membri, viene reinterpretedo a livello europeo e declinato, tra gli altri, nel principio della non corrispondenza tra obiettivi del servizio pubblico e gestione in monopolio³⁸.

Quest'ultimo principio si traduce poi nella regola della separazione tra gestione della rete ed erogazione del servizio in base al quale solo le attività di gestione della rete rientrano nelle attività riservate e trova applicazione mediante una semplice separazione contabile³⁹.

Inoltre, al fine di evitare il rafforzamento di posizioni dominanti, si è affermato il principio di separazione tra regolazione e gestione che si esprime nel divieto di attribuire competenze di regolazione a soggetti in che si trovano in posizione dominante in quanto titolari di diritti speciali o esclusivi.

Proprio per evitare che il gioco della concorrenza sia alterato sia da attori economici che da quelli politici, il diritto europeo e non solo affida la regolazione a organismi indipendenti⁴⁰.

³⁸ Cfr. N. Rangone *I servizi pubblici*, op. cit., p. 228 ss.

³⁹ Il vincolo alla predisposizione di una contabilità separata tra attività di gestione della rete e quella di erogazione del servizio consente di individuare i costi e determinare le tariffe di adesso alla rete e di interconnessione, nonché di individuare gli oneri derivanti dagli obblighi di servizio universale.

È evidente però che solo la separazione organica o istituzionale permetterebbe di superare i rischi di conflitto di interessi e i problemi di monitoraggio e controllo dell'attività di operatori integrati.

⁴⁰ La regolazione ha assunto importanza sempre maggiore nell'ambito del diritto europeo. In particolare l'azione di tutela della concorrenza, inizialmente imperniata sulla repressione degli illeciti antitrust, ha progressivamente mutato natura.

Peraltro, come sottolineato in dottrina, negli ultimi anni si è assistita ad una notevole crescita del fenomeno regolatorio: le istituzioni comunitarie sono così passate dal controllo delle norme nazionali alla promozione di una loro completa modifica secondo parametri comunitari⁴¹.

1.6. Riflessioni di sintesi e rinvio.

Da questa sintetica ricognizione dei principi in materia di servizi pubblici possiamo effettuare delle prime riflessioni che saranno meglio sviluppate nel prosieguo della trattazione.

Mentre storicamente la creazione dei servizi pubblici in campo economico è stato quasi sempre conseguente all'insuccesso del mercato,

Infatti, sia a livello europeo che nazionale, si è spostata l'attenzione su strumenti a vocazione prettamente regolatoria, come ad esempio gli impegni ad assumere un certo comportamento pro-concorrenziale assunti dalle imprese sottoposte a procedimento nei confronti dell'Autorità.

In questo caso la funzione di tutela della concorrenza si appunta sulla identificazione di un dato comportamento virtuoso e si risparmia la sanzione a patto che l'impresa si uniformi e tenga in futuro un determinato contegno perché pro-concorrenziale. E' evidente che, in questo caso, muta il rapporto tra controllore e controllato, spostandosi sul versante della creazione di regole per il funzionamento del mercato, le quali acquistano una inevitabile carica di "politicità" dietro il velo del beneficio della concorrenza come valore in sé.

⁴¹ Cfr. F. Cintioli, *Servizi pubblici di interesse generale, promozione e tutela della concorrenza*, in: *Dir. dell'Un. Eur.*, 2006, 3, p. 453 ss.

L'autore in altro suo scritto ha, peraltro, sottolineato il rischio che comporta l'eccesso del fenomeno regolatorio volto all'affermazione del mercato concorrenziale quale "migliore mercato possibile".

In particolare, in nome del raggiungimento di tale ultimo "valore" (e attribuendo allo stesso una potente connotazione finalistica per cui "si deve raggiungere un certo assetto di libero mercato!) potrebbe determinarsi un poderoso intervento delle istituzioni preposte a vigilare e regolare il mercato ad adottare un numero particolarmente elevato di norme, così come potrebbe indurre il legislatore ad adottare interventi restrittivi delle libertà di mercato per fini di liberalizzazione.

In definitiva l'effetto che scaturirebbe da questa iper-regolazione del mercato sarebbe quello di ingessare il mercato e ridurre le libertà "tradendo proprio la radice istituzionale e culturale del progetto".

Cfr. F. Cintioli, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010.

determinando la “*sparizione della concorrenza*” oggi si assiste a livello europeo a un mutamento in senso inverso⁴².

Ispirandosi parzialmente al modello americano si ritiene che il mercato favorisca la migliore efficacia economica anche nell’ambito del servizio pubblico.

I regimi dei diversi servizi di interesse economico generale, insieme alle nozioni di servizio universale e di obblighi di servizio pubblico, correggono i rischi e gli eccessi del mercato ma devono essere il più possibile compatibili con le regole di concorrenza.

Per altro verso proprio tali ultime due nozioni, che costituiscono le nuove forme di doverosità dei servizi pubblici, consentono di affermare “*il permanere, anche in sede europea, di un approccio assieme soggettivo e oggettivo*”⁴³ ribadendo il ruolo e la responsabilità in tale settore delle istituzioni pubbliche⁴⁴.

Inoltre, parte della dottrina evidenzia come sia in corso a livello europeo un mutamento nel senso che, accanto alla dimensione concorrenziale starebbe emergendo una visione del servizio pubblico strumentale al raggiungimento della coesione sociale e territoriale.

Questo “ritorno alle origini”, testimoniato tra l’altro da alcune recenti disposizioni europee, è comunque tutt’altro che pacifico e, in

⁴² Cfr. G. Marcou, *Il servizio pubblico di fronte al diritto comunitario*, in: Il Filangieri, 2004, 1, p. 38 ss.

⁴³ Cfr. E. Scotti, *Servizi pubblici locali*, op. cit.

⁴⁴ A ulteriore conferma di ciò potrebbe addursi il mutamento di orientamento registrato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Infatti a partire dagli anni ’90 la Corte europea, mitigando il suo approccio iniziale, ha giustificato più largamente le deroghe statali alla concorrenza per i servizi di interesse economico generale.

Per ulteriori approfondimenti sulla questione v. infra.

considerazione dell'importanza che riveste ai fini della presente trattazione, sarà oggetto di ulteriore approfondimento⁴⁵.

⁴⁵ V. infra cap. 3.

Capitolo II:

LE SERVICE PUBLIC

SOMMARIO: I: LA NOZIONE DI SERVICE PUBLIC. - 2.1. L'evoluzione della nozione di servizio pubblico in Francia. - 2.2. Le *service public*: una nozione a più classificazioni. - 2.3. La distinzione binaria del servizio pubblico francese alla luce dell'ordinamento europeo. - II: IL REGIME GIURIDICO DEI *SERVICES PUBLICS*. - 2.4. La fase di creazione dei *services publics*. - 2.4.1. La relazione tra livello nazionale e locale in ordine alla istituzione del servizio pubblico. - 2.4.2. L'impatto delle regole di concorrenza nella creazione del servizio pubblico. - 2.5. La fase di gestione dei servizi pubblici. - 2.5.1. Le società ad economia mista locale. - 2.5.2. Le società pubbliche locali. - 2.5.3. Le società miste a operazione unica. - 2.6. Osservazioni conclusive.

Premessa:

Il tema dei servizi pubblici ha ricevuto particolare attenzione nell'ordinamento francese che ha costruito su tale nozione la stessa idea di Stato.

L'indagine che qui si intende svolgere non può non prendere le mosse dall'exkursus storico che ha riguardato la nozione del *service public*.

In particolare ci si soffermerà sull'intenso lavoro giurisprudenziale che ha riguardato tale nozione e che ha portato ben presto alla individuazione di regimi specifici all'interno della pur sempre unitaria nozione di servizio pubblico.

Si passerà poi, con riguardo al regime dei servizi pubblici, a trattare il tema della creazione dei servizi pubblici.

Infine, ci si soffermerà sulla gestione dei servizi pubblici quale momento chiave in cui viene in rilievo l'applicazione delle regole concorrenziali.

In particolare con riguardo all'ordinamento francese l'analisi si soffermerà sulle novità che hanno riguardato la legislazione negli ultimi anni. Tali novità sembrano muoversi nel senso di facilitare la gestione diretta dei servizi pubblici da parte delle autorità pubbliche.

In tal senso va letta la legge del 28 maggio 2010, che ha formalizzato nel diritto francese il regime dell'in house; la legge dell' 1 luglio 2014 che ha introdotto una peculiare forma di impresa pubblica locale, la società d'economia mista a operazione unica (c.d. SEMOP); le leggi del 7 e 17 agosto 2015 che prevedono l'utilizzo di tali società pubbliche rispettivamente nel campo della progettazione di sviluppo e della concessione di energia idroelettrica.

Queste recenti riforme legislative non sono andate nel senso di aumentare la concorrenza nella fase di gestione dei servizi pubblici locali, ma sembrerebbero virare verso una *rimunicipalisation* di tali servizi⁴⁶.

⁴⁶ Cfr. G. Marcou, *Local government provision in France: diversification of management patterns and decentralisation reforms*, in: H. Wollmann, I. Kopric, G. Marcou (a cura di), *Public and social services in Europe - from public and municipal to private sector provision*, London, 2016.

SEZIONE PRIMA:

LA NOZIONE DI *SERVICE PUBLIC*.

2.1. L'evoluzione della nozione di servizio pubblico in Francia.

All'origine concepita come categoria identificativa di una corrente dottrinale pubblicistica, la nozione di servizio pubblico in Francia è stata oggetto di un movimento ascendente che l'ha condotta a divenire punto nodale della teoria dello Stato⁴⁷.

Si tratta invero di una nozione che ha trovato i suoi natali nella giurisprudenza di fine Ottocento.

Risale, infatti, al famoso arrêt "Blanco" del Tribunal des Conflits del 1873⁴⁸ l'affermazione del principio in base al quale l'attività dei servizi pubblici dovesse essere sottomessa a regole diverse da quelle del codice civile, e che non dovesse di conseguenza sottostare alla competenza

⁴⁷ La concezione francese di servizio pubblico si caratterizza per essere fortemente ideologica. In particolare secondo tale visione "*le service public n'est pas seulement une activité prestationnelle correspondant à de nouvelles missions de l'État, par laquelle il s'efforce de répondre aux demandes sociales et au besoin de solidarité agissante, elle-même ciment de cohésion de la collectivité; il est devenu un mythe, un symbole, une idéologie au sens fort, c'est-à-dire un ensemble de représentations, de discours, de concepts et d'images qui informent et justifient les comportements et les pratiques du gouvernants et de citoyens*". Cfr. F. Moderne, G. Marcou, *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union Européenne*, Paris, 2001, p. 18 ss.

⁴⁸ Tribunal des Conflits, 8 febbraio 1873 n. 000012, in: Recueil Lebon, 1873, 1 suppl, p. 61. Si rinvia, per un commento della citata decisione a: M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Devolvé, B. Genevois, *Les grands arrêt de la jurisprudence administrative*, XX ed., Paris, 2015, p. 1 ss.

In tale pronuncia il Tribunale dei Conflitti aveva riconosciuto la competenza del giudice amministrativo per la riparazione del danno causato a un minore per il funzionamento di una fabbrica di produzione dei tabacchi dello Stato fondandosi proprio sulla nozione di servizio pubblico.

delle Corti ordinarie di giustizia, ma a quella del giudice amministrativo⁴⁹.

In seguito a tale pronuncia, seguita da altre che ne perfezionarono la portata⁵⁰, la giurisprudenza poté allargare il campo del diritto

⁴⁹ Tuttavia, con tale decisione, il Tribunale dei conflitti non aveva eretto la nozione di servizio pubblico come criterio generale di competenza del giudice amministrativo. Aveva invece inteso riconoscere la competenza del Conseil d'État in ordine alle azioni di riparazione proposte contro lo Stato, senza peraltro estenderla a quelle avanzate contro gli enti locali.

⁵⁰ Il superamento del criterio della distinzione tra atti d'autorità e atti di gestione (che poggia sulla distinzione tra État-puissance/État personne) per fondare la giurisdizione rispettivamente del giudice amministrativo e di quello ordinario, è avvenuto gradualmente. Infatti nell'arrêt Blanco il Tribunal de Conflits non aveva ancora abbandonato il criterio dell'atto d'autorità per riconoscere la giurisdizione del giudice amministrativo, affermando che i servizi pubblici appartenessero alla giurisdizione del giudice amministrativo in quanto espressione dell'État puissance.

Ci si distacca, invece, dal citato criterio nell'arrêt Terrier del 1903 ove, nelle celebri conclusioni del commissario di governo Romieu, la giurisdizione del giudice amministrativo viene fondata sulla circostanza che i servizi pubblici fossero degli "*affaires administratives*". (Cfr. Conseil d'État, 6 février 1903 n. 07496, in: Recueil Lebon, 1903, p. 94? Per un commento alla decisione da ultimo citata Conseil d'État, 6 febbraio 1903, in: M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Devolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, XX ed., Paris, 2015, p. 65 ss).

Tale innovazione era stata resa possibile grazie all'accettazione da parte dei giuristi francesi dell'idea di personalità morale di diritto pubblico che unifica le due dimensioni di Stato (*État puissance - État personne*).

In particolare, mentre l'idea di servizio o di prestazione rinviava a quella di commercio giuridico che solo l'État-personne poteva realizzare e che fondava la competenza del *juge judiciaire*, la nozione di persona morale di diritto pubblico ha indotto a riconoscere che ciascun atto dello Stato fa sorgere, in quanto potere pubblico e detentore di un patrimonio, diritti e obbligazioni.

Divenne, perciò, inutile rifarsi all'idea di *puissance publique* per fondare la competenza del giudice amministrativo.

Le conclusioni di tale *arrêt* erano in realtà già state preparate dalla tesi sostenuta qualche anno prima da M. Hauriou.

In particolare tale autore in un suo saggio (M. Hauriou, *La gestion administrative. Étude théorique de droit administratif*, Paris, 1898) si rifiutò di ridurre il diritto amministrativo ai soli atti unilaterali espressione di potere pubblico (i c.d. *actes d'autorité* sanzionati attraverso il ricorso per eccesso di potere) e propose di erigere l'esecuzione del servizio pubblico come criterio extra-legale di competenza del giudice amministrativo in pieno contenzioso.

Tale criterio del resto appariva a lui accettabile sulla base della considerazione per cui la creazione di un servizio pubblico è pur sempre il risultato dell'esercizio di potestà pubbliche.

Cfr. sul punto: P. Gonod, F. Melleray, P. Yolka, *Traité de droit administratif*, Tomo 2, Paris, 2011, p. 46 ss.

amministrativo e la competenza della giurisdizione amministrativa proprio facendo riferimento al servizio pubblico⁵¹.

Si comprende, quindi, come tale nozione sia stata almeno inizialmente concepita allo scopo eminentemente pratico di conferire al giovane Conseil d'État una competenza generale in materia di contenzioso di piena giurisdizione.

Successivamente una corrente dottrinale, condotta da Leon Duguit⁵², nota come *Ecole du service public*, cercò di costruire una teoria completa del servizio pubblico concepito quale criterio unico del diritto amministrativo e pilastro dello stesso sistema amministrativo.

L'attività dell'amministrazione aveva, infatti, il fine di dare attuazione ai servizi pubblici sotto la tutela del giudice amministrativo.

Insomma, secondo tale concezione i servizi pubblici costituivano sia l'ambito che il confine della competenza e dei compiti dello Stato e le stesse funzioni giuridiche statali non erano altro che delle modalità di attuazione dei servizi pubblici⁵³.

⁵¹ G. Marcou, *I servizi pubblici tra regolazione e liberalizzazione: l'esperienza francese, inglese e tedesca*, Riv. it. dir. pubbl. com., 2000, 1, p. 125 ss.

⁵² L. Duguit, *Études de droit public, L'État, les gouvernants et les agents*, vol. 2, Paris, 1903. Si veda anche L. Duguit, *Études de droit public, le droit objective et la loi positive*, vol. 1, Paris, 1901.

⁵³ Cfr. G. Marcou, *I servizi pubblici tra regolazione e liberalizzazione: l'esperienza francese, inglese e tedesca*, op. cit.

L'autore sottolinea come il successo di questa dottrina vada considerata nell'ambito del contesto politico dell'inizio della terza repubblica. Infatti, a ben vedere, il pensiero politico e costituzionale di Leon Duguit sintetizza le idee più diffuse tra i repubblicani. Duguit contestava che lo Stato fosse una persona giuridica distinta dalla nazione e sosteneva che lo stesso esistesse solo come un complesso di servizi pubblici.

Tuttavia come ben evidenziato nel contributo citato “*benché Duguit criticasse la sovranità questa teoria si può considerare anche come una trascrizione, nella sfera amministrativa dello Stato, della teoria rivoluzionaria della legge come espressione della volontà generale: nei servizi pubblici si riflette la funzione dell'amministrazione pubblica come espressione dell'interesse generale della società e questa funzione si legittima soltanto nella teoria della legge. Tale collegamento tra la teoria della legge, come manifestazione della sovranità*”

Si tratta, quindi, di una nozione che, rispetto alla sua connotazione iniziale⁵⁴, ha progressivamente subito una trasformazione oltrepassando l'ambito del diritto amministrativo per sfociare in quello politico, fino a divenire simbolo dell'identità nazionale e di coesione sociale.

Tuttavia la corrispondenza perfetta tra servizio pubblico, regime di diritto amministrativo e competenza del giudice amministrativo non è mai esistita e la stessa nozione di servizio pubblico ha conosciuto numerose crisi che però non hanno scalfito la sua importanza nell'ambito del diritto pubblico francese⁵⁵.

Comunque nel tempo il servizio pubblico ha perso almeno in parte la sua funzione fondatrice del diritto amministrativo.

Ciò è testimoniato dal fatto che, all'allargamento degli scopi e degli interventi dello Stato, non è seguito un ampliamento del campo del diritto amministrativo poiché anzi un numero sempre maggiore di servizi pubblici iniziò a essere gestito secondo un regime di diritto privato⁵⁶.

nazionale, e la teoria del servizio pubblico permette di capire perché il diritto amministrativo si è sviluppato dapprima come un diritto al servizio dell'interesse generale, e, secondo la filosofia politica implicita in questo, la subordinazione alla legge pareva la migliore tutela per la cittadinanza".

⁵⁴ Concepita quale espressione privilegiata della "*puissance publique étatique*".

Cfr. G. Bigot, *Les mythes fondateurs du droit administratif*, RFDA, 2000, n. 3, p. 527, citato in: F. Moderne, G. Marcou, *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union Européenne*, op. cit., p. 22 ss.

⁵⁵ Una prima crisi si può già rinvenire nel pensiero di Gaston Jeze che, pur concependo il servizio pubblico quale pietra angolare del diritto amministrativo, abbandonò la concezione oggettiva di Duguit.

In particolare l'autore ritenne che il servizio pubblico dipenda da ciò che il potere politico decida di prendere in carico per soddisfare un bisogno di interesse generale.

⁵⁶ E invero la giurisprudenza del Conseil d'État già all'indomani dell'arrêt Terrier aveva affermato che non tutto quello che si rapporta al servizio pubblico ricade nell'ambito del diritto amministrativo e che il diritto privato è anche talvolta il diritto dei servizi pubblici. Sviluppando questo ragionamento nell'arrêt Société commerciale de l'Ouest africain il

2.2. *Le service public: una nozione a più classificazioni.*

Nell'ordinamento francese non sussistono dubbi intorno all'esistenza di una nozione di servizio pubblico unitaria.

Tuttavia, anche per effetto dell'intensa elaborazione giurisprudenziale, accanto a delle regole comuni a tutti i servizi pubblici, si sono progressivamente iniziati a enucleare regimi specifici a singoli servizi in ragione del loro oggetto o del loro modo di gestione.

La prima distinzione risale alla celebre decisione del Tribunale dei Conflitti del 1921 resa nell'affare "*bac d'Eloka*"⁵⁷ in cui venne operata,

Consiglio di Stato francese ha suggerito la distinzione tra i servizi pubblici a carattere industriale e commerciale e quelli a carattere amministrativo.

Cfr. P. Gonod, F. Melleray, P. Yolka, *Traité de droit administratif*, op. cit., p. 52 ss.

⁵⁷ Tribunal des Conflits, 22 gennaio 1921 n. 706, *Société commerciale de l'Ouest africain*, in: R. Lagrange L. Corneille, E. Farjon, P. Posse, *Recueil des arrêts du Conseil d'État*, II serie, tome 91, Paris, 1921, p. 91 ss. Si veda per un commento: M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Devolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, XX ed., Paris, 2015, p. 207 ss.).

A ben vedere, però, in tale decisione il commissario di governo Matter distingue tra attività delle persone pubbliche che corrispondono alle loro "*fonctions naturelles*" denominati come "*service par essence d'ordre administratif*" (difesa nazionale, educazione, tassazione) e attribuiti alla giurisdizione del giudice amministrativo, e altre di natura privata che costituiscono "*activités accidentales*" dello Stato e che rilevano della competenza del giudice ordinario.

Sembrerebbe cioè che, in questa decisione, sia riservato alle sole attività "*par essence d'ordre administratif*" la qualificazione di servizio pubblico, ossia a tutte le attività espressione delle funzioni *regaliennes* dello Stato, escludendo che possano esistere dei servizi pubblici a gestione privata.

(Cfr. A. Mescheriakoff, *L'arrêt du Bac d'Eloka. Légende ou réalité d'une gestion privée de la puissance publique*, in: RDP, tomo 104, 1988, p. 1059.)

E, infatti, la denominazione di servizi pubblici a carattere industriale e commerciale e servizi pubblici amministrativi non appare in questa decisione ma nell'arrêt *Société générale d'armement* reso qualche mese più tardi e all'opera di sistematizzazione della giurisprudenza del Conseil d'État svolta a partire dagli anni '30. (Cfr. Conseil d'État, 23 dicembre 1921 n. 66686, *Société générale d'armement*, in: R. Lagrange L. Corneille, E. Farjon, P. Posse, *Recueil des arrêts du Conseil d'État*, II serie, tome 91, Paris, 1921, p. 1109).

Diverse sono state le reazioni della dottrina e della giurisprudenza allo sdoppiamento operato in questa decisione.

Infatti, mentre la dottrina era più attenta a evitare che, attraverso l'esercizio delle prerogative pubblicistiche nella gestione dei servizi a carattere industriale e commerciale, l'amministrazione potesse alterare la concorrenza, la posizione della giurisprudenza era volta ad assicurare un maggiore spazio di azione nello svolgimento del servizio, fino a consentire all'amministrazione la possibilità di derogare alle regole di diritto privato.

secondo l'opinione prevalente in dottrina, la distinzione tra servizi pubblici a carattere amministrativo (c.d. SPA) e quelli a carattere industriale e commerciale (c.d. SPIC); i primi, regolati dal diritto amministrativo, sono soggetti alla giurisdizione del giudice amministrativo; i secondi sottoposti di regola al diritto privato sono di competenza del “*juge judiciaire*”.

Tale classificazione nonostante sia stata bersaglio di critiche da parte di dottrina e giurisprudenza, non ha perso la sua importanza e continua a determinare conseguenze giuridiche importanti, a regolare la ripartizione del contenzioso tra la giurisdizione amministrativa e “giudiziaria”.

In particolare, nell'individuazione dei criteri volti alla, non sempre agevole, distinzione tra i predetti servizi, notevole importanza ha rivestito la giurisprudenza del Conseil d'État soprattutto nei casi di assenza di una loro espressa qualificazione legislativa⁵⁸, quando

Spetterebbe, cioè, all'amministrazione in quest'ultimo caso scegliere se avvalersi del regime di diritto amministrativo per compiere la sua missione o se ritenere sufficiente il diritto privato.

In ogni caso non si tratterebbe di una scelta totalmente libera, dovendo la stessa essere presa in funzione dell'attività che l'amministrazione prende in carico e degli scopi da essa perseguiti.

⁵⁸ Sono ad esempio classificati testualmente come SPIC i servizi di distribuzione pubblica e di depurazione dell'acqua, i macelli pubblici e le attività degli uffici di turismo.

Pur essendo innegabile il vantaggio, in termini di certezza, che presenta una tale qualificazione, essa comunque non risolve le falle della classificazione bipartita dei servizi pubblici in Francia.

Infatti esistono numerosi servizi pubblici che sono sforniti di una qualificazione espressa.

Per i servizi pubblici locali la resistenza dell'autorità amministrativa a qualificare un dato servizio come avente carattere industriale e commerciale o amministrativo probabilmente può trovare una sua spiegazione nella paura di essere smentiti da una decisione giurisdizionale (cfr. sul punto J. Lachaume, H. Pauliat, C. Boiteau, C. Deffigier, *Droit des services publics*, Paris, 2015, p. 75).

Inoltre, anche laddove uno sforzo qualificatorio sia stato profuso, non sempre il risultato brilla per chiarezza generando così incertezze interpretative.

Ecco perché spesso la qualificazione del servizio è indiretta, dipendendo da quella, legislativa o regolamentare, data all' *établissement public* che lo gestisce (c.d. qualificazione indiretta).

necessaria ai sensi dell'art. 34 della Costituzione 1958, o regolamentare negli altri casi.

Il Conseil d'État ha precisato in alcune decisioni⁵⁹ che in tali casi si presume la natura amministrativa del servizio pubblico preso in carica dall'amministrazione⁶⁰; ciò in quanto la libertà di commercio e dell'industria riserva in primo luogo alle persone private le attività commerciali.

Lo stesso Consiglio di Stato, nel famoso arrêt del 1956 *Union syndicale des industries aéronautiques*, ha precisato poi i criteri in presenza dei quali la detta presunzione è destinata a cadere.

Si tratta di tre condizioni che devono ricorrere cumulativamente⁶¹ e che attengono all'oggetto del servizio, al suo finanziamento e alle condizioni di gestione dei servizi pubblici.

Non soffermandosi sui noti problemi che anche tale qualificazione importa, si vuole qui sottolineare che, mentre la qualificazione legislativa (nei rari casi in cui esiste) vincola il giudice, nei casi di qualificazione regolamentare diretta (e in quelli di qualificazione indiretta) il Consiglio di Stato francese non si limita ad attenersi all'etichetta attribuita dall'autorità amministrativa (o alla natura dell'établissement public che gestisce il servizio) ma indaga sulla reale natura del servizio in questione.

Ad esempio nel caso dell'*office national interprofessionnel des céréales*, che è un'établissement public amministrativo, il Conseil d'État ha affermato che, in ordine ai servizi dallo stesso gestiti, solo quello di organizzazione del mercato dei cereali può considerarsi un servizio pubblico amministrativo, mentre deve ritenersi che quello di acquisto e vendita debba essere considerato un servizio a carattere industriale e commerciale. (Cfr. Conseil d'État, 20 décembre 1985 n. 28277, *Syndicat national des industriels de l'alimentation animale*, in: Recueil Lebon, 1985, p. 381 ss).

Tuttavia l'eventuale qualificazione regolamentare del servizio o dell'établissement che lo gestisce rileva come indice oggettivo per la qualificazione del servizio di cui trattasi.

⁵⁹ Cfr. Conseil d'État 16 novembre 1956 n. 26549, *Union syndicale des industries aéronautiques*, in Recueil Lebon, 1956, p. 434; Conseil d'État 26 gennaio 1968 n. 70588, *Dame Maron*, in AJDA, 1968, p. 293.

⁶⁰ Non esiste, invece, la presunzione inversa per cui tutti i servizi pubblici gestiti da una persona privata andrebbero considerati di natura industriale e commerciale.

⁶¹ Il giudice amministrativo in alcuni casi ha tuttavia fatto un uso più agile della cumulatività del concorso di tali condizioni, ritenendo sufficiente, nell'ipotesi in cui l'attività oggetto del servizio sembri appartenere al settore commerciale, anche solo il ricorso di alcune di esse.

Con riguardo al primo di tale criteri occorre precisare che, perché un servizio abbia oggetto industriale e commerciale, bisogna che venga in rilievo un'attività assimilabile, quanto al suo oggetto, a quella normalmente svolta da persone private, quindi non estranea al settore commerciale⁶²(come la produzione e vendita di beni e servizi).

Il criterio dell'oggetto presenta, rispetto agli altri due, il vantaggio di sfuggire alla libera scelta dell'amministrazione e il rischio di risolversi in un apprezzamento della "*commercialité*" tutt'altro che oggettivo per l'evidente considerazione che niente sfugge per natura alle attività private.

Per far cadere la presunzione di amministratività del servizio occorre, inoltre, che il suo finanziamento dipenda dalla sua gestione e quindi dal "prezzo" pagato dall'utente come contropartita diretta nel servizio reso e non invece dalle sovvenzioni versate dalle collettività pubbliche che hanno giuridicamente la responsabilità del servizio⁶³.

Tuttavia la giurisprudenza, probabilmente consapevole del fatto che per certi servizi, come ad esempio quello di trasporto di persone, ragioni

⁶² A tal proposito ci si è domandato se un servizio gestito in monopolio legale possa essere considerato un servizio avente carattere industriale e commerciale perché in tal caso l'attività monopolizzata non potrebbe essere presa in carico da altre persone private o pubbliche. Cfr. sul punto J. Lachaume, H. Pauliat, C. Boiteau, C. Deffigier, *Droit des services publics*, op. cit., p. 85.

⁶³ Tale criterio, se inteso come corrispondenza tra costo reale della prestazione e prezzo o canone pagato dall'utente, trova un appiglio legislativo negli artt. L. 2224-1, L. 2242-2 e L. 2224-4 del Code général des collectivités territoriales.

In particolare il primo articolo esige che per i servizi industriali e commerciali comunali sia realizzata una condizione di equilibrio tra ricavi e spese; ciò spiega il divieto in via generale per i comuni, ai sensi del secondo articolo citato, di assumere nel loro bilancio generale spese per assicurare tali servizi.

Sempre nell'ottica di garantire la corrispondenza tra costo reale della prestazione e prezzo pagato dall'utente e, quindi, evitare un intervento distorsivo della concorrenza dell'autorità politica va letto l'art. 2224-4 ai sensi del quale le delibere che aumentano le spese di tali servizi devono essere accompagnate dall'approvazione delle entrate corrispondenti.

sociali, economiche e geografiche escludono che il servizio possa essere finanziato esclusivamente attraverso la sua gestione e che quindi il costo dello stesso sia sopportato interamente dall'utente, ha interpretato tale criterio in maniera più larga.

Infatti in alcune decisioni⁶⁴ per ritenere integrato tale requisito si richiede la verifica che la maggior parte delle risorse non provengano da contributi pubblici; in altre⁶⁵ addirittura si tralascia del tutto l'analisi del criterio relativo al finanziamento dando maggiore importanza a quello dell'oggetto.

Infine, l'ultimo criterio riguarda le modalità di funzionamento del servizio che deve avvicinarsi il più possibile a quelle delle imprese private.

Per verificare l'integrazione di tale criterio il giudice ricorre alla tecnica del "*faisceau d'indices*"⁶⁶ che comunque lascia impregiudicata una certa libertà di apprezzamento del giudice nel verificare se vi sia stato o meno il ricorso a tecniche di gestione tipiche del diritto privato.

Quindi, nonostante la presunzione della natura amministrativa dei servizi pubblici potrebbe far propendere verso l'affermazione di una maggiore operatività del diritto amministrativo in questo settore, l'interpretazione estensiva dei criteri prima citati ha condotto in più

⁶⁴ Cour de Cassation (chambre sociale), 24 giugno 2014 n. 13-11.142, *CCI du Var* in: AJDA, 2014, n. 36, p. 2082 con nota di J-F. Lachaume, *Détermination du caractère industriel et commercial d'un service public par le juge judiciaire*.

⁶⁵ Tribunal des Conflits, 2 maggio 2011 n. 3776, *Sté Mona Parfums Holding*, annotata da S. Brondel, in: AJDA, 2011 n. 17, p. 928.

⁶⁶ Ad esempio la previsione di una contabilità privata è un indice del carattere industriale e commerciale del servizio (Cfr. Conseil d'État, 19 dicembre 1955, *Époux Millet*, in: Recueil Lebon, 1955, p. 797).

occasioni la giurisprudenza ad affermare la natura industriale e commerciale del servizio, ampliando così l'ambito di applicazione del diritto privato e contribuendo all'ormai atavica crisi del servizio pubblico.

Tale percorso è iniziato a ben vedere sin dall'arrêt *Bac d'Éloka* in cui l'intento perseguito dal Tribunal des Conflits era chiaramente quello di far penetrare il diritto privato, e quindi affermare la competenza del giudice *judiciaire*, nella gestione del servizio preso in carica dalle persone pubbliche ma comparabile alle attività private.

Va però precisato che l'ambito di applicazione del diritto privato in tali servizi è limitato dalla stessa giurisprudenza ai rapporti individuali con l'utenza, al rapporto di lavoro dei funzionari e ai rapporti con i terzi.

Non deve venire in rilievo, inoltre, l'esercizio di prerogative pubblicistiche poiché in questo caso si applicheranno le regole di diritto amministrativo e la relativa competenza giurisdizionale sarà attribuita in capo al giudice amministrativo.

Anche nell'ambito dello svolgimento dei servizi a carattere industriale e commerciale è perciò riconosciuta la possibilità di avvalersi di strumenti di diritto amministrativo.

Ciò non deve sorprendere perché “*ce sont des services publics comme les autres*”⁶⁷ e l'utilizzo di tali strumenti si giustifica per la realizzazione della loro missione in vista del soddisfacimento dell'interesse generale.

⁶⁷ F.P. Benoit, *Le droit administratif français*, Paris, 1968, p. 804.

D'altra parte anche quando svolge un'attività industriale e commerciale l'amministrazione non si comporta come un'impresa poiché agisce sempre avendo riguardo all'interesse generale e non perseguendo finalità eminentemente lucrative.

Da questo punto di vista si realizza quindi nell'ordinamento francese, anche grazie al contributo importante della giurisprudenza, un compromesso tra l'esigenza di non alterare la concorrenza e quella di garantire il migliore soddisfacimento dell'interesse generale: il ricorso alle prerogative pubblicistiche è infatti giustificato solo laddove si renda necessario per la realizzazione della missione del servizio⁶⁸.

2.3. La distinzione binaria del servizio pubblico francese alla luce dell'ordinamento europeo.

L'indagine sul tema dei servizi pubblici non può non tener in considerazione l'ordinamento europeo.

Da questo punto di vista può essere utile domandarsi se tali classificazioni dell'unitaria nozione di servizio pubblico in Francia corrispondono a quelle conosciute nell'ordinamento europeo e quali siano gli influssi dell'impostazione europea su tale nozione.

A tal fine occorre premettere che l'ordinamento europeo si è per lungo tempo disinteressato ai servizi pubblici perché l'Unione europea era stata creata allo scopo di eliminare gli ostacoli alla libera circolazione delle merci e unificare il mercato e la competenza in materia di servizi pubblici era riservata agli Stati⁶⁹.

Nel tempo però tale nozione ha iniziato a penetrare nell'ordinamento europeo attraverso il riferimento agli "obblighi di servizio pubblico", e

⁶⁸ Da questo punto di vista evidente è l'analogia con l'impostazione seguita nell'ordinamento europeo. Per approfondimenti v. par. 2.3.

⁶⁹ Si veda sul tema il contributo di G. Marcou, *Il servizio pubblico di fronte al diritto comunitario*, op. cit, p. 7 ss.

alle locuzioni “servizio di interesse generale”(c.d. SIEG) e “servizio di interesse economico generale” (c.d. SIG)⁷⁰.

Tuttavia si tratta di una nozione⁷¹ diversa come segnalato già dalla stessa terminologia utilizzata dal diritto europeo che, quando si riferisce ai già citati “obblighi di servizio pubblico”, sembra rinviare a un concetto meno ampio rispetto a quello di servizio pubblico e quando utilizza la formula “servizi di interesse generale” o “servizi di interesse economico generale” elimina del tutto la parola “pubblico.”⁷²

In particolare l’importanza del carattere economico per la stessa identificazione dei servizi di interesse economico generale sembrerebbe condurre a una assimilazione tra SIEG e SPIC.

A tale conclusione sembrerebbe potersi giungere in considerazione del fatto che entrambe le categorie di servizi si caratterizzano per il carattere economico dell’attività e in ragione dello scopo cui mirano ossia il soddisfacimento dell’interesse pubblico (definito “generale” a livello europeo)⁷³.

⁷⁰ Nonostante non sia utilizzata la locuzione “servizio pubblico” l’importanza progressivamente riconosciuta in seno all’Unione Europea a tali “servizi” è fuor di dubbio. E, infatti, l’art. 34 della Carta europea dei diritti fondamentali fa dell’accesso al servizio di interesse economico generale un elemento importante di promozione della coesione sociale e territoriale; una disposizione di analogo tenore è contenuta all’art. 14 del TFUE che sottolinea l’impegno dello stato e dell’Unione affinché tali servizi “funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti”. Inoltre occorre menzionare anche l’art. 106 TFUE il cui secondo comma prevede la possibilità di una deroga alle regole di concorrenza nel caso in cui la loro applicazione sia di ostacolo all’adempimento della specifica missione del servizio.

⁷¹ Per ulteriori approfondimenti sulla nozione europea di servizio pubblico *ivi* cap. 3.

⁷² Cfr. G. Marcou, *Il servizio pubblico di fronte al diritto comunitario*, *op. cit.*

⁷³ L’utilizzo a livello europeo della formula “interesse generale” in luogo di “interesse pubblico” si spiega in ragione dell’importanza della funzione svolta dagli enti erogatori del servizio e non dalla loro qualità pubblica o privata.

In questo senso G. Marcou, *Il servizio pubblico di fronte al diritto comunitario*, *op. cit.*

Tuttavia l'ordinamento europeo, avendo dato prevalenza al mercato, ha adottato una nozione lata di attività economica che poggia non sul carattere commerciale del servizio, cioè sul regime in cui l'attività è svolta, ma sulla natura economica o meno della stessa.

In particolare secondo la giurisprudenza europea, ai sensi della legislazione in materia di concorrenza, deve essere considerata attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi in un determinato mercato da parte di qualsiasi impresa a prescindere dallo status giuridico di detta entità, dallo scopo lucrativo e dalle modalità di finanziamento⁷⁴.

In altre occasioni poi la Corte di Giustizia ha fatto riferimento al più rigoroso parametro del "mercato anche solo potenziale" che consente di escludere dal concetto di impresa solo quelle attività che partecipano alle prerogative dello Stato⁷⁵.

Tale ampia nozione di attività economica ha permesso l'estensione dell'ambito di applicazione delle regole di concorrenza⁷⁶ e ha parallelamente eroso l'area delle attività non economiche.

⁷⁴ Cfr. Corte di Giustizia UE, sentenza 12 settembre 2000, resa nei procedimenti riuniti da C-180/98 a C-184/98, Pavlov, in: Foro It., 2002, IV, p. 244 .

⁷⁵ Cfr. Corte di Giustizia UE, sentenza 23 aprile 1991, C-41/90, Hofner e Elser, annotata da C. Bolze in: Revue Trimestrielle de droit commercial et de droit économique, 1991, n. 3, p. 524 ss.

Si vedano, inoltre, le sentenze della Corte di Giustizia UE dell' 11 dicembre 1997, C-55/96, Job Centre e del 5 marzo 2009, C-350/07, Kattner.

⁷⁶ Anche se la giurisprudenza europea ha col tempo mitigato questo approccio riconoscendo sempre più spesso la possibilità di derogare alle regole di concorrenza.

Cfr. Corte di Giustizia, 19 maggio 1993, c.-320/91, *Corbeau* in: Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 1994, p. 159

Sul tema vedasi più ampiamente il cap. 3.

Da quanto appena esposto si comprende la distanza rispetto all'orientamento espresso in seno al Conseil d'État che sembra, invece, adottare una nozione di attività economica dai confini più limitati.

Infatti proprio il Conseil d'État ha elaborato la presunzione della natura amministrativa dei servizi pubblici forniti dall'amministrazione, mentre la Corte di Giustizia, richiamando il parametro del "mercato anche solo potenziale", sembra al contrario porre una presunzione di economicità dello stesso.

È vero che si tratta di una presunzione non assoluta ma, come già rilevato⁷⁷, occorre la presenza cumulativa di tre condizioni per farla cadere.

La diversità di impostazione emerge anche dal fatto che, se nella maggior parte dei casi le due nozioni di SIEG e SPIC coincidono, esistono tuttavia alcuni servizi che a livello europeo sono considerati SIEG mentre nell'ordinamento francese sono SPA⁷⁸.

Tali differenze inducono a ritenere che non sia possibile risolvere il problema in ordine alla ricerca di criteri di distinzione più precisi tra SPA e SPIC semplicemente allineando, come pure prospettato da alcuni autori in dottrina, le categorie francesi su quelle europee⁷⁹.

⁷⁷ Cfr. par. 2.2.

⁷⁸ Si tratta, ad esempio, dei servizi di gestione delle autostrade, dei campings, costruzione e manutenzione delle strade, degli alloggi sociali.

⁷⁹ Si esprime favorevolmente all'allineamento degli SPIC sui SIEG: A.S. Mescheriakoff, *SPIC locaux et droit communautaire*, in: J.B. Auby, S. Braconier (a cura di), *Services Publics industriels et commerciaux: questions actuelles*, Paris, 2003, p. 15 ss. Sull'argomento vedasi inoltre: D. Truchet, *Renoncer à l'expression "service public"* in: AJDA, 2008, n. 11, p. 553 ss.

Nel senso di mantenere la specificità della nozione servizio pubblico cfr. G. Marcou, *Mantenir l'expression et la notion de "service public"*, in: AJDA, 2008, n. 16, p. 833 ss.

L'orientamento del Conseil d'État, pur non conducendo in ordine allo stesso servizio a medesimi risultati classificatori ⁸⁰, lungi dal rappresentare un profilo di criticità si spiega in ragione dell'attenzione allo specifico regime cui risulta sottoposto un dato servizio.

⁸⁰ Ad esempio il servizio di raccolta di rifiuti domestici o il servizio di trasporto a mezzo di traghetto costituiscono degli SPA quando sono finanziati tramite imposizione tributaria, mentre sono qualificati SPIC quando il loro finanziamento dipenda dal canone pagato dall'utente

SEZIONE SECONDA

IL REGIME GIURIDICO DEI *SERVICES PUBLICS* : LA FASE DI CREAZIONE E GESTIONE.

La fase di creazione dei servizi pubblici verrà qui indagata in ordine a due aspetti che permettono un confronto comparato tra il sistema italiano e francese.

Il primo aspetto riguarda la relazione tra il livello nazionale e locale in ordine alla istituzione del servizio pubblico.

Il secondo, invece, riguarda l'impatto delle regole di concorrenza in relazione a tale creazione.

2.4. La relazione tra livello nazionale e locale in ordine alla istituzione del servizio pubblico.

Con riguardo a tale profilo occorre premettere che la Francia costituisce uno Stato unitario la cui organizzazione è tuttavia decentralizzata. Prima dell'entrata in vigore della Costituzione del 1958 la creazione di tali servizi avveniva per legge, quale modalità che meglio garantiva le libertà che venivano intaccate per effetto della detta creazione⁸¹.

⁸¹ Tale intervento si rendeva necessario in virtù degli artt. 4 e 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789.

Inoltre la necessità di un tale intervento emergeva sia perché generalmente la creazione del servizio pubblico importa nuove spese, sia in ragione della considerazione che apparteneva solo al legislatore stabilire ciò che deve essere considerato di interesse generale. Inoltre, come precisato dalla giurisprudenza del *Conseil Constitutionnel*, affinché la garanzia

L'articolo 34 della Costituzione però oggi non menziona una tale competenza legislativa salvo per il caso di offesa alle libertà fondamentali, creazione di nuove categorie di *établissement public*, nazionalizzazione di imprese private.

Si tratta, invero, di casi tutt'altro che marginali, come dimostra l'estesa casistica giurisprudenziale, per cui sarebbe inesatto ritenere che a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione del 1958 la creazione dei servizi pubblici rilevi in via ordinaria della potestà regolamentare.

Occorre poi precisare che spetta allo Stato, nello specifico al legislatore, definire i bisogni che devono essere presi in carico a livello nazionale e stabilire quali, invece, rientrano nell'ambito di intervento delle collettività territoriali.

Tale conclusione non risulta smentita per effetto dell'operare del principio di sussidiarietà, espressamente introdotto all'art. 72 al. 2 in sede di revisione costituzionale del 2003⁸².

Del principio appena menzionato è stata data, infatti, una interpretazione "neutralizzante" dal *Conseil Constitutionnel* che non ha ad oggi mai sanzionato con la declaratoria di illegittimità costituzionale l'intervento del legislatore in materie di rilievo locale ricorrendo al principio di sussidiarietà.

Infatti come ribadito dal *Conseil Constitutionnel* in sede di controllo di costituzionalità delle leggi di decentralizzazione, il carattere unitario

legislativa operi occorre che la legge non intervenga solamente per creare il servizio pubblico ma anche definisca i principi fondamentali della sua organizzazione e gestione (Cfr. *Conseil Constitutionnel*, 31 maggio 1999 n. 99-186 L, *Syndicat de transports parisiens*, in: *AJDA*, 1999, n. 6, p. 531 ss).

⁸² L'art. 72 al. 2 Cost. dispone che "*Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en oeuvre à leur échelon.*"

dello Stato impedisce l'attribuzione alle collettività territoriali della creazione e gestione di servizi pubblici quando ciò, per il loro rilievo nazionale, costituisca uno scivolamento verso il federalismo o il quasi-federalismo⁸³.

Quindi il principio di sussidiarietà non opera in senso limitativo delle competenze dello Stato in materia di istituzione dei servizi pubblici.

Ciò per l'importanza delle missioni dello Stato e per il fatto che anche in dottrina⁸⁴ si ritiene che tale principio non rileva ai fini di attribuire competenze a vantaggio delle collettività territoriali, essendo il primo libero di reintegrare l'ambito delle competenze eventualmente già trasferite alle seconde.

Né a conclusioni diverse si giunge in considerazione del principio di libera amministrazione delle collettività locali affermato dall'art. 72 al. 3 della Costituzione francese⁸⁵.

⁸³ Cfr. Conseil Constitutionnel, 25 febbraio 1982 n. 82-137 DC, *Lois de décentralisation*, in: P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Melin-Soucramanien, É. Oliva, A. Roux, *Les Grandes Décision du Conseil Constitutionnel*, XVII ed., Paris, 2013, p. 99.

⁸⁴ Cfr. G. Marcou, *Principe de subsidiarité, constitution française et décentralisation*, in: *Entre l'Europe et la décentralisation. Les institutions territoriales françaises* in: J.-C. Némery, S. Wachter, Paris, 1993, p. 85 ss.

Più nello specifico l'autore afferma che con riferimento alla sussidiarietà non viene in rilievo un criterio di ordine giuridico trattandosi, invece, di una questione afferente all'organizzazione amministrativa rimessa alla competenza del legislatore.

Particolarmente interessante è, inoltre, il riferimento alle disposizioni di cui all'art. 1 al. 1, in cui è affermata l'indivisibilità della Repubblica; all'art. 3 al. 1 e 2, in cui si riconosce che "*La souveraineté nationale appartient au peuple (...) Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice*" e all'art. 72 al. 3, che consacra il principio di libera amministrazione "*dans les conditions prévues par la loi*".

Dall'esame di queste disposizioni emerge che il legislatore dispone della più grande discrezionalità nel fissare le competenze delle collettività territoriali a condizione di non compromettere queste ultime.

⁸⁵ All'al. 3 di tale articolo si legge infatti: "*Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences.*"

Tale principio dovrebbe escludere la possibilità di un intervento legislativo dello Stato che riduca la portata o il numero degli affari locali,⁸⁶ senza tuttavia fondare un diritto delle collettività territoriali all'esercizio di determinate competenze⁸⁷.

Senonché anche di questo principio è stata data un'interpretazione debole ad opera del Conseil Constitutionnel il quale ha sempre riconosciuto un ampio spazio di manovra al legislatore⁸⁸.

2.4.1. L'impatto delle regole di concorrenza nella creazione del servizio pubblico.

Il problema della compatibilità del servizio pubblico con le regole di concorrenza si pone perché, attraverso la sua istituzione, si realizza un

⁸⁶ Cfr. J. Lachaume, H. Pauliat, C. Boiteau, C. Deffigier, *Droit des services publics*, op. cit., p. 155 ss.

Per cui è ipotizzabile, come affermato dagli autori, che il giudice amministrativo annullerà gli atti amministrativi che istituiscono un servizio pubblico nazionale per la soddisfazione di bisogni strettamente locali.

⁸⁷ In tal senso cfr. G. Marcou, *Principe de subsidiarité, constitution française et décentralisation*, op. cit., p. 92.

⁸⁸ Nonostante il principio di libera amministrazione delle collettività territoriali è frequentemente invocato tra le questioni prioritarie di costituzionalità, sono pochi i casi in cui il Conseil Constitutionnel si è avvalso di tale principio per dichiarare l'illegittimità costituzionale di una legge.

Il Conseil Constitutionnel ha più volte affermato, infatti, che se in virtù degli artt. 72 e 72 - 2 della Costituzione le collettività territoriali “*si amministrano liberamente tramite consigli eletti*” e “*beneficiano di risorse di cui possono disporre liberamente*” esse comunque devono sottostare “*alle condizioni stabilite dalla legge*”.

Inoltre l'art. 34 riserva al legislatore la determinazione dei principi fondamentali della libera amministrazione delle collettività territoriali della loro competenza e delle loro risorse.

Cfr. Conseil Constitutionnel 8 luglio 2011 n. 2011-146 QPC, Département des Landes.

Per un commento alla citata decisione vedasi: S. Bracconier, La liberté de gestion des services publics à l'épreuve de la QPC, in AJDA, 2011, n. 34, p. 1809.

Conseil Constitutionnel 11 aprile 2013 n. 2013-666 DC.

Cfr. per un commento: M. Lombard, S. Nicinski, E. Glaser, Actualités du droit de la concurrence et de la régulation, in: AJDA, 2013, n. 22, p. 1260.

intervento pubblico nell'economia che può falsare o addirittura sopprimere la concorrenza in un dato mercato.

In particolare il rischio di violare le regole di concorrenza si pone con riguardo alla istituzione dei servizi pubblici a carattere industriale e commerciale (c.d. SPIC), trattandosi di servizi che si sostanziano nello svolgimento di attività in settori in cui è presente l'iniziativa privata e secondo modalità che possono provocare un'alterazione del libero gioco della concorrenza⁸⁹.

La difficoltà di assicurare insieme - spazi di manovra agli attori politici e il rispetto delle regole di concorrenza da parte di quelli economici⁹⁰ - non è un tema recente.

La tesi sostenuta inizialmente, che affermava l'inconciliabilità tra le istanze appena citate⁹¹, è stata nel tempo superata anche per effetto del diritto europeo il quale, affermando la primazia del mercato e della concorrenza, ha imposto la ricerca di soluzioni in grado di garantire una qualche convivenza tra libertà dei soggetti politici e concorrenza⁹².

Da questo punto di vista un contributo rilevante proviene dalla giurisprudenza amministrativa.

⁸⁹ Si pensi ad esempio alla circostanza che il prezzo domandato all'utente del servizio è spesso, per ragioni di ordine sociale, inferiore al costo reale della prestazione.

⁹⁰ Incluso lo Stato e le collettività territoriali laddove intervengano sul mercato.

⁹¹ Cfr. J-F Lachaume, C. Boiteau, H. Pauliat, *Grandes services publics*, Paris, 2000. Gli autori affermano, infatti, che all'origine "*droit de la concurrence et droit des services publics paraissent à priori devoir s'exclure, surtout di l'on adoptait la conception française du service public*" successivamente invece si arriva alla situazione in cui "*le droit de la concurrence ne doit pas être écarté du seul fait qu'est en cause un opérateur public, mais l'on doit pouvoir y déroger si l'accomplissement d'une mission de service public se trouve compromis*".

⁹² Cfr. D. Linotte, R. Romi, E. Cadeau, *Droit du service public*, Paris, 2014, p. 72. Secondo gli autori, i distinti poli del servizio pubblico e della concorrenza trovano una conciliazione non una volta per tutte ma a "*géometrie variable*".

Volendo tentare una sintesi della copiosa attività giurisprudenziale sul punto, si può dire che il Conseil d'État, all'inizio del XX secolo ostile al dispiegarsi dell'iniziativa pubblica nei settori ove era già presente quella privata, ha successivamente mutato orientamento mostrandosi più tollerante nei confronti dell'amministrazione.⁹³

Per comprendere le ragioni dell'iniziale ostilità del Conseil d'État può essere utile far riferimento al contesto storico e socio-economico dell'epoca. Per porre rimedio alla situazione di penuria alimentare ed energetica e all'innalzamento dei prezzi, dopo la prima guerra mondiale, i comuni e i dipartimenti erano stati autorizzati in determinati settori a svolgere servizi pubblici a carattere industriale e commerciale o a partecipare a imprese private gerenti un servizio pubblico (fenomeno del c.d. "socialismo municipale").

Al di fuori di questi regimi speciali, previsti con legge, intervento pubblico nell'economia era, però, fortemente osteggiato dal supremo organo della giustizia amministrativa perché ritenuto incompatibile con i principi dello Stato liberale e con l'esigenza di tutela in via preferenziale della libertà di commercio e dell'industria riconosciuta in capo alle persone private.

In questo contesto l'intervento dello Stato attraverso la creazione del servizio pubblico era ammesso se "*en raison de circonstances particulières de temps et de lieu, un intérêt public justifie leur*

⁹³ Cfr. sul punto: P. Gonod, F. Melleray, P. Yolka, *Traité de droit administratif*, Tomo 2, p. 46 ss, Paris, 2011, p. 77 ss.

Gli autori osservano che il mutamento è stato tale che, malgrado il principio della libertà di commercio e dell'industria, l'amministrazione può oggi facilmente giustificare la creazione di un servizio pubblico.

intervention”⁹⁴. Detto interesse pubblico richiedeva poi l’esistenza di un bisogno della popolazione e l’assenza o insufficienza di iniziativa privata in quel settore.

Successivamente, tuttavia, il Conseil d’État ha progressivamente apprezzato in maniera via via meno rigorosa le condizioni appena citate, talvolta accontentandosi dell’esistenza di una sola di esse⁹⁵ ma comunque riconoscendo un ampio margine di manovra all’amministrazione.

⁹⁴ Conseil d’État, 30 maggio 1930 n° 06781, *Chambre syndacale du commerce en détail de Nevers*, in: M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les grandes arrêts de la jurisprudence administrative*, XX ed., Paris, 2015, p. 252 ss.

Con questa decisione il Conseil d’État ha annullato le deliberazioni con cui il Comune di Nevers aveva istituito il servizio di rifornimento di derrate di ogni genere.

Già in questa decisione comunque si legge un primo ammorbidimento delle condizioni richieste ai fini dell’istituzione del servizio pubblico che passano dalla richiesta di “*circonstances exceptionnels*” alla sussistenza di “*circonstances particulières de temps et de lieu*”.

Cfr. per l’orientamento più rigoroso: Conseil d’État, 29 marzo 1901 n. 94580 *Casanova* in: R. Lagrange L. Corneille, E. Farjon, P. Posse, *Recueil des arrêts du Conseil d’État*, II serie, tome 71, 1901, p. 333 ss.

⁹⁵ E così sulla base di tale interpretazione meno rigorosa il Conseil d’État ha dapprima ammesso l’istituzione dei servizi pubblici negli ambiti del commercio alimentare, del settore immobiliare per combattere la crisi degli alloggi (Cfr. Conseil d’État, 22 novembre 1935 n. 65105, *Chouard et autres*).

Si è anche ammessa l’istituzione del servizio pubblico che costituissero il prolungamento temporale o materiale di un servizio già esistente o che fosse giustificato da esigenze di raggiungimento dell’equilibrio finanziario (Cfr. Conseil d’État en Assemblée, 23 giugno 1933, *Lavabre*).

Successivamente, in considerazione dell’evoluzione dei bisogni sociali, ha consentito, anche in assenza dell’accertamento della carenza dell’iniziativa privata: l’apertura di ristoranti economici per gli indigenti (Cfr. Conseil d’État, 19 febbraio 1943, *Ricordel*); la creazione di teatri municipali (Cfr. Conseil d’État, 21 gennaio 1944, *Léoni*) considerando prevalente “*les intérêts artistiques sur les intérêts commerciaux de l’exploitation*”; la creazione di un campeggio in uno stabilimento balneare (Cfr. Conseil d’État, 17 aprile 1964, *Commune de Merville Freanceville*); la realizzazione di una piscina comunale (Cfr. Conseil d’État, 23 giugno 1972, *Société La plage de la forêt*).

Questo sembra essere, pur in presenza di una giurisprudenza ondivaga in relazione alle predette condizioni⁹⁶, l'orientamento attuale del Conseil d'État.

Così ad esempio in una decisione più recente⁹⁷, dopo aver affermato la necessaria compresenza del bisogno della popolazione e della carenza di iniziativa privata, il supremo organo della giustizia amministrativa francese ha ritenuto che la creazione di un servizio di tele-assistenza per persone anziane non costituisca un "atteinte illegale au principe de liberté du commerce et de l'industrie" pur in presenza di società private che offrono questo tipo di prestazione.

⁹⁶ Infatti, nella sentenza del Conseil d'État del 31 maggio 2006 n. 275531, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, il Consiglio di Stato sembra richiedere la sola dimostrazione dell'interesse pubblico che "peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée". Tuttavia in una decisione posteriore (arresto Département de la Corrèze v. nota successiva), il Conseil d'État sembra verificare la presenza sia del bisogno della popolazione che dell'insufficienza del mercato.

⁹⁷ Cfr. Conseil d'État, 3 marzo 2010 n. 306911, *Département de la Corrèze*. Vedi per un commento alla citata decisione: N. Boulouis, *Une personne publique peut prendre en charge un service public social sur un secteur concurrentiel*, AJDA, 2010, n. 17, p. 957.

Sull'argomento cfr. inoltre: Conseil d'État, 5 luglio 2010 n. 308564, *Syndicat national des agences de voyage*. (Per un commento vedasi M-C de Montecler, *Les conditions de l'intervention des sociétés d'économie mixte sur un marché concurrentiel*, in: AJDA, 2010, n. 24, p. 1346).

In tale sentenza il Conseil d'État ha precisato che se l'interesse generale può risultare dalla carenza o insufficienza dell'iniziativa privata, una tale carenza o insufficienza non può essere considerata come una condizione necessaria per l'intervento di una società di economia mista locale sul mercato.

Ne discende che è possibile l'intervento pubblico sul mercato sia in via diretta che attraverso una società mista, indipendentemente dall'eventuale carenza di iniziativa privata.

2.5. La fase di gestione dei servizi pubblici.

L'interesse per il tema della gestione dei servizi pubblici si spiega in ragione del fatto che in tale fase diviene particolarmente rilevante l'applicazione delle regole concorrenziali.

In questo settore si scontrano, infatti, il principio di libera amministrazione, sancito all'art. 72 al. 3 della Costituzione, che rimette alle collettività territoriali il libero apprezzamento in ordine alla scelta del modo di gestione dei servizi pubblici⁹⁸, e le regole di concorrenza.

Tali regole finiscono per condizionare la scelta dei modi di gestione dei servizi pubblici a carattere commerciale e industriale; l'indagine sarà, pertanto, rivolta ai modelli gestionali di tali servizi.

In questa sede in particolare si tenterà di dare una lettura in chiave evolutiva delle novità che hanno riguardato la legislazione francese in tale ambito.

Più nello specifico il legislatore, dopo aver codificato nel 2010 la disciplina delle società pubbliche locali⁹⁹ alle quali affidare delle missioni nel contesto delle relazioni in house, ha disciplinato nel 2014 una forma di partenariato pubblico-privato istituzionalizzato.

Per far ciò ha creato una nuova categoria di impresa: la società d'economia mista a operazione unica (c.d. SEMOP), attualmente

⁹⁸ La collettività territoriale decide, infatti, quando crea un servizio pubblico la sua organizzazione e il modo di gestione che ritiene più appropriato. Tale decisione, espressione di un potere discrezionale, è sottomessa al solo controllo dell'errore manifesto di valutazione.

⁹⁹ Cfr. art. 20 legge 13 luglio 2006 n. 2006-872 in materia di alloggi e più in generale legge 28 maggio 2010 n. 2010-559.

disciplinata agli artt. L. 1541-1 - L. 1541-3 del codice generale delle collettività territoriali (CGCT).

Tuttavia per rendere meglio conto dell'evoluzione della legislazione sul punto occorrerà prendere le mosse dalla disamina della società ad economia mista locale (c.d. SEML).

2.5.1. Le società ad economia mista locale.

Introdotta con i decreti legge Poincaré del 5 novembre e 26 dicembre 1926¹⁰⁰, la disciplina della società ad economia mista locale (c.d. SEML) ha subito diverse modificazioni nel corso degli anni¹⁰¹.

Tali società hanno costituito lo strumento principale utilizzato dalle collettività territoriali nel processo di esternalizzazione dei servizi pubblici che ha iniziato a svilupparsi intorno agli anni Ottanta del secolo scorso.

Si tratta, infatti, di società di diritto privato in cui si realizza però una cooperazione tra capitali pubblici e privati sotto lo stretto controllo dello

¹⁰⁰ Tali decreti hanno posto i principi generali della disciplina inizialmente limitata ai soli comuni. Successivamente per i dipartimenti è intervenuto l'articolo 3 del decreto 20 maggio 1955 n° 55-579 relativo agli interventi delle collettività territoriali in ambito economico, completato dal successivo decreto del 5 ottobre 1957 n. 57-1117. L'apertura alle regioni è intervenuta con la Legge 7 luglio 1983 n. 83-597 che ha codificato l'istituto della società mista locale disciplinandola agli artt. L. 1521-1 ss. del Code Code général des collectivités territoriales (CGCT).

¹⁰¹ Legge 13 dicembre 2000 n° 2000-1208 relativa alla solidarietà e alla riqualificazione urbana; Legge 15 maggio 2001 n° 2001-420 relativa alle nuove regolazioni economiche; Legge 2 gennaio 2002 n° 2002-1 sulla modernizzazione dello statuto delle SEML insieme all'ordonnance 18 dicembre 2003 n° 2003-1212 che ha la disciplina contenuta nel code général des collectivités territoriales.

Per effetto di queste modifiche è stato allargato l'ambito di competenza delle SEML, la trasparenza finanziaria è stata resa più grande e le modalità di partecipazione delle collettività locali sono state rese più chiare e agili.

Stato (nel caso delle società miste nazionali) o delle collettività locali (nel caso delle SEML).

Il controllo delle collettività locali è assicurato, tra l'altro, dall'art. L. 1522-1 CGCT che fissa la soglia di partecipazione pubblica alla società, prevedendo che il potere pubblico detenga più della metà del capitale e dei voti in seno al consiglio di amministrazione¹⁰².

A tal proposito è stato, tuttavia, osservato che tale doppia soglia è in alcuni casi troppo bassa e in altri troppo elevata¹⁰³.

Infatti risulta insufficiente per potere disporre la modifica dello statuto che invece richiede il voto in assemblea generale straordinaria a maggioranza dei due terzi.

Per altro verso la partecipazione pubblica a più della metà del capitale della società non appare necessaria per assicurarne il controllo, poiché lo stesso risultato è raggiungibile attraverso il riconoscimento di poteri di blocco all'azionista pubblico pur in presenza di una partecipazione minoritaria al capitale della società.

Tale scelta si comprende probabilmente con la volontà di realizzare un compromesso tra l'intervento pubblico e i principi del liberalismo economico assicurando alle collettività locali il controllo della società in via potenziale.

¹⁰² Sulla soglia necessaria affinché una società possa essere considerata mista vi sono stati numerosi dibattiti in dottrina.

A tacitare tale dibattito è intervenuto il Conseil d'État che ha optato per la tesi prevalente in dottrina favorevole al criterio della partecipazione pubblica maggioritaria, in modo da permettere all'autorità pubblica di detenere il controllo della società (Cfr. Conseil d'État, 24 novembre 1978, n. 2020, 2150, 2853, 2882, *Syndicat national du personnel de l'énergie atomique*, in AJDA, 1979, n. 3, p. 42 ss).

¹⁰³ Cfr. D. Linotte, R. Romi, *Droit public économique*, VII ed., Paris, 2012, p. 175 ss.

Pur avendo il legislatore all'art. L 1521-1 dotato la SEML di un oggetto sociale ampio¹⁰⁴, la sua costituzione, proprio per la sua natura mista, è soggetta ad alcune limitazioni.

Con specifico riferimento al caso in cui la SEML intervenga su un mercato concorrenziale il Consiglio di Stato francese in un primo tempo, conformemente al suo orientamento tradizionale in ordine all'intervento delle collettività territoriali in ambito economico, ha affermato che, per verificare il rispetto dei principi di libertà di commercio e dell'industria, occorresse accertare la carenza dell'iniziativa privata¹⁰⁵

Tuttavia, successivamente, il supremo organo della giustizia amministrativa ha ammesso la costituzione di una SEML anche in assenza della detta carenza purché però l'attività svolta risponda a un interesse generale¹⁰⁶.

¹⁰⁴ L'art. 1521-1 CGCT prevede infatti *“les communes, les départements, les régions et leurs groupements peuvent, dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi, créer des SEML [...] pour réaliser des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou pour toute autre activité d'intérêt général [...] En outre, les SEML peuvent réaliser des opérations de conception, réalisation, entretien ou maintenance ainsi que, le cas échéant, de financement d'équipements hospitaliers ou médico- sociaux pour les besoins d'un établissement de santé, d'un établissement de social ou médico-social ou d'un groupement de coopération sanitaire”*. L'oggetto sociale deve, inoltre, rientrare nell'ambito di competenza del soggetto pubblico.

¹⁰⁵ Cfr. ad es., Conseil d'État, 23 dicembre 1994, n. 97449, *Commune de Claveaux-d'Aveyron*, in: AJDA, 1995, n. 4, p. 351.

In questo caso il Consiglio di Stato ha dichiarato illegale la partecipazione di un comune in una società di produzione di prodotti e materiali per la costruzione e la manutenzione delle strade proprio in considerazione della presenza di iniziativa privata nel settore in questione.

¹⁰⁶ Cfr. Conseil d'État, 5 luglio 2010 n. 308564, *Syndicat national des agence de voyage*. Per un commento alla citata sentenza vedasi: S. Nicinski, *Actualité du droit de la concurrence et de la régulation*, in: AJDA, 2011, n. 1, p. 18.

Il supremo organo della giustizia amministrativa ha in questo caso statuito che la presa in carica di attività turistiche da parte della SEML presenti *“un intérêt public suffisant permettant de regarder ces activités comme des activités d'intérêt général au sens de l'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT) et en jugeant que la carence de l'initiative privée sur le marché local des prestations touristiques en cause n'était pas une*

Medesima interpretazione estensiva è stata data in ordine al requisito della complementarietà delle differenti attività incluse nell'oggetto sociale dalla SEML .

In particolare il Consiglio di Stato ha precisato che occorre accertare non il loro carattere necessario ma che l'eventuale ulteriore attività costituisca uno sviluppo normale dell'attività svolta in via principale dalla società¹⁰⁷ .

Tuttavia la natura mista della società ha creato delle difficoltà pratiche e non esclude, peraltro, l'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica per i contratti con i quali la collettività locale affida a una SEML la prestazione dei servizi.

Nel tentativo di superare queste difficoltà¹⁰⁸, dopo aver sperimentato nel 2006¹⁰⁹ la formula delle sociétés publique locales d'aménagement, sono state disciplinate dal legislatore nel 2010 le società pubbliche locali.

condition nécessaire de la légalité de la décision attaquée devant elle, la cour n'a commis aucune erreur de droit et n'a pas, notamment, méconnu le principe de liberté du commerce et de l'industrie" .

Come affermato dall'autrice della nota succitata in questo caso sembrerebbe che il Consiglio di Stato abbia usato le espressioni "interesse pubblico" e "interesse generale" come aventi un significato differente, ponendo, quale criterio di distinzione, il non meglio precisato parametro della sufficienza.

¹⁰⁷ Conseil d'État, 5 luglio 2010, n. 308564, *Syndicat national des agence de voyage*, cit.

¹⁰⁸ Dovute anche all'impossibilità di applicare l'istituto delle prestazioni "in house".

¹⁰⁹ L. 13 luglio 2006 n. 2006-872 ha introdotto tali società disciplinate all'art. L. 327-1 del Code de l'Urbanisme.

2.5.2. Le società pubbliche locali.

La pressione degli attori pubblici nazionali finalizzata alla richiesta di strumenti che consentissero loro la sottrazione alle regole di concorrenza e, per altro verso, l'influenza del diritto comunitario hanno condotto all'introduzione, nel 2010¹¹⁰, della disciplina di un modo di gestione servizi pubblici industriali e commerciali: la società pubblica locale (c.d. SPL).

Più nello specifico il legislatore francese ha con tale legge inteso consacrare nell'ordinamento interno la teoria dell'affidamento *in house* già elaborata a livello comunitario e che trova un importante riferimento nella sentenza *Teckal* della Corte di Giustizia¹¹¹.

Il meccanismo introdotto a tal fine è quello della società per azioni messa a disposizione delle collettività territoriali per la realizzazione di attività di interesse generale.

Il rispetto delle condizioni previste a livello europeo è garantito prevedendo che il capitale sia interamente pubblico¹¹² e che l'esercizio

¹¹⁰ Legge 28 maggio 2010 n. 2010 - 559 che ha integrato l'art. L. 1531-1 del Code général des collectivités territoriales (CGCT).

¹¹¹ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 18 novembre 1999, c-107/98, *Teckal*.

¹¹² La giurisprudenza amministrativa francese ha operato un'interpretazione meno rigida di tale requisito ammettendo la configurabilità dell'affidamento *in house* quando la partecipazione del privato fosse non significativa, ad esempio nel caso in cui l'entità controllata dal soggetto pubblico include la rappresentazione di interessi privati.

Cfr. Conseil d'État, 6 aprile 2007, n. 314610, *Ville d'Aix en Provence*. Per un commento alla citata sentenza vedasi: F. Séners, *L'identification des organismes privés chargés d'une mission de service public*, in: RFDA, 2007, n. 4, p. 812.

Tuttavia, la giurisprudenza europea è stata sempre molto rigorosa nell'interpretazione di questo requisito, escludendo la configurabilità di tale istituto, e - quindi- della deroga alle regole di concorrenza, nel caso di presenza di un'azionista privato (Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenze 11 gennaio 2005, c-26/03, *Stadt Halle*).

Le recenti direttive UE del 2014 sembrano porsi nel senso di un indebolimento del rigore con cui era stato concepito l'istituto in questione dalla giurisprudenza europea.

delle attività avvenga “*esclusivamente per conto dei loro azionisti e sul territorio delle collettività territoriali (...) che ne sono membri*”¹¹³.

Il requisito del controllo analogo è assicurato prevedendo che lo statuto della società sia strutturato in modo da consentire all’amministrazione aggiudicatrice lo svolgimento dello stesso controllo che la stessa svolge sui propri servizi e, quindi, l’esercizio di “*una influenza decisiva sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della persona giuridica controllata*”¹¹⁴.

Pertanto anche sulla sussistenza di tale controllo sono intervenute le recenti direttive UE del 2014 ammorbidendo il rigore della giurisprudenza europea. Infatti, in contrasto con la giurisprudenza

Infatti, l’art. 17 c.1 della direttiva UE 2014/23 prevede l’assenza “*capitali privati diretti*” consentendo “*forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto (...) che non esercitano un’influenza determinante sulla persona giuridica controllata*”.

¹¹³ Cfr. art. 1531-1 del Code générale des collectivités territoriales (CGCT).

Si tratta di un’esigenza costantemente affermata nella giurisprudenza europea per cui un eventuale attività che non risponda a tale requisito deve avere carattere marginale (Cfr. ex multis, Corte di Giustizia dell’Unione Europea, sentenza 11 maggio 2006, c-340/04, *Carbotermo s.p.a.*).

Inoltre, nel caso in cui più poteri detengono l’entità, l’attività presa in considerazione al fine di verificare la sussistenza del detto requisito è quella che l’operatore realizza per le persone giuridiche nel loro insieme.

È appena il caso di ricordare che anche su tale condizione sono recentemente intervenute le direttive del 2014.

L’art. 17 c. 1 della direttiva UE 2014/23 infatti fissa una soglia di attività che l’operatore deve destinare all’amministrazione aggiudicatrice. Tale soglia è di oltre l’80 % calcolata in funzione delle cifre d’affari medie degli ultimi 3 anni.

Anche l’introduzione di tale soglia quantitativa sembra “alleggerire” la portata delle condizioni richieste per configurare l’istituto in oggetto poiché sembra essere assorbita in tale soglia la valutazione in ordine alla marginalità dell’eventuale attività ultronea a quella svolta a favore dell’amministrazione.

¹¹⁴ Cfr. art. 17 c.1. direttiva UE 2014/23.

Si deve trattare, peraltro, di un controllo effettivo, non essendo sufficiente la detenzione del 100% del capitale in mano pubblica e l’esistenza di un potere formale di controllo. Conformemente agli insegnamenti della giurisprudenza europea occorre infatti accertare una situazione di dipendenza effettiva dell’operatore nei confronti dell’amministrazione o ente aggiudicatore.

europea¹¹⁵ anteriore all'entrata in vigore delle citate direttive, il suddetto requisito si considera soddisfatto non solo qualora tale controllo sia esercitato in modo diretto dall'amministrazione ma anche laddove lo stesso sia svolto “*da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore*”.

Dalla disciplina appena delineata appare evidente che trattasi di un istituto che, oltre a recepire a livello interno il già citato affidamento *in house*, risponde alla volontà di emancipazione delle collettività locali.

Infatti le società pubbliche locali sono sottomesse a delle regole meno stringenti rispetto a quelle dettate per le omologhe società d' economia mista locale.

La pressione delle collettività locali si è, comunque, tradotta in un largo consenso che ha condotto all'approvazione unanime della legge del 2010 in sede parlamentare.

Del resto tale favore verso questo strumento è dimostrato anche dalle statistiche riportate dalla Fédération des entreprises locales che, in un documento aggiornato all'1 giugno 2015, conta 238 società pubbliche locali¹¹⁶.

Sebbene non si tratti in tutti i casi di società di “nuovo conio” ma di conversione delle società miste locali, il cui statuto viene modificato per renderlo compatibile ai requisiti del più recente istituto, tale successo

¹¹⁵ Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 11 maggio 2006 c-340/04, *Carbotermo s.p.a.*, cit. Secondo la Corte europea, infatti, tale controllo indiretto poteva indebolire il controllo eventualmente esercitato dall'ente aggiudicatore.

¹¹⁶ Cfr. *EPL scope 2015 synthese*, consultabile sul sito: <http://www.lesepl.fr/epl.php>.

testimonia la volontà degli eletti a livello locale di servirsi di uno strumento che consenta loro di mantenere un forte controllo sull'operatore che eroga il servizio e di aggirare l'applicazione delle regole concorrenziali.

Ciò in un contesto di indebolimento dei requisiti dell'in house a livello comunitario, come dimostrano le recenti direttive UE nn. 23 e 24 del 2014.

2.5.3. Le società miste a operazione unica.

Ulteriore strumento introdotto recentemente dal legislatore¹¹⁷ per la gestione dei servizi pubblici, le società miste a operazione unica costituiscono secondo parte della dottrina una versione francese del modello di partenariato pubblico - privato istituzionalizzato (c.d. PPPI).

Come emerge dai rapporti parlamentari che hanno preceduto la promulgazione della legge, la volontà dei rappresentanti delle collettività locali era quella, in un contesto di rarefazione delle risorse a loro disposizione, di poter contare su forme di gestione del servizio pubblico che consentissero da una parte di mantenerne il controllo e dall'altra di poter beneficiare dell'apporto economico dei privati¹¹⁸.

¹¹⁷ Legge 1 Luglio 2014 n. 2014-744 che ha introdotto la disciplina di tali società agli artt. L. 1541 ss. del Code générale des collectivités territoriales (CGCT).

¹¹⁸ Cfr. Rapport J. Mézard (2013-2014) fatto a nome della commissione delle leggi, n. 199, p. 7 in: <http://www.senat.fr/rap/113-199/113-1991.pdf>.
Si legge infatti “*les élus locaux souhaitent une optimisation du fonctionnement des services publics locaux en réintégrant leur gouvernance tout en cherchant à bénéficier du savoir-faire du secteur privé*”.

E' interessante notare che per rispondere a tali esigenze il legislatore abbia utilizzato il modello delle società miste e non quello della società a intero capitale pubblico introdotta solo qualche anno prima¹¹⁹.

Si trattava, infatti, di porre in essere un nuovo modello di gestione che fosse in grado di rispondere alle critiche mosse ai contratti di partenariato e ai limiti di ricorso alla *régie* o alle tradizionali forme di *délégations de service public*.

Peraltro, neanche il modello - già conosciuto - della società mista rispondeva perfettamente all'intento delle collettività locali che era quello di trovare uno strumento che consentisse loro di concludere contratti mediante trattativa privata con una società mista, sfuggendo, così, alle regole di concorrenza.

Si scontrava, infatti, contro questo desiderio l'orientamento costantemente affermato dalla giurisprudenza del Conseil Constitutionnel secondo cui le società miste devono essere trattate come tutte le altre società commerciali poiché le caratteristiche specifiche dello statuto delle prime non legittimerebbero un trattamento differenziato, pena la violazione del principio di uguaglianza¹²⁰.

Tale orientamento, del resto, non è stato sconfessato nemmeno dalle recenti direttive UE 2014 n. 23, 24¹²¹ che, sebbene abbiano indebolito i requisiti per la configurazione dell'*in house*¹²² ammettendo - tra l'altro - la possibilità di una partecipazione privata, tuttavia contengono la

¹¹⁹ V. supra

¹²⁰ Cfr. ex multis, Conseil Constitutionnel, 20 gennaio 1993 n. 92-316 DC.

¹²¹ Cfr. art. 17 direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione e art. 12 direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici.

¹²² V. supra.

precisazione che la stessa non può comportare il controllo o l'attribuzione di poteri di veto.

Neanche la prassi della partecipazione delle società miste in corso di costituzione alle procedure concorrenziali bandite dalle collettività locali si rilevava soddisfacente.

Infatti, nonostante l'avallo del Conseil d'État¹²³, tale soluzione palesava il rischio di alterazione della concorrenza in favore della detta società mista che avrebbe potuto godere di una posizione privilegiata rispetto agli altri candidati.

Proprio queste difficoltà avevano accompagnato l'emersione in sede europea¹²⁴ della figura del partenariato pubblico - privato istituzionalizzato che si caratterizza per l'espletamento di un'unica procedura concorrenziale "a monte" per la scelta del socio privato che rispetti quella relativa all'attribuzione del contratto da concludere con l'entità mista¹²⁵.

Anche la Corte di Giustizia si è espressa in senso favorevole. Da segnalare in questa sede è la precisazione contenuta nella sentenza *Acoset* in cui la Corte Europea precisa che in tal caso la società mista deve essere specialmente creata al fine della fornitura di un servizio e deve avere un oggetto sociale unico.

¹²³ Cfr. Conseil d'État sentenza 6 aprile 2007 n. 284736, *Commune d'Aix en Provence*, cit.

¹²⁴ Cfr. Commissione Europea, Comunicazione interpretativa del 5 febbraio 2008 COM. 2007/6661.

¹²⁵ Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 15 ottobre 2009, c-196/08, *Acoset s.p.a* in: AJDA, 2009, n. 35, p. 1922.

Peraltro le nuove direttive, pur non contenendo un espresso riferimento a tale istituto, sembrerebbero non sconfessare la detta impostazione.

L'impostazione seguita dal legislatore francese si pone dunque, nel solco della pregressa elaborazione europea. La disciplina legislativa introdotta nel 2014, infatti, disegna una società mista avente ad oggetto l'esecuzione di un contratto riguardante una sola operazione da scegliere tra quelle previste dallo stesso legislatore¹²⁶.

Anche in questo caso la selezione dell'operatore economico, azionista della società, avviene a monte, non essendo necessaria una successiva selezione concorrenziale - a valle - per l'attribuzione del contratto¹²⁷.

Peraltro proprio tale meccanismo crea dei problemi di compatibilità con l'ordinamento francese in quanto lo stesso contratto avrebbe come esecutore la società mista e come aggiudicatario il socio privato.

Più nello specifico, la disciplina di tali società sul punto porrebbe dei problemi di compatibilità costituzionale in quanto, come ricordato dal Conseil d'État¹²⁸, la regola di identità tra candidato che presenta l'offerta e titolare del contratto è espressione dei principi costituzionali di libero accesso, parità di trattamento dei candidati e trasparenza che devono regolare la procedura concorrenziale.

Altra particolarità consiste nella composizione della società; infatti l'art. L. 1541-1 CGCT menziona tra gli azionisti oltre alle collettività

¹²⁶ Cfr. art. 1541-2 Code général des collectivités territoriales (CGCT).

La società è quindi interamente dedicata al contratto che costituisce oggetto dell'operazione per cui la stessa è stata costituita, non potendo svolgere alcuna attività accessoria distinta da quel contratto. Proprio tale asservimento a una ben determinata operazione spiega il divieto per la società di prendere partecipazioni in altre società commerciali (art. L. 1541-1 CGCT).

Sul punto merita di essere segnalato l'allargamento dell'oggetto sociale potendo lo stesso consistere più genericamente nei "contrats de concession ou aux marchés publics" in luogo dell'elencazione degli specifici tipi contrattuali contenuta nella disciplina del 2014.

¹²⁷ La gara è a doppio oggetto riguardando sia l'aggiudicazione del contratto che la selezione dell'azionista della società incaricata di eseguire il contratto.

¹²⁸ Conseil d'État, section de l'administration, parere, 1 dicembre 2009 n. 383264.

territoriali e i loro raggruppamenti anche gli “operatori economici”. Tale ampio riferimento non esclude, quindi, la possibilità che a partecipare del capitale della società siano altri attori pubblici quali gli *établissement public industriels et commerciaux* (c.d. EPIC) o a delle *régie* dotate di personalità giuridica¹²⁹.

In parziale rottura con la tradizione delle società miste locali, si pone la disposizione per cui la partecipazione dell’azionista pubblico deve essere compresa tra il 34% e l’85% del capitale della società.

Infatti la tendenza seguita dagli attori pubblici era quella di aumentare la partecipazione pubblica al capitale sociale o creare società pubbliche locali.

Tale inversione legislativa è probabilmente lo specchio di un cambiamento avvenuto a livello nazionale ove, probabilmente per un contesto di diminuzione di risorse a disposizione nel budget, l’intervento dello Stato nell’economia passa attraverso l’acquisizione di partecipazioni minoritarie.

Ciò comunque non implica una rinuncia al mantenimento del controllo pubblico sulla società e, quindi, nell’attività di gestione del servizio pubblico.

In tale ottica vanno, infatti, lette la disposizione che attribuisce seggi nel consiglio di amministrazione o di sorveglianza in misura proporzionale al capitale detenuto e quella che la collettività ha qualità di

¹²⁹ Cfr. G. Eckert, *La SEMOP, instrumentum du renouveau de l’action publique locale?*, in: AJDA, 2014, n. 34, p. 1941.

In questo caso, osserva l’autore, la società benché sia denominata “mista” comprende in realtà due azionisti pubblici. Tuttavia non potrà seguire il regime delle società pubbliche locali in quanto questa è composta esclusivamente da collettività territoriali o da loro raggruppamenti.

amministratore e i suoi mandatari sono eletti in seno al suo organo deliberante restando in carica per la durata del loro mandato politico¹³⁰.

Quale ulteriore garanzia, almeno formale, di controllo dell'attore politico sulla società, è inoltre previsto che la presidenza del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza sia riservata ai rappresentanti delle collettività territoriali.

In effetti tali disposizioni potrebbero non garantire un controllo effettivo ed efficace su tale entità mista, ciò dipendendo da una volontà forte in tal senso della collettività territoriale¹³¹.

Infatti tale modello potrebbe essere utilizzato come un modo di gestione diretta del servizio pubblico attraverso l'utilizzo di strumenti di diritto privato o potrebbe risolversi in un'entità autonoma e svincolata - nei fatti - dal controllo pubblico. Insomma il legislatore sembra abbia voluto creare uno strumento che lascia alle parti la possibilità di determinare l'assetto sostanziale delle loro relazioni.

2.6. Osservazioni conclusive.

Le trasformazioni giuridiche ed economiche intervenute negli ultimi trent'anni nell'ordinamento francese con riferimento - per un verso - alla riorganizzazione istituzionale operata con le leggi di decentralizzazione e - per altro verso - alla crisi economica e

¹³⁰ Si tratta di una disposizione dettata anche per le società a economia mista locale (art. 1524-5 CGCT)

¹³¹ In ogni caso il controllo pubblico non si misura solamente facendo riferimento alla partecipazione al capitale sociale. Ad esempio potrebbe aversi un forte controllo pubblico esercitato sulla base di clausole statutarie della società e in presenza di una partecipazione pubblica minoritaria al capitale della stessa.

finanziaria, hanno contribuito a una trasformazione nei modi di gestione dei servizi pubblici.

Infatti per effetto della riforma appena citata, che ha esteso le competenze delle collettività territoriali, queste ultime sono state costrette ad assumere sempre più attività di servizio pubblico, dovendo fare i conti con vincoli giuridici e limitazioni economiche derivanti, le prime essenzialmente dalle prescrizioni europee, le seconde, dalle sempre minori risorse messe a loro disposizione dallo Stato.

In questo contesto pressante è stata la richiesta da parte degli attori politici locali di strumenti che consentissero loro di sfuggire all'applicazione delle regole concorrenziali e di mantenere il controllo nell'organizzazione, funzionamento e gestione del servizio pubblico loro affidato.

Tale pressione ha condotto a disciplinare nel 2010 le società pubbliche locali e introdurre nel 2014 le società miste a operazione unica¹³².

Detti strumenti si caratterizzano per realizzare un indebolimento delle regole concorrenziali dal momento che nel primo caso non trovano applicazione, mentre nel secondo caso si applicano solamente nella fase di selezione a monte dell'operatore privato.

Sembrerebbe, cioè, che l'introduzione di queste nuove forme di gestione dei servizi pubblici esprima se non una tendenza verso la

¹³² Appena un anno dopo, nel 2015, il legislatore ha poi introdotto la *société d'économie mixte d'aménagement à operation unique* (legge 7 agosto 2015 n. 2015-991 e la *société d'économie mixte hydroélectrique* (legge 17 agosto 2015 n. 2015-992).

rimunicipalizzazione dei servizi pubblici, quanto meno un inversione di marcia rispetto all'esternalizzazione degli stessi¹³³.

Del resto dai dati messi a disposizione sul sito delle EPL¹³⁴ si evince, quanto meno per alcuni servizi, la preferenza delle collettività territoriali per l'utilizzo dello strumento delle società pubbliche locali che, pur essendo strutture esterne alle persone pubbliche, traducono una volontà di re-internalizzare la missione del servizio.

Infatti all'1 giugno 2015 risultano in attività 970 società miste e 238 società pubbliche locali mentre su 207 progetti di nuova costituzione, risultanti alla medesima data, 107 riguardano solo le SPL, 70 le SEML e 16 le SEMOP¹³⁵.

Da questi dati si ricava la tendenza alla riappropriazione da parte delle collettività territoriali di alcune attività, specie in settori rilevanti come quello in materia di ambiente ed energia, in cui gli attori locali preferiscono l'utilizzo di tali strumenti che permettono loro di avere maggior peso nella governance delle società¹³⁶.

¹³³ O comunque la realizzazione di una esternalizzazione fittizia. In questo senso cfr. J-C. Videlin, *La remunicipalisation des services publics: apparence ou réalité?*, La semaine juridique - administrations et collectivités territoriales, 2014, n. 10, p. 2065 ss.

¹³⁴ Vedi: <http://www.lesepl.fr>.

¹³⁵ Dalle indicazioni contenute negli statuti risulta, inoltre, che gli ambiti privilegiati di intervento delle società di futura costituzione sono il settore del turismo e della cultura, che conta 67 progetti in tutto, e il settore dell'ambiente e delle reti, in cui rientrano 62 progetti in totale di cui la metà riguardano l'ambito energetico. Seguono poi 26 progetti riguardanti lo sviluppo economico, 25 relativi alla pianificazione, 18 riguardanti i servizi alla persona, 5 l'habitat e il campo immobiliare e 4 la mobilità. Con riguardo poi all'iniziativa di tali progetti, occorre osservare che, anche per effetto della legge MAPTAM (Legge 27 gennaio 2014 n° 2014-58) sono aumentati del 5% rispetto al 2014 i progetti avanzati da parte delle strutture intercomunali. Anche i comuni mantengono la loro importanza con il 37% dei progetti presentati (il 3% in più rispetto al 2014).

¹³⁶ Inoltre, soprattutto per i progetti di SEML e SEMOP, le collettività locali possono beneficiare delle competenze e delle capacità di investimento degli operatori privati.

Tale tendenza si esprime quindi non con un ritorno formale alla *régie*, ma attraverso l'impiego degli strumenti più agevoli appena citati che consentono alle collettività territoriali di mantenere il controllo delle attività di servizio pubblico.

Capitolo III:

SERVIZI PUBBLICI E ORDINAMENTO EUROPEO

SOMMARIO: 3.1. L'Unione Europea e il fenomeno dei servizi pubblici. - 3.2. I servizi di interesse economico generale. - 3.3. I servizi di interesse non economico generale. - 3.4. Sulla distinzione tra servizi di interesse economico generale e servizi di interesse generale: la posizione della Corte Costituzionale e della giurisprudenza amministrativa. - 3.5. Il servizio universale. - 3.6. Osservazioni conclusive.

3.1. L'Unione Europea e il fenomeno dei servizi pubblici.

La Comunità Economica Europea, oggi Unione, per lungo tempo non si interessò al tema dei servizi pubblici in quanto il suo scopo era quello di sopprimere gli ostacoli alla libera circolazione delle merci al fine di creare un mercato unico.

Ecco perché le poche disposizioni contenute nel Trattato istitutivo¹³⁷ loro riferibili rimasero sostanzialmente inattuato fino al 1987 anno in cui fu firmato l'Atto Unico Europeo¹³⁸.

¹³⁷ Si fa riferimento agli artt. 37, 90 (attuale art. 106 TFUE) e 77 (odierno art. 93 TFUE) del Trattato di Roma. In particolare la prima disposizione prevede il “*riordinamento dei monopoli nazionali che presentano carattere commerciale*” mentre la seconda limita la possibilità di attribuire diritti speciali o esclusivi a imprese e prevede come unica eccezione alla regola della concorrenza per le imprese incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale l'impossibilità di adempiere alla missione loro affidata.

Infine l'ultima delle disposizioni citate sancisce la compatibilità con il Trattato di aiuti richiesti in materia di trasporti in dipendenza di missioni di servizio pubblico.

Fu, infatti, a partire da tale momento che, raggiunto l'obiettivo di creare il mercato comune per le attività gestite dalle imprese private, si iniziò a porre mano all'apertura del mercato anche nel settore dei c.d. servizi di interesse economico generale¹³⁹.

L'applicazione delle regole concorrenziali anche nel campo dei "servizi pubblici" di rilevanza economica ha costituito una vera e propria

Il "fugace riferimento" ai servizi pubblici contenuto nel Trattato di Roma non deve comunque stupire. Infatti, si è osservato in dottrina, "la sfida dell'epoca consisteva nella costruzione di un Mercato comune, attraverso l'eliminazione degli ostacoli al commercio. Era subito apparso che una forma di unità dei Paesi europei, per essere credibile e duratura, dovesse appoggiarsi ad una base economica: la concordia politica non poteva che risultare rinforzata dalla crescita della ricchezza. Questa era la base che fungeva da punto di partenza verso un'evoluzione di integrazione politica."

Cfr. G. E. Berlingero, *Studi sul pubblico servizio*, Milano, 2003, p. 295 ss.

¹³⁸ Invero già prima dell'adozione dell'Atto Unico Europeo era stato constatato nel primo libro bianco emanato dalla Commissione europea per il completamento del mercato interno la sussistenza di un "ardente obbligo" nonché una "urgente necessità" di liberalizzare determinati servizi.

Cfr. Libro bianco della Commissione per il Consiglio europeo, del 28-29 giugno 1985, *Il completamento del mercato interno*, COM(85) 310 def.

¹³⁹ Tale impresa, estranea alla tradizione giuridica di alcuni paesi europei, era stata per lungo tempo ritenuta impossibile essendo inconciliabili, secondo l'impostazione dottrinale tradizionale dei citati paesi, le esigenze della concorrenza con quelle di protezione del pubblico interesse.

Da questo punto di vista a livello europeo si registrano due distinte tradizioni giuridiche.

I sistemi di diritto latino, quali l'Italia, la Francia, la Spagna, il Belgio, il Lussemburgo, il Portogallo e la Grecia, si caratterizzano per l'adozione di una concezione forte di servizio pubblico, cui segue l'applicazione di una definita disciplina sostanziale e da cui derivano altresì conseguenze in ambito processuale.

Inoltre, tali sistemi hanno manifestato maggiore attenzione per la qualità del servizio e la tutela dell'utente.

Sul versante opposto si collocano altri sistemi giuridici (è il caso ad esempio dell'Inghilterra e della Germania) che non conoscono la nozione di servizio pubblico e mirano, invece, alla più ampia liberalizzazione del mercato.

Di tali differenti tradizioni sono consapevoli le istituzioni europee.

Nel Libro Verde su *I servizi di interesse generale* la Commissione ha, infatti, affermato che "Nella discussione a livello europeo, le differenze terminologiche, le confusioni sul piano semantico e le diverse tradizioni degli Stati membri hanno determinato interpretazioni errate. Negli Stati membri, per i servizi di interesse generale, si utilizzano termini e definizioni diverse, frutto quindi di un'evoluzione diversa sul piano storico, economico, culturale e politico".

Cfr. Libro verde della Commissione europea del 21 maggio 2003 sui servizi di interesse generale, COM (2003) 270 def.

Sull'evoluzione della nozione di servizio di interesse economico generale nel diritto comunitario si segnala: L. G. Radicati di Brozolo, *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino, 2001.

rivoluzione copernicana in quegli ordinamenti, come il nostro, in cui si sosteneva la totale estraneità delle prime rispetto ai secondi.

L'obiettivo di inglobare anche i sieg nel mercato unico si è tradotto nello smantellamento dei monopoli nazionali, questi ultimi considerati quale cruciale impedimento alla creazione di un mercato senza confini,¹⁴⁰ e nel contestuale avvio dei processi di privatizzazione e liberalizzazione.

É proprio da questo punto di vista che è preso in considerazione e - per l'effetto - disciplinato il fenomeno dei "servizi pubblici".

Da queste brevi considerazioni e, senza anticipare il percorso argomentativo che sarà svolto nel prosieguo della trattazione, si può affermare che nella predisposizione della disciplina europea dei servizi

¹⁴⁰ Il fenomeno appena descritto ha provocato cambiamenti molto intensi nel nostro Paese. In Italia si era, infatti, affermato un modello di Costituzione economica in cui il comma 1 dell'art. 41 Cost. era stato oggetto di "un'opera di ibernazione" e contestuale valorizzazione del comma 3 del medesimo articolo. Ciò si era tradotto nel forte intervento dello Stato nell'economia che si manifestava nella presenza di monopoli legali per la gestione dei più importanti servizi a rete quali le telecomunicazioni, l'energia, le poste. Con l'introduzione della libera competizione nel settore dei servizi di interesse economico generale si operò, invece, il processo interpretativo inverso a quello prima citato, determinando il *risveglio* del primo comma dell'art. 41 Cost. Tale processo, innescato dalla miccia europea, venne reso più agevole dalla debolezza delle difese costituzionali rispetto all'intervento pubblico nell'economia. Si spiega anche alla luce di un simile contesto l'impatto penetrante che ha avuto la citata politica europea di apertura al mercato. Sull'argomento vedasi: M. Clarich, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza tedesca e italiana a confronto*, in: Riv. trim. dir. pubbl., 2003, p. 91 ss. Non meno dirompenti sono stati gli effetti della detta politica europea in Francia. Tuttavia nell'ordinamento francese l'art. 410-1 del Codice del Commercio prevedeva già l'applicazione delle regole concorrenziali "a tutte le attività di produzione, di distribuzione e di servizi, ivi comprese quelle attività che sono svolte dalle persone pubbliche nel quadro delle convenzioni di delegazione di servizio pubblico".

pubblici si è optato per la costruzione di un modello autonomo¹⁴¹ rispetto a quello proprio delle tradizioni nazionali degli Stati membri.

Ciò si deduce dalla stessa terminologia impiegata a livello europeo che, al posto della nozione di servizio pubblico, ha preferito utilizzare le diverse nozioni di servizio di interesse economico generale, servizio di interesse generale e servizio universale.

L'autonomia del modello europeo è affermata anche nelle prime decisioni giurisprudenziali rese dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

¹⁴¹ Alcuni autori negano che la nozione di *sieg* abbia una propria identità autonoma essendo, invece, frutto delle identità storico-culturali di gruppi sociali e istituzioni degli Stati membri cui l'Unione Europea attinge per la costruzione della propria identità.

Così, D. Sorace, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in: Dir. pubbl., 1999, p. 374 ss.

Secondo parte della dottrina l'attività di sintesi delle diverse esperienze nazionali ha condotto, a livello europeo, all'affermazione della nozione di servizio di interesse economico generale equivalente, quanto ai suoi elementi costitutivi, ai servizi pubblici a carattere industriale e commerciale del diritto amministrativo francese.

Sul punto veda: N. Rangone, *I servizi pubblici*, cit., p. 19 ss.

In particolare gli artt. 14 TFUE e l'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali di Nizza, nel funzionalizzare i *sieg* all'obiettivo della coesione sociale e territoriale, costituiscono il risultato della penetrazione nel diritto europeo del modello francese di *service public*.

Dell'ordinamento anglosassone il diritto europeo ha recepito l'assoggettamento - salvo eccezioni - di detti servizi alla regola della concorrenza e del mercato.

Inoltre, nonostante l'operare del principio di neutralità ex art. 345 TFUE, il modello europeo si caratterizza, come quello anglosassone, per la preferenza accordata ad una concezione di Stato regolatore piuttosto che gestore nel settore dei *sieg*.

Cfr. sul punto: D. Gallo, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010, p. 237 ss.

Nell'ordinamento italiano, invece, l'espressione di cui all'art. 106, c. 2, TFUE "*imprese incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale*" trova un equivalente nell'art. 43 Cost. avente ad oggetto "*le imprese che si riferiscono a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio e abbiano carattere di preminente interesse generale*".

Cfr. S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 1995, p. 75 ss.

Sull'argomento si veda anche: G. Marcou, *Il servizio pubblico di fronte al diritto comunitario*, cit., p. 7 ss.

Nelle conclusioni rese dall'avvocato generale nella causa *Port de Mertert*¹⁴² si legge, infatti, che “*la nozione di servizio di interesse economico generale è estremamente ampia e per questa ragione, sembra che gli autori del Trattato l'abbiano preferita alla nozione, più tradizionale per certi diritti nazionali ma probabilmente più ristrette, di servizio pubblico economico o di servizio pubblico a carattere industriale e commerciale*”.

La costruzione europea in materia di servizi pubblici si caratterizza, quindi, per la sua peculiarità rispetto alle categorie nazionali.

E ciò innanzitutto per la fondamentale considerazione che la categoria europea è stata creata per regolare questioni eminentemente economiche cioè - più precisamente - per regolare gli interventi delle autorità pubbliche in ambito economico specie laddove gli stessi ledano il libero gioco della concorrenza.

Ciò spiega la mancata profusione da parte delle istituzioni europee di sforzi definitivi delle nozioni di nuovo conio prima citate, i cui contorni mobili hanno consentito la sempre maggiore attrazione di attività di servizio pubblico nell'alveo della concorrenza.

Da questo punto di vista si comprende l'apparizione solo in tempi recenti nell'ordinamento europeo della categoria dei c.d. “servizi di interesse generale” cioè di servizi che, forniti o meno dietro retribuzione, sono “*considerati d'interesse generale dalle autorità*

¹⁴² Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 14 Luglio 1971, *Ministère public luxembourgeois c. Muller*, c- 10/71.

pubbliche e soggetti quindi a specifici obblighi inerenti al pubblico servizio”¹⁴³.

Nonostante la loro menzione operata dal Trattato di Lisbona, nonché nel Protocollo n. 26 ad esso allegato, si tratta di servizi che, essendo esclusi dall'applicazione delle regole di concorrenza, sono sforniti di una disciplina a loro dedicata.

Da quanto sin qui esposto emerge, quindi, che le citate nozioni europee non sono perfettamente sovrapponibili a quella di servizio pubblico adoperata a livello nazionale, mescolandosi, a livello europeo, nozioni e istituti propri di tradizioni giuridiche differenti.

Propria della tradizione giuridica di common law è, ad esempio, la nozione di servizio universale che mira a correggere gli eccessi di una impostazione interamente basata sul mercato¹⁴⁴, in funzione di garanzia del singolo e di salvaguardia del gruppo sociale nel suo insieme.

L'emersione di tale nozione¹⁴⁵ testimonia l'inefficienza del mercato a garantire gli idonei standard quali-quantitativi della prestazione dei servizi liberalizzati e introduce problematiche diverse inerenti al

¹⁴³ Comunicazione della Commissione, COM (1996) 443, del 10 settembre 1996, *I servizi di interesse generale in europa*, in: Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea C281 del 26 settembre 1996.

Si tratta di una categoria che comprende sia i servizi di interesse economico generale che i servizi di interesse non economico generale.

¹⁴⁴ Tale funzione è svolta anche dagli obblighi di servizio pubblico. Si tratta di fenomeni distinti ma che possono presentarsi in maniera complementare in quanto le norme europee sul servizio universale attengono alla modalità di funzionamento del mercato, mentre gli obblighi di servizio pubblico rappresentano giuridicamente una contromisura al fallimento del mercato.

¹⁴⁵ Anche se, come osservato in dottrina, la portata di tale istituto e delle relative discipline in sede di regolazione dei servizi a rete mutano da un settore all'altro in ragione degli sviluppi concorrenziali e tecnologici dei mercati.

Cfr. sul punto M. Capantini, *Il servizio universale e le sue modalità di finanziamento. La soluzione dei fondi di compensazione*, in: Riv. it. dir. pubbl. com., 2003, p. 99 e ss.

fenomeno della regolazione e ai meccanismi di compensazione che si rendono necessari all'operatività di tale nozione.

Ciò nonostante ancora oggi - all'esito delle modifiche operate dal Trattato di Lisbona - è il rafforzamento del mercato unico e concorrenziale il mezzo individuato a livello europeo per *“rafforzare l'unità delle economie [degli Stati membri] e ... assicurare lo sviluppo armonico, riducendo le disparità tra le differenti regioni ed il ritardo di quelle meno favorite”*.

L'attenzione alla dimensione economica del servizio emerge anche dall'art. 14 TFUE. Infatti, rispetto alla precedente versione¹⁴⁶, tale disposizione, dopo aver ricordato *“l'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale”*, prevede l'impegno degli Stati membri e dell'Unione secondo le rispettive competenze affinché tali servizi funzionino secondo *“principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie”*.

Neanche l'art. 36 della Carta di Nizza si discosta da tale lettura in quanto rinvia alle legislazioni e alle prassi nazionali la tutela dell'accesso ai servizi di interesse economico generale, limitandosi a prevedere il riconoscimento e il rispetto a livello europeo di tali discipline.

¹⁴⁶ L'art. 16 Trattato CE, introdotto dal Trattato di Amsterdam, nella versione anteriore alle modifiche operate dal Trattato di Lisbona, così recitava: *“Fatti salvi gli articoli 73, 86 e 87, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, la Comunità e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione del presente trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i loro compiti.”*

L'importanza rivestita dai servizi di interesse economico generale nella costruzione europea, e gli effetti che tale impostazione produce sugli ordinamenti nazionali degli Stati membri, impone l'approfondimento della relativa nozione.

In particolare, poiché le regole concorrenziali trovano applicazione con riferimento a tali servizi e non con riguardo a quelli di interesse non economico generale e, non essendo la distinzione tra le citate nozioni posta a livello normativo, ci si soffermerà sui criteri elaborati dalla giurisprudenza europea sulla detta distinzione, per poi confrontarla con la giurisprudenza costituzionale e amministrativa nazionale.

3.2. I servizi di interesse economico generale

Ritagliata nell'ambito della categoria dei servizi di interesse generale (c.d. SIG), la nozione di servizio di interesse economico generale (c.d. SIEG) risulta sfornita di una precisa definizione ad opera della normativa europea.

Infatti, l'art. 106 TFUE si limita a stabilire al secondo comma l'applicazione delle regole previste dai Trattati, e in particolare quelle concorrenziali, alle imprese incaricate della gestione dei SIEG *“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”*¹⁴⁷.

¹⁴⁷ In tal senso anche l'art. 8 della l. 1990 n. 287 che, sia pure con diversa formulazione prevede la non applicazione delle regole concorrenziali alle imprese che *“per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio su mercato per quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici obblighi loro affidati”*.

La differente terminologia impiegata a livello europeo, rispetto a quella adoperata in alcuni Stati membri tra cui il nostro, non è casuale ma è dovuta all'intento di trovare una soluzione in grado di attenuare le dispute terminologiche esistenti intorno alla nozione di servizio pubblico.

Si è, così, introdotta una nozione nuova che, però, non è stata esente da vivaci dibattiti dottrinari e che ha dato altresì luogo a inevitabili incertezze interpretative.

Ci si è chiesto, ad esempio, se la qualificazione a livello europeo del servizio¹⁴⁸ come avente "interesse generale" corrisponda a quella nazionale che lo definisce, invece, "pubblico".

In dottrina è stato osservato che la citata qualificazione europea sta ad indicare la rilevanza non della qualità degli enti che erogano il servizio ma della funzione che lo stesso è chiamato a svolgere¹⁴⁹.

Da questo punto di vista sembra forte l'analogia con l'ordinamento francese che parimenti utilizza il criterio dell'interesse generale per giustificare l'assunzione di una determinata attività come servizio pubblico.

¹⁴⁸ La nozione di servizio viene definita, in via residuale, dall'art. 57 TFUE come comprendente quelle "prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci dei capitali e delle persone. I servizi comprendono in particolare: a) attività di carattere industriale; b) attività di carattere commerciale; c) attività artigiane; d) le attività delle libere professioni". Tale nozione è poi ripresa dalla direttiva 2016/123/CE che all'art. 4 definisce il servizio come qualsiasi attività economica non salariata fornita normalmente dietro retribuzione.

¹⁴⁹ Cfr. G. Marcou, *Il servizio pubblico di fronte al diritto comunitario*, il Filangieri, 2004, p. 29.

Peraltro va osservato che è proprio l'interesse generale a fungere da criterio che permette di distinguere i SIEG dalle altre attività economiche. Queste ultime, infatti, non caratterizzandosi per tale interesse, vengono lasciate alla libera iniziativa economica.

Tuttavia - a differenza dell'ordinamento europeo - in cui prevale un approccio di tipo economico, nel sistema francese tale criterio viene letto in chiave fortemente soggettiva.

Infatti l'interesse generale ispira la scelta - eminentemente politica - in ordine all'istituzione del servizio pubblico che viene, poi, consacrata attraverso un atto legislativo.

L'ideologia fortemente liberale che ispira l'ordinamento europeo ha importato, invece, l'adesione a un approccio differente.

Quest'ultimo si caratterizza per individuare nella concorrenza la regola e ravvisare nell'intervento pubblico nell'economia l'eccezione che deve giustificarsi per ragioni concrete.

Più nello specifico si tratta di un approccio che poggia sulla nozione di attività economica per individuare quelle attività ricomprese all'interno dei sieg, e quindi nell'ambito di operatività delle regole di concorrenza, nozione che per la sua identificazione rinvia a criteri di carattere oggettivo.

É vero che nella costruzione europea spetta alla discrezionalità del singolo Stato membro la scelta in ordine all'attribuzione del carattere - economico o meno - del servizio pubblico.

Tuttavia si tratta di una discrezionalità limitata proprio dalla detta economicità dell'attività in questione che finisce inevitabilmente per condizionare la scelta dello Stato.

Il margine di manovra statale nella definizione dei sieg è, inoltre, ridotto da eventuali norme di armonizzazione emanate in determinati settori.

A ulteriore conferma della non coincidenza tra interesse pubblico e interesse generale depone l'aggettivazione di quest'ultimo come "economico".

Tale qualificazione, lungi dall'essere una svista del legislatore comunitario¹⁵⁰, costituisce l'elemento centrale della costruzione europea.

Tuttavia proprio l'individuazione della natura economica del servizio costituisce il profilo della nozione che ha creato maggiori problemi applicativi.

Tale caratteristica, infatti, permette di distinguere i SIEG, per i quali è prevista l'applicazione delle regole concorrenziali, dai servizi di interesse generale non economici (c.d. SINEG), la cui disciplina è lasciata interamente in mano agli Stati membri.

Si tratta di una questione strettamente legata all'individuazione della nozione di impresa nel contesto europeo.

Infatti, in assenza di una definizione di impresa nei Trattati, sia la Commissione che la Corte di Giustizia hanno ricostruito tale nozione basandola sul carattere economico dell'attività esercitata, pervenendo così a una nozione più ampia rispetto a quella esistente nel nostro ordinamento¹⁵¹.

¹⁵⁰Alcuni autori hanno sottolineato che in effetti ad essere economico non è l'interesse, cioè la finalità ultima di interesse generale, ma l'attività che di volta in volta viene in considerazione. Seguendo tale impostazione si sarebbe dovuto più correttamente introdurre la nozione di *servizio economico di interesse generale*.

Cfr. D. Gallo, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione Europea*, cit. p. 361.

¹⁵¹La qualificazione di impresa è, quindi, indipendente da ogni sua interna o strutturale qualificazione pubblicistica poiché la stessa va attribuita "a qualunque entità che esercita

A questo proposito non può non evidenziarsi la problematicità del riferimento alla rilevanza economica quale criterio su cui fondare la predetta distinzione.

Infatti, il carattere dinamico ed evolutivo della sfera delle libertà economiche non consente di risolvere a priori la questione e di individuare in astratto quali servizi abbiano natura economica¹⁵².

attività economica, a prescindere dal suo stato giuridico e dalle modalità del suo finanziamento” (Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 23 aprile 1991, C-41/90, *Höfner*).

La qualificazione di un ente come impresa dipende, cioè, dal carattere economico dell’attività svolta, potendo rivestire tale qualità anche un’associazione o una cooperativa.

Per la qualificazione di un’associazione come impresa vedasi: Corte di Giustizia, sentenza 15 maggio 1975, C- 71/74, *Frubo contro Commissione*.

Anche gli enti pubblici possono essere considerati imprese qualora operino in contesti di mercato, pur esercitando contestualmente poteri di carattere pubblicistico (cfr. Corte di Giustizia, sentenze dell’11 luglio 1985, C-107/84, *Commissione contro Germania*, 16 giugno 1987, C-118/85, *Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato*).

Inoltre secondo la giurisprudenza europea l’impresa pubblica non deve necessariamente avere una personalità giuridica distinta da quella dello Stato poiché altrimenti l’applicazione del Trattato con riguardo a una determinata attività “*differirebbe da uno Stato membro all’altro, in relazione alla forma giuridica che ciascuno Stato membro attribuisce alle imprese pubbliche che svolgano detta attività*” (cfr. Corte di Giustizia, *Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato*, cit.).

Sull’argomento vedasi: M. De Dominicis, *Concorrenza e nozione d’impresa nella giurisprudenza comunitaria*, Napoli, 2005.

La nozione di impresa a livello europeo è, quindi, ben più ampia di quella accolta nel nostro ordinamento che - invece - la ricava dalla nozione di imprenditore ex art. 2082 cc.

Tale ampia nozione è del resto funzionale all’estensione del novero dei soggetti e delle attività nei confronti dei quali si applicano le regole concorrenziali.

Sul punto vedasi: G. Trabucchi, *Il codice civile di fronte alla normativa comunitaria*, in Riv. dir. civ., 1993, I, p. 714 ss.

L’autore osserva che mentre la nozione civilistica di impresa ha significato secondo il codice civile “*come un’attività organizzata, come somma di più atti per il complesso delle regole da osservare, rapportato al suo titolare*”, quella europea si caratterizza “*per l’aspetto precipuamente funzionale dell’attività economica comune da chiunque organizzata*”.

Così come la nozione di impresa ha, dunque, carattere funzionale, essendo volta a consentire il miglior perseguimento degli scopi del Trattato.

¹⁵² Di tale difficoltà è consapevole anche la Commissione che nel Libro Verde del 2003 afferma l’impossibilità di stilare un elenco statico di tutti i servizi di interesse generale di natura economica in quanto tale elenco sarebbe soggetto a continui mutamenti risentendo dell’evoluzione tecnologica, economica e dello sviluppo sociale.

Cfr. Libro verde della Commissione europea del 21 maggio 2003 sui servizi di interesse generale, COM (2003) 270 def.

In assenza di precise indicazioni normative in materia, utili riferimenti sono forniti dall'elaborazione della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

In particolare, secondo la giurisprudenza europea, ai sensi della legislazione in materia di concorrenza, deve essere considerata attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi in un determinato mercato da parte di qualsiasi impresa a prescindere dallo status giuridico di detta entità, dall'esistenza attuale dello scopo lucrativo e dalle modalità di finanziamento¹⁵³.

A tal proposito occorre osservare che la Corte di Giustizia non fornisce una definizione dell'attività di offerta di beni e servizi.

Tuttavia, analizzando le sentenze del giudice europeo al riguardo, emerge che l'indice più importante in presenza del quale si ritiene sussistente la detta attività è costituito dall'assunzione del rischio

¹⁵³ L'approccio in commento è ben esposto nelle sentenze della Corte di Giustizia del 23 aprile 1991, C-41/90, *Hofner*; 17 febbraio 1993, procedimenti riuniti da C-179/91 a C-161/91 *Poucet et Pistre*; 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany*; 12 settembre 2000, nei procedimenti riuniti da C-180/98 a C-184/98, *Pavlov E A*.

La medesima nozione viene ripresa anche nelle più recenti sentenze della Corte di Giustizia UE del 12 luglio 2012, causa C-138/11, *Compass-Datenbank* e del 22 ottobre 2015, causa C-185/14, *EasyPay*.

In quest'ultima sentenza la Corte pur avendo escluso, in linea di principio, la natura economica del servizio di vaglia postale, ha tuttavia rimesso al giudice del rinvio la verifica in ordine all'eventuale suo concorso al funzionamento del servizio di previdenza sociale, dovendo la predetta esclusione essere affermata solo nel caso in cui il citato servizio sia inscindibilmente legato al sistema pensionistico nazionale.

Infatti il supremo organo della giustizia europea ha affermato che *“In tale contesto, occorre ricordare che, per escludere la qualificazione come attività economica, tale attività deve essere, per la sua natura, per il suo oggetto, nonché per le norme alle quali è soggetta, inscindibilmente legata al sistema pensionistico nazionale ... Pertanto, nel procedimento principale, deve essere preso in considerazione l'eventuale carattere scindibile dell'attività di vaglia postale.”*

Nello stesso senso si era già espressa la Corte di Giustizia nella sentenza del 24 ottobre 2002, causa C-82/01, *Aéroports de Paris*.

economico e finanziario da parte di chi la esercita, seguito da quello della remuneratività dell'attività¹⁵⁴.

Altro elemento, accanto a quello dell'offerta di beni e servizi sul mercato, che nell'elaborazione giurisprudenziale europea contribuisce a integrare la nozione di economicità è costituito dall'indagine in ordine all'esistenza di un mercato anche solo potenziale¹⁵⁵.

L'attività deve, cioè, mirare anche solo potenzialmente alla realizzazione di un profitto, non come finalità ultima, ma quale obiettivo intermedio che si sostanzia nel versamento di un corrispettivo.

A differenza del criterio costituito dall'offerta di beni e servizi, la cui individuazione avviene secondo un approccio casistico, l'indagine riferita alla sussistenza di un mercato anche solo potenziale si risolve in un criterio astratto.

Tale impostazione ha come effetto quello di ricomprendere un grande numero di attività nell'ambito di applicazione del Trattato.

Tanto più che l'indagine effettuata dalla Corte di Giustizia per determinare l'eventuale natura economica dell'attività tiene conto del mercato e della situazione concorrenziale presenti, non solo ove

¹⁵⁴ La Corte di Giustizia ha, ad esempio, escluso la natura imprenditoriale dell'attività svolta dai lavoratori dipendenti che - sebbene remunerata - non si caratterizza per l'assunzione del rischio, trattandosi di attività strutturalmente priva di autonomia gestionale.

Cfr. Corte di Giustizia, 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany*, cit.

Sulla scorta del citato ragionamento, l'avvocato generale, nelle conclusioni rese nella sentenza in commento, ha precisato che va, invece, riconosciuta natura economica all'attività del datore di lavoro.

¹⁵⁵ Cfr. Corte di Giustizia UE, sentenza del 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Höfner e Elser*.

Nello stesso senso si vedano altresì le sentenze rese dalla citata istituzione europea dell'11 dicembre 1997, causa C-55/96, *Job Centre*, del 25 ottobre 2001, causa C- 475/99, *Ambulanz Glöckner* e del 5 marzo 2009, causa C- 350/07, *Kattner*.

l'attività_è svolta, ma anche negli altri Stati membri dell'Unione o addirittura in Stati terzi¹⁵⁶.

L'approccio seguito dalla Corte europea può, quindi, definirsi di tipo "funzionale" e oggettivo¹⁵⁷ prescindendo da qualificazioni formali dell'atto o dell'ente.

In particolare l'impostazione utilizzata dalla detta istituzione europea consiste nello scorporre e considerare separatamente le attività sottoposte al suo vaglio, valutando gli eventuali effetti che le stesse producono sul mercato. Si perviene, così, a escludere dal concetto di impresa solo quelle attività che partecipano alle prerogative dello Stato¹⁵⁸ lasciate alla piena discrezionalità degli Stati membri.

Con riguardo a queste ultime attività, la Corte europea perviene alla loro individuazione e contestuale esclusione dall'applicazione delle regole sulla base di una valutazione di inscindibilità dall'esercizio di prerogative pubblicistiche¹⁵⁹.

¹⁵⁶ La Corte di Giustizia nella già citata sentenza Höfner nell'affermare la natura economica dell'attività di collocamento, precisa che: *"La circostanza che le attività di collocamento sono di norma affidate a uffici pubblici non può influire sulla natura economica di queste attività. (...) Ne consegue che un ente come un ufficio pubblico per l'occupazione che svolge attività di collocamento può essere qualificato impresa ai fini dell'applicazione delle norme di concorrenza comunitarie."*

La medesima considerazione si trova svolta nella sentenza *Ambulanz Glöckner* con riguardo al servizio di trasporto d'urgenza e del trasporto di malati.

¹⁵⁷ Ai fini dell'indagine giurisprudenziale rilevano, infatti, il dato concreto della produzione e dello scambio di beni e servizi e gli effetti che derivano da tale produzione e scambio nel mercato intra-comunitario.

Irrilevanti sono, invece, le caratteristiche del soggetto che esercita l'attività.

¹⁵⁸ Cfr. Corte di Giustizia UE, sentenza del 23 aprile 1991, causa C-41/90, Höfner e Elser. Nello stesso senso si vedano altresì le sentenze rese dalla citata istituzione europea dell'11 dicembre 1997, causa C-55/96, *Job Centre* e del 5 marzo 2009, causa C- 350/07, *Kattner*.

¹⁵⁹ Sono state considerate dalla Corte di Giustizia attività costituenti espressione di attività autoritative: la sicurezza e il controllo della navigazione aerea; il controllo della circolazione marittima e la sicurezza marittima; il presidio e la sorveglianza antinquinamento di un porto petrolifero.

Da quanto appena detto emerge come l'approccio della giurisprudenza europea non sia univoco. Infatti, talvolta la Corte di Giustizia sembra adottare un approccio casistico dando prevalenza al concreto assetto dei singoli servizi, alle circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, organizzato e finanziato.

Altre volte, invece, attraverso il riferimento al mercato anche solo potenziale, la Corte individua "in astratto" il concetto di impresa dando ad esso precedenza rispetto alle scelte relative alla organizzazione dei servizi che ne risulterebbero in tal modo condizionate.

Così facendo, però, la nozione di attività economica finirebbe per coincidere con ogni attività inerente un *mercato attuale o potenziale*, dando così luogo ad una nozione di ampiezza e pervasività tali da cancellare del tutto la categoria dei servizi privi di rilevanza economica¹⁶⁰.

Più nello specifico si tratta di una nozione autonoma che non risente delle qualificazioni operate a livello degli ordinamenti dei singoli Stati membri¹⁶¹.

Con riguardo alla prima attività da segnalare è la sentenza della Corte di Giustizia del 19 gennaio 1994, C-364/92, *Eurocontrol* in cui i giudici, nel dichiarare l'insieme delle attività dell'Organizzazione europea per la sicurezza della navigazione aerea "Eurocontrol" collegate all'esercizio di prerogative pubbliche, hanno escluso che le attività di riscossione dei contributi di rotta possano essere scisse dalle altre attività di ricerca, coordinamento e controllo dello spazio aereo.

Per l'attività di sorveglianza antinquinamento vedasi la sentenza della Corte di Giustizia del 18 marzo 1997, C-343/95, *Diego Cali e figli s.r.l.*

¹⁶⁰ Cfr. Scotti, voce *Servizi pubblici locali*, in: Digesto pubbl., 2012.

¹⁶¹ Infatti, come sostenuto in più occasioni dalla Corte di Giustizia l'individuazione delle attività di impresa deve avvenire alla luce del diritto europeo, rivestendo l'eventuale indagine fondata sui diversi diritti nazionali degli Stati membri "*carattere sovrabbondante*".

Cfr. ex multis, Corte di Giustizia UE, sentenza 24 ottobre 2002, C-82/01, *Aéroport de Paris contro Commissione*.

Una tale impostazione ha avuto come effetto, oltre che un superamento della distinzione tra pubblico e privato,¹⁶² un mutamento del “pubblico” in considerazione della trasposizione anche in questo settore di regole un tempo ritenute allo stesso estranee.

Il Trattato, invero, proclamando all’art. 345 TFUE la neutralità dell’Unione Europea nei confronti del regime di proprietà esistente negli Stati membri, non vieta ed anzi ammette la presenza pubblica nell’economia europea. Ma pone come condizione, anche nel caso di esercizio di attività economiche da parte di pubblici poteri, che le stesse siano assoggettate allo statuto normativo costituito dalle regole di concorrenza¹⁶³.

Così facendo, però, si disconosce la natura precipua delle imprese pubbliche che nella logica europea non devono essere trattate diversamente da quelle private, anche se create allo scopo di perseguire

¹⁶² Cfr. G. Amorelli, *Le privatizzazioni nella prospettiva del trattato istitutivo della comunità economica europea*, Padova, 1992.

L’autore osserva che “*il Trattato comunitario, con la soluzione prescelta, concreta uno dei tentativi più compiuti di superamento della distinzione tra pubblico e privato nell’ambito delle attività economiche*”.

Tuttavia secondo l’opinione del citato autore, il principio d’indifferenza deve ormai ritenersi superato in quanto la natura pubblica dei soggetti gestori costituirebbe un notevole ostacolo per le liberalizzazioni.

¹⁶³ La parità di trattamento assume - così - un rilievo preponderante rispetto alla natura giuridica dei soggetti che operano nei mercati.

Ciò che rileva non è il soggetto che esercita un’impresa, quanto, piuttosto, se una certa attività possa qualificarsi come impresa. Una volta effettuata tale qualificazione, infatti, quella attività non potrà beneficiare di alcun privilegio, al di fuori di quelli previsti nel Trattato, pena la distorsione dei meccanismi concorrenziali che l’ordinamento comunitario mira a salvaguardare.

Sul principio di parità di trattamento vedasi: G. Rossi, *Pubblico e privato nell’economia di fine secolo*, in S. Amoroso (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo – Scritti degli allievi per gli ottant’anni di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1995, p. 245 ss.

finalità di pubblico interesse¹⁶⁴, finalità che può venire in rilievo anche nel caso di svolgimento di un'attività economica.

3.3. I servizi di interesse non economico generale.

Nell'ambito dei servizi di interesse generale vi sono anche quelli di contenuto non economico (c.d. SINEG) dei quali l'Unione si è - fino ad oggi - disinteressata¹⁶⁵.

L'unico riferimento esplicito a tali servizi nell'ambito dei Trattati è contenuto all'art. 2 del Protocollo n. 26 allegato ai Trattati sui servizi di interesse generale ove è riconosciuta come *“impregiudicata la competenza degli Stati membri a fornire, a commissionare e ad organizzare servizi di interesse generale non economico.”*

Lo scarso interesse dell'Unione Europea per questi servizi si spiega in quanto si tratta di servizi riguardanti settori in cui non esiste un mercato concorrenziale e per i quali non si pongono, quindi, problemi di possibili distorsioni della concorrenza.

¹⁶⁴ Cfr. G. Marcou, *La gestione dei servizi pubblici attraverso enti di diritto pubblico nel quadro normativo europeo*, in: Riv. dir. pubbl. eur., 2012, f. 2, p. 44 ss.

¹⁶⁵ Nella Comunicazione sui SIG del 2001 la Commissione ha considerato esclusi dall'applicazione dell'ex art. 86 c. 2 TCE (attuale art. 106 c. 2 TFUE) in quanto servizi di interesse generale non economico: l'istruzione nazionale; la previdenza sociale; alcune attività svolte da organismi la cui funzione è essenzialmente sociale in quanto non realizzano profitti e non si prefiggono di svolgere un'attività industriale o commerciale (quali i sindacati, i partiti politici, le chiese, le associazioni religiose o sportive, le associazioni dei consumatori, le organizzazioni caritative o umanitarie).

Cfr. Commissione europea, Comunicazione del 20 settembre 2000, *I servizi di interesse generale in Europa*, in: GUCE del 19 gennaio 2001 n. C 17.

Per un commento alla citata Comunicazione vedasi: L. Perfetti, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (sulla Comunicazione della Commissione europea relativa ai servizi di interesse generale del 20 settembre 2000)*, Riv. it. dir. pubbl. com., 2001, f. 3-4, p. 479.

Inoltre, essendo servizi rilevanti per la definizione del tipo di società nell'ambito di ciascun ordinamento statale, si comprende la ragione per cui forti sono le resistenze degli Stati membri a procedere anche in questi settori a un'armonizzazione delle discipline a livello europeo.

Pertanto in tali ambiti permane in via di principio la libertà degli Stati membri in ordine alla scelta del modello organizzativo di tali servizi.

Rientrano in tale categoria di servizi le attività collegate all'esercizio di prerogative pubblicistiche e i servizi resi in ambito socio-sanitario.

Con riguardo alla prima ipotesi occorre precisare che la Corte di Giustizia ha adottato un approccio restrittivo nella loro individuazione, funzionale all'applicazione estensiva delle regole di concorrenza¹⁶⁶.

Del resto la Corte di Giustizia sembra essere orientata nel senso di distinguere, all'interno della categoria di servizi in commento, segmenti

¹⁶⁶ Ad esempio, la Corte di Giustizia ha considerato espressione di prerogative pubblicistiche le attività di polizia del traffico aereo (cfr. Corte di Giustizia UE, sentenza 19 gennaio 1994, C-364/92, *Eurocontrol*).

Tuttavia non tutte le attività di controllo della navigazione aerea rientrano nell'ambito della potestà pubbliche. Possono, infatti, configurarsi delle attività scorporabili da quella appena citata che presentano carattere economico, come ad esempio nel caso delle attività di gestione ed esercizio degli aeroporti compensate da canoni commerciali il cui importo varia in relazione del fatturato. Si veda a tal riguardo: Corte di Giustizia UE, sentenza 24 ottobre 2002, C-82/01, *Aéroport de Paris contro Commissione*.

Sul tema vedasi altresì: Corte di Giustizia UE, sentenza 18 marzo 1997, C-340/95, *Diego Cali e figli s.r.l.*

In tale decisione la Corte ha ritenuto che l'attività di sorveglianza antinquinamento, per la sua natura, il suo oggetto e le norme cui è assoggettata, si ricollega all'esercizio di prerogative pubblicistiche trattandosi di una "missione di interesse generale che rientra nei compiti essenziali dello Stato in materia di tutela dell'ambiente e del settore marittimo".

Più nello specifico nel caso in questione veniva in rilievo l'attività di riscossione di quanto dovuto per la sorveglianza preventiva antinquinamento che è stata considerata parte integrante dell'attività di sorveglianza del settore marittimo del porto.

Pertanto, non venendo in rilievo un'attività economica, non si applicano in questo caso le norme del Trattato in materia di concorrenza.

di attività che, presentando carattere economico, possono essere ricondotte alla disciplina riservata ai SIEG¹⁶⁷.

Anche la Commissione sembra procedere nella stessa direzione sottolineando che proprio il carattere dinamico ed evolutivo della distinzione tra attività economiche e non economiche fa sorgere l'interrogativo in ordine alla possibile attrazione di nuove attività - prima escluse dalla libera iniziativa economica - in mercati concorrenziali¹⁶⁸.

Nello stesso senso è orientato, inoltre, il Parlamento europeo che, nella Risoluzione sul Libro Bianco della Commissione sui SIG ha sottolineato che *“non è il caso di escludere ampi settori dei SIG dalla portata delle norme sul mercato interno e la concorrenza nel tentativo di definire i SIG stessi”* rilevando, inoltre, che *“una precisa definizione dei SIEG e dei SIG sarebbe contraria alla libertà degli Stati membri di definire i loro SIG”*¹⁶⁹.

La tendenza a estendere quanto più possibile l'ambito di operatività delle regole concorrenziali emerge anche dall'orientamento della Commissione in ordine ai servizi sociali.

Si tratta di servizi diretti ad assicurare primarie esigenze di carattere esclusivamente sociale, la cui gestione non avviene in vista del

¹⁶⁷ Cfr., con riguardo al servizio di istruzione, Corte di Giustizia, 7 dicembre 1993, c-109/92, *Wirth*.

¹⁶⁸ Cfr. Commissione europea, Comunicazione del 2001 sui SIG cit. Sulla base di tali considerazioni ha proposto, nel successivo Libro Bianco del 2004 sui SIG, l'estensione di regole più leggere per il finanziamento pubblico dei servizi di interesse economico generale resi da ospedali e da enti di edilizia popolare.

¹⁶⁹ Cfr. Parlamento europeo, Risoluzione sul Libro Bianco della Commissione sui SIG n. 2006/2101/(INI), in: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2006-0380&language=IT&ring=A6-2006-0275>

conseguimento del profitto e gli organismi che vi provvedono non si qualificano come imprese.

Tali sono stati considerati, ad esempio, l'edilizia popolare, l'assistenza all'infanzia, i servizi alle famiglie o alle persone bisognose, i percorsi di formazione professionale o di assistenza linguistica agli immigrati esclusi i servizi sanitari.

In relazione a tali servizi la Commissione, nella Comunicazione *Attuazione del programma comunitario di Lisbona*, ha osservato che i servizi privi di rilevanza economica non coincidono con i servizi sociali poiché anzi *“la quasi totalità dei servizi prestati nel settore sociale potrebbe essere ritenuta un'attività economica”* conformemente agli articoli 43 e 49 del trattato CE [ora artt. 49 e 56 TFUE] ¹⁷⁰.

La Corte di Giustizia, adottando un approccio casistico piuttosto che basato sull'individuazione di criteri e principi generali, ha in più occasioni avvicinato i servizi sociali ai servizi e, talvolta, alle attività economiche.

¹⁷⁰ Cfr. Commissione europea, Comunicazione *Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea*, COM (2006) 177 del 26 aprile 2006.

Il richiamo agli artt. 43 e 49 del trattato CE [attuali artt. 49 e 56 TFUE] induce a ritenere che anche nell'eventualità in cui non fosse applicabile il diritto della concorrenza, interverrebbe la normativa sulle libertà fondamentali.

Ancora più efficacemente nella Comunicazione sui servizi di interesse generale del 2007, la Commissione ha rilevato che attualmente i sig *“sono tutti impegnati in un importante processo di modernizzazione per rispondere meglio a nuove sfide quali le mutate esigenze dei cittadini europei”* che si è concretizzato *“in profonde modifiche delle modalità di organizzazione, fornitura e finanziamento dei servizi, tra cui l'emergenza di nuovi ambiti d'intervento, l'esternalizzazione di servizi precedentemente forniti direttamente dalle autorità pubbliche e il crescente trasferimento di competenze a livello locale”*.

Dopo aver svolto tali considerazioni la Commissione ha precisato inoltre che *“un numero sempre maggiore di attività svolte quotidianamente dai servizi sociali va a rientrare nel campo di applicazione del diritto comunitario, nella misura in cui sono considerati a carattere economico”*.

Cfr. Commissione europea, Comunicazione che accompagna la Comunicazione *“Un mercato unico per l'Europa del XXI secolo”, I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*, COM (2007) 725 def.

Il supremo organo di giustizia europea ha, invece, escluso che i servizi sociali presentino rilevanza economica qualora la relativa attività sia svolta sulla base del principio di solidarietà, assolvendo in questi casi detta attività funzione di carattere redistributivo.

A tal proposito occorre osservare che, a differenza di quanto accaduto nell'ambito dei servizi a rilevanza economica, con riguardo ai servizi erogati in ambito socio-sanitario, l'approccio delle istituzioni europee si è caratterizzato per un minore rigore.

In particolare, in ragione della delicatezza dei settori su cui queste attività incidono, la Corte di Giustizia ha attenuato il carattere astratto del parametro del mercato anche solo potenziale¹⁷¹, dando rilievo al già citato principio di solidarietà per escludere la qualificazione economica di una data attività e - di conseguenza - l'applicazione delle regole concorrenziali¹⁷².

Ad esempio con riguardo al servizio di previdenza sociale la Corte di Giustizia non ha escluso *tout court* tale servizio dall'ambito di applicazione dei Trattati.

Il supremo organo della giustizia in ambito europeo ha, infatti, affermato che l'attività non presenterebbe carattere economico solo qualora le prestazioni corrisposte siano stabilite dalla legge e siano indipendenti dall'importo dei contributi versati.

In altre parole, il perseguimento di un fine sociale non basta per escludere un determinato servizio dall'ambito di applicazione del

¹⁷¹ Cfr. par. 3.2.

¹⁷² Rimane in questo caso salva l'applicazione dei principi di non discriminazione, libera circolazione delle persone e cittadinanza europea, il cui operare prescinde dalla rilevanza economica di una determinata attività.

Trattato, occorrendo - invece - che lo stesso funzioni in misura prevalente sulla base del principio di solidarietà¹⁷³.

Inoltre è richiesta un'ulteriore verifica al fine di escludere la qualificazione economica dell'attività che consiste nell'accertare la sua scindibilità dal sistema pensionistico nazionale¹⁷⁴.

Con riguardo, poi, alle attività sanitarie, in alcuni casi la Corte di Giustizia sulla base del criterio della remunerazione e dell'assunzione del rischio è pervenuta ad affermare l'economicità dell'attività,

¹⁷³ In tal senso Cfr. Corte di Giustizia UE, sentenza 17 febbraio 1993, C- 160/91, *Poucet et Pistre*.

Nel caso sottoposto all'attenzione della Corte veniva in questione la tutela previdenziale obbligatoria prevista per i lavoratori autonomi dei settori diversi da quello dell'agricoltura e il regime di assicurazione vecchiaia per gli artigiani.

In particolare la solidarietà è espressa nel regime di assicurazione malattia e maternità dal fatto che lo stesso è finanziato da contributi proporzionali ai redditi dell'attività lavorativa e alle pensioni di vecchiaia, salvo l'esenzione dall'obbligo contributivo per i titolari di una pensione d'invalidità e gli assicurati pensionati con reddito molto modesto. La solidarietà caratterizza altresì tale regime per il fatto che le prestazioni sono determinate dalla legge e identiche per tutti i beneficiari comportando così una redistribuzione del reddito tra i più abbienti e quelli che, non essendo dotati delle stesse risorse, sarebbero privati della necessaria tutela previdenziale.

Con riguardo, invece, al regime assicurativo per la vecchiaia la solidarietà si trova espressa nel fatto che le dette pensioni sono finanziate dai contributi versati dai lavoratori in attività e che sono corrisposte senza contropartita di contributi o non risultano commisurate ai contributi versati.

Altra manifestazione di solidarietà consiste nel fatto che i regimi eccedentari partecipano al finanziamento di quelli che accusano difficoltà finanziarie strutturali e nell'iscrizione obbligatoria indispensabile per l'operare del principio appena richiamato e per l'equilibrio finanziario dei regimi stessi.

Sull'applicazione ad opera della Corte di Giustizia del principio di solidarietà nell'ambito della tutela previdenziale vedasi: F. de Leonardis, *La Corte di Giustizia e il principio di solidarietà nei regimi previdenziali*, in: Foro amm. CdS, 2002, f.2, p. 333 ss.

¹⁷⁴ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 24 ottobre 2002, C-82/01, *Aéroports del Paris*.

Lo stesso ragionamento è stato ripreso - da ultimo - in altra sentenza della Corte di Giustizia del 22 ottobre 2015, C-184/2014, *Easypay* con riguardo al servizio di vaglia postale.

Nel rimettere la valutazione di scindibilità al giudice nazionale, il supremo organo della giustizia a livello europeo ha evidenziato degli indizi dai quali si potrebbe dedurre la natura scindibile e - dunque - economica del servizio in questione. Si tratta, in particolare, della considerazione per cui nel caso in questione il servizio di vaglia postale non veniva prestato dall'Istituto che provvedeva all'erogazione delle pensioni ma da un soggetto distinto. Altro indizio che depone nella medesima direzione è costituito, inoltre, dal fatto che i vaglia postali non costituivano l'unico mezzo per procedere all'erogazione delle pensioni.

ammettendo, però, la deroga alle regole concorrenziali ex art. 106 comma 2 TFUE. In altri casi, invece, ha ravvisato nel finanziamento pubblico il parametro per negare il carattere economico dell'attività ed escludere, così, l'applicazione del diritto europeo della concorrenza.

Nella prima serie di decisioni rientra il caso *Ambulanz Glöckner*¹⁷⁵, in cui la Corte ha affermato la natura economica delle attività di trasporto di malati svolte da soggetti privati e finanziati solo parzialmente dallo Stato, non solo in ragione del fatto che la remunerazione era corrisposta dall'utente ma anche sulla base del rilievo per cui dette attività *“non sono sempre state e non sono necessariamente esercitate da dette organizzazioni o da autorità pubbliche”*.

Espressione di un temperamento dell'approccio funzionale seguito dalla Corte di Giustizia è, invece, il caso *Fenin*¹⁷⁶ in cui la Corte ha escluso l'applicazione delle regole di concorrenza non ritenendo configurabile un'attività economica nel caso di offerta a titolo gratuito di prestazioni sanitarie ai pazienti.

La Corte, infatti, accogliendo la tesi sostenuta dal Tribunale e, in contrasto con le conclusioni dell'Avvocato generale¹⁷⁷, ha statuito che l'attività di acquisto da parte degli enti di gestione del Servizio Sanitario

¹⁷⁵ Corte di Giustizia UE, sentenza 25 ottobre 2001, C-475/99, *Ambulanz Glöckner*.

¹⁷⁶ Corte di Giustizia UE Grande Sezione, sentenza 11 luglio 2006, C-205/03, *Fenin*.

¹⁷⁷ L'Avvocato generale Maduro afferma, infatti, nelle sue conclusioni che per stabilire se una determinata attività medica presenti carattere economico e debba essere assoggettata al diritto della concorrenza occorre stabilire se *“lo Stato, al fine di istituire una politica redistributiva, affidandola esclusivamente ad enti statali guidati esclusivamente da considerazioni solidaristiche, abbia inteso escluderla da qualsiasi considerazione di mercato”*.

In particolare, traendo spunto dalla giurisprudenza sulle libertà fondamentali, ad avviso dell'Avvocato generale, la prestazione sanitaria anche se non remunerata direttamente dall'utente ma da un “terzo pagatore”, come la cassa malattia o il servizio sanitario nazionale, può rivestire carattere economico.

Nazionale spagnolo non è separabile dal servizio erogato successivamente ad essa.

In particolare il carattere non economico del servizio erogato (non contestato dal ricorrente nel giudizio davanti al Tribunale) determina la natura dell'attività di acquisto che è in sé un atto neutro. Infatti “è proprio l'azione di offrire beni o servizi su un determinato mercato che caratterizza il concetto di attività economica e non l'attività di acquisto in quanto tale”¹⁷⁸.

Da quanto esposto emerge la tendenza delle istituzioni europee a considerare economiche un sempre maggior numero di attività estendendo, così, in via di principio l'ambito di applicazione delle regole concorrenziali.

In tal modo si riduce - però - il numero dei servizi di interesse non economico generale la cui organizzazione, nell'originario disegno europeo, doveva appartenere alla piena libertà degli Stati membri.

Tale tendenza è parallelamente accompagnata da una mitigazione del rigore dell'iniziale orientamento della Corte di Giustizia.

Quest'ultima, infatti, ha ammesso, con maggiore larghezza rispetto al passato, deroghe alle regole di concorrenza in favore di servizi di interesse economico generale nonostante la loro sottomissione in via generale al regime di mercato.

¹⁷⁸ Corte di Giustizia UE Grande Sezione, sentenza 11 luglio 2006, C-205/03, *Fenin* cit. Tuttavia forse a diversa conclusione la Corte sarebbe potuta arrivare se avesse esaminato la questione in ordine al carattere economico dell'attività di erogazione delle prestazioni sanitarie che determinerebbe l'economicità della successiva attività di acquisto. Infatti la detta questione è stata dichiarata irricevibile perché sollevata dal ricorrente per la prima volta solo in fase di impugnazione.

3.4. Sulla distinzione tra servizi di interesse economico generale e servizi di interesse generale: la posizione della Corte Costituzionale e della giurisprudenza amministrativa.

La Corte Costituzionale ha affermato in più occasioni¹⁷⁹ che la nozione comunitaria di SIEG in ambito locale e quella interna di servizio pubblico locale a rilevanza economica hanno “*contenuto omologo*”¹⁸⁰.

La Corte ha fondato il suo ragionamento basandosi sulla considerazione che in entrambi i casi viene in rilievo un’attività consistente nell’offerta di beni e servizi sul mercato, le cui prestazioni sono considerate “*necessarie*” ed erogate nei confronti di una “*indifferenziata pluralità di cittadini a prescindere dalle loro particolari condizioni*”¹⁸¹. Inoltre si

¹⁷⁹ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza del 27 luglio 2004 n. 272.

Il medesimo orientamento è ribadito dalla Corte nella sentenza del 17 novembre 2010 n. 325. Per un commento alla sentenza appena citata vedasi: A. Lucarelli, *La Corte Costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell’economia*, in: Giur. cost., 2010, f. 6, p. 4645.

¹⁸⁰ Ad avviso della Corte, le due nozioni hanno contenuto omologo, dal momento che si tratta di un servizio che: “*a) è reso mediante un’attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa in senso ampio, come qualsiasi attività che consista nell’offrire beni o servizi su un determinato mercato*»; «*b) fornisce prestazioni considerate necessarie (dirette, cioè, a realizzare anche “fini sociali”) nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni (Corte di giustizia UE, 21 settembre 1999, C-67/96, Albany International BV)*”.

Cfr. Corte Costituzionale nella sentenza del 17 novembre 2010 n. 325 cit.

¹⁸¹ Cfr. Corte Costituzionale sentenza del 17 novembre 2010 n. 325 cit.

In particolare la Corte ha affermato che l’art. 23 bis d.l. 112/2008 dettando una disciplina a tutela della concorrenza più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto europeo non si pone in contrasto con quest’ultimo poiché il diritto dell’Unione Europea costituisce per gli Stati membri solo un “*minimo inderogabile*”.

Insomma secondo la Corte Costituzionale il contrasto tra disciplina interna rispetto a quella europea sarebbe escluso in presenza di una identità di scopo, quello appunto pro-concorrenziale, differenziandosi le due discipline solo per intensità di tutela.

Il conflitto non sussisterebbe, inoltre, neanche con riguardo al prospettato contrasto con la Carta Europea dell’autonomia locale in cui è previsto tra l’altro che le “*competenze affidate alle collettività locali devono di regola essere complete ed integrali [e] possono essere messe in causa o limitate da un’altra autorità, centrale o regionale, solamente nell’ambito della legge*”. Nella ricostruzione operata dal giudice delle leggi tali norme concernono l’affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e ineriscono alla materia di competenza legislativa esclusiva statale della “*tutela della concorrenza*” ex art. 117, secondo comma, lett. e) Cost.

tratta di servizi la cui gestione è orientata al fine di tutelare la concorrenza.

Ad avviso del giudice delle leggi l'omologia sussisterebbe, inoltre, anche tra la nozione interna di rilevanza economica e quella europea di "interesse economico generale" così come interpretato dalla Commissione europea e dalla giurisprudenza comunitaria.

Si tratterebbe, infatti, in entrambi i casi di una nozione oggettiva di interesse economico dovendosi valutare la possibilità di immettere sul mercato, reale o potenziale, il servizio in questione.

Con riguardo al tema oggetto di analisi nel presente capitolo assume particolare interesse la precisazione contenuta nella sentenza in commento.

In particolare la Corte Costituzionale dopo aver affermato la suddetta omologia ha effettuato un passaggio ulteriore.

Il giudice delle leggi, infatti, ha distinto tra una valutazione dell'economicità del servizio *ex ante* da effettuare cioè prima dell'immissione del servizio sul mercato e una che interviene *ex post*, quando il servizio è già esistente sul mercato.

Solo in quest'ultimo caso è utile l'indagine sulla sussistenza degli indici empirici dell'economicità del servizio elaborati dalla Corte di Giustizia e richiamati anche in alcune sentenze della Corte Costituzionale, quali lo scopo lucrativo, l'assunzione dei rischi dell'attività, l'incidenza del finanziamento pubblico.

Nel diverso caso in cui - invece - si decida di immettere sul mercato un servizio pubblico la Corte si è spinta ad affermare la necessità di prendere in considerazione l'apertura del relativo mercato. Tale

possibilità andrebbe valutata obiettivamente secondo un giudizio di concreta realizzabilità “*a prescindere da ogni soggettiva valutazione dell’ente al riguardo*”¹⁸².

Il giudice delle leggi sembra in tal modo ridurre ulteriormente quello spazio di discrezionalità dello Stato nella valutazione della rilevanza economica o meno del servizio e nell’eventuale esercizio del potere di deroga alle regole di concorrenza.

Un tale margine di manovra, peraltro, è riconosciuto allo Stato dal diritto europeo e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁸³.

A ben vedere la caratterizzazione economica o meno del servizio non dipende da un atto ricognitivo della sua natura posto in essere dalle istituzioni a ciò deputate.

Si tratta, infatti, di una scelta politica la quale, proiettandosi sul piano giuridico, determina un ventaglio di conseguenze che vanno dall’applicazione integrale delle regole di concorrenza a una loro graduale o totale esclusione.

Riconoscere, pur nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, agli enti rappresentativi tale margine di discrezionalità

¹⁸² E così la rilevanza economica sussiste, nel ragionamento della Corte Costituzionale, anche quando, non essendo sufficiente l’automaticità del mercato per superare le difficoltà del contesto territoriale di riferimento e garantire prestazioni di qualità a categorie di utenti disagiate, sia necessario un pubblico intervento o un finanziamento compensativo degli obblighi di servizio pubblico a carico del gestore. Ciò sempre che sia possibile creare un mercato a monte in cui le imprese contrattano l’erogazione dei servizi con l’autorità pubblica.

¹⁸³ Poiché la rilevanza economica costituisce criterio che determina l’applicazione delle regole concorrenziali e concorsuali europee in materia di affidamento e gestione del servizio, è rimessa alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di “*tutela della concorrenza*” l’individuazione delle condizioni di rilevanza economica del servizio. Inoltre la concezione in senso oggettivo di tale interesse nell’ordinamento europeo vieta non solo agli enti infrastatali ma anche allo Stato di decidere soggettivamente e a loro discrezione in ordine alla sussistenza di tale interesse. Cfr. Corte Costituzionale sentenza del 17 novembre 2010 n. 325 cit.

consente loro di distinguere tra bisogni che possono trovare soddisfazione sul mercato e quelli la cui immissione sul mercato, pur se astrattamente possibile, non garantirebbe accesso uguale e *universale* al servizio¹⁸⁴.

Da questo punto di vista apprezzabile è l'orientamento espresso dalla giurisprudenza amministrativa che, nel riconoscere carattere economico o meno del servizio, tiene conto delle specifiche modalità con cui il servizio è organizzato ed erogato¹⁸⁵.

Del resto qualsiasi attività può essere esercitata in forma di impresa e rivestire dunque carattere economico, non sussistendo tra servizi economici e non economici differenze di carattere ontologico. Per tale ragione risultano inidonei al fine di distinguere le predette categorie di servizi eventuali criteri di natura astratta mentre maggiore utilità presenta l'approccio di tipo empirico adottato dal Consiglio di Stato.

3.5. Il servizio universale

La consapevolezza del limite del mercato nella soddisfazione di bisogni di interesse generale ha condotto l'Unione Europea a identificare una serie di obblighi di servizio pubblico.

¹⁸⁴ Cfr. E. Scotti, voce *Servizi pubblici locali*, in: Digesto pubbl., 2012, cit.

¹⁸⁵ Cfr. Consiglio di Stato, sentenza 10 settembre 2010 n. 6529.

A tal proposito il Consiglio di Stato, in tema di servizio di refezione scolastica, osserva che *“A fronte della rilevata inidoneità di criteri distintivi di natura astratta, sostanzialistica e/o ontologica a discernere la natura delle due categorie di servizi pubblici in esame, occorre far ricorso ad un criterio relativistico, che tenga conto delle peculiarità del caso concreto, quali la concreta struttura del servizio, le concrete modalità del suo espletamento, i suoi specifici connotati economico- organizzativi, la natura del soggetto chiamato ad espletarlo, la disciplina normativa del servizio”*.

Tali obblighi, aventi ad oggetto prestazioni che le imprese non sono invogliate a offrire sul mercato in quanto spinte da logiche meramente economiche, hanno costituito la base per il successivo consolidamento, negli anni Novanta¹⁸⁶, della nozione di servizio universale¹⁸⁷.

Più nello specifico tale ultima nozione, storicamente nata come categoria di legittimazione dell'esistenza di un monopolio privato, è stata successivamente impiegata nelle politiche di liberalizzazione¹⁸⁸, rivestendo funzione strumentale al perseguimento di obiettivi di solidarietà, integrazione politica e coesione sociale¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Il dibattito intervenuto a partire dagli anni Ottanta aveva avuto, infatti, come esito quello di ritenere che in nome del principio di sussidiarietà orizzontale e per ragioni di efficienza ed economicità, lo Stato dovesse dismettere la veste di gestore e indossare i panni del regolatore. Invece di procedere all'erogazione del servizio, il potere pubblico deve, cioè, perseguire l'interesse pubblico vigilando sul rispetto, da parte dei soggetti privati gestori del servizio, degli standard fissati dalla legge o in via amministrativa.

L'intensità dell'intervento regolatore dipende poi dall'attitudine del mercato a offrire servizi adeguati sotto il profilo qualitativo, abbordabili con riferimento al prezzo e diffusi con riguardo alle esigenze degli utenti.

Sul servizio universale quale problema dello Stato regolatore piuttosto che dello Stato gestore vedasi: S. Cassese, *Stato e mercato dopo privatizzazione e deregulation*, in: Riv. trim. dir. pubbl., 1991, p. 379 ss.

Sul fenomeno della regolazione vedasi: F. Donati, B. Liberati, *La regolazione e i servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010.

¹⁸⁷ Anche il servizio universale risponde, infatti, a un'esigenza di garanzia del singolo e di salvaguardia del gruppo sociale, assicurando adeguati standard quali-quantitativi accettabili a un prezzo accessibile a tutti.

¹⁸⁸ In particolare l'apertura del mercato per il servizio di telecomunicazione, di trasporto ferroviario, di fornitura di energia elettrica e gas e per quello postale ha comportato l'abolizione di gran parte di regimi di riserva e concessione e - più in generale - il passaggio da una disciplina largamente pubblicistica ad una di diritto comune.

Cfr. S. Cassese, *La retorica del servizio universale*, in S. Frova (a cura di), *Telecomunicazioni e servizio universale*, Milano, 1999, p. 93 ss.

Secondo l'autore "*il servizio universale è un bell'esempio di polisemia ... esso è un "bon à tout faire", servendo a giustificare il monopolio naturale, l'esercizio di Stato, la liberalizzazione integrale, la liberalizzazione parziale*".

¹⁸⁹ Infatti l'intento perseguito a livello europeo era quello di ricercare, nel processo di liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale, un punto di equilibrio tra il consolidamento del mercato interno e la realizzazione di principi di uguaglianza, solidarietà e coesione sociale.

Si tratta di una nozione che - a livello europeo - trova i suoi riferimenti più espliciti, oltre che la sua disciplina, nel diritto derivato relativo ai SIEG, mentre nei Trattati incontra solamente dei riferimenti impliciti.

Tra questi ultimi occorre segnalare l'art. 106 c. 2 TFUE¹⁹⁰ ove si ammette la possibilità di derogare alle regole di concorrenza in relazione all'adempimento della "*specific mission loro affidata*"; l'art. 14 TFUE¹⁹¹, nella parte in cui si riferisce al ruolo dei SIEG nell'ambito dei valori comuni dell'Unione e alla promozione della coesione sociale e territoriale.

Quest'ultima disposizione va letta in combinato disposto con l'art. 1, Prot. n. 26 del TFUE *sui servizi di interesse generale*, che comprende tra i valori comuni dell'Unione con riguardo al settore dei SIEG "*un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente*".

Cfr. L.G. Radicati Di Brozolo (a cura di), *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino, 2001; G. Napolitano, *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, in: *Merc., conc., reg.*, 2000, II, p. 420 ss; Y. Gaudemet, *Regolazione e servizi pubblici: l'esperienza continentale*, in G. Tesaro-M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000.

¹⁹⁰ Si riporta il testo dell'art. 106 c. 2 TFUE: "*Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione*".

¹⁹¹ L'art 14 TFUE così recita "*Fatti salvi l'articolo 4 del trattato sull'Unione europea e gli articoli 93, 106 e 107 del presente trattato, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi.*"

Tuttavia, la prima definizione europea di servizio universale si rinviene nella disciplina relativa al servizio di telecomunicazione ove esso viene qualificato come un “*insieme minimo definito di servizi di determinata qualità disponibile a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e, tenuto conto della condizioni specifiche nazionali, ad un prezzo abbordabile*”¹⁹².

Nel nostro ordinamento, invece, l’espressione “servizio universale” è contenuta per la prima volta, senza esser definita, nella l. 481/1995¹⁹³.

La nozione di servizio universale ivi contenuta ricorre espressamente solo con riferimento ai compiti delle autorità di regolazione e alla

¹⁹² Cfr. art. 2 lett. g) direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 1997 n. 97/33/CE, sulla “*interconnessione nel settore delle telecomunicazioni finalizzata a garantire il Servizio Universale e l’interoperabilità attraverso l’applicazione dei principi di fornitura di una rete aperta (ONP)*”, in: Gazzetta ufficiale delle Comunità europee del 26 luglio 1997 N. L 199/32.

Nell’ottavo considerando della citata direttiva si chiarisce, inoltre, che gli obblighi relativi alla fornitura del servizio universale sono funzionali agli obiettivi della coesione economica e sociale e dell’equivalenza sul piano territoriale della Comunità in un contesto in cui all’interno di uno stesso Stato membro “*più di un organismo può dover assolvere agli obblighi di servizio universale*”.

Del resto proprio la solidarietà e la parità di trattamento nel contesto di un’economia di mercato aperto e dinamico costituiscono obiettivi fondamentali della Comunità (Cfr. Commissione europea, Comunicazione dell’ 11 settembre 1996, COM (1996) 443 def., *I servizi di interesse generale in Europa*, cit.

È proprio il settore delle telecomunicazioni quello in cui la nozione di servizio universale è stata maggiormente approfondita a livello europeo.

Con l’emersione della c.d. società dell’informazione si è manifestata, infatti, l’esigenza di garantire a tutti l’accesso in tale settore a condizioni che evitino la divisione netta della società tra coloro che sono inseriti stabilmente nel circuito informativo e altri che ne sono esclusi.

Successivamente anche il servizio postale è stato dotato di una disciplina del servizio universale e solo in epoca ancora posteriore alcuni meccanismi di regolazione ispirati al principio di universalità sono stati adottati per i servizi di fornitura di energia elettrica e gas.

Cfr. M. Clarich, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in: Dir. Pubbl., 1998, f. 1, p. 181 ss.

¹⁹³ Cfr. legge 14 novembre 1995 n. 481, *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*, in GU del 18 novembre 1995 n. 270. Anche se il concetto di universalità si ritrova già nella direttiva del Presidente del Consiglio del 27 gennaio 1994, *Principi dell’erogazione dei servizi pubblici*, in: GU del 22 febbraio 1994 n. 43.

determinazione delle tariffe non contribuendo, quindi, all'individuazione di un significato giuridicamente rilevante.

In particolare nella costruzione europea il servizio universale è concepito quale strumento che dovrebbe essere in grado di arginare le conseguenze di un possibile fallimento del mercato.

Infatti, come precisato dalla Commissione europea, *“I servizi d’interesse economico generale si differenziano dai servizi ordinari per il fatto che le autorità pubbliche ritengono che debbano essere garantiti anche quando il mercato non sia sufficientemente incentivato a provvedervi da solo”*. Pertanto se le autorità pubbliche dovessero ritenere che i meccanismi di mercato siano insufficienti a garantire le richieste di *“taluni specifici servizi”* possono stabilire che le stesse siano soddisfatte *“mediante obblighi di servizio di interesse generale”*¹⁹⁴.

Da questo punto di vista, quindi, il servizio universale si differenzia rispetto al servizio pubblico tradizionale per una minore estensione.

Infatti in tale categoria sono ricompresi solamente determinati servizi rispetto ai quali viene prevista la garanzia di universalità attraverso la predisposizione di omonimi obblighi.

¹⁹⁴ Cfr. Commissione europea, Comunicazione del 20 settembre 2000, *I servizi di interesse generale in Europa*, cit.

Si legge nel testo della citata Comunicazione: *“Il caso più classico è l’obbligo di servizio universale, vale a dire l’obbligo di prestare un determinato servizio su tutto il territorio nazionale a prezzi accessibili e a condizioni qualitative simili, indipendentemente dalla redditività delle singole operazioni”*.

Quindi il servizio universale divergerebbe dal servizio pubblico con riguardo al suo contenuto poiché non solo deve essere informato alle regole di continuità, uguaglianza di trattamento e adattamento ai bisogni ma deve anche essere offerto a tariffe accessibili anche se non remunerative. Inoltre altro elemento di distinzione rispetto al servizio pubblico tradizionale sarebbe costituito dall’obbligo di predisposizione dello stesso, in aggiunta a quello di prestazione, e consiste nel vincolo alla regolazione e, ove necessario, all’istituzione del servizio affinché sia offerto a chiunque ne faccia richiesta, a prescindere dalla collocazione geografica e a un prezzo accessibile.

Sul punto vedasi: N. Rangone, *I servizi pubblici: nozioni e regole*, op. cit.

L'individuazione di tali obblighi, in cui si sostanzia l'intervento regolatore del pubblico potere, varia poi in relazione all'attitudine del mercato ad offrire prestazioni e servizi adeguati alle esigenze dell'utenza in termini di qualità, prezzo e diffusione¹⁹⁵.

Si tratta, quindi, di una nozione flessibile poiché cambia in relazione al settore di riferimento ed evolutiva in ragione degli sviluppi tecnologici e delle nuove esigenze dell'utenza.

A ben vedere, però, da quanto sin qui sinteticamente esposto, può osservarsi che la nozione europea di servizio universale non si risolve in una categoria autonoma dotata di una propria dimensione prescrittiva.

Infatti l'attenzione al profilo della qualità del servizio o alla sua diffusione universale è implicito nella stessa nozione di servizio pubblico¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Cfr. M. Clarich, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, cit.

Con riguardo al rapporto tra vincolo regolatorio e liberalizzazione dei servizi promossa dal diritto europeo vedasi: V. Sottili, *Servizio pubblico e diritto comunitario*, in L.G. Radicati Di Brozolo (a cura di), *Servizi essenziali e diritto comunitario*, cit., p. 30 ss.

L'autrice evidenzia che sono proprio i settori più liberalizzati e concorrenziali a manifestare "intolleranza" nei confronti dei vincoli regolatori fino a superarne gli stessi contenuti seguendo la logica competitiva del mercato e tenendo in considerazione l'evoluzione tecnologica del settore di riferimento.

Inoltre, riguardo al rapporto tra direttive comunitarie e principio di sussidiarietà, l'autrice osserva che "*quanto più nel dettaglio la Comunità è intervenuta a definire il contenuto del servizio universale, tanto più limitati sono i confini entro i quali il principio di sussidiarietà è richiamato*".

¹⁹⁶ In dottrina, tuttavia, viene affermata la distinzione tra servizio pubblico e servizio universale, sia per il diverso contesto in cui le nozioni trovano origine, sia con riguardo al profilo contenutistico.

Relativamente al primo profilo si osserva che la nozione di servizio universale è nata nel contesto di liberalizzazione dei servizi pubblici. In relazione poi al contenuto è stato sottolineato che il servizio universale oltre ad essere improntato al rispetto delle regole di continuità, uguaglianza di trattamento e adattamento ai bisogni, valevoli anche per il servizio pubblico, deve essere offerto a tariffe accessibili anche se non remunerative.

Inoltre l'obbligo di prestazione tipico del servizio pubblico viene affiancato dall'obbligo di predisposizione ossia da un vincolo alla regolazione e, ove necessario, all'istituzione del servizio in modo che ne sia garantita l'universalità dello stesso.

Più nello specifico si tratta di una nozione sottintesa¹⁹⁷ alla doverosità che caratterizza l'erogazione del servizio pubblico e prescinde da valutazioni di mera convenienza economica per il gestore.

La detta doverosità si traduce, infatti, nella necessità di erogare servizi che siano in grado di rispondere ai bisogni degli utenti in termini di diffusione territoriale e sociale e abbordabilità nel prezzo¹⁹⁸.

A ben vedere, quindi, la doverosità costituisce l'effetto dell'assunzione del servizio pubblico, in assenza della quale la stessa istituzione del servizio sarebbe priva di utilità¹⁹⁹.

Infatti, la creazione del servizio pubblico riguarda attività il cui svolgimento è indispensabile allo sviluppo della coesione sociale e la

Cfr. M. Capantini, *Il servizio universale e le sue modalità di finanziamento. La soluzione dei fondi di compensazione*, in: Riv. it. dir. pubbl. com., 2003, f. 1, p. 99 ss.

¹⁹⁷ Cfr. M. Clarich, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, cit.

Più nello specifico l'autore citato ritiene che la nozione di servizio universale sia "latente" al concetto di servizio pubblico.

¹⁹⁸ Infatti, sottolineandosi in dottrina che è implicita alla nozione di doverosità il fatto che "tutti i destinatari potenziali 'debbano' essere tendenzialmente in grado di usufruirne anche indipendentemente dalle loro possibilità economiche", si effettua un richiamo implicito all'universalità del servizio.

Cfr. A. Romano, *La concessione di un pubblico servizio*, in: G. Pericu, A. Romano, V. Spagnuolo Vigorita (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995, p. 30 ss.

¹⁹⁹ Nella giurisprudenza europea si è precisato peraltro che condizione essenziale dell'esistenza di una missione di SIEG è costituita dal carattere dell'obbligatorietà della prestazione.

È proprio tale carattere, in virtù del quale "gli operatori incaricati della missione SIEG con un atto dei pubblici poteri sono, in linea di principio, tenuti ad offrire il servizio di cui trattasi sul mercato rispettando gli obblighi SIEG che regolano la prestazione del detto servizio", a consentire la distinzione tra servizio rientrante in una missione SIEG e ogni altro servizio fornito sul mercato (quindi ogni altra attività esercitata in modo completamente libero).

Cfr. Tribunale UE di primo grado, sentenza del 12 febbraio 2008, T289/03, *BUPA*.

cui domanda non può essere soddisfatta completamente dal mercato se non con l'intervento del pubblico potere²⁰⁰.

Pertanto la sua erogazione deve andare oltre il mercato dovendo, cioè, tendere all'obiettivo di estendere e rendere accessibili le prestazioni ad un'utenza più ampia di quella rappresentata dai potenziali consumatori in un libero mercato.

Da questo punto di vista può osservarsi, quindi, che nessuna novità ha operato il diritto europeo con l'introduzione della nozione di servizio universale, avendo solo adattato e isolato il "germe"²⁰¹ dell'universalità contenuto nel servizio pubblico al contesto del mercato liberalizzato.

3.6. Osservazioni conclusive:

La giurisprudenza italiana sembra essersi appiattita in ordine alla definizione di servizio pubblico su quella europea accogliendo - invero acriticamente - le nozioni europee ritenendo che queste siano sovrapponibili a quelle interne.

Tuttavia, dalle considerazioni sin qui svolte, non può non mettersi in evidenza l'errore cui tale impostazione perviene.

²⁰⁰ A tal proposito in dottrina si distingue tra il dovere di assicurare la fornitura del servizio, che costituisce una funzione propria del pubblico potere, e il compito di produrre il servizio che può essere affidato ai privati.

Cfr. D. Sorace, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in: Riv. it. dir. pubbl. com., 1997, p. 56 ss.

²⁰¹ L'espressione è utilizzata da: M. Clarich, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, cit.

Ciò non solo per la diversa tradizione giuridica che caratterizza il nostro ordinamento interno da quello europeo ma anche perché diversi sono gli obiettivi perseguiti nei due sistemi giuridici.

Infatti l'Unione Europea si è occupata della nozione di servizio di interesse economico generale principalmente per le conseguenze che attengono all'applicazione delle regole concorrenziali.

Disegnata, almeno formalmente, come una nozione di secondo grado, perché dipendente da una valutazione operata a monte dallo Stato membro, la stessa sembra essersi, per effetto delle elaborazioni della Corte di Giustizia, resa autonoma dalle valutazioni rese a livello nazionale.

E' vero che negli ultimi tempi l'orientamento della Corte di Giustizia sembra essersi ammorbidito rispetto al passato ammettendo in misura maggiore deroghe all'applicazione delle regole concorrenziali, ma ciò si accompagna all'affermazione della natura economica di un ampio numero di attività oggetto del servizio.

Tale ammorbidimento è probabilmente segno di una incertezza in ordine agli obiettivi politici futuri dell'Unione.

Una volta liberalizzati i grandi servizi di rete, ove più forti sono gli interessi economici ed "espansionistici" dell'Unione rimangono altre attività forse non altrettanto europeisticamente allettanti o in cui maggiori sono le resistenze degli Stati a procedere a un'armonizzazione delle relative discipline.

Ma in presenza di una nozione lata di attività economica, tale ammorbidimento non esclude la possibilità di future riprese espansionistiche anche in settori ove attualmente si ammettono le deroghe alle regole di concorrenza.

Per questo è necessario procedere ad una interpretazione più restrittiva della nozione di economicità che eviti una indebita, e anche solo potenziale, estensione delle regole di concorrenza, invece di ampliare l'applicazione della deroga contenuta al comma 2 dell'art. 106 TFUE.

Capitolo IV:

CONCORRENZA E SERVIZI PUBBLICI NELL'ORDINAMENTO INTERNO

SOMMARIO: 4.1. La Costituzione e la libertà di concorrenza. L'influenza del diritto europeo. - 4.2. La tutela della concorrenza e il sistema di riparto delle competenze tra Stato e Regioni con riguardo ai servizi pubblici di rilievo economico. - 4.3. La concorrenza e la fase di assunzione del servizio pubblico. - 4.4. La gestione dei servizi pubblici. - 4.5. I recenti interventi legislativi sulla gestione dei servizi pubblici di rilievo economico: l'affidamento c.d. in house. - 4.6. Sul concreto spazio di libertà degli enti locali nella scelta della modalità di gestione del servizio. - 4.7. Considerazioni conclusive.

4.1. La Costituzione e la libertà di concorrenza. L'influenza del diritto europeo

Per molto tempo la dottrina, prima civilistica e poi costituzionalistica, si è interrogata sull'esistenza di un fondamento costituzionale per la concorrenza in assenza, prima della novella del titolo V, Parte II della Costituzione, di un esplicito riferimento a detta nozione²⁰².

²⁰² In mancanza di un esplicito riferimento alla concorrenza nella Costituzione, si è fatto anche riferimento ai lavori dell'Assemblea costituente.

Sul punto vedasi: G. Amato, *Il mercato nella Costituzione*, in: Quaderni costituzionali, 1992, 1, p. 7 ss.

A tal proposito l'autore osserva che *“è un classico sentimento misto quello che l'Assemblea Costituente, nella sua larga maggioranza, prova e fa valere nei confronti del mercato. Del mercato essa diffida nel momento stesso in cui lo difende; e lo difende essendo in buona parte insensibile a buona parte delle ragioni per cui è giusto e merita farlo”*. In particolare egli rileva come *“nella cultura dei costituenti il mercato fosse tendenzialmente un disvalore, difeso soltanto perché inesorabilmente accoppiato alla libertà politica”*.

L'importanza di tale dibattito è, comunque, rimasta anche dopo la riforma da ultimo citata, che ha inserito la "tutela della concorrenza" tra le materie di potestà legislativa statale ex art. 117, comma 2, Cost..

A ben vedere, infatti, si tratta di questione che attiene non soltanto all'assetto delle libertà economiche ma anche alla definizione della stessa forma di Stato²⁰³.

A tal proposito occorre rilevare che il carattere compromissorio delle norme inerenti la "costituzione economica" dello Stato ha consentito che le stesse fossero "tirate per la giacca"²⁰⁴ in direzioni ideologicamente opposte rivendicando ora la vocazione sociale, ora il fondamento liberale che imprimerebbero sull'assetto economico-giuridico nazionale.

Con specifico riferimento alla concorrenza la dottrina ha da tempo rinvenuto il suo fondamento costituzionale nella libertà di iniziativa economica riconosciuta ai sensi dell' "anfibiologica"²⁰⁵ disposizione di cui all'art. 41 della Costituzione²⁰⁶.

Sul tema vedasi altresì, tra gli altri: N. Irti, *Iniziativa economica privata e concorrenza (verso la nuova Costituzione economica)*, in: Giur. it., 1997, IV, p. 226 ss.

²⁰³ Sul nesso tra Costituzione economica e forma di Stato vedasi: V. Spagnuolo Vigorita, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, p. 50 ss.

L'autore appena citato osserva che "la connessione tra forma di Stato e costituzione economica non richiede di essere sottolineata: se per forma di Stato, infatti, si intende la correlazione fra l'apparato autoritario o di governo ed il sistema di regolamentazione dei rapporti dei singoli e dei gruppi sociali tra loro e con lo Stato, la sua incidenza sul tipo di costituzione economica, e perciò la sua rilevanza ai fini della determinazione e della enucleazione di questa, appaiono per definizione stessa".

²⁰⁴ Così: F. Cintioli, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, cit., p. 3.

²⁰⁵ L'espressione è utilizzata da E. Cheli, *Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e nella dottrina*, in: Rass. dir. pubbl., 1960, p. 303 ss.

²⁰⁶ La concorrenza riceverebbe così tutela costituzionale, seppur indiretta, nella garanzia dei presupposti permissivi della libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost, comma 1. Tale ultima libertà, valevole *erga omnes*, verrebbe garantita non solo nella sua

Si è, così, individuato nella concorrenza un modo d'essere dell'iniziativa economica, consistente nella fondamentale condizione di libertà e di uguaglianza per tutti i consociati di entrare ed agire su un medesimo mercato, attuale o potenziale, offrendo beni o servizi suscettibili di soddisfare bisogni ed interessi identici o simili o complementari²⁰⁷.

Nel tentativo poi di individuare la portata dell'inerenza della libera concorrenza all'iniziativa economica, la dottrina ha espresso differenti orientamenti.

Senza voler ripercorrere puntualmente le tappe del dibattito si vuole qui sottolineare il graduale passaggio, anche sotto l'influenza del diritto europeo, da una configurazione della libertà di concorrenza in termini soggettivi a una in chiave oggettiva.

Si è passati, cioè, dal configurare la concorrenza come proiezione della libertà economica vista nella sua dimensione relazionale²⁰⁸ pur sempre,

dimensione verticale verso lo Stato, ma altresì in quella orizzontale, nei confronti cioè degli altri soggetti privati. (Cfr: sul punto tra gli altri: G. Morbidelli, voce: *Iniziativa economica privata*, in: Enc. giur., vol. XVII, Milano, 1989; A. Pace, *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche*, in: *Studi in memoria di Franco Piga*, vol. II, Milano, 1992, p. 1605 ss.).

In senso critico della lettura "orizzontale" dell'art. 41, comma 1, Cost: N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, I ed., Roma-Bari, 1998, p.18.

L'autore osserva, infatti, che il contenuto di tale diritto di libertà si risolverebbe nella mera pretesa all'astensione da parte dei pubblici poteri.

²⁰⁷ Così R. Franceschelli, *Valore attuale del principio di concorrenza e funzione concorrenziale degli istituti del diritto industriale*, in: Riv. dir. ind., 1956, I, p. 66 ss.

²⁰⁸ In questa prospettiva la libertà di iniziativa economica del singolo si presenta, in rapporto all'iniziativa economica degli altri come libertà di concorrenza.

Così: F. Galgano, art. 41, in: G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, tomo II, Bologna-Roma, 1982, p. 1 ss.

In argomento si veda altresì: G. Guglielmetti, *Limiti negoziali alla concorrenza*, Padova, 1961, p. 14; V. Donativi, *Concorrenza e mercato nel prisma dell'ordinamento giuridico: appunti per una ricostruzione storica*, in: Riv. dir. ind., 1992, p. 335 ss; L. Casseti, *La cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997, p. 107 ss.

quindi, in ottica di garanzia di posizioni giuridiche soggettive, a una concezione in termini oggettivizzati.

Secondo tale ultimo orientamento la libertà di concorrenza si risolverebbe nella garanzia di mantenimento di una struttura tendenzialmente concorrenziale del mercato giungendo, così, a individuare proprio in quest'ultimo l'oggetto della tutela costituzionale e finendo per attribuire allo stesso una dimensione valoriale²⁰⁹.

Al medesimo approdo è giunta anche la Corte Costituzionale come esito di un lungo percorso interpretativo che vale la pena tracciare nelle sue linee fondamentali prima di analizzare le più recenti pronunce al riguardo.

²⁰⁹ Più nello specifico secondo alcuni autori l'art. 41 della Costituzione prefigurerebbe un tipo di mercato il cui rispetto vincolerebbe il legislatore ordinario. Il mercato, cioè, sarebbe insieme presupposto e potenziale limite del diritto individuale di iniziativa economica. In questo senso: G. Ghidini, voce: *Monopolio e concorrenza*, in: Enc. dir., vol. XXVI, Milano, 1976, p. 793 ss; M. Libertini, *Il mercato: i modelli di organizzazione*, in: F. Galgano (a cura di, *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 1979, tomo III, p. 469 ss.; G. Bognetti, *Costituzione economica e Corte costituzionale*, Milano, 1983 p. 54 ss.

Si tratta, come sottolineato in dottrina, di un' evidente forzatura dell'art. 41 della Costituzione dal cui tenore letterale si evince il riconoscimento, quale valore, della libertà di iniziativa economica individuale e non della libertà di mercato.

Più nello specifico, concependo in chiave soggettiva la libertà di concorrenza quale derivazione della libertà di iniziativa economica, ne deriverebbe l'assoggettamento della prima alle limitazioni poste per la seconda ai sensi dell'art. 41, commi 2 e 3, Cost.

Contro la ricostruzione volta a individuare nel mercato l'oggetto della tutela costituzionale concependolo quale valore si sono espressi tra gli altri: A. Pace, *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche*, cit., p. 1629 ss.; S. Niccolai, *Mercato come valore o mercato come regola? Osservazioni minime su un tema importante*, in: Giur. cost., 1991, p. 3680 ss.

Vedasi altresì: A. Pace, *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, Pol. dir., 1993, p. 327 e ss.

L'autore, nello scritto da ultimo citato, contrappone al concetto di *libertà di mercato* privo di garanzia costituzionale, quello di *libertà nel mercato* intesa quale "risultante della convergente presenza, in un dato settore, di una pluralità di operatori e di una disciplina giuridica che predetermini le regole del gioco, valide per tutti nella stessa misura".

Sin dagli esordi della sua attività, la Corte Costituzionale non ha esitato a qualificare la concorrenza come “*uno dei principi del nostro ordinamento giuridico*”²¹⁰ oltre che dell’ordinamento comunitario²¹¹.

In particolare la concorrenza viene definita, nelle più risalenti decisioni, quale libertà “*che integra la libertà di iniziativa economica*” riconosciuta nella stessa misura a tutti gli imprenditori, essendo allo stesso tempo “*diretta alla protezione della collettività in quanto l’esistenza di una pluralità di imprenditori in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti ed a contenerne i prezzi*”²¹².

Nel ricondurre la libertà di concorrenza nell’alveo della libertà di iniziativa economica la Consulta, ponendo fine a un dibattito sorto in dottrina²¹³, ha riconosciuto l’unitarietà dell’oggetto tutelato dall’art. 41 Cost, riguardando la garanzia posta al primo comma della citata

²¹⁰ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 26 giugno 1956 n.6.

Più nello specifico, con riguardo all’obbligo di iscrizione delle imprese artigiane in un apposito registro, la Corte ha evidenziato che lo stesso “*più che a promuovere una maggiore capacità professionale è ispirato a una concezione della ingerenza dei pubblici poteri nella esplicazione dell’attività lavorativa che è in aperto contrasto con la concezione liberale del nostro ordinamento*”. Già nel suo primo anno di attività, quindi, la Corte si era espressa nel senso di ritenere liberale l’ordinamento costituzionale italiano concependo l’intervento pubblico quale indebita ingerenza nel caso sottoposto al suo esame.

²¹¹ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 9 aprile 1963 n. 49.

²¹² Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 2 dicembre 1982, n. 223.

In altra e successiva sentenza il giudice delle leggi ha posto in luce la concorrenza quale valore basilare della libertà di iniziativa economica. (Cfr. Corte Costituzionale, sentenza del 15 maggio 1990, n. 241).

In argomento vedasi altresì: Corte Costituzionale, sentenza 7 ottobre 1999, n. 384.

²¹³ Parte della dottrina, infatti, nel tentativo di individuare l’oggetto tutelato dalla disposizione in commento aveva proposto di distinguere l’“iniziativa economica” dal suo “svolgimento”.

In tal modo solo lo svolgimento dell’attività sarebbe stata oggetto delle limitazioni di cui all’art. 41 commi 2 e 3 e non, invece, il suo atto propulsivo consistente nella decisione di intraprendere o meno un’attività economica.

Tale tesi è stata sostenuta, tra gli altri, da: A. Baldassarre, voce: *Iniziativa economica privata*, in Enc. dir., vol. XXI, Milano, 1971, p. 595 ss.

disposizione “*non soltanto la fase iniziale di scelta dell’attività, ma anche i successivi momenti del suo svolgimento*”²¹⁴.

Tale opzione interpretativa ha consentito, così, al Giudice delle leggi di sottoporre anche la libertà di concorrenza alle limitazioni fissate dal secondo e terzo comma dell’art. 41 Cost²¹⁵.

Con riferimento al sindacato sull’utilità sociale la Corte Costituzionale ha dagli anni Sessanta²¹⁶ delineato il perimetro del proprio intervento riconoscendosi competente a sindacare la palese contraddizione dei fini di utilità sociale con i presupposti di fatto accertabili, la non assoluta inidoneità dei mezzi predisposti dal legislatore rispetto allo scopo e il perseguimento di finalità palesemente diverse da quella di utilità sociale formalmente indicata.

Non stupisce, allora, che la Consulta sia pervenuta alla dichiarazione di illegittimità costituzionale per contrasto con l’utilità sociale in poche occasioni.

²¹⁴ Così: Corte Costituzionale, sentenza 31 maggio 1960 n. 35.

²¹⁵ Cfr. Corte Costituzionale, sentenze 9 aprile 1963 n. 46 e 10 giugno 1969 n. 97.

Con riferimento all’operatività di tali limitazioni la Consulta ha adottato un orientamento prudente sostenendo che anche le limitazioni di cui al secondo comma dell’art. 41 Cost. sarebbero oggetto di una riserva di legge implicita.

Quest’ultima sarebbe, infatti, desumibile dagli stessi “*principi generali informatori dell’ordinamento democratico secondo i quali ogni specie di limite imposto ai diritti dei cittadini abbisogna del consenso dell’organo che trae da costoro la propria diretta investitura*”. (Cfr. Corte Costituzionale 14 febbraio 1962, n. 4).

In tal modo la Corte ha contribuito al superamento di una tesi sostenuta in dottrina secondo cui “*indipendentemente da leggi che diano maggiore precisione o concretizzazione alle formule adottate dalla Costituzione lì dove essa stabilisce limiti, divieti o binari per lo svolgimento delle iniziative, i singoli siano tenuti a rispettare i limiti fissati dall’art. 41, 2° co., Cost., i giudici a decidere sul loro rispetto e le autorità esecutive, nei limiti della propria competenza, ad imporle l’esecuzione anche attraverso l’emissione di atti regolamentari*”. (Così: C. Esposito, *I tre commi dell’art. 41 della Costituzione*, in: *Giur. cost.*, 1962, p. 37.)

²¹⁶ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 7 marzo 1964, n. 14.

In particolare, nel primo periodo della sua attività, e grosso modo fino alla fine degli anni Ottanta, la Corte Costituzionale, attraverso un'interpretazione estensiva della clausola dell'utilità sociale,²¹⁷ ha prevalentemente giustificato l'intervento pubblico in ambito economico considerandolo strumentale alla tutela di un ampio novero di interessi²¹⁸.

²¹⁷ In dottrina si è osservato che la difficoltà di pervenire a una precisa definizione di utilità sociale si deve anche alla sua "irriducibile poliedricità" essendo la stessa riferibile a due distinti campi applicativi riferibili ai profili interni ed esterni dell'attività produttiva posta in essere. (Cfr. A. Baldassarre, voce *Iniziativa economica privata*, cit., p. 603 ss.).

Taluni hanno proposto, poi, di qualificare l'utilità sociale alla stregua di "principio-valvola" in grado di consentire "l'adattamento dell'ordinamento al mutare dei fatti sociali" che, partecipando dei caratteri dei valori costituzionali, è volto alla realizzazione di quel progetto di trasformazione della società di cui all'art. 3, secondo comma Cost. (Così, M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, p. 117).

Indicazioni utili in ordine alla nozione di utilità sociale sono ricavabili dalle pronunce della Corte Costituzionale. Infatti, nonostante un tale sindacato sia stato effettuato dalla Consulta in alcuni casi in maniera formale e in altri casi in maniera più penetrante, è comunque rinvenibile una "logica comune (...) secondo cui sono di utilità sociale quei beni che non solo sono ritenuti tali dal legislatore ma che godono anche e soprattutto di diretta protezione e garanzia in Costituzione". (Cfr. M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., p. 138).

²¹⁸ Si collocano in questo contesto le decisioni in cui il Giudice delle leggi ha riconosciuto il fondamento costituzionale di utilità sociale delle limitazioni poste dal legislatore all'attività imprenditoriale giustificandole perché rispondenti a diverse esigenze tra cui quelle di: tutela della donna lavoratrice (sentenza 5 marzo 1969 n. 27); incremento della produzione granaria e tutela della salute del consumatore (sentenza 22 giugno 1971 n. 137); rispetto del diritto dei lavoratori al riposo settimanale (sentenza 23 aprile 1974, n. 111); protezione e incentivazione di talune colture (sentenza 15 febbraio 1980 n. 20).

In parziale discontinuità con il tenore delle pronunce appena citate si pone la sentenza della Corte Costituzionale 2 dicembre 1982 n. 223.

In tale sentenza la Consulta, giudicando sulla legittimità dell'art. 2596 c.c., ha affermato che l'autolimitazione della concorrenza tramite accordi tra imprenditori, pur non turbando la libertà di concorrenza e anzi in taluni casi agevolandola, "non può superare quei limiti che l'ordinamento giuridico pone nell'interesse individuale o in quello della collettività".

L'importanza di tale pronuncia deriva dal fatto che per la prima volta il mercato concorrenziale viene considerato dalla giurisprudenza costituzionale come uno strumento utile per il perseguimento dell'interesse collettivo. In particolare la Corte ha affermato che "la libertà di concorrenza tra imprese ha, com'è noto, una duplice finalità: da un lato, integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e, dall'altro, è diretta alla protezione della collettività, in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenerne i prezzi".

Con particolare riguardo al settore dei servizi pubblici tale atteggiamento si è tradotto nella dichiarazione di legittimità costituzionale delle disposizioni che ponevano la riserva allo Stato per i servizi di televisione circolare a mezzo di onde radioelettriche e per quello di energia elettrica.

Nel primo caso, prendendo atto della limitatezza dei canali utilizzabili, il Giudice delle leggi ha individuato, nella necessità di garantire il rispetto del principio del pluralismo, le ragioni di “*utilità generale*” idonee a giustificare ai sensi degli artt. 41 e 43 della Costituzione l’avocazione dei citati servizi in capo allo Stato²¹⁹.

Nel secondo caso la Corte ha giustificato la situazione di monopolio attraverso l’enucleazione della categoria dei servizi pubblici essenziali (in cui ha fatto rientrare anche quello erogato dall’Enel) e li ha esclusi dall’applicazione delle regole concorrenziali comunitarie²²⁰.

La tendenza a ricondurre nell’alveo dell’utilità sociale anche interessi squisitamente economici divenne più forte a partire dagli anni Novanta

²¹⁹ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 13 luglio 1960 n. 59.

Osserva a tal proposito la Corte: “*Siccome, poi, a causa della limitatezza dei "canali" utilizzabili, i servizi radiotelevisivi, se non fossero riservati allo Stato o a un ente statale ad hoc, cadrebbero naturalmente nella disponibilità di uno o di pochi soggetti, prevedibilmente mossi da interessi particolari, non può considerarsi arbitrario neanche il riconoscimento della esistenza di ragioni "di utilità generale" idonee a giustificare, ai sensi dell'art. 43, l'avocazione, in esclusiva, dei servizi allo Stato, dato che questo, istituzionalmente, è in grado di esercitarli in più favorevoli condizioni di obbiettività, di imparzialità, di completezza e di continuità in tutto il territorio nazionale*”.

²²⁰ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 7 marzo 1964, n. 14 cit.

La Consulta ha infatti affermato: “*Anzitutto l'art. 37 del Trattato sarebbe stato erroneamente citato. Questo vieta i monopoli nazionali che presentano carattere commerciale privato ma non si riferisce ai servizi pubblici essenziali, quali sono invece la produzione e la distribuzione dell'energia elettrica. Di questi servizi si occupa l'art. 90, n. 2, il quale esonera le imprese dall'applicazione delle norme del Trattato e, in particolare, quelle sulla concorrenza, nei limiti in cui ciò sia necessario all'adempimento della specifica missione affidata alle imprese stesse. Pertanto l'E.N.E.L. non può considerarsi soggetto, nelle sue attività istituzionali, alle norme del Trattato di Roma, e, in specie, a quelle sulla concorrenza.*”.

sebbene in tale periodo il principio di concorrenza non venne ancora concepito quale parametro di legittimità costituzionale²²¹.

In altre parole in detto periodo gli interessi sottesi alla libertà di concorrenza vennero introdotti, in maniera più decisa rispetto al passato, in quel giudizio di bilanciamento tra interessi meramente economici e quelli prettamente sociali in cui si risolve il sindacato sull'utilità sociale.

Ma una tappa importante del percorso interpretativo, che ha portato la concorrenza da interesse oggetto di bilanciamento nel sindacato sull'utilità sociale a vero e proprio valore costituzionale, è avvenuto con la riforma costituzionale del 2001 che ha introdotto nella Costituzione un riferimento esplicito alla concorrenza²²².

Tale riferimento, però, non viene collocato nella parte prima, titolo secondo della Costituzione dedicata ai “*rapporti economici*” ma nell'ambito della parte seconda, titolo quinto dedicato a “*le regioni, le province, i comuni*”.

²²¹ Cfr. Corte Costituzionale sentenza 15 maggio 1990 n. 241.

In tale sentenza, resa poco prima della promulgazione della l. 287/1990, la Consulta ha sottolineato come la libertà di concorrenza costituisca “*valore basilare della libertà di iniziativa economica, ed è funzionale alla protezione degli interessi della collettività dei consumatori*”.

Cfr., altresì, Corte Costituzionale sentenza 1996 n. 236. In tale sentenza il Giudice delle leggi, nell'individuare gli interessi da tenere presenti nel sindacato sull'utilità sociale vi è “*il sano e corretto funzionamento del mercato*”.

Nello stesso senso già: Corte Costituzionale, sentenze: 30 luglio 1992 n. 389; 23 marzo 1995 n. 110.

²²² Tale riferimento ha fatto parlare di “*costituzionalizzazione*” della disciplina di concorrenza.

In questo senso: S. Cassese, *L'energia elettrica nella legge costituzionale n. 3/2001*, in: Rass. giur. energia elettr., 2002, p. 497 ss; M. Cammelli, *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, in: Le Regioni, 2001, n. 6, p. 1274.

Più nello specifico il legislatore della riforma costituzionale menziona la “*tutela della concorrenza*” e - si badi - non la concorrenza *tout court*, tra le materie attribuite alla potestà legislativa dello Stato ai sensi dell’art. 117, secondo comma, lett. e), Cost.

E la menziona insieme ad altre materie che ineriscono la realtà economica quali la moneta, la tutela del risparmio e dei mercati finanziari, e ancora, il sistema valutario e il sistema tributario e contabile dello Stato.

Invero, da quanto appena osservato, si può ricavare che il legislatore della riforma costituzionale non abbia inteso elevare il mercato concorrenziale alla dimensione di valore costituzionale avendo attribuito alla potestà legislativa esclusiva dello Stato le materie prima citate per il loro rilievo macro-economico.

Eppure la Corte Costituzionale sembra pervenire, nelle pronunce rese in argomento, a esiti differenti.

In particolare la Consulta sembra aver adottato una nozione ampia di concorrenza, di asserita derivazione comunitaria, secondo cui detta nozione va intesa non solo in senso statico ma anche in accezione dinamica.

Infatti, la Corte ha precisato che nell’alveo della “*tutela della concorrenza*” rientrerebbero sia gli interventi regolativi volti a ripristinare un equilibrio di mercato andato perduto a seguito di comportamenti restrittivi e/o distorsivi, sia quegli interventi volti a

*“ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali”*²²³.

Detta opzione interpretativa sarebbe confermata, ad avviso della Corte, dalla stessa collocazione della tutela della concorrenza accanto alle altre competenze in materia di politica economica (moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari, sistema valutario e contabile) di cui all’art. 117, comma secondo, lett. e) Cost., che confermerebbe il ruolo dinamico della concorrenza.

Tale ampia nozione si è poi consolidata nella giurisprudenza costituzionale, risultando ripresa in successive sentenze rese dalla Corte in tema di servizi pubblici locali di rilievo economico²²⁴.

Aldilà delle implicazioni che tale orientamento importa sul riparto delle competenze Stato-regioni, e che verranno affrontate in altra sede²²⁵, si vuole qui mettere in evidenza il fatto che la Corte Costituzionale abbia sganciato la concorrenza dalla sua forza generatrice nell’ambito dell’ordinamento interno: la libertà di iniziativa economica.

²²³ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 13 gennaio 2004, n. 14.

Con tale sentenza la Consulta si è pronunciata in tema di interventi pubblici a sostegno di operatori economici.

La Corte, adottando una lettura comunitariamente orientata della nozione di concorrenza, ha affermato che *“dal punto di vista del diritto interno la nozione di concorrenza non può non riflettere quella operante in ambito comunitario, che comprende interventi regolativi, misure antitrust e misure destinate a promuovere un mercato aperto ed in libera concorrenza”*. Ha poi precisato che la tutela della concorrenza *“costituisce una delle leve della politica economica statale e pertanto non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio andato perduto, ma anche in quell’accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali”*.

²²⁴ Cfr. Corte Costituzionale, sentenze 27 luglio 2004 n. 272; 17 novembre 2010, n. 325.

²²⁵ v. par. 4.2.

In particolare l'attenzione viene spostata dalla tutela della concorrenza in quanto libertà alla tutela del mercato concorrenziale per la realizzazione del quale sembra possibile la compressione delle stesse libertà economiche riconosciute dalla Costituzione.

Inoltre la Corte, nel ricercare la soluzione a questioni di competenza legislativa, sembra affrontare la questione preoccupandosi unicamente di assicurare la concorrenza, quasi in forza di una presunzione assoluta in virtù della quale, garantendo quest'ultima, si soddisferebbero automaticamente tutti gli altri valori coinvolti.

Ma in tal modo il Giudice delle leggi sembra trascurare l'essenza del fenomeno dei servizi pubblici ancorché di rilievo economico, che non si risolve esclusivamente nel problema di assicurare la competizione tra gestori.

Il rischio è, infatti, quello di mettere in ombra il posto centrale dell'utente e l'importante ruolo dell'ente territoriale che non si deve ridurre a "*mero custode della concorrenza*"²²⁶ dovendo, invece, rivendicare il suo ruolo di amministrazione chiamata a effettuare scelte politiche a favore della collettività.

²²⁶ Così: F. Fracchia, *I servizi pubblici e la retorica della concorrenza*, in: Foro it., 2011, V, p. 106 ss.

4.2. La tutela della concorrenza e il sistema di riparto delle competenze tra Stato e Regioni con riguardo ai servizi pubblici di rilievo economico

Com'è noto il sistema di riparto delle competenze tra Stato e Regioni è stato modificato per effetto della citata riforma operata con la già menzionata²²⁷ legge costituzionale n. 3/2001²²⁸.

Quest'ultima, infatti, non solo ha espressamente menzionato la “*tutela della concorrenza*” tra le materie riservate alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117 Cost., secondo comma lett. e), ma ha anche posto come limite esplicito alla legislazione statale e regionale il rispetto dei “*vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario*”²²⁹.

Sul citato sistema di riparto ha poi profondamente influito l'opzione interpretativa adottata dalla giurisprudenza costituzionale.

²²⁷ Cfr. par. 4.1. del presente capitolo.

²²⁸ In dottrina si è osservato che con la novella del titolo V della Costituzione operata nel 2001 sono stati introdotti nella Costituzione un consistente numero di termini e nozioni economiche.

Tra detti termini si possono ad esempio annoverare lo “*sviluppo economico*” che giustifica gli interventi perequativi di cui all'art. 119 Cost.; l' “*unità economica*” ex art. 120 Cost.; l'individuazione di materie quali la “*tutela della concorrenza, del risparmio e dei mercati finanziari, perequazione delle risorse finanziarie*” riservate alla competenza legislativa esclusiva statale ai sensi dell'art. 117, secondo comma, Cost; il sostegno all'innovazione nei settori produttivi indicata tra le materie di competenza concorrente ex art. 117, terzo comma, Cost.

In particolare questo complesso di disposizioni avrebbe arricchito, per mezzo delle regole sul riparto di competenze, il diritto costituzionale dell'economia fino ad allora focalizzato sulle garanzie individuali dei diritti economici e sociali.

Così: L. Casseti, *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*, in: federalismi.it, 2004, n. 5.

Sul riparto della potestà legislativa tra Stato e regioni alla luce della riforma costituzionale del 2001 vedasi: G. Verde, *Alcune considerazioni sulla potestà legislativa statale e regionale nel nuovo art. 117 della Costituzione*, in: Diritto e società, 2002, 4, p. 549;

²²⁹ Cfr. art. 117, comma 1, Cost.

Innanzitutto la Consulta²³⁰, come anche la dottrina²³¹, hanno qualificato la “tutela della concorrenza” quale materia trasversale.

Più nello specifico, si tratterebbe di una materia-funzione, la cui estensione non è rigorosamente determinata, che incide trasversalmente i diversi oggetti relativi a competenze non solo statali, ma anche regionali, quali il commercio, l’industria, la produzione e la prestazione di servizi²³².

Peraltro, come già sottolineato²³³, sin da subito la nozione di concorrenza adottata dalla Corte si è presentata dilatata finendo per legittimare gli interventi legislativi dello Stato, sia in funzione di difesa dell’assetto concorrenziale del mercato, che in funzione di promozione dello stesso²³⁴.

²³⁰ Cfr., ex multis, Corte Costituzionale, sentenze: 13 gennaio 2004 n. 14; 27 luglio 2004 n. 272; 4 maggio 2005 n. 175; 3 marzo 2006 n. 80.

²³¹ Sull’inquadramento della “*tutela della concorrenza*” tra le competenze trasversali non riconducibili alla nozione tradizionale di materia, si vedano: L. Casseti, *Potestà legislativa regionale e tutela della concorrenza (10.12.2001)*, in: federalismi.it, 2001; A. D’Atena, *Materie legislative e tipologie delle competenze*, in: Quad. cost., 2003, n. 1, p. 15 ss; S. Mangiameli, *Sull’arte di definire le materie dopo la Riforma del Titolo V della Costituzione*, in: Le Regioni, 2003, n. 1, p. 337.

²³² Un’affermazione del medesimo tenore si ritrova nella sentenza del 13 gennaio 2004 n. 14, ove la Corte Costituzionale ha così statuito: “*tale competenza, (...) presenta i caratteri di una materia di estensione certa, ma quelli di una funzione esercitabile sui più diversi oggetti*”. Cfr. sull’argomento tra gli altri: G. Corso, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in: Dir. pubbl., 2002, n. 3, p. 981 ss; L. Buffoni, *La “tutela della concorrenza” dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, in: Le istituzioni del federalismo, 2003, n. 2, p. 345 ss; R. Caranta, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del titolo V della Costituzione*, in: Le Regioni, 2004, n. 4, p. 990 ss; F. Pizzetti, *Il sistema costituzionale delle autonomie locali (tra problemi ricostruttivi e problemi attuativi)*, in: Le Regioni, 2005, n. 1-2, p. 49 ss.

²³³ Cfr. par. 4.1.

²³⁴ Cfr., ex multis, Corte Costituzionale, sentenza 27 luglio 2004 n. 272; 24 giugno 2005 n. 242; 23 novembre 2007 n. 401; 12 febbraio 2010 n. 45; 15 maggio 2014 n. 125.

In particolare la Corte Costituzionale ha precisato che nella materia “tutela della concorrenza” innanzitutto rientrano quegli interventi legislativi di tutela in senso proprio, con cui vengono disciplinate le modalità di controllo, ed eventualmente anche di sanzione, degli atti e dei comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull’assetto concorrenziale dei mercati.

Parimenti ricomprese sono, ad avviso della Consulta, anche quelle misure legislative di promozione, che *“mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l’apertura, eliminando barriere all’entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, rimuovendo, cioè, in generale, i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche”*²³⁵ in funzione di garanzia della concorrenza “nel mercato”.

Infine, rientrano nell’ampia nozione di concorrenza anche le misure legislative che perseguono il fine di strutturare e assicurare procedure concorsuali di garanzia volte ad assicurare *“la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici”*²³⁶.

Il Giudice delle leggi, enucleando tali possibili interventi, ha dimostrato di conoscere lo spettro dei possibili interventi in nome della concorrenza eppure li accomuna, attribuendoli tutti alla competenza legislativa esclusiva statale ai sensi dell’art. 117, secondo comma, lett. e), Cost.

²³⁵ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 15 maggio 2014 n. 125. Nello stesso senso si vedano ex multis: Corte Costituzionale, sentenza 14 dicembre 2007 n. 430; 22 maggio 2009 n. 160; 22 luglio 2010 n. 270; 24 giugno 2010 n. 232.

²³⁶ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 23 novembre 2007 n. 401 cit.

Occorre a questo punto chiedersi quale siano gli spazi di intervento riconosciuti al legislatore regionale in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Analizzando la giurisprudenza della Corte Costituzionale è possibile ricavare che i pochi spazi di intervento in capo al legislatore regionale, in materia di affidamento di servizi pubblici locali di rilevanza economica, sono riconosciuti purché la legislazione statale lasci spazi di integrazione, la regione possa vantare di un titolo di legittimazione materiale e il suo intervento espliciti effetti pro-concorrenziali²³⁷.

Più nello specifico l'intervento del legislatore statale a tutela e promozione della concorrenza è legittimo se e in quanto persegue finalità di rilievo macroeconomico²³⁸.

²³⁷ Cfr. sul punto, Corte Costituzionale, sentenze: 1 febbraio 2006 n. 29; 20 novembre 2009 n. 307.

Con la prima sentenza la Consulta ha dichiarato la legittimità costituzionale delle disposizioni legislative regionali che ponevano il divieto, non previsto dalla legge statale, per le società proprietarie delle reti di partecipare alle gare per la scelta del soggetto gestore del servizio. La Corte ha statuito che, poiché nel caso in questione si versa in una materia (quella dei servizi pubblici locali) rientrante nella competenza legislativa residuale delle regioni, *“può ritenersi ammissibile che queste ultime, esercitando la loro discrezionalità legislativa, integrino la disciplina dettata dallo Stato”* purché il loro intervento sia coerente con l'obiettivo della tutela della concorrenza.

Con la seconda sentenza citata la Corte ha parimenti dichiarato la legittimità costituzionale delle disposizioni legislative regionali che, prevedendo l'affidamento del servizio di erogazione idrica solo mediante gara, tutelavano in maniera più intensa la concorrenza rispetto alle norme statali.

Il Giudice delle leggi ha in tale sentenza affermato che le norme impugnate *“in quanto emanate nell'esercizio di una competenza residuale propria delle regioni, quella relativa ai «servizi pubblici locali»* ed essendo *“più rigorose delle norme interposte statali”* possono essere ritenute costituzionalmente legittime.

²³⁸ Invero, si è osservato, che la rilevanza macroeconomica dell'intervento pubblico *“non potendo essere di volta in volta misurata dalla Corte alla quale è precluso il sindacato nel merito della scelta legislativa di politica economica, possa trasformarsi in un parametro assolutamente sfuggente e dunque suscettibile di essere utilizzato a svantaggio della valorizzazione delle competenze concorrenti e residuali riconosciute alle regioni dal nuovo Titolo V su materie che attengono al governo dell'economia.”*

Così: L. Casseti, *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*, cit., p.10.

Inoltre, occorre che la legge statale rispetti i principi di proporzionalità ed adeguatezza²³⁹, in modo da non incidere sulle competenze regionali al di là di quanto strettamente necessario per raggiungere la finalità specifica della tutela della concorrenza²⁴⁰.

Invero non sembra opportuno riconoscere una portata così ampia alla tutela della concorrenza perché, così facendo, si riducono notevolmente gli spazi di intervento che andrebbero, invece, riconosciuti al legislatore regionale.

²³⁹ Proprio il mancato rispetto dei principi di proporzionalità e adeguatezza ha condotto la Consulta a dichiarare l'illegittimità costituzionale di una disposizione legislativa statale (l'art. 14, comma 1, lett. e) del d.l. n. 269/2003, convertito con modifiche in l. 326/03) in quanto talmente dettagliata e autoapplicativa da determinare una illegittima compressione dell'autonomia regionale. Tale intervento risultava, quindi, sproporzionato e ingiustificato rispetto allo scopo sotteso all'intervento statale.

Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 27 luglio 2004 n. 272.

Per un commento alla citata decisione vedasi: F. Casalotti, *La Corte Costituzionale e i criteri di riparto delle competenze con riferimento ai servizi pubblici locali dopo la riforma del Titolo V Parte II della Costituzione: la sentenza n. 272 e l'ordinanza n. 274 del 2004*, in: *Le Regioni*, 2005, n.1, p. 262.

²⁴⁰ Apparterrebbero, invece, alla competenza legislativa concorrente e residuale delle regioni "gli interventi sintonizzati sulla realtà produttiva locale".

Cfr. Corte Costituzionale, sentenza del 13 gennaio 2004, n. 14, cit.

Sulla base della riferita interpretazione "dinamica" della competenza statale in materia di concorrenza ed applicando le regole sul sindacato di ragionevolezza delle norme legislative sospettate di ledere le competenze regionali, la Corte ha dichiarato legittime le norme statali censurate che prevedevano misure di sostegno e agevolazioni: per i rischi in agricoltura (art.52, comma 83, l. 448/2001); nei settori produttivi del tessile e dell'abbigliamento e calzaturiero (art.59, l. 448/2001); per le aree svantaggiate (art.60, c.1, lettera d) della l. 448/2001). Ha, altresì, dichiarato la legittimità costituzionale delle regole sul finanziamento di nuovi patti territoriali e contratti di programma riguardanti taluni settori produttivi (agroalimentare e pesca) (art. 67 l. 448/2001).

Tali misure sono state ritenute assimilabili agli aiuti di stato e ricondotte a una concezione pro-attiva di concorrenza che fonda la competenza legislativa esclusiva dello Stato. Quest'ultima sarebbe giustificata, secondo la Corte Costituzionale, anche sulla base del rilievo macro-economico di tali misure. Tuttavia, seguendo il percorso argomentativo della Consulta, non si coglie il nesso tra l'intervento macro-economico e la sua finalizzazione alla tutela della concorrenza.

Per un commento in chiave critica della citata sentenza vedasi: G.P. Dolso, *Tutela dell'interesse nazionale sub specie di tutela della concorrenza*, in: *Giur. Cost.*, 2004, p. 269 ss; L. Casseti, *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*, cit.

Infatti gli interventi di “promozione” della concorrenza, solitamente incidono su situazioni in cui non sussiste un mercato concorrenziale per ragioni attinenti alla presenza di condizioni di monopolio naturale.

In tali casi gli interventi incidono su settori di mercato aventi caratteristiche tali da rendere inefficace o insufficiente il controllo antitrust a difesa della concorrenzialità del mercato.

Del resto il riferimento esplicito contenuto nell’art. 117, secondo comma, Cost., alla “*tutela della concorrenza*” mostra la consapevolezza del legislatore costituzionale in ordine a tale distinzione.

Pertanto, nonostante l’orientamento contrario della Corte Costituzionale, appare opportuno ritagliare in questi casi uno spazio di intervento legislativo in capo alla regione nelle materie attribuite alla sua competenza.

4.3. La concorrenza e la fase di assunzione del servizio pubblico

La pubblica amministrazione attraverso la decisione di assunzione/istituzione del servizio pubblico assume la responsabilità della produzione dello stesso determinando al contempo la posizione del servizio nel mercato²⁴¹.

Con specifico riguardo ai servizi di carattere economico il fondamento costituzionale dell’assunzione dei servizi pubblici è costituito dall’art. 41, terzo comma della Costituzione.

²⁴¹ Cfr. F. Merloni, *L’assunzione/istituzione dei servizi pubblici (locali) tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario*, in: E. Follieri, L. Iannotta (a cura di), *Scritti in onore di F. Pugliese*, Napoli, 2010, p. 626 ss.

In particolare tale ultima disposizione, nella parte in cui prevede la determinazione per legge di programmi e controlli perché “*l’attività economica pubblica possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*”, espressamente riconosce l’iniziativa economica pubblica.

L’art. 43 della Costituzione viene, invece, in rilievo per i “*servizi pubblici essenziali*” il cui espletamento è riservato per legge allo Stato o agli enti locali qualora ricorrano i presupposti previsti dalla citata disposizione²⁴².

²⁴² La riserva ex art. 43 Cost. può essere prevista per legge solamente per le attività imprenditoriali che posseggono le caratteristiche indicate dalla norma citata ma non nel settore dell’assistenza privata nell’ambito del quale l’iniziativa è, ai sensi dell’art. 38 Cost. ultimo comma, “*libera*”.

Occorre poi che la riserva sia giustificata in vista del perseguimento di “*fini di utilità generale*”.

A tal riguardo la Corte Costituzionale ha precisato che costituiscono sintomi di deviazione dai fini di utilità generale il fatto che il legislatore non abbia compiuto l’apprezzamento richiesto dall’art. 43 Cost. o lo abbia effettuato utilizzando criteri illogici, arbitrari o contraddittori.

Alla stessa conclusione il giudice delle leggi è pervenuto quando l’apprezzamento si ponga in contrasto con i rispettivi presupposti di fatto; nel caso in cui siano stati predisposti mezzi del tutto inadeguati allo scopo e quando la legge persegua finalità differenti dall’utilità generale.

Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 7 marzo 1964 n. 14.

In tale sentenza, la Corte, nel valutare la legittimità costituzionale della legge 6 dicembre 1962 n. 1643 istitutiva dell’E.N.E.L., ha ritenuto spettasse al “*Parlamento, alla cui sensibilità è affidato il compito di determinare nei vari momenti della vita della collettività (...) l’identificazione degli interessi da soddisfare, dei mezzi da adoperare e dei sacrifici da imporre ai fini dell’utilità generale*”.

In un altro caso la Corte Costituzionale, con sentenza di analogo tenore, ha riconosciuto la legittimità della facoltà concessa ai comuni di istituire centrali con esclusiva per la rivendita del latte, costituendo, nella fattispecie, il diritto esclusivo “*un mezzo di protezione di un interesse igienico sanitario pubblico*” e perseguendosi in tal modo quei “*fini di utilità generale*” di cui all’art. 43 della Costituzione.

Cfr. Corte Costituzionale, sentenza del 23 marzo 1960 n. 11.

Relativamente a tali pronunce si è osservato come la Corte si sia mossa in controtendenza rispetto agli sforzi profusi in dottrina volti a riconoscere carattere eccezionale all’art. 43 Cost. e il suo valore residuale rispetto all’art. 41 Cost. (Cfr. E. Scotti, *Il servizio pubblico: tra tradizione nazionale e prospettive europee*, cit.)

Per una rassegna della giurisprudenza costituzionale sull’art. 43 Cost. vedasi: E. Cheli, *Orientamenti della giurisprudenza costituzionale in tema di monopoli pubblici*, in: *Scritti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. III, Milano, 1977, p. 305 ss.

Riguardo il tema dei monopoli nel diritto e nella giurisprudenza europea si veda: G. Caputi, *Servizi pubblici e monopoli nella giurisprudenza comunitaria*, Torino, 2002.

Occorre, quindi, non confondere la nozione di servizio pubblico assumibile con quella di servizio riservato.

L'assunzione di una determinata attività come servizio pubblico costituisce, infatti, un logico presupposto della decisione circa le modalità di gestione dello stesso ed è rimessa, almeno formalmente, alla discrezionalità dello Stato o dell'ente locale.

Invece la riserva riguarda la situazione soggettiva di impresa e non costituisce anche la modalità di gestione del servizio²⁴³.

Per i servizi pubblici nazionali lo strumento con cui si realizza la decisione di assunzione del servizio è costituito dalla normativa nazionale.

Si tratta - com'è evidente - di una decisione che costituisce espressione di valutazioni eminentemente politiche.

Tuttavia, per effetto della forte penetrazione dell'ordinamento europeo nel settore dei sieg, tale decisione risulta fortemente influenzata, almeno per i servizi pubblici di rilievo economico, dalla esigenza di rispettare le regole di concorrenza, finendo per condizionare anche la scelta dell'autorità pubblica in ordine alle modalità di gestione.

Nella costruzione europea, infatti, le attività in cui si sostanziano i servizi di interesse economico generale sono assoggettate alle regole

²⁴³ Sul punto vedasi: G. Caia, *Assunzione e gestione dei servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale: profili generali*, in: Reg. e Gov. Loc., 1992, n. 1/2, p. 30 ss. Infatti la riserva, qualora effettivamente sia prevista per legge, non comporta anche un vincolo circa la scelta della forma di gestione, potendo il servizio riservato essere organizzato anche mediante concessione a terzi. Peraltro tale ultima possibilità è stata affermata in alcune pronunce risalenti della Corte Costituzionale. Cfr. sul punto Corte Costituzionale, sentenze del 23 marzo 1960 n. 11 e del 6 luglio 1965 n. 58.

concorrenziali e l'intervento della pubblica autorità in senso limitativo della concorrenza è ammesso purché si sostanzii in misure indispensabili e proporzionate all' *“adempimento in linea di diritto e di fatto della specifica missione loro affidata”*.

Proprio perché la possibilità di deroga è concepita quale ipotesi eccezionale e in funzione strumentale al raggiungimento di obiettivi specificamente fissati dall'autorità pubblica, non è corretto identificare in tale ambito il carattere pubblico del servizio.

Quest'ultimo lo si può, invece, rintracciare nel momento della decisione di assunzione²⁴⁴ di una determinata attività come servizio pubblico.

A tal proposito occorre osservare che l'importante ruolo delle autorità pubbliche nazionali è in effetti espressamente riconosciuto a livello europeo sia dai Trattati che da altri fonti del diritto europeo.

Con riguardo alle disposizioni del Trattato si fa, in particolare, riferimento all'art. 14 TFUE nella parte in cui prevede che l'Unione e gli Stati membri debbano provvedere *“secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione del Trattato”*.

In tal senso, depone altresì, il tenore letterale dell'art. 1, Protocollo n. 26 sui servizi di interesse generale allegato al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

Infatti, tale disposizione riconosce *“il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale”* in capo alle autorità pubbliche, nazionali, regionali e

²⁴⁴ Con riferimento ai servizi pubblici locali, il termine *“assunzione”* è stato introdotto dalla l. 29 marzo 1903 n. 103 (c.d. legge Giolitti), poi trasfusa nel testo unico sulla municipalizzazione (r.d. 15 ottobre 1925 n. 2578 dal titolo *“assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province”*).

locali, di *“fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti”*.

Indicazioni del medesimo tenore si ritrovano poi oltre che nell’art. 36 della Carta dei diritti fondamentali di Nizza, ove si afferma il riconoscimento dell’ *“accesso ai servizi di interesse economico generale quale prevista dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente al trattato che istituisce la Comunità europea”*, anche in diversi atti della Commissione europea²⁴⁵ oltre che nella direttiva 2006/123/UE sui *servizi nel mercato interno*²⁴⁶.

A ben vedere, però, mentre con riguardo ai sieg viene affermato il ruolo delle autorità nazionali con riferimento alla garanzia di universalità del servizio, è solo con riguardo ai servizi di interesse non economico generale che è espressamente riconosciuta *“l’impregiudicata [la] competenza degli Stati membri a fornire, a commissionare e ad organizzare servizi di interesse generale non economico”*²⁴⁷.

I dati normativi sin qui richiamati sembrano rinviare, sebbene in modo velato, a una limitazione posta dal diritto europeo con riguardo alla fase di assunzione del servizio pubblico.

²⁴⁵ Tra i più recenti si vedano: Commissione europea, Comunicazione del 20 dicembre 2011, *Una disciplina di qualità per i servizi di interesse generale in Europa*, COM (11) 900 def. In tale atto la Commissione europea afferma che spetta agli Stati membri qualificare un servizio come avente interesse generale. Tale qualificazione comporta poi l’imposizione di obblighi di servizio pubblico tra i quali l’obbligo di servizio universale.

²⁴⁶ La citata direttiva, infatti, all’art. 1, comma 3 prevede che: *“La presente direttiva lascia impregiudicata la libertà, per gli Stati membri, di definire, in conformità del diritto comunitario, quali essi ritengano essere servizi d’interesse economico generale, in che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati, in conformità delle regole sugli aiuti concessi dagli Stati, e a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti”*. Cfr. Direttiva 2006/123/UE relativa ai *servizi nel mercato interno*, in: Gazzetta ufficiale dell’Unione Europea del 27 dicembre 2006, L 376/36.

²⁴⁷ Cfr. art. 2, Protocollo n. 26 sui *“servizi di interesse generale”* allegato al Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea.

Infatti, nell'ordinamento europeo l'intervento pubblico nel mercato - e tale può considerarsi l'istituzione di un servizio pubblico che presenti rilievo economico - costituisce un'eccezione rispetto alla regola della concorrenza.

Depone in tal senso il divieto per gli Stati membri, posto dal primo comma dell'art. 106 TFUE, di emanare o mantenere *“nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi”*.

In effetti tale norma, anche se non contiene un esplicito richiamo all'assunzione del servizio da parte dello Stato membro, sembra riferirsi a tale fase dal momento che la creazione di un nuovo servizio pubblico può realizzarsi per mezzo delle misure vietate dalla disposizione in commento.

Del resto tale interpretazione è coerente considerando la norma nel suo complesso, che disciplina al primo comma la fase dell'assunzione, ponendo il divieto di emanare o mantenere determinate misure in contrasto con le regole previste dal Trattato. Mentre il secondo comma si riferisce alla fase di gestione del servizio da parte delle imprese a ciò incaricate prevedendo la loro sottoposizione *“alle norme dei trattati e , in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento (...) della specifica missione loro affidata”*²⁴⁸.

Più nello specifico dall'analisi della normativa citata emerge che a livello europeo non è vietata l'istituzione da parte del pubblico potere di

²⁴⁸ Cfr. art. 106, secondo comma, TFUE.

un servizio pubblico di rilievo economico, purché tale intervento pubblico nell'economia non si estrinsechi secondo modalità lesive delle regole di concorrenza.

Pertanto la fase di assunzione dei servizi pubblici economici lungi dall'essere rimessa all' "*ampio potere discrezionale*"²⁴⁹ dello Stato membro risulta conformata dalle prescrizioni del diritto europeo.

La piena discrezionalità delle autorità nazionali permane, invece, nell'individuazione dei servizi non aventi rilevanza economica.

Del resto un orientamento parimenti restrittivo è espresso anche dalla giurisprudenza nazionale.

Infatti, la Corte Costituzionale nella nota sentenza del 2010 ha precisato che nel caso in cui si debba "*immettere*" un servizio pubblico nel mercato è necessario prendere in considerazione "*la possibilità di apertura del mercato obiettivamente valutata secondo un giudizio di concreta realizzabilità*"²⁵⁰.

Tale valutazione - precisa il giudice delle leggi - deve essere effettuata "*a prescindere da ogni soggettiva determinazione dell'ente al riguardo*".

In tal modo, quindi, la valutazione circa la potenziale immissione del servizio nel mercato, in nome della non alterazione del libero gioco

²⁴⁹ Cfr. art. 1, Protocollo n. 26 sui "*servizi di interesse generale*" cit.

²⁵⁰ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 17 novembre 2010 n. 325 cit. Non occorre, secondo il giudice delle leggi, che il mercato effettivamente sussista occorrendo l'esistenza di sufficienti possibilità che lo stesso possa aprirsi e accogliere operatori che agiscono secondo criteri di economicità.

della concorrenza, precede e condiziona ogni diversa determinazione dell'autorità pubblica²⁵¹.

L'esigenza di rispettare il principio di derivazione europea, in base al quale l'intervento pubblico nella prestazione di servizi pubblici si giustifica solo quando la gestione concorrenziale di un'attività non assicura un'adeguata tutela dell'interesse generale che il servizio mira a soddisfare, è stato affermato anche dalla giurisprudenza amministrativa²⁵².

²⁵¹ La Corte ha, infatti, osservato : *“è vero che il diritto comunitario lascia qualche spazio in materia alla scelta degli Stati membri, riservando loro, sia pure in via di eccezione, il potere di derogare alle regole del Trattato relative alla concorrenza e agli aiuti di Stato (...). Tuttavia il potere di deroga presuppone la sussistenza dell'interesse economico del servizio stesso, esercitandosi tale potere proprio nell'ambito dei SIEG, e cioè di servizi che sono, per definizione ed obiettivamente, di «interesse economico» perché idonei ad influenzare un assetto concorrenziale in atto o in fieri”*.

Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 17 novembre 2010 n. 325 cit.

²⁵² Vedasi di recente: Consiglio di Stato, sentenza, 11 aprile 2016 n. 1415.

Nel caso di specie, il comune di Milano aveva indetto una gara per l'affidamento della fornitura e gestione del sistema di chiamate taxi da erogarsi attraverso l'utilizzo della tecnologia di tipo informatico.

In tal modo, secondo il ragionamento seguito dal Consiglio di Stato, l'ente locale non ha introdotto un nuovo servizio sottraendolo alle società di radio taxi ma si è limitata a modificare il servizio che già svolgeva.

Parimenti non vi è stata alcuna ingerenza del comune in un settore riservato all'operatore privato perché il settore è stato da sempre caratterizzato dalla coesistenza del servizio pubblico e privato.

Del resto, osserva il supremo organo della giustizia amministrativa, *“il servizio pubblico non può essere impedito dal fatto che il servizio radio taxi soddisfi appieno le esigenze dell'utenza, non potendo il comune rinunciare per ciò stesso alla erogazione di un servizio pubblico”*.

Una diversa e più rigorosa operazione interpretativa avrebbe potuto condurre al risultato opposto.

Ciò è quanto successo con la sentenza di primo grado resa sul caso in esame dal Tribunale Amministrativo Regionale di Milano. Dopo aver ricondotto il caso sottoposto al suo esame nella fattispecie di assunzione di un nuovo servizio, il giudice amministrativo ha affermato che, trattandosi di intervento diretto dell'amministrazione nel mercato, tale scelta avrebbe dovuto essere supportata dalla *“dimostrazione di inefficienze o inadeguatezze del mercato”*.

Infatti, *“attraverso gli atti impugnati l'amministrazione è intervenuta in un settore attinente alla regolazione del servizio taxi, ma la cui gestione è lasciata al mercato, in base alla disciplina legislativa e regolamentare di riferimento e senza palesare inefficienze di esso tali da giustificare l'intervento dell'Autorità amministrativa secondo i già richiamati parametri comunitari”*.

In particolare, il supremo organo della giustizia amministrativa ha distinto tra introduzione di un nuovo servizio e nuova modalità di gestione di un servizio già presente nel mercato.

Soltanto nella prima ipotesi sarebbe configurabile una violazione del citato principio comunitario nel caso di indebita ingerenza dell'autorità pubblica in un settore riservato all'operatore privato.

Tale violazione non sussisterebbe, invece, nel caso di introduzione di una nuova modalità di gestione del servizio. Il Consiglio di Stato è, così, giunto in via interpretativa a una soluzione meno rigorosa di quella adottata dalla Corte Costituzionale nel 2010, lasciando un maggiore margine di manovra alle autorità pubbliche.

Con riguardo ai servizi pubblici locali occorre precisare che la loro assunzione si giustifica in quanto trattasi di attività incidenti in via diretta su una data comunità e rispondenti alle esigenze essenziali o diffuse di una determinata collettività locale²⁵³.

Gli enti territoriali si fanno, così, interpreti primari dei bisogni e delle esigenze delle rispettive comunità²⁵⁴.

Cfr. Tribunale Amministrativo Regionale, Milano (Lombardia), sentenza del 15 ottobre 2015 n. 2176.

²⁵³ Cfr. G. Caia, *Assunzione e gestione dei servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale: profili generali*, p. 11 cit.

L'autore osserva che la detta incidenza non va valutata in termini assoluti (in quanto potrebbe emergere da situazioni inerenti lo specifico contesto economico, sociale e territoriale) purché sussista un oggettivo e diretto interesse della collettività, impersonata dall'ente, in misura tale da richiedere specifiche garanzie di risultati e di condotta del servizio assicurabili con determinate modalità di gestione dello stesso.

²⁵⁴ In dottrina è stata osservata la dissonanza di un sistema che attribuisce all'ente locale la decisione in ordine all'assunzione del servizio pubblico intervenendo in un mercato che è sempre meno locale.

Infatti, per effetto dell'operare del principio di apertura dei mercati questi ultimi registrano la presenza di operatori provenienti da altri paesi europei, tendendo sempre più i servizi ad essere erogati da soggetti forti anche a livello internazionale.

Tale ruolo emerge, del resto, dall'art. 112 d. lgs. 267/2000 che rimette agli enti locali “*nell’ambito delle rispettive competenze*” la gestione di 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*”²⁵⁵.

Da quanto sin qui esposto emerge che, nonostante il formale rispetto verso la sovranità degli Stati membri nell’individuazione dell’interesse generale, il diritto europeo ha fortemente limitato gli ambiti di discrezionalità legislativa e amministrativa in ordine alla decisione di assunzione del servizio pubblico.

In particolare, il rispetto delle regole di concorrenza e l’obiettivo di liberalizzare le attività la cui erogazione in regime di servizio pubblico non è giustificata dalla necessità di conseguire la “*specific mission loro affidata*”, condizionano le decisioni di istituzione di servizi pubblici economici.

Tali limitazioni non sono state, fino ad ora, tradotte in specifiche disposizioni legislative ma si ricavano in via interpretativa dalla giurisprudenza nazionale ed europea.

Sul punto vedasi: F. Merusi, *La disciplina statale dei servizi pubblici locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in: Riv. giur. quadr. pubbl. serv., 2002, p. 20 ss.

²⁵⁵ Già l’art. 22, comma 1, l. 142/1990 conteneva una disposizione di analogo tenore prevedendo che: “*I comuni e le province, nell’ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei 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*”. Peraltro la scelta di non operare un’elencazione di determinate attività da considerare come servizio pubblico (contenuta con funzione esemplificativa nell’art. 1 r.d. 2578/1925) rafforza il momento discrezionale della scelta di istituire un determinato servizio da parte dell’ente locale.

Il recente decreto legislativo recante il testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale²⁵⁶, approvato in esame definitivo dal Consiglio dei Ministri il 24 novembre scorso, sembrava andare in questa direzione.

Infatti, l'art. 5, comma 2, del citato schema subordinava *“l'individuazione dei servizi pubblici locali di interesse economico generale”* alla *“verifica che le attività non siano già fornite e non possano essere fornite da imprese operanti secondo le normali regole di mercato”*²⁵⁷.

È evidente che l'esperimento di detta verifica avrebbe condizionato la decisione dell'ente in ordine all'assunzione di un nuovo servizio pubblico locale di rilievo economico.

Tuttavia occorre precisare che tale verifica era esclusa per i *“servizi già previsti dalla legge”*.

Si tratta dei servizi più importanti quali il servizio idrico, di trasporto, quello di distribuzione del gas e dell'elettricità che beneficerebbero, dunque, della detta esenzione.

²⁵⁶ Cfr. per un primo commento: M. Sebastiani, *Concorrenza e organizzazione dei servizi pubblici locali: chiaroscuri della riforma Madia*, www.astrid.it, 1 marzo 2016.

²⁵⁷ L'art. 5, comma 3 dello schema di decreto legislativo recante il testo unico sui servizi pubblici locali prevedeva che tale verifica *“può avvenire anche mediante forme di consultazione del mercato, da svolgersi con modalità adeguate e proporzionate alle caratteristiche del servizio, anche per via telematica. La consultazione pubblica ha ad oggetto l'interesse pubblico generale che si intende soddisfare attraverso l'assunzione del servizio, le condizioni qualitative ed economiche da garantire, le modalità con le quali si intende perseguire l'interesse pubblico ai sensi dell'articolo 6. La consultazione si conclude con un documento che attesti i risultati, in termini di partecipazione e di contenuto, della consultazione e indichi le ragioni dell'accoglimento o del mancato accoglimento delle proposte, in applicazione dei principi di cui all'articolo 4”*.

A garanzia della trasparenza dell'azione amministrativa era poi previsto, all'art. 5, comma 4, che detta decisione venisse pubblicata sul sito dell'Osservatorio per i servizi pubblici locali, istituito presso il Ministero dello sviluppo economico.

Inoltre, maggiori spazi di autonomia degli enti locali nell'ambito di tale decisione avrebbero potuto essere conquistati valorizzando la parte della citata disposizione in cui si prevedeva la verifica *“che le attività non siano già fornite e non possano essere fornite da imprese operanti secondo le normali regole di mercato in modo soddisfacente e a condizioni coerenti con il pubblico interesse come definito dall'amministrazione in termini di prezzo, caratteristiche oggettive di qualità e sicurezza, continuità e accesso al servizio”*²⁵⁸.

A ben vedere, quindi, a fronte dell'intento del legislatore di limitare la discrezionalità dell'ente locale in ordine alla decisione di assunzione dei servizi pubblici locali economici, si sarebbero potuti ricavare spazi di deroga alle regole di mercato, limitando la portata della verifica di idoneità del mercato.

Tale disposizione è, tuttavia, venuta meno per effetto del ritiro del decreto legislativo avvenuto in seguito all'emanazione della sentenza della Corte Costituzionale n. 251/2016²⁵⁹.

4.4. La gestione dei servizi pubblici.

Il ruolo delle regioni e degli enti locali nell'ambito dell'organizzazione e gestione dei servizi pubblici è stato oggetto di alterne vicende legislative.

²⁵⁸ Cfr. art. 7, comma 3, schema di decreto legislativo recante il testo unico sui servizi pubblici locali, cit.

²⁵⁹ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 25 novembre 2016 n. 251.

Sull'attuale configurazione della disciplina in ordine alla fase di gestione del servizio ha inciso il diritto europeo che, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, ha imposto il rispetto delle regole concorrenziali anche per i servizi pubblici locali di rilievo economico.

Tale imposizione ha determinato una vera e propria rivoluzione copernicana nel settore, considerato non più solo come prerogativa degli Stati ma anche come mercato da aprire alla concorrenza.

Per comprendere la portata rivoluzionaria del diritto europeo occorre delineare l'evoluzione storica che ha conosciuto la disciplina della gestione dei servizi pubblici locali.

In particolare, agli inizi del Novecento intervenne la c.d. legge Giolitti²⁶⁰ disciplinando un fenomeno già avviato a partire dalla fine dell'Ottocento: il c.d. socialismo municipale.

Più nello specifico l'obiettivo di tale intervento legislativo fu quello di ampliare la sfera dei servizi municipali in modo da garantire la soddisfazione dei bisogni essenziali della collettività che la gestione da parte dei privati non era stata in grado di assicurare.

Con la municipalizzazione, quindi, si realizzò un processo del tutto inverso a quello attuale: preso atto dell'inadeguatezza del mercato

²⁶⁰ Legge 29 marzo 1903 n. 103, sulla "Assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni".

Per un commento critico in ordine alle ambiguità della riforma posta in essere vedasi: M. S. Giannini, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in: Riv. amm., 1953, I, p. 611 ss.

Tale intervento legislativo si colloca in linea con l'esperienza europea del Novecento caratterizzata dalla larga prevalenza di gestori pubblici.

Con particolare riguardo all'origine dei monopoli comunali in Francia vedasi: G. Fonderico, *La formazione dei monopoli comunali in Francia*, *Munus*, 2011, p. 469.

abbandonato agli operatori privati, la gestione e il controllo del servizio vennero affidati all'ente locale.²⁶¹

Si prevede, così, il potere del consiglio comunale di assumere il servizio in esclusiva emanando apposito provvedimento amministrativo e si introdusse quale forma di gestione diretta del servizio l'azienda - organo²⁶².

Il sistema così delineato, fondato sulla centralità dell'ente locale nel governo e nella gestione dei servizi rimase, sotto questi aspetti, a lungo inalterato.

Nel corso degli anni, infatti, lungi dall'essere messo in discussione detto ruolo, si cercò di porre rimedio alle inefficienze del citato modello di gestione prescelto per i servizi pubblici locali.

Quella appena esposta fu proprio la finalità alla base dell'intervento del legislatore avvenuto con la promulgazione della legge sull'ordinamento delle autonomie locali²⁶³.

Occorre precisare che la crisi dell'azienda locale ebbe inizio già a partire dagli anni Sessanta e si accompagnò alla contemporanea diffusione di più agili modelli gestionali di tipo societario, il cui utilizzo

²⁶¹ L'obiettivo della riforma, per cui si rendeva necessario l'intervento pubblico, era quello di implementare le infrastrutture necessarie per l'ingrandimento delle città e offrire i servizi a prezzi accessibili anche per i non abbienti. Allo stesso tempo con tale intervento si volevano assicurare eventuali profitti in capo all'amministrazione che gestiva il servizio ed evitare lo sfruttamento da parte dell'impresa privata della struttura monopolistica dei servizi pubblici locali.

²⁶² In particolare le figure soggettive più diffuse erano le "amministrazioni autonome" in ambito statale e le c.d. "aziende municipalizzate" in ambito locale.

²⁶³ Legge 8 giugno 1990 n. 142, sull' "Ordinamento delle autonomie locali". In quest'ottica, era intervenuto già il d.p.r. 4 ottobre 1986 n. 902, che rafforzò l'autonomia organizzativa dell'azienda municipalizzata semplificando le procedure amministrative e i controlli dell'ente locale.

si ritenne possibile sulla base del riconoscimento della generale capacità di diritto privato degli enti locali.

E così l'art. 22 della l. 142/1990²⁶⁴, nell'ambito di un più generale progetto di riforma delle autonomie locali, prevede la possibilità di creare società per azioni con capitale pubblico locale di maggioranza.

Venne, inoltre, trasformata l'azienda municipalizzata in azienda speciale, un ente pubblico economico funzionalmente legato al Comune ma dotato di personalità giuridica.

Nonostante il *favor* normativo per il modello dell'azienda speciale rispetto agli altri, che invece erano configurati come eccezionali, fu lo strumento societario ad essere più utilizzato. Ciò, sia per la maggiore agilità di detto strumento, sia in considerazione della possibilità di cooperazione tra privati ed ente locale.

È importante, in questo contesto, sottolineare che, nel vigore della l. 142/1990, alle società miste il servizio veniva affidato in via diretta, senza alcun confronto concorrenziale.

²⁶⁴ In particolare l'art. 22, comma terzo, l. 142/1990 così disponeva: *“I comuni e le province possono gestire i servizi pubblici nelle seguenti forme: a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda; b) in concessione a terzi, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale; c) a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale; d) a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale; e) a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati.”*

Il legislatore del 1990 aveva poi compiuto lo sforzo di definire una nozione di servizio pubblico ampia valorizzando, il criterio soggettivo relativo al ruolo e le competenze in materia degli enti locali; quello oggettivo, riferendosi ai *“servizi pubblici che abbiano per oggetto la produzione di beni ed attività”*; e, infine, l'elemento teleologico, descrivendo i servizi locali come *“attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali”*.

Nello specifico si riteneva che la partecipazione pubblica maggioritaria e la stretta correlazione della società con le finalità istituzionali dell'ente rendessero detto confronto non necessario²⁶⁵.

Inoltre, la posizione del soggetto pubblico risultava rafforzata dalla presenza di disposizioni speciali che differenziavano il regime delle società miste da quello previsto per le società di diritto civile, assicurando un pieno potere decisionale in capo all'ente locale.

La diffusione di società miste a partecipazione pubblica totalitaria, maggioritaria, e in seguito²⁶⁶ anche minoritaria non comportò comunque un superamento della gestione da parte dell'ente locale.

Il servizio pubblico, infatti, vedeva nel radicamento del ruolo di regolatore e gestore in capo all'ente locale la naturale risposta all'esigenza di funzionalizzare i servizi alla soddisfazione dei bisogni della collettività e ciò rimase inalterato anche a seguito dell'introduzione delle forme di collaborazione pubblico-privata appena accennate.

²⁶⁵ Sul punto vedasi: Corte di Cassazione, Sez. Un., sentenza 6 maggio 1995, n. 4991.

La suprema Corte ha affermato che, una volta deliberata la costituzione di una società per azioni per la gestione del servizio pubblico locale, non è necessaria l'adozione di un ulteriore provvedimento di concessione in senso tecnico poiché l'opzione dell'ente per quel modello di gestione comporta l'affidamento diretto e privilegiato del servizio alla società appositamente costituita.

²⁶⁶ Con la legge 23 dicembre 1992 n. 498.

Il legislatore aveva introdotto il modello della società con capitale pubblico locale di minoranza per consentire sotto il controllo dell'ente locale la gestione di servizi che richiedevano un ingente sforzo finanziario che il soggetto pubblico non era in grado di assicurare.

L'affidamento del servizio, della realizzazione delle opere necessarie al corretto funzionamento del servizio, della realizzazione di infrastrutture e delle altre opere di interesse pubblico avveniva in via diretta.

Successivamente, con la legge 15 maggio 1997, n. 127 è stata riconosciuta la possibilità di costituire società a responsabilità limitata per la gestione del servizio.

Solo sul finire degli anni Novanta, con l'affermarsi dell'imperativo comunitario della concorrenza anche nel campo dei servizi pubblici, si è proceduto a un radicale ripensamento della disciplina in tale settore avvenuto attraverso plurimi interventi legislativi finalizzati a rendere compatibile il nostro sistema con l'ordinamento europeo.

Venne così ridisegnata la disciplina dei servizi pubblici locali avendo come obiettivo, in un primo momento, la privatizzazione del mercato e, successivamente, la sua liberalizzazione.

La prima riforma finalizzata all'introduzione delle regole concorrenziali è avvenuta con la legge l. 28 dicembre 2001, n. 448, intervenuta a seguito dell'apertura nel 2000 di una procedura di infrazione comunitaria nei confronti del nostro ordinamento²⁶⁷, con cui si è modificato il regime appena descritto che era stato frattanto recepito dal testo unico degli enti locali²⁶⁸.

²⁶⁷ Si fa riferimento alla procedura di infrazione avviata dalla Commissione con cui si è segnalata l'incompatibilità della normativa italiana con quella comunitaria in tema di concorrenza.

A seguito della lettera di costituzione in mora inviata dalla Commissione al governo italiano in data 8 novembre 2000 (SG(2002)D/108243), era intervenuto il legislatore con l'art.35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 che, nel modificare l'art.113 del testo unico degli enti locali, aveva imposto la gara per la scelta dei gestori dei servizi pubblici locali definiti "*di rilevanza industriale*".

Tuttavia, l'eccessiva durata del periodo transitorio cui aveva dato vita la l. 448/2001 nella parte in cui rimetteva all'adozione di un successivo regolamento governativo la disciplina della cessazione degli affidamenti in corso, ha comportato la reiterazione della procedura d'infrazione in data 26 giugno 2002 (C(2002)2329).

²⁶⁸ D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, *Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*.

In particolare il legislatore aveva tentato di inserire il paradigma della concorrenza e dell'apertura al mercato ponendo la distinzione tra servizi "di rilevanza industriale" e quelli "privi rilevanza industriale"²⁶⁹.

La natura remunerativa del servizio fungeva, così, da discriminare per l'utilizzo degli affidamenti diretti esclusi per la prima categoria e ammessi per la seconda.

Tale intervento modificò la stessa fisionomia del servizio pubblico locale.

Quest'ultimo, infatti, sino ad allora inquadrato in modo unitario, subì una radicale trasformazione e, parallelamente, il ruolo dell'ente locale iniziò la sua lunga fase discendente.

In particolare con tale intervento legislativo si dispose un frazionamento della disciplina del servizio pubblico, assegnando le reti in proprietà pubblica incedibile a un soggetto diverso da quello cui è affidata la sua gestione.

All'affermazione della proprietà pubblica delle reti si accompagnò la valorizzazione dell'autonomia locale in ordine alla decisione circa le modalità di gestione delle medesime potendo scegliere tra l'affidamento diretto o l'avvio di procedure concorrenziali.

²⁶⁹ Tale distinzione aveva creato delle incertezze interpretative, acuite dalla mancata emanazione del regolamento contenente l'individuazione dei servizi di rilevanza economica previsto dalla citata disposizione.

Infatti la locuzione "industriale" era interpretabile in diversi modi, potendo essere intesa come ricomprensiva i servizi che in astratto possono rappresentare una fonte di lucro per il gestore o quelli che in concreto sono organizzati dagli enti locali in regime di profitto. In altra accezione, infine, possono considerarsi industriali i servizi che richiedono per essere erogati l'utilizzo di reti ed impianti.

Le incertezze cui tale distinzione conduceva e la reiterazione della procedura di infrazione comunitaria hanno indotto il legislatore a intervenire nuovamente.

La gestione del servizio venne, invece, concepita quale mera attività imprenditoriale distinta sul piano logico-giuridico dalle funzioni di programmazione, regolazione e controllo, e disciplinata avendo riguardo all'obiettivo di individuare il gestore tramite procedure di evidenza pubblica per i servizi di rilevanza industriale²⁷⁰.

Tuttavia la complessità del modello introdotto, oltre che la previsione di un regime transitorio particolarmente prolungato, rendevano il sistema incompatibile con il diritto europeo e in sostanziale continuità con il precedente, tanto da essere ricompreso nella procedura di infrazione già avviata nel 2000.

Si è, così, avviato un percorso, non ancora conclusosi, di apertura alla concorrenza che ha dato vita a molteplici riscritture della disciplina relativa alla fase di gestione del servizio pubblico locale.

Con l'intervento del legislatore nel 2003²⁷¹ si è introdotta una terminologia più vicina al diritto europeo distinguendo i servizi sulla base della loro rilevanza economica, e si è disciplinato l'affidamento *in*

²⁷⁰ Infatti, l'art. 35, comma 5, l. 448/2001 prevedeva: "*L'erogazione del servizio, da svolgere in regime di concorrenza, avviene secondo le discipline di settore, con conferimento della titolarità del servizio a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica*".

²⁷¹ Si fa riferimento all'art. 14, d.l. 30 settembre 2003, n. 269, *Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici*, convertito con modifiche dalla legge 24 novembre 2003, n. 326.

Con particolare riguardo alla fase di gestione del servizio pubblico locale di rilevanza economica la citata disposizione prevedeva che: "*L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio: 1) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica; 2) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche; 3) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano*".

house riproponendo quanto statuito dalla Corte di Giustizia nel noto caso *Teckal*.

Attenuando, sul punto, il rigore della legge del 2001 con riferimento ai servizi di rilievo economico si prevede la possibilità per l'ente locale di erogare il servizio, sia tramite affidamento a terzi che affidandolo a società a capitale misto pubblico-privato e a società a capitale interamente pubblico.

L'affidamento tramite procedure ad evidenza pubblica era previsto solo per il primo modello di gestione, mentre per il secondo si risolveva nell'espletamento della gara per la selezione del socio privato. Nessuna selezione concorrenziale, invece, per le *società in house*.

Tuttavia la disciplina relativa alla gestione dei servizi di rilevanza economica posta all'art. 113 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali ebbe vita breve poiché tale disposizione venne dichiarata costituzionalmente illegittima nel 2004²⁷².

Gli sviluppi legislativi successivi si sono incentrati nello sforzo di limitare il ricorso dell'affidamento in house da parte dell'ente locale.

In particolare, fallito il tentativo di trarre detto limite dai principi comunitari, il legislatore intervenne introducendo l'art. 23-bis, d.l. 25

²⁷² Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 27 luglio 2004 n. 272, cit.

La Corte ha affermato, infatti, che il titolo di legittimazione statale in materia di gestione dei servizi pubblici locali "è riferibile solo alle disposizioni di carattere generale che disciplinano le modalità di gestione e l'affidamento dei servizi pubblici locali "di rilevanza economica" e (...) solo le predette disposizioni non possono essere derogate da disposizioni regionali".

giugno 2008, n. 112 convertito nella legge 6 agosto 2008 n. 133 e modificato nel 2009²⁷³.

In particolare la citata disposizione limitava la discrezionalità dell'ente locale nella scelta delle modalità di gestione del servizio prevedendo in via ordinaria l'affidamento a società private e a società miste.

La possibilità di ricorrere all'*in house providing* era, invece, riservata ai soli casi in cui *“peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato”*.

Anche il modello della società mista era stato corretto per assicurare una maggiore conformità alle regole concorrenziali prevedendo, in coerenza con le indicazioni della giurisprudenza europea, l'individuazione del socio privato attraverso l'espletamento di una gara a doppio oggetto riguardante, sia la qualità di socio, sia l'attribuzione di *“specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio”*²⁷⁴.

Inoltre, sotto il profilo dell'assetto azionario della società affidataria, era stato attribuito un notevole peso finanziario al socio privato stabilendo che la sua partecipazione azionaria non dovesse essere inferiore al 40 per cento del capitale sociale²⁷⁵.

²⁷³ Per opera del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, *Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee*, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 novembre 2009, n. 166.

²⁷⁴ Cfr. art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008.

²⁷⁵ Il modello di società mista così ridisegnato si collocava in continuità con quanto suggerito dal Consiglio di Stato nel parere reso nel 2007 e con la disciplina prevista dal disegno di legge “Lanzillotta” presentato il 7 luglio 2006 (atto del Senato n. 772 della XV legislatura). Cfr. Consiglio di Stato, parere 18 aprile 2007, n. 456.

Nel garantire l'applicazione delle regole concorrenziali, la riforma del 2008 ha quindi inteso preferire l'impiego di soggetti di natura privatistica a quelli di natura pubblica, determinando, così, un arretramento ulteriore del pubblico nella gestione dei servizi e configurando come ipotesi eccezionale l'istituto dell'affidamento *in house*²⁷⁶.

Il sistema delineato dall'art. 23 bis, rimasto indenne al sindacato di costituzionalità del 2010²⁷⁷, è, però, venuto meno per effetto dell'esito del referendum abrogativo tenutosi il 12 e 13 giugno 2011.

²⁷⁶ Veniva, infatti, richiesto che la scelta di ricorrere a tale modello fosse oggetto di previa pubblicità adeguata e dovesse essere sostenuta in base ad un'analisi di mercato. Inoltre l'affidamento diretto doveva avvenire, nel rispetto dei principi comunitari, ricorrendo "*situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato*".

Tale quadro normativo è stato poi ulteriormente precisato con l'emanazione del regolamento di attuazione dell'art. 23-bis della già richiamata l. 133/08 (cfr. d.p.r. 7 settembre 2010, n. 168).

In particolare all'art. 2 del citato regolamento veniva demandata agli enti locali la verifica circa la possibilità di aprire l'attività alla concorrenza limitando l'attribuzione dei diritti di esclusiva ai casi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risultasse idonea - secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale ed efficienza - a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità.

In questi casi era prevista, all'esito della citata verifica, l'adozione di una delibera-quadro di competenza del Consiglio comunale che doveva dare conto, per i settori sottratti alla liberalizzazione, dei fallimenti del sistema concorrenziale e dei benefici per la stabilizzazione, lo sviluppo e l'equità all'interno della comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio.

In tutti gli altri casi le attività economiche sarebbero state liberalizzate, compatibilmente con le caratteristiche di universalità ed accessibilità del servizio.

Sul sistema delineato dall'art. 23 bis si è pronunciata poi la Corte Costituzionale con sentenza del 17 novembre 2010 n. 325.

La Corte, decidendo i ricorsi presentati da diverse regioni, ha confermato la legittimità dell'intervento di riforma, sia sotto il profilo della ripartizione di competenze legislative tra Stato e Regioni ex art. 117 Cost, sia sotto il profilo della compatibilità con i principi comunitari.

²⁷⁷ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 17 novembre 2010 n. 325.

Il Giudice delle leggi, infatti, a fronte di una miriade di profili di incostituzionalità sollevati dalle Regioni, si è limitata a dichiarare l'incostituzionalità dell'art.23 *bis*, comma 10, lettera a), prima parte, ove era previsto che la potestà regolamentare dello Stato potesse assoggettare i soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno. Secondo la

L'effetto principale dell'abrogazione referendaria è consistito nella soppressione delle limitazioni che erano state poste per la gestione in house e per le società miste.

Tuttavia il successivo intervento del legislatore, avvenuto con l'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011 n. 138²⁷⁸, sebbene formalmente volto a riempire il vuoto normativo in conformità all'esito del referendum del 2011 e alla normativa europea, sostanzialmente restaurava un regime del tutto simile a quello previsto dall'abrogato art. 23 bis²⁷⁹.

Per questo la Corte Costituzionale²⁸⁰, accogliendo le censure avanzate da diverse regioni, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del citato art. 4 per violazione del divieto desumibile dall'art. 75 Cost. di ripristinare la normativa abrogata dalla volontà popolare.

Per effetto dell'appena citata dichiarazione di illegittimità costituzionale si è ripristinata quella situazione di vuoto normativo già sperimentata con l'abrogazione dell'art. 23 bis.

Tale lacuna è stata colmata applicando direttamente la normativa comunitaria dettata per l'affidamento della gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica, seguendo l'indicazione offerta dalla Corte

Corte, infatti tale materia, riconducibile alla finanza pubblica, deve essere attratta nella competenza concorrente delle Regioni.

²⁷⁸ Cfr. art. 4 del d.l. 13 agosto 2011 n. 138, *Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*, convertito in legge 14 settembre 2011 n. 148.

²⁷⁹ Per una ricognizione delle analogie con la disciplina abrogata dal referendum del 2011 vedasi: D. Masetti, *La nuova (?) disciplina dei servizi pubblici locali dopo il referendum abrogativo del 12-13 giugno 2011*, www.giustamm.it, 10/2011.

²⁸⁰ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 20 luglio 2012 n. 199.

In particolare la Corte non ha ritenuto sufficiente l'esclusione del servizio idrico dal campo di applicazione della disciplina oggetto del sindacato costituzionale per escludere la violazione dell'art. 75 Cost.

Costituzionale chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità di un quesito oggetto del referendum svoltosi nel 2011²⁸¹.

Il legislatore è successivamente intervenuto per regolare aspetti di dettaglio ma senza dettare una disciplina complessiva della gestione dei servizi pubblici locali.

Tra detti interventi da segnalare è l'art. 34, ventesimo comma, d.l. 18 ottobre 2012 n. 179 che impone un dettagliato e aggravato onere motivazionale per l'affidamento del servizio.

In particolare la legittimità della scelta in ordine alla concreta modalità di gestione dei servizi pubblici locali viene subordinata alla redazione di un'*“apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste”*²⁸².

²⁸¹ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza del 26 gennaio 2011 n. 24.

Il Giudice delle leggi nella sentenza in esame ha affermato: *“Nel caso in esame, all'abrogazione dell'art. 23- bis, da un lato, non conseguirebbe alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo (reviviscenza, del resto, costantemente esclusa in simili ipotesi sia dalla giurisprudenza di questa Corte - sentenze n. 31 del 2000 e n. 40 del 1997 -, sia da quella della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato); dall'altro, conseguirebbe l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (come si è visto, meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica”*.

²⁸² Cfr. art. 34, ventesimo comma, del D.L. 18 ottobre 2012 n. 179, *Ulteriori misure urgenti per la crescita del paese*, convertito con modificazioni dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221.

La citata disposizione poi, ai sensi dell'art.34, venticinquesimo comma, non si applica al servizio di distribuzione di gas naturale, al servizio di distribuzione di energia elettrica e alle farmacie comunali.

Riguardo poi al ruolo degli enti locali nell'organizzazione e gestione del servizio pubblico locale occorre precisare che il comma 23 del citato art. 34 ha introdotto, all'art. 3 bis d.l. 138/2011, il comma 1 bis ove è previsto che "*Le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza (...) di affidamento della gestione e relativo controllo sono esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei istituiti*" individuati ai sensi del comma primo dello stesso art. 3 bis²⁸³.

²⁸³ Il primo comma dell'art. 3 bis d.l. 138/2011, nella parte che si intende qui citare, dispone che: "*A tutela della concorrenza e dell'ambiente, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano organizzano lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica definendo il perimetro degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio e istituendo o designando gli enti di governo degli stessi, entro il termine del 30 giugno 2012.*"

Sono stati avanzati dei dubbi riguardo l'individuazione degli "*enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali*".

Infatti le autorità d'ambito, enti sovra-comunali cui è affidata l'organizzazione di taluni servizi tra cui quello di gestione dei rifiuti, sono state soppresse ad opera di due interventi legislativi del 2008 e del 2010.

(Cfr. legge 24 dicembre 2007, n. 224, *Legge finanziaria per il 2008* e art. 2, comma 38 della legge 26 marzo 2010 n. 42 di conversione del d.l. 25 gennaio 2010 n. 2, *Interventi urgenti concernenti enti locali e regioni*).

In particolare secondo l'intervento legislativo del 2010 l'attività delle autorità d'ambito sarebbe dovuta cessare a decorrere dal 27 marzo 2011 e, nelle more, le regioni avrebbero dovuto attribuire le funzioni di dette autorità ad altri enti non meglio specificati.

Data la finalità della disciplina appena richiamata, volta al contenimento della spesa da parte degli enti locali e alla volontà di favorire una maggiore semplificazione amministrativa eliminando i c.d. enti intermedi, si riteneva che le dette funzioni dovessero essere attribuite alle province o ai comuni. Ciò anche in virtù dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza richiamati dall'art. 2, comma 186 bis, della legge finanziaria per il 2010.

Tuttavia il legislatore, intervenendo in materia, ha dapprima disposto l'ultravigenza delle dette autorità per il 2012 (cfr. d.l. 225 del 2010 (c.d. decreto Milleproroghe 2011, d.p.c.m. 25 marzo 2011, d.l. n. 216 del 2011).

Successivamente è intervenuto l'art. 34, comma 23, l. 221/2012 che ha modificato l'art. 3 bis d.l. 138/2011 prevedendo, come già visto, che le funzioni di organizzazione e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica siano effettuate dagli "*enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei*".

Da tale disposizione comunque non può ricavarsi un rafforzamento del ruolo degli enti locali potendo lo Stato limitare sensibilmente l'azione di regioni ed enti locali nella gestione di servizi pubblici²⁸⁴.

4.5. I recenti interventi legislativi sulla gestione dei servizi pubblici di rilievo economico: l'affidamento c.d. in house.

Di recente, nuovi interventi legislativi si sono susseguiti nel disciplinare alcuni modelli di gestione dei servizi pubblici.

Con riferimento agli affidamenti in house sono, in particolare, intervenuti il nuovo codice dei contratti pubblici²⁸⁵ e il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica²⁸⁶.

In mancanza di indicazioni univoche sembrerebbe che gli enti competenti possano essere ancora le autorità d'ambito, salvo che le regioni non abbiano nelle more scelto di istituire altro ente.

Tale conclusione sembra trovare conferma nello stesso primo comma del più volte citato art. 3 bis in cui è previsto che: *“Fermo restando il termine di cui al primo periodo del presente comma che opera anche in deroga a disposizioni esistenti in ordine ai tempi previsti per la riorganizzazione del servizio in ambiti, è fatta salva l'organizzazione di servizi pubblici locali di settore in ambiti o bacini territoriali ottimali già prevista in attuazione di specifiche direttive europee nonché ai sensi delle discipline di settore vigenti o, infine, delle disposizioni regionali che abbiano già avviato la costituzione di ambiti o bacini territoriali in coerenza con le previsioni indicate nel presente comma”*.

²⁸⁴ Cfr. sull'argomento: S. Scoca, *La tutela della concorrenza come contenitore omnibus dell'evidenza pubblica, dell'affidamento di servizi pubblici locali di rilevanza economica, ma anche funzionale a garantire la virtuosità degli enti territoriali nell'ambito del patto di stabilità*, in: Giur. it, 2013, p. 2659.

²⁸⁵ D. lgs. 18 aprile 2016 n. 50, *Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*.

²⁸⁶ D. lgs 19 agosto 2016 n. 175.

Nello specifico l'art. 5 del nuovo codice, nel recepire le direttive europee del 2014, ha escluso gli affidamenti diretti dal proprio ambito di applicazione.

La disciplina dettata nelle citate direttive e recepita nel codice è sostanzialmente riproduttiva di quella elaborata dalla giurisprudenza europea, salvo alcuni elementi di novità²⁸⁷.

E così, in conformità agli insegnamenti della Corte di Giustizia, tra i requisiti necessari per escludere l'applicazione delle regole concorrenziali vi è quello del c.d. controllo analogo, essendo necessario che l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercitino *“sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi”*²⁸⁸.

²⁸⁷ L'espressione *“in house providing”* è apparsa per la prima volta in sede europea nel Libro Bianco sugli appalti del 1998. (Cfr. Commissione CE, Libro bianco sugli appalti pubblici nell'Unione Europea, COM (1998) 143 dell'11 marzo 1998).

È, però, con la storica sentenza Teckal che è stata fornita dalla Corte di Giustizia una prima definizione dell'istituto. (Cfr. Corte di Giustizia UE, sentenza 18 novembre 1999, c-107/98, *Teckal*).

In tale sede la Corte di giustizia ha precisato che, per l'ipotesi di un contratto stipulato fra un ente locale ed una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo, dovessero trovare applicazione le procedure di gara previste dalla direttiva 93/63 per la scelta del contraente indipendentemente dalla circostanza che tale persona giuridica fosse o meno a sua volta amministrazione aggiudicatrice. Un'eccezione a tale regola venne individuata nell'ipotesi in cui *“l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano”*. Tuttavia la scarsa definizione dei criteri di riferimento enunciati nella citata sentenza ha determinato la necessità, per risolvere i problemi applicativi dell'istituto in esame, di ulteriori interventi da parte della giurisprudenza della Corte europea.

²⁸⁸ Cfr. d. lgs. 50/2016 art. 5, comma 1, lett. a) che recepisce, per i servizi, l'art. 17, c. 1, lett. a).

Le condizioni richieste per la sussistenza di tale requisito sono specificate poi nei commi 2, 3, 4, 5 del citato articolo 5.

In particolare, è stato confermato l'orientamento espresso dalla giurisprudenza europea secondo cui, affinché possa dirsi integrato il requisito del controllo analogo, occorre che il soggetto controllante eserciti un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative dell'ente controllato.

(Cfr. sul punto, ex multis, Corte di Giustizia UE, sentenza 13 ottobre 2005, c-458/03, *Parking Brixen*).

Risolvendo le incertezze interpretative, registrate in dottrina e giurisprudenza, è stata poi positivizzata la soglia, fissata nell'ottanta per

È, inoltre, stato codificato l'in house c.d. invertito che si configura quando il soggetto controllato, essendo a sua volta amministrazione aggiudicatrice, affida un contratto all'ente controllante senza procedura di evidenza pubblica. (Cfr. art. 5, comma 2).

Anche in tale ipotesi si ammette l'affidamento diretto poiché ci si trova parimenti innanzi a una delegazione interorganica, benché opposta a quella tradizionale.

Nell'ipotesi, anch'essa codificata al comma 2 dell'art. 5, dell'in house c.d. orizzontale, invece, si ammette l'affidamento diretto di un appalto o di una concessione a un soggetto che non è controllato dall'ente affidante ma da un terzo ente che esercita il controllo sia sull'affidante che sull'affidatario.

Infine è possibile che più amministrazioni aggiudicatrici esercitino su una persona giuridica un controllo congiunto ricorrendo le condizioni codificate all'art. 5, comma 5.

Perché tale controllo possa dirsi configurato occorre non solo l'esercizio di un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e decisioni significative del controllato, essendo anche richiesta una specifica composizione degli organi decisionali di quest'ultimo.

Nello specifico per garantire l'effettivo espletamento del controllo è previsto che detti organi siano composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti.

Infine è richiesto che il soggetto controllato non persegua interessi contrari a quelli degli enti affidanti.

In linea con le indicazioni della giurisprudenza europea sembra non vi siano ostacoli a configurare il controllo congiunto anche nelle ipotesi di partecipazioni molto esigue purché ciascuna amministrazione possa esercitare un controllo effettivo.

(Cfr. sul punto, Corte di Giustizia UE, sentenza 13 novembre 2008, c-324/07, *Coditel Brabant*. Esclude però la configurabilità del controllo analogo nelle ipotesi di partecipazioni ultra-minoritarie: Corte di Giustizia UE, sentenza, 21 luglio 2005, C-231/03, *Coname*).

L'attenzione all'effettività del controllo analogo è stata sottolineata anche dalla giurisprudenza nazionale.

A tal proposito la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una disposizione legislativa regionale (l'art. 1, comma 16 della legge reg. Abruzzo n. 9 del 2011) nella parte in cui prevedeva il rispetto dell'autonomia gestionale del soggetto affidatario in house e la prescrizione di pareri obbligatori, ma non vincolanti, sugli atti fondamentali del soggetto gestore. Infatti, ha osservato la Corte "la «possibilità di influenza determinante» è incompatibile con il rispetto dell'autonomia gestionale, senza distinguere – in coerenza con la giurisprudenza comunitaria – tra decisioni importanti e ordinaria amministrazione". Una tale previsione, quindi, non garantirebbe l'esercizio dell'influenza determinante sugli obiettivi strategici in cui si sostanzia il requisito prescritto a livello europeo del controllo analogo. Inoltre, secondo il giudice delle leggi, il condizionamento stretto richiesto dalla giurisprudenza comunitaria, non può essere assicurato da pareri obbligatori ma non vincolanti resi, come esplicitamente prevede la norma impugnata, «sugli atti fondamentali del soggetto gestore in house». Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 28 marzo 2013 n. 50.

Anche con riferimento al secondo profilo, è appena il caso di osservare che il condizionamento stretto, richiesto dalla giurisprudenza comunitaria, non può essere assicurato da pareri obbligatori, ma non vincolanti, resi peraltro – come esplicitamente prevede la norma impugnata – «sugli atti fondamentali del soggetto gestore in house».

cento, al di sotto della quale l'attività svolta dalla società controllata nell'interesse dell'ente affidante non può dirsi "prevalente"²⁸⁹.

Detta previsione, oltre a porre fine ai dubbi in ordine all'individuazione della "soglia di prevalenza", semplifica l'accertamento delle condizioni richieste dalla giurisprudenza europea per la configurazione dell'istituto. Viene, infatti, assorbita nell'accertamento della sussistenza della detta percentuale di attività la valutazione in ordine alla marginalità dell'eventuale attività ultronea rispetto a quella svolta a favore dell'amministrazione²⁹⁰.

Ma il profilo che presenta carattere maggiormente innovativo riguarda la possibilità della partecipazione di capitali privati nella compagine sociale, seppure ammessa a titolo eccezionale.

Detta possibilità è stata da sempre esclusa dalla giurisprudenza europea che ha sul punto affermato l'inconfigurabilità del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi "*ove nel capitale sociale partecipino soggetti privati*"²⁹¹.

²⁸⁹ Già in dottrina era comunque stata suggerita l'introduzione di tale soglia con riferimento al fatturato. Sul punto vedasi: G. Caia, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2004; S. Colombari, *Delegazione interorganica ovvero in house providing nei servizi pubblici locali*, in *Foro amm.* CDS, 4, 2004.

²⁹⁰ Al fine di determinare la percentuale delle attività indicate al comma 1, l'art. 5, comma 7, d. lgs. 50/2016 prevede poi che venga preso in considerazione "*il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quale i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatarie o l'ente aggiudicatore nei settori dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione*".

²⁹¹ Cfr. Corte di Giustizia UE, sentenza 11 maggio 2005, C-26/03, *Stadt Halle*. La fattispecie oggetto della citata pronuncia riguardava un'ipotesi di affidamento senza gara pubblica di un appalto di servizi per il trattamento dei rifiuti ad una società interamente a capitale pubblico. In tale sentenza la Corte, nel precisare il requisito del c.d. controllo analogo, solamente indicato nella sentenza Teckal, ha ribadito che "*la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche*

La ragione di tale esclusione risiede nella circostanza che l'investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a ragioni di interesse privato e persegue obiettivi di natura differente rispetto a quelli presi di mira dalle autorità pubbliche²⁹².

Inoltre, non ammettendo la partecipazione di capitali privati si eviterebbe il realizzarsi di un pregiudizio all'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata, rispettando al contempo il principio di parità di trattamento tra i diversi concorrenti²⁹³.

l'amministrazione aggiustatrice in questione esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi". Anche se nelle conclusioni rese nel caso appena citato, l'Avvocato generale aveva affermato che "poichè anche gli organismi con partecipazione di un socio provato di minoranza possono soddisfare il criterio del controllo, è d'uopo dedurne che l'eccezione Teckal si applica non solo alle società proprie, ma anche alle società miste pubblico private". (Sul punto vedasi, altresì: Corte di Giustizia UE, sentenza 10 novembre 2005, c-29/04, Commissione c. Austria).

²⁹² Cfr. Corte di Giustizia UE, sentenza 11 maggio 2005, C-26/03, *Stadt Halle*, cit.

²⁹³ L'impossibilità di ammettere una partecipazione di capitali privati è stata più volte affermata dalla Corte di Giustizia.

Sul punto si vedano le sentenze della Corte di Giustizia: 18 gennaio 2007, c-220/05, *Auroux*; 19 aprile 2007, c- 295/05, *Asemfo*; 6 aprile 2006, c-410/04, *ANAV*.

In tale ultima sentenza la Corte ha affermato che se fosse ammissibile la partecipazione al capitale di un'affidataria in house di azionisti privati "la conseguenza di ciò sarebbe l'affidamento di una concessione di servizi pubblici ad una società mista senza procedura concorrenziale, il che contrasterebbe con gli obiettivi perseguiti dal diritto comunitario".

L'approccio non formalistico della Corte al tema in oggetto emerge chiaramente nella sentenza del 10 settembre 2009, C-573/07, *SEA* e in quella più recente del 19 giugno 2014, C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal*.

Nella prima la Corte di Giustizia ha chiarito che nell'ipotesi in cui il capitale della società affidataria sia interamente pubblico "la mera possibilità per i privati di partecipare al capitale di detta società non è sufficiente per concludere che la condizione relativa al controllo dell'autorità pubblica non è soddisfatta".

Il giudice europeo ha però precisato che, nel caso in cui successivamente gli azionisti privati siano ammessi a partecipare al capitale dell'aggiudicataria, ciò "costituirebbe un cambiamento di una condizione fondamentale dell'appalto che necessiterebbe di un'indizione di gara".

Con la seconda sentenza citata la Corte, nell'escludere la partecipazione di un'associazione di pubblica utilità senza scopo di lucro, ha precisato che l'impossibilità di dette partecipazioni di capitale privato non si fondano "sulla forma giuridica degli enti privati facenti parte dell'entità aggiudicatrice e neppure sulla finalità commerciale di essi, ma sul fatto che tali enti privati seguivano considerazioni inerenti ai loro interessi privati, che erano di natura diversa da quella delle finalità di interesse pubblico perseguire dall'amministrazione aggiudicatrice".

Sul punto le direttive europee e la disciplina nazionale di recepimento inserita nel citato codice hanno confermato l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario, prevedendo che *“nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati”*²⁹⁴.

Tuttavia, posta tale regola è stata ammessa la presenza di *“forme di partecipazione di capitali privati previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata”*²⁹⁵.

In ordine alla definizione della portata di tale eccezione la citata disposizione presenta delle differenze rispetto a quella europea.

Infatti con riguardo alla disciplina posta per le concessioni di servizi l'art. 17, comma 1, lett c) direttiva 2014/23/UE, prevede che le forme di partecipazioni di capitale privato siano *“prescritte dalla legge”*.

Tale differenza terminologica sottolinea l'obbligatorietà della previsione legislativa in ordine alla detta partecipazione, in ragione di valutazioni effettuate dal legislatore interno²⁹⁶.

²⁹⁴ Cfr. art. 5, comma 1, lett. c) d. lgs 50/2016 e, con riferimento alla concessione di servizi, art. 17, comma 1, lett. c) direttiva 2014/23/UE.

²⁹⁵ Cfr. art. 5, comma 1, lett. c), cit.

²⁹⁶ Cfr. art. 17, direttiva 2014/23/UE ove con riferimento alle forme di partecipazione del capitale privato, viene utilizzato il termine *“prescritte”*, e non semplicemente *“previste”* come, invece, disposto dall'art. 5, lett. c del d. lgs. 50/2016. Si vedano, altresì, i considerando n. 32 della direttiva appalti e n. 46 della direttiva concessioni.

In particolare quest'ultimo prevede che *“l'aggiudicazione di una concessione senza una procedura competitiva offrirebbe all'operatore economico privato con una partecipazione nel capitale della persona giuridica controllata un indebito vantaggio rispetto ai suoi concorrenti. Tuttavia, date le particolari caratteristiche degli organismi pubblici con un'adesione obbligatoria (...) ciò non dovrebbe valere nei casi in cui la partecipazione di determinati operatori economici privati al capitale della persona giuridica controllata è resa obbligatoria da disposizioni legislative del diritto nazionale con forme ai trattati, a condizione che si tratti di una partecipazione che non implica controllo o potere di veto e che non conferisce un'influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica controllata”*.

In sede di recepimento è, inoltre, scomparsa la precisazione della necessità, specificata dalle disposizioni europee ²⁹⁷, che dette partecipazioni non comportino “controllo o potere di veto”, essendo sufficiente che le stesse non esercitino “*un’influenza determinante sulla persona giuridica controllata*”.

Dette precisazioni compaiono, invece, per le ipotesi di in house c.d. invertito e orizzontale di cui all’art. 5, c. 3 del codice.

Da quanto appena esposto sembrerebbe emergere un alleggerimento, rispetto alle disposizioni europee, delle condizioni richieste per la partecipazione di capitali privati almeno nelle ipotesi “tradizionali” di affidamento in house.

Tuttavia a tale conclusione sembrerebbe ostare il disposto di cui all’art. 16 del recente testo unico sulle società partecipate.

In particolare la citata disposizione, nel disciplinare l’affidamento in house con riguardo all’assetto societario, limita la partecipazione di capitale privato alle forme prescritte per legge che “*non comportino controllo o potere di veto, né l’esercizio di influenza determinante sulla società controllata*”²⁹⁸ recependo, così, in maniera fedele le indicazioni europee.

Riguardo la partecipazione di capitali privati pare, dunque, potersi affermare che se in astratto detta possibilità determina un ulteriore

²⁹⁷ Cfr. in materia di servizi, art. 17, comma 1, lett. c), direttiva 2014/23/UE.

²⁹⁸ Cfr. art. 16, comma 1, d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175 ove è previsto che: “*Le società in house ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l’esercizio di un’influenza determinante sulla società controllata*”.

indebolimento del rigore con cui l'istituto dell'affidamento in house era stato elaborato dalla giurisprudenza europea, è comunque necessaria la sussistenza di disposizioni legislative, attualmente inesistenti, che ne prescrivino l'ammissione.

Ulteriore disposizione del nuovo codice a intervenire sulla materia in oggetto è l'art. 192 d. lgs. 50/2016 che, in aderenza al criterio di cui alla legge delega²⁹⁹, ha introdotto un regime speciale per gli affidamenti in house.

In particolare, al fine di garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza, è prevista l'istituzione presso l'ANAC di un elenco delle stazioni appaltanti che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house.

La disposizione citata ha previsto, inoltre, che le stazioni appaltanti debbano, comunque, effettuare preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, ed esplicitando nella motivazione del provvedimento di affidamento le ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta³⁰⁰.

Tale disposizione si sostanzia in oneri motivazionali non previsti a livello europeo e conferma nell'ordinamento nazionale un atteggiamento di sospetto riguardo all'istituto in house, nonostante il

²⁹⁹ Cfr. articolo 1, comma 1, lett. eee), legge 28 gennaio 2016 n. 11.

³⁰⁰ In particolare la motivazione in ordine al mancato ricorso al mercato deve avere riguardo agli "*obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche*".

parziale alleggerimento del rigore europeo che è possibile ricavare dalle direttive del 2014.

Nel medesimo solco si inseriva lo schema di decreto legislativo recante il testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale.

In particolare l'art. 7 del citato schema, oltre a imporre oneri motivazionali, in sede di adozione del provvedimento in house, ulteriori rispetto alle altre modalità di gestione del servizio³⁰¹, prevedeva anche un iter procedimentale aggravato.

Con riguardo al primo profilo era previsto che il provvedimento contenesse specifica motivazione riguardo alle “*ragioni del mancato ricorso al mercato*”³⁰² dovendo, per i servizi a rete, essere corredato anche da un piano economico finanziario.

Peraltro tale soluzione era stata suffragata anche dal Consiglio di Stato che, nel parere reso sul citato schema, aveva anzi auspicato un rafforzamento dell'onere motivazionale. Il supremo organo della giustizia amministrativa aveva, infatti, suggerito l'inserimento di una disposizione in cui fosse previsto che il provvedimento dell'ente affidante dovesse “*motivare progressivamente in ordine all'impossibilità di utilizzare lo strumento dell'affidamento mediante*

³⁰¹ Infatti, con riguardo alle altre modalità di gestione di detti servizi elencate al comma 1 dell'art. 7 (affidamento mediante procedura a evidenza pubblica e affidamento a società mista) era prescritta l'adozione di un “*provvedimento motivato dell'ente competente, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dal diritto dell'Unione europea per la forma di gestione prescelta*” avendo riguardo di precisare “*in relazione alle caratteristiche del mercato, i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e la loro durata, la natura dei diritti speciali o esclusivi eventualmente conferiti*” e descrivendo altresì “*il sistema di compensazione, se previsto*”.

Cfr. art. 7, comma 2 dello schema di decreto legislativo recante il testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale.

³⁰² Cfr. art. 7, comma 3, cit.

procedura di evidenza pubblica, ovvero quello di affidamento a società mista o ancora quello di affidamento in house, secondo una logica di preferenza via via decrescente, che metta in luce le ragioni che conducono ad un'eventuale limitazione del ricorso al mercato."³⁰³

Ma detto aggravio oltre a riguardare l'onere motivazionale investiva anche l'iter procedimentale di adozione del provvedimento.

Era, infatti, previsto che, sia sullo schema dell'atto deliberativo dell'affidamento in house, sia nel caso di gestione mediante azienda speciale, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato dovesse esprimere un parere e che il provvedimento finale dovesse essere *"analiticamente motivato con specifico riferimento ai rilievi formulati dall'Autorità"*³⁰⁴.

Le citate disposizioni, in linea con la tendenza del legislatore nazionale a configurare l'in house come uno strumento di carattere eccezionale, sono tuttavia venute meno per effetto dell'emanazione della sentenza della Corte Costituzionale 251/2016, essendo stato ritirato il decreto legislativo contenente il testo unico in materia di servizi pubblici locali di interesse generale che era stato approvato, in esame definitivo, dal Consiglio dei Ministri lo scorso 24 novembre.

³⁰³ Cfr. Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere 3 maggio 2016, n. 1075.

Peraltro, il Consiglio di Stato ha precisato nel proprio parere che: *"Qualora l'amministrazione scelga di non ricorrere al mercato ovvero di utilizzare il modello dell'affidamento in house, o quello della gestione diretta, questa dovrà indicare le ragioni per le quali il ricorso al mercato comparativamente non sia vantaggioso. In caso di mancato ricorso al mercato, inoltre, il provvedimento dovrà essere sottoposto alle valutazioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dinanzi alla quale può aprirsi un contraddittorio nel caso in cui quest'ultima nel termine perentorio di 30 giorni chieda chiarimenti."*

³⁰⁴ Cfr. art. 7, comma 5, dello schema di decreto legislativo recante il testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale.

Un ulteriore aggravio era previsto, poi, con riguardo alla durata dell'affidamento in house di servizi diversi da quelli a rete, non potendo la stessa eccedere, ai sensi dell' art. 8, comma 3, i cinque anni.

4.6. Sul concreto spazio di libertà degli enti locali nella scelta della modalità di gestione del servizio.

Come osservato nei paragrafi precedenti la fase di gestione del servizio pubblico è stata caratterizzata, almeno a partire dal 2001, da una forte instabilità.

Instabilità che, oltre a essere stata causata da ragioni - tutte interne - inerenti il riparto di competenze Stato-regioni, è stata determinata anche dall'esigenza di adeguamento dell'ordinamento interno al diritto europeo.

Peraltro, tale processo di adeguamento, oltre a non essersi ancora concluso, è stato tutt'altro che spontaneo perché avvenuto a seguito di attivazione della procedura di infrazione comunitaria.

A seguito della sentenza della Corte Costituzionale del 2012 diversi sono stati gli interventi del legislatore volti, tra l'altro, a ridurre gli spazi di discrezionalità in ordine alla scelta delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali in capo alle autonomie territoriali.

E, così, all'art. 34, comma 20, d.l. 179/2012, è stato imposto un dettagliato onere motivazionale, subordinando la legittimità della scelta della concreta modalità di gestione dei servizi pubblici locali alla redazione di un'apposita relazione che dia conto *“delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta”*.³⁰⁵

³⁰⁵ Cfr. art. 34, comma 20, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in legge 17 dicembre 2012, n. 221.

Ai sensi della citata disposizione, detta relazione deve, altresì, definire i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste.

Con specifico riferimento all'affidamento in house dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, poi, sono stati previsti all'art. 3 bis, comma 1 bis d.l. 138/2011 obblighi motivazionali aggiuntivi³⁰⁶ rispetto alle altre forme di gestione, da cui si desume se non un atteggiamento di sfavore, una certa diffidenza del legislatore nazionale verso questa forma di affidamento.

Gli oneri motivazionali appena descritti rispondono all'esigenza – condivisibile - di garantire la trasparenza delle scelte dell'amministrazione e assicurare la conoscibilità sia del processo di individuazione del modello più efficiente di gestione dei servizi pubblici, sia, nel caso in cui si proceda ad affidamento diretto, delle caratteristiche dell'affidataria in house. Tale conoscibilità poi è strumentale alla sindacabilità di dette scelte in sede giurisdizionale.

Tuttavia occorre osservare che gli obblighi motivazionali aggiuntivi previsti per la sola ipotesi di affidamento in house si sostanziano in un requisito ulteriore non richiesto dall'ordinamento europeo.

A tal proposito la giurisprudenza amministrativa ha precisato che la decisione di un ente locale in ordine alla concreta gestione dei servizi pubblici costituisce frutto di una scelta ampiamente discrezionale che

³⁰⁶ È, infatti, previsto dall'art. 3 bis, comma 1 bis d.l. 138/2011 che la relazione comprenda un piano economico-finanziario che *“contenga anche la proiezione, per il periodo di durata dell'affidamento, dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei relativi finanziamenti”*.

Ma nel caso in cui l'ente affidante scelga di affidare la gestione del servizio in house occorre anche *“la specificazione (...) dell'assetto economico-patrimoniale della società, del capitale proprio investito e dell'ammontare dell'indebitamento da aggiornare ogni triennio”* dovendo altresì procedere *“contestualmente all'affidamento, ad accantonare pro quota nel primo bilancio utile, e successivamente ogni triennio, una somma pari all'impegno finanziario corrispondente al capitale proprio previsto per il triennio nonché a redigere il bilancio consolidato con il soggetto affidatario in house”*.

deve, però, essere adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano³⁰⁷.

In quanto scelta ampiamente discrezionale la stessa sfugge, poi, al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, “*salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, irragionevolezza, irrazionalità ed arbitrarietà ovvero non sia fondata su di un altrettanto macroscopico travisamento dei fatti.*”³⁰⁸

Peraltro l'importanza di un adempimento non formale di tali obblighi motivazionali è stata sottolineata dalla giurisprudenza amministrativa che sembra effettuare un sindacato non limitato alla mera sussistenza della documentazione in cui si sostanzia detto obbligo, ma si estende anche alle ragioni addotte a sostegno della scelta del modello di gestione.³⁰⁹

³⁰⁷ Cfr. Consiglio di Stato, sentenza, 10 settembre 2014, n. 4599.

La controversia oggetto della citata sentenza riguardava la richiesta di annullamento, avanzata da una società mista pubblico-privata gestore provvisorio del servizio idrico integrato, della delibera comunale mediante la quale il comune aveva deciso di affidare in house la gestione del servizio idrico integrato.

Il Consiglio di Stato ha respinto l'appello, contro la sentenza di rigetto del ricorso resa in primo grado, affermando che “*l'affidamento diretto, in house – lungi dal configurarsi come un'ipotesi eccezionale e residuale di gestione dei servizi pubblici locali – costituisce invece una delle (tre) normali forme organizzative delle stesse*”.

Pertanto, la decisione dell'ente affidante in ordine alle modalità di gestione dei servizi pubblici locali, inclusa quella di ricorrere all'affidamento diretto in house, a condizione che sussistano in capo al soggetto affidatario i requisiti della totale partecipazione pubblica, del controllo analogo e dell'attività prevalente, “*costituisce frutto di una scelta ampiamente discrezionale, che deve essere adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano e che, come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, irragionevolezza, irrazionalità ed arbitrarietà ovvero non sia fondata su di un altrettanto macroscopico travisamento dei fatti*”.

³⁰⁸ Cfr. Consiglio di Stato, sentenza 12 maggio 2016 n. 1900. Nello stesso senso: Consiglio di Stato, sentenze 30 settembre 2013 n. 4832 e 11 febbraio 2013 n. 762.

³⁰⁹ Cfr. Consiglio di Stato, sentenza 12 maggio 2016 n. 1900.

L'oggetto del giudizio riguardava la richiesta, accolta in primo grado, di l'annullamento della delibera comunale di affidamento diretto del servizio di smaltimento dei rifiuti.

In particolare nel caso di affidamento in house sussisterebbe l'onere di motivazione aggravato e di istruttoria ai sensi del combinato disposto degli art. 3 l. n. 241 del 1990 e 34, comma 20, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179.

Talvolta, però, il giudice amministrativo ha richiesto che la relazione di cui all'art. 34, comma 20 del d.l. 179/2012 contenesse altresì un *“confronto (...) tra le diverse opzioni offerte dall'ordinamento”*³¹⁰.

In sede di appello il Consiglio di Stato, confermando l'esito cui era giunto il giudice di primo grado, ha statuito che il principio di trasparenza e democraticità delle decisioni pubbliche sia stato solo formalmente rispettato con la redazione della sentenza prescritta ai sensi dell'art. 34, comma 20, d.l. 138/2011.

Infatti detta relazione *“che pure c'è, in realtà non contiene alcuna valutazione di tipo concreto, riscontrabile, controllabile, intellegibile e pregnante sui profili della convenienza, anche non solo economica, della gestione prescelta, limitandosi per contro ad apodittici riferimenti alla gestione in house che, come tali, sono da ritenersi privi di quel livello di concreta pregnanza richiesto per soddisfare l'onere di motivazione aggravato e di istruttoria ai sensi del combinato disposto degli art. 3 l. n. 241 del 1990 e 34, comma 20, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179.”*

³¹⁰ Cfr., da ultimo, Tribunale Amministrativo Regionale, Lombardia - Milano, sentenza 3 ottobre 2016, n. 1781. La controversia oggetto del giudizio aveva avuto origine dalla richiesta di annullamento dei provvedimenti dell'ente affidante recante conferma della forma di gestione in house del servizio idrico integrato nell'ambito del relativo territorio.

In tale sentenza il giudice amministrativo ha annullato detti provvedimenti poiché *“la scelta e il conseguente affidamento diretto fondati su determinazioni che non forniscono alcuna ragione dell'opzione esercitata a monte, sono da ritenersi per sé illegittimi”*.

A sostegno del proprio percorso interpretativo il TAR richiama, poi, l'art. 192, comma 2, d.l. gs. 50/2016 che, pone in capo alle stazioni appaltanti un onere di motivazione particolarmente dettagliato.

È, infatti, previsto che le stesse effettuino *“preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche”*.

Viene richiamato, altresì, il parere del Consiglio di Stato nell'Adunanza della Commissione speciale sullo schema di decreto legislativo recante il codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione (parere n. 855 del 1° aprile 2016) ove si precisa che detto onere rafforzato *“consente un penetrante controllo della scelta effettuata dall'Amministrazione, anzitutto sul piano dell'efficienza amministrativa e del razionale impiego delle risorse pubbliche”*.

Tuttavia, occorre sottolineare che la motivazione in ordine al mancato ricorso al mercato è prevista in materia di appalti ma non è, invece, richiamata dall'art. 34 d.l. 179/2012 né dall'art. 3 bis comma 1 bis del d.l. 138/2011.

In tal modo, però, verrebbe restaurato in via interpretativa quello sfavore per l'affidamento diretto venuto meno per effetto dell'esito abrogativo del referendum del 2011 e della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 4 d.l. 138/2011 e inesistente a livello europeo.

Invece, *de jure condendo*, si dovrebbe ammettere che - sussistendo i requisiti europei per il modello *in house*, di cui si deve dar conto nel provvedimento di scelta della forma di gestione - la giustificazione dell'adozione di tale modello non debba essere ulteriormente provata in quanto sussistente in *re ipsa*.

4.7. Considerazioni conclusive.

Nel corso della trattazione del presente capitolo si sono prese le mosse dalla nozione di concorrenza così come interpretata dalla Corte Costituzionale.

E si è messo in rilievo il mutamento di fisionomia che la stessa ha subito anche per effetto del processo di integrazione comunitario.

Concepita quale “derivato” della libertà di iniziativa economica, e a tal fine ricondotta nell'alveo dell'art. 41 Cost., è finita per diventare - desoggettivizzandosi - garanzia di un determinato mercato, quello appunto concorrenziale.

Tale “trasformazione” sarebbe poi stata consacrata con la riforma costituzionale del 2001 che, com'è noto, ha inserito la “*tutela della concorrenza*” tra le materie attribuite alla competenza legislativa esclusiva statale.

Dall'analisi della giurisprudenza costituzionale sul punto si è potuto constatare che la concorrenza nella versione oggettivizzata abbia perso il suo connotato di strumento volto a soddisfare le pretese dei singoli e sia divenuta tutelabile come valore in sé (il mercato per il mercato).

Inoltre, si è evidenziato³¹¹ che la Consulta nell'interpretare la materia “*tutela della concorrenza*” ha adottato una nozione così ampia da erodere lo spazio di intervento di regioni ed enti locali.

Una tale interpretazione viene giustificata attraverso il richiamo alla nozione europea di concorrenza.

Ma a tal proposito occorre rilevare che tale opzione interpretativa potrebbe non rispondere più alla fase attuale del processo di integrazione comunitaria.

Infatti, con riguardo al diritto europeo contenuto dei Trattati, occorre osservare che l'art. 3 TUE (ex art. 2 TUE), tra gli obiettivi dell'Unione Europea, non menziona più la concorrenza³¹².

Inoltre, come osservato in altra sede³¹³, la Corte di Giustizia sembra oggi più orientata ad ammettere deroghe all'operatività delle regole concorrenziali ex art. 106, c.2., TFUE, sebbene in presenza di un'interpretazione estensiva del requisito di economicità del servizio.

Con riguardo, poi, al ruolo delle articolazioni territoriali dello Stato relativamente alla materia di cui trattasi occorre rilevare che dalle

³¹¹ Cfr. par. 4.2.

³¹² L'attuale versione dell'art. 3, comma 1, TUE prevede infatti che: “*L'Unione si prefigge di promuovere la pace, i suoi valori e il benessere dei suoi popoli*”.

³¹³ Cfr. cap. 3.

disposizioni europee possono trarsi delle indicazioni che valorizzano le competenze degli enti più vicini agli utenti.

In tale ottica può leggersi ad esempio l'art. 1, Protocollo n. 26 sui servizi di interesse generale allegato al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea che riconosce *“il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale”* in capo alle autorità pubbliche, nazionali, regionali e locali, di *“fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti”*.

Ma previsioni di analogo tenore si ritrovano anche in altre disposizioni di diritto europeo derivato.

Al riguardo, la direttiva 2014/23/UE all'art. 2 riconosce il *“principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione”*.

Né una tale esigenza di centralizzazione sembra essere imposta dalla necessità di assicurare il rispetto del diritto dell'Unione Europea³¹⁴.

Infatti non solo le regioni, al pari dello Stato, sono soggette nell'esercizio della potestà legislativa ai *“vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario”* ma anche gli enti locali, in quanto articolazioni del primo, sono soggetti al rispetto delle prescrizioni europee.

A tal proposito si è evidenziato in dottrina che il riconoscimento agli enti locali di più ampi spazi di *“autodeterminazione”* nelle scelte di gestione dei servizi pubblici non escluderebbe *“la previsione di rimedi*

³¹⁴ Sul tema vedasi: N. Rangone, J. Ziller (a cura di), *Politiche e regolazione per lo sviluppo locale sostenibile. Il patto dei sindaci*, Napoli, 2013.

*ed anche sanzioni in caso di violazione di principi a tutela della concorrenza, di inadempimenti nei rapporti con gli utenti o di accertata insostenibilità economica del servizio*³¹⁵.

A ben vedere, quindi, tale onnicomprensiva accezione di concorrenza sembra più il frutto di una opzione ideologica della Corte Costituzionale che di una interpretazione necessitata alla luce dei vincoli derivanti per il nostro ordinamento dal diritto europeo.

Da ultimo ci si è soffermati sulla recentissima sentenza della Corte Costituzionale 251/2016³¹⁶ che, mettendo da parte il criterio della prevalenza e valorizzando il principio di leale collaborazione, ha affermato la necessità del coinvolgimento di regioni e enti locali riguardo determinati aspetti della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

In particolare il giudice delle leggi ha affermato che, nei casi in cui oggetto di disciplina unitaria sono fenomeni complessi è difficilmente possibile isolare un singolo interesse, venendo, invece, in rilievo interessi distinti che *“ben possono ripartirsi diversamente lungo l’asse delle competenze normative di Stato e Regioni”*³¹⁷.

È, quindi, proprio l’ipotesi di concorrenza di competenze che, nel ragionamento della Corte, apre la strada all’applicazione del principio di

³¹⁵ Cfr. M. Midiri, *Promozione della concorrenza e sindacato giurisdizionale: le vicende dei servizi pubblici locali*, in: Riv. trim. dir. pubbl., 2014, p. 133 ss.

³¹⁶ Sulla sentenza citata si segnalano i seguenti contributi: R. Bifulco, *L’onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte Costituzionale*, in: www.federalismi.it; C. Calvieri, *La declaratoria di illegittimità delle deleghe della legge Madia per violazione del principio di leale collaborazione ed i riflessi sul nuovo testo unico delle società a partecipazione pubblica. Ovvero, il complicato intreccio dei fili della Tela di Penelope...allo specchio*, in: Rivista AIC, 2017 n. 2;

³¹⁷ Cfr. Corte Costituzionale, sentenze 25 novembre 2016 n. 251 e 22 luglio 2010 n. 278.

leale collaborazione che esige la predisposizione da parte del legislatore statale di “*adeguati strumenti di coinvolgimento delle Regioni, a difesa delle loro competenze*”³¹⁸.

Il giudice delle leggi ha cioè preferito non applicare il criterio della prevalenza, che avrebbe portato a legittimare le disposizioni della legge delega riguardanti i servizi pubblici locali di rilievo economico³¹⁹ anche in nome della “tutela della concorrenza”.

In particolare la Corte Costituzionale ha precisato che devono considerarsi attinenti alla materia della “*tutela della concorrenza*” quelle disposizioni riguardanti la soppressione dei regimi di esclusiva e la definizione dei regimi tariffari³²⁰.

Mentre, invece, costituiscono espressione della competenza legislativa regionale residuale, eccedenti la finalità di “tutela della concorrenza”, le disposizioni in materia di gestione e organizzazione dei servizi in questione (art. 19 lett. b)³²¹; di definizione dei criteri per l'organizzazione territoriale ottimale dei citati servizi (art. 19 lett.d) e delle modalità di tutela degli utenti (art. 19 lett. h); di introduzione e potenziamento di forme di consultazione dei cittadini; di partecipazione

³¹⁸ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 25 novembre 2016 n. 251, cit.

In particolare, per non frustrare l'esigenza di coinvolgere adeguatamente le Regioni e gli enti locali, la Corte ha preferito valorizzare il principio di leale collaborazione, individuando nell'intesa in sede di conferenza unificata lo strumento che consente alle Regioni di esercitare il proprio ruolo nella determinazione del contenuto di taluni atti legislativi statale che incidono su materie di competenza regionale.

³¹⁹ Cfr. art. 19, legge 7 agosto 2015 n. 124, *Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*.

³²⁰ Cfr. rispettivamente artt. 19, lett. b) e g) legge 7 agosto 2015 n. 124.

³²¹ In particolare tale disposizione viene richiamata nella parte in cui prescrive la soppressione dei regimi di esclusiva, comunque denominati, “*non indispensabili per assicurare la qualità e l'efficienza del servizio*”. Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 25 novembre 2016 n. 251, cit.

diretta alla formulazione di direttive alle amministrazioni pubbliche e alle società di servizi sulla qualità e sui costi degli stessi (art. 19 lett. p).

Da questo punto di vista deve ritenersi apprezzabile lo sforzo della Corte Costituzionale, assente in altre pronunce, di individuare gli ambiti in cui deve realizzarsi il “coinvolgimento delle Regioni a difesa delle loro competenze”³²².

Peraltro alla luce degli esiti del referendum confermativo dello scorso 4 dicembre avente a oggetto la legge costituzionale approvata dal Parlamento italiano il 12 aprile 2016³²³, è ancora possibile, prospettare l’attribuzione delle misure di promozione della concorrenza al livello di competenza legislativa regionale³²⁴.

In particolare, rimettere le misure di promozione della concorrenza³²⁵ al livello più vicino all’utente permetterebbe di giungere a un bilanciamento tra le esigenze di uniformità, assicurate a livello statale

³²² Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 25 novembre 2016 n. 251, cit.

³²³ Cfr. l. cost. del 12 aprile 2016 recante: «*Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione*» in: Gazzetta Ufficiale, serie generale, 15 aprile 2016 n. 88.

³²⁴ A tal proposito, infatti, l’art. 31, lett. e) della citata legge costituzionale, recependo l’orientamento costante della Corte Costituzionale, attribuiva espressamente alla potestà legislativa esclusiva dello Stato non solo la “*tutela*” ma altresì la “*promozione*” della concorrenza.

A tal proposito vale la pena segnalare che, se l’esito confermativo fosse prevalso, venendo meno la possibilità per il legislatore regionale di intervenire nella materia della concorrenza con disposizioni aventi effetti pro-concorrenziali, ciò avrebbe avuto come effetto la limitazione della stessa concorrenza.

³²⁵ Le misure di promozione, infatti, presuppongono la conoscenza del mercato su cui incidono e si sostanziano nell’imposizione di vincoli di comportamento agli operatori privati presenti in determinati settori di mercato al fine di implementare la concorrenza. Le misure di tutela della concorrenza, invece, mirano a vietare comportamenti anti-concorrenziali e a ripristinare le regole violate.

con riguardo alle misure di tutela della concorrenza, e quelle di differenziazione.

Queste ultime sarebbero soddisfatte riconoscendo uno spazio di intervento maggiore al legislatore regionale meglio in grado di valorizzare le proprie risorse e di elaborare eventuali strategie economiche, intervenendo con misure anche in chiave pro-concorrenziale, sempre nell'ambito delle proprie competenze legislative.

Inoltre l'ente locale, in quanto amministrazione più vicina agli amministrati, è maggiormente in grado di captare le esigenze di questi ultimi. E in virtù di tale "vantaggio conoscitivo", rappresenta anche il livello di governo potenzialmente più idoneo alla soddisfazione di dette esigenze.

Del resto, come evidenziato in dottrina, l'uniformità normativa non è necessariamente sinonimo di uguaglianza rischiando, invece, di essere fonte di "effettive disuguaglianze nell'esercizio della funzione e nella gestione dei servizi."³²⁶

Inoltre, così facendo, si responsabilizza l'ente locale in quanto chiamato a rispondere politicamente delle scelte effettuate³²⁷, stimolandolo a

³²⁶ Si esprimono in tal senso: A. A. Travi, *Servizi pubblici e tutela della concorrenza fra diritto comunitario e modelli nazionali*, in: G. Falcon, *Il diritto amministrativo dei paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005, p. 187 ss; M. D'Orsogna, *Principio d'uguaglianza e differenziazioni possibili nella disciplina delle autonomie territoriali*, in: F. Astone, M. Calderera, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Principi generali del diritto amministrativo ed autonomie territoriali*, Torino, 2007, p. 13 ss-

³²⁷ Sull'uniformità normativa quale possibile fonte di irresponsabilità vedasi: M. Renna, *I principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione*, in: M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 283 ss.

In particolare l'autore osserva che "la circostanza che tali principi nel nostro ordinamento siano ancora ampiamente inattuati costituisce, evidentemente, un importante fattore di

predisporre un'azione amministrativa quanto più efficace ed efficiente
inverando, così, il principio costituzionale di buon andamento della
pubblica amministrazione posto all'art. 97 Cost.

deresponsabilizzazione, nonché causa di inefficacia e di inefficienza, della pubblica amministrazione” al contempo, però, “non si può pensare di valorizzare l'autonomia degli enti locali, senza (...) preoccuparsi di assicurare l'efficacia e l'efficienza dell'amministrazione; si tratterebbe altrimenti, a ben vedere, di una finta valorizzazione, tale addirittura da nuocere all'autonomia locale”.

Bibliografia:

A. S. Mescheriakoff, *L'arrêt du Bac d'Eloka. Légende ou réalité d'une gestion privée de la puissance publique*, in: RDP, tomo 104, 1988, p. 1059;

Altieri A., *I servizi pubblici*, in: M. Mirabella (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 835;

Amorelli G., *L'amministrazione con funzioni regolatorie: le autorità di disciplina della concorrenza sul piano*

Amorelli G., *Le privatizzazioni nella prospettiva del trattato istitutivo della comunità economica europea*, Padova, 1992;

Arnaudo L., *Costituzione e concorrenza: note a margine della recente giurisprudenza costituzionale*, in Riv. dir. pubbl. com., 2005, n. 2, p. 377;

Baldassarre A., voce *Iniziativa economica privata*, in Enc. dir., Milano, vol. XXI, 1971, p. 595;

Bassan F., *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2002;

Bassi G., Greco M., Massari A., *Appalti e servizi pubblici: le recenti innovazioni*, Rimini, 2010;

Benelli F., Bin R., *Prevalenza e «rimaterializzazione delle materie»: scacco matto alle Regioni*, in: *Le Regioni*, 2009, n. 6, p. 1185;

Benelli F., *La "smaterializzazione delle materie". Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V*, Milano, 2006;

Benvenuti F., *Appunti di diritto amministrativo*, I, Padova, 1959, IV ed., p. 202;

Berlingiero G. E., *Studi sul pubblico servizio*, Milano, 2003;

Bertonazzi L. Villata R., *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. Chiti, G.

Bifulco R., *L'onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte Costituzionale*, in: www.federalismi.it;

Bigot G., *Les mythes fondateurs du droit administratif*, RFDA, 2000, n. 3, p. 527;

Bin R., *Alla ricerca della materia perduta. Nota a Corte cost. n. 401/2007*, in: *Le Regioni*, 2008, p. 398;

Bin R., *Prevalenza senza criterio. Nota alla sent. n. 211/2008*, in: *Le Regioni*, 2009, n. 3-4, p. 615;

Blaise J., Idot L., *La jurisprudence du tribunal de premiere instance en matière de concurrence*, in: *Revue du*

Bognetti G., *Costituzione economica e Corte costituzionale*, Milano, 1983;

Bognetti G., Fazioli R., *Lo sviluppo di una regolazione europea nei grandi servizi pubblici a rete*, in: *Economia Pubbl.*, 1996, n. 3, p. 26;

Bonura H., Cassano M., *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica: percorsi e disciplina generale*, Torino, 2011;

Boulouis N., *Une personne publique peut prendre en charge un service public social sur un secteur concurrentiel*, AJDA, 2010, n. 17, p. 957;

Braconier S., *La liberté de gestion des services publics à l'épreuve de la QPC*, in AJDA, 2011, n. 34, p. 1809;

Bruti Liberati E., *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006;

Buffoni L., *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, in: *Le istituzioni del federalismo*, 2003, n. 2, p. 345 ss;

Buonocore V. (a cura di), *Iniziativa economica e impresa*, Napoli, 2006;

Buttarelli G., *Diritti fondamentali e libertà d'iniziativa economica*, in: *Cons. Stato*, 2003, n. 2, p. 399;

Buzzacchi C., *Il concorso del legislatore statale e di quelli regionali alla liberalizzazione dei servizi pubblici*

Buzzacchi C., *Principio della concorrenza e aiuti di Stato tra diritto interno e diritto comunitario*, in: *Giur.*

Caggiano G., *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2008;

Caia G., *Assunzione e gestione dei servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale: profili generali*, in: *Reg. e Gov. Loc.*, 1992, n. 1/2, p. 30;

Caia G., *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2004; S.

Ciriello, P. voce *Servizi pubblici*, in: Enc. giur., Roma, 1992, vol. XXVIII, p. 1;

Colombari, *Delegazione interorganica ovvero in house providing nei servizi pubblici locali*, in Foro amm. CDS, 4, 2004;

Caia G., *I servizi pubblici*, in: L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F. A. Roversi Monaco, F. G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2005, IV ed., p. 137;

Caia G., *La società a prevalente capitale pubblico locale come formula organizzativa di cooperazione tra Comuni*, in *Foro amm. CdS.*, 2002, p.1231;

Calvieri C., *La declaratoria di illegittimità delle deleghe della legge Madia per violazione del principio di leale collaborazione ed i riflessi sul nuovo testo unico delle società partecipazione pubblica. Ovvero, il complicato intreccio dei fili della Tela di Penelope...allo specchio*, in: *Rivista AIC*, 2017 n. 2;

Cammelli M., *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, in: *Le Regioni*, 2001, n. 6, p. 1274;

Cammelli M., *Le società a partecipazione pubblica (Regioni, Province, Comuni)*, Rimini, 1989;

Capantini M., *Il servizio universale e le sue modalità di finanziamento. La soluzione dei fondi di compensazione*, in: *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, p. 99;

Caputi G., *Servizi pubblici e monopoli nella giurisprudenza comunitaria*, Torino, 2002;

Caranta R., *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del titolo V della Costituzione*, in: *Le Regioni*, 2004, n. 4, p. 990;

Caravita B., *Tutela della concorrenza e regioni nel nuovo assetto istituzionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in: *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C. Rabitti Bedogni e P. Barucci (a cura di), Torino, 2010, p. 229;

Carlioni E., *L'uniformità come valore. La Corte oltre la tutela della concorrenza*, in: *Le Regioni*, 2010, n. 3, p. 670;

Cartei G.F., *Il Servizio Universale*, Milano, 2002;

Carullo A., *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2005;

Casalotti F., *La Corte Costituzionale e i criteri di riparto delle competenze con riferimento ai servizi pubblici locali dopo la riforma del Titolo V Parte II della Costituzione: la sentenza n. 272 e l'ordinanza n. 274 del 2004*, in: *Le Regioni*, 2005, n.1, p. 262;

Cassese S., *L'energia elettrica nella legge costituzionale n. 3/2001*, in: *Rass. giur. energia elettr.*, 2002, p. 497;

Cassese S., *La costituzione economica europea*, in: *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 907;

Cassese S., *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2004;

Cassese S., *La prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale in materia di concorrenza*, in: *Giorn. dir. amm.*, 2003, p. 1129;

Cassese S., *La retorica del servizio universale*, in S. Frova (a cura di), *Telecomunicazioni e servizio universale*, Milano, 1999;

Cassese S., *Legge di riserva e art. 43 della Costituzione*, in: *Giur. Cost.*, 1960, I, p. 1344;

Cassese S., *Stato e mercato dopo privatizzazione e deregulation*, in: *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, p. 379;

Cassetti L., *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*, in: *federalismi.it*, 2004, n. 5;

Cassetti L., *La cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997;

Cassetti L., *Potestà legislativa regionale e tutela della concorrenza (10.12.2001)*, in: *federalismi.it*, 2001;

Cattaneo S., voce *Servizi pubblici*, in: *Enc. Dir.*, Milano, vol. XLII, 1990, p. 355;

Cavaleri P., *La definizione e la delimitazione delle materie di cui all'art. 117 della Costituzione*, in: *Le competenze normative statali e regionali tra riforme della Costituzione e giurisprudenza costituzionale. Un primo bilancio*, R. Tarchi (a cura di), Torino 2006, p. 27;

Cavaleri P., Spagnuolo Vigorita V., *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, p. 46 ss;

Cavallo Perin R., *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in: *Dir. amm.*, 2000, p. 41;

Cerulli Irelli V., *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in: Riv. it. dir. pubbl. com., 2006, p. 748;

Cheli E., *Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e nella dottrina*, in: Rass. dir. pubbl., 1960, p. 303 ss;

Cheli E., *Orientamenti della giurisprudenza costituzionale in tema di monopoli pubblici*, in: *Scritti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. III, Milano, 1977, p. 305;

Chieppa R., *Il ruolo dei giudici nazionali nell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, in: Cons. Stato, 2003, p. 1121;

Chiti M.P. (a cura di), *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, Bologna, 2006;

Chiti M.P., *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste*, in Foro amm. Tar, 2006, p. 1161;

Cintioli F., *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010;

Cintioli F., *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in: Dir. dell'Un. Eur., 2006, 3, p. 453;

Clarich M., *Art. 41 Costituzione. "L'attività economica è libera. La legge può prevedere limiti e controlli indispensabili per la tutela di interessi pubblici"*, in *I Dossier di ApertaContrada*, in: www.apertacontrada.it, settembre 2011;

Clarich M., *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza tedesca e italiana a confronto*, in: Riv. trim. dir. pubbl., 2003, p. 91;

Clarich M., *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in: Dir. Pubbl., 1998, f. 1, p. 181;

Clarich M., *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in: Dir. pubbl., 1998, f. 1, p. 181;

Cocozza F., *Diritto pubblico applicato all'economia*, Torino, 2007;

Colangelo G., *I rischi della concorrenza patteggiata: note a margine del caso Aci global*, in: Dir. ind., 2009, f. 4, p. 353;

Colangelo G., *La politica europea della concorrenza alla luce del progetto della nuova Costituzione*, Riv. it. dir. pubbl. com., 2005, p. 1127;

Colombari S., « *Delegazione interorganica* » ovvero *in house providing nei servizi pubblici locali*, Foro amm. CdS., 2004, p. 1136;

Corso G., *La tutela della concorrenza come limite alla potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in: Dir. pubbl., 2002, n. 3, p. 981;

Corso G., *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in: Dir. pubbl. 2002, n. 3, p. 981;

Costantino F., *Servizi locali e concorrenza, a proposito della sent. n. 325 del 2010*, in: www.rivistaaic.it,

D'Alberti M., *Considerazioni intorno all'art.41 della Costituzione*, in: M. D'Antonio (a cura di), *La Costituzione economica*, Milano, 1985, p. 139;

D'Alberti M., *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in: Dir. Amm., 2004, p. 705;

D'Alberti M., *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in: Dir. amm., 2004, n. 4, p. 705;

D'Alberti M., *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in: Riv. Trim. Dir. Pubbl., 2004, n. 2, p. 347;

D'Alberti M., voce *Concorrenza*, in: Dizionario di diritto pubblico, a cura di S. Cassese, vol. II, Milano, 2006, p. 1140;

D'Atena A., *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in: Quad. cost., 2003, n. 1, p. 15;

D'Atena A., *Solidarietà orizzontale e affidamento in house*, in: Giur. cost., 2008, n. 6, p. 5009;

D'Atena, *Materie legislative e tipologie delle competenze*, in: Quaderni costituzionali, 2003, n. 1, p. 15;

D'Orsogna M., *Principio d'uguaglianza e differenziazioni possibili nella disciplina delle autonomie territoriali*, in: F. Astone, M. Caldarera, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Principi generali del diritto amministrativo ed autonomie territoriali*, Torino, 2007, p. 13 ss;

Dani M., *Costituzione e integrazione europea: dalle "limitazioni della sovranità" alla trasformazione del diritto costituzionale*, in: C. Casonato (a cura di), *Lezioni sui principi fondamentali della Costituzione*, Torino, 2010, p. 329;

De Dominicis M., *Concorrenza e nozione d'impresa nella giurisprudenza comunitaria*, Napoli, 2005;

De Falco V., *Il servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni*, Padova, 2003, p. 37;

De Leonardis F., *La Corte di Giustizia e il principio di solidarietà nei regimi previdenziali*, in: Foro amm. CdS, 2002, f.2, p. 333;

De Montecler M-C, *Les conditions de l'intervention des sociétés d'économie mixte sur un marché concurrentiel*, in: AJDA , 2010, n. 24, p. 1346;

De Pasquale P., *La tutela della concorrenza tra Unione Europea, Stato e Regioni nella giurisprudenza costituzionale*, in: Dir. dell'Un. Eur., 2005, n. 1, p. 99;

De Valles A., *I pubblici servizi*, in: V. E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. VI, Milano, 1924, I ed.;

Di Gaspare G., *Costituzionalizzazione simbolica e decostituzionalizzazione di fatto dell'articolo 41 della*

Dolso G.P., *Tutela dell'interesse nazionale sub specie di tutela della concorrenza*, in: Giur. Cost., 2004, p. 269;

Donati F., Liberati B., *La regolazione e i servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010;

Donativi G., *Concorrenza e mercato nel prisma dell'ordinamento giuridico: appunti per una ricostruzione storica*, in: Riv. dir. ind., 1992, p. 335;

Dugato M., *I servizi pubblici degli enti locali*, *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 218;

Dugato M., *Le società a partecipazione mista per la gestione dei servizi pubblici locali. Il procedimento di costituzione, l'affidamento dei lavori e la relazione tra ente socio e società*, in: M. Dugato, F. Mastragostino (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, Bologna, 2014, p. 213;

Duguit L., *Études de droit public, L'État, les gouvernants et les agents*, vol. 1 e 2, Paris, 1903;

Eckert G., *La SEMOP, instrumentum du renouveau de l'action publique locale?*, in: AJDA, 2014, n. 34, p. 1941;

Esposito C., *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in: Giur. cost., 1962, p. 37;

Ferrari G. F. (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2010;

Ferri G., *L'ordine pubblico economico*, in: Riv. dir. comm., 1963, p. 464;

Ferri G., voce *Concorrenza*, in: Enc. dir., vol. VIII, Milano, 1961, p. 532;

Fonderico G., *La formazione dei monopoli comunali in Francia, Munus*, 2011, p. 469;

Fracchia F., *I servizi pubblici e la retorica della concorrenza*, in: Foro it., 2011, V, p. 106;

Franceschelli R., *Valore attuale del principio di concorrenza e funzione concorrenziale degli istituti del diritto industriale*, in: Riv. dir. ind., 1956, I, p. 66;

Galetta D.U. , *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in: Riv. it. dir. pubbl. com., 2007, p. 17;

Galgano F., *art. 41*, in: G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, tomo II, Bologna-Roma, 1982, p. 11;

Gallo D., *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010;

Gaudemet Y., *Regolazione e servizi pubblici: l'esperienza continentale*, in: G. Tesauro-M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000;

Ghidini G., Arezzo E., *La tutela della concorrenza nella Costituzione economica comunitaria e nazionale*, in: C. Rabitti Bedogni e P. Barucci (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, p. 217;

Ghidini G., voce: *Monopolio e concorrenza*, in: Enc. dir. Milano, vol. XXVI, 1976, p. 793;

Giannini M., S *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in: Riv. amm., 1953, I, p. 611;

Giannini M. S., *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in Riv. amm, 1953, I, p. 611;
Giannini M. S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, V ed.;

Giannini M. S., *Il Pubblico potere*, Bologna, 1986;

Giannini M. S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950;

Gonod P., Melleray, F., Yolka P., *Traité de droit administratif*, Tomo 2, Paris, 2011;

Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo, parte speciale, tomo IV*, Milano, 2007, p. 1791;

Greco G., *Gli affidamenti "in house " di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in: Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2000, 1461;

Guglielmetti G., *Limiti negoziali alla concorrenza*, Padova, 1961, p. 14;

Hauriou M., *La gestion administrative. Étude théorique de droit administratif*, Paris, 1898;
interno e comunitario, in Riv. it. di dir. pubbl. e com., 1991, p. 943;

Irti N., *Economia di mercato e interesse pubblico*, in: Riv. trim. di dir. e proc. civ., 2000, n. 2, p. 435;

Irti N., *Il carattere politico giuridico del mercato*, in: Riv. internaz. di fil. del dir., 2004, n. 1, p. 1;

Irti N., *Iniziativa economica privata e concorrenza (verso la nuova Costituzione economica)*, in: Giur. it., 1997, IV, p. 226;

Irti N., *L'ordine giuridico del mercato*, I ed., Roma-Bari, 1998;

Irti N., *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in: Riv. di dir. civ., 2002, n. 5, p. 625;

Lachaume J-F, Boiteau C., Pauliat H., *Grandes services publics*, Paris, 2000.

Lalli A., *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008;

Lavaca C., *In "house providing " e tutela della concorrenza*, in: *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 841;

Libertini M., *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del «decreto Alitalia»*, in: *Giur. cost.*, 2010, n. 4, p. 3296;

Libertini M., *Il mercato: i modelli di organizzazione*, in: F. Galgano (a cura di), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 1979, tomo III, p. 469;

Libertini M., *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, in: C. Rabitti Bedogni e P. Barucci (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, p. 97;

Libertini M., *La prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale in materia di concorrenza*, in: *Giorn. dir. amm.*, 2003, n. 11, p. 1129;

Libertini M., *La tutela della concorrenza e i giudici amministrativi nella recente giurisprudenza*, in: *Giorn. dir. amm.*, 2007, n. 6, p. 632;

Licciardello S., *I servizi pubblici locali*, in: S. Cognetti, A. Contieri, S.

Licciardello, F. Manganaro, S. Perongini, F. Saitta, (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, p. 541;

Licciardello S., *Percorsi di diritto pubblico dell'economia. Territorio, beni e servizi*, Torino, 2008;

Linotte D., Romi R., Cadeau E., *Droit du service public*, Paris, 2014;

Linotte D., Romi R., *Droit public économique*, VII ed., Paris, 2012;
locali nella recente giurisprudenza costituzionale, in: *Le Regioni*, 2006,
n. 4, p. 797;

Lombard M., Nicinski S., Glaser E., *Actualités du droit de la
concurrence et de la régulation*, in: *AJDA*, 2013, n. 22, p. 1260;

Longo F., *Il problema della scelta del contraente concessionario di
pubblico servizio, società per azioni*, in: *Cons. Stato*, 1996, II, p. 1813;

Lucarelli A., *La Corte Costituzionale dinanzi al magma dei servizi
pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo
dell'economia*, in: *Giur. cost.*, 2010, f. 6, p. 4645;

Lucarelli A., *La sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012 e la
questione dell'inapplicabilità del patto di stabilità interno alle s.p.a. in
house ed alle aziende speciali*, in: www.federalismi.it, 26 settembre
2012;

Luchena G., *La «tutela della concorrenza» nella giurisprudenza della
Corte costituzionale*, in: F. Gabriele e M. A. Cabiddu (a cura di),
*Governance dell'economia e integrazione europea, vol. I, Milano,
2008, p. 103*;

Luciani F., *“Pubblico” e “privato” nella gestione dei servizi economici
locali in forma societaria*, in: www.giustamm.it, 9/2012;

Luciani M., *La produzione economica privata nel sistema
costituzionale*, Padova, 1983;

Mangiameli S. (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008;

Mangiameli S., *Sull'arte di definire le materie dopo la Riforma del
Titolo V della Costituzione*, in: *Le Regioni*, 2003, n. 1, p. 337;

Mangiameli S., *Sussidiarietà e servizi di interesse generale: le aporie della privatizzazione*, in: C. Magnani, Torino (a cura di), *Beni pubblici e servizi sociali in tempi di sussidiarietà*, 2007, p. 366;

Marcou G., *I servizi pubblici tra regolazione e liberalizzazione: l'esperienza francese, inglese e tedesca*, Riv. it. dir. pubbl. com., 2000, 1, p. 125;

Marcou G., *Il servizio pubblico di fronte al diritto comunitario*, in: Il Filangieri, 2004, 1, p. 38;

Marcou G., *La gestione dei servizi pubblici attraverso enti di diritto pubblico nel quadro normativo europeo*, in: Riv. dir. pubbl. eur., 2012, f. 2, p. 44;

Marcou G., *Local government provision in France: diversification of management patterns and decentralisation reforms*, in: H. Wollmann, I.

Marcou G., (a cura di), *Public and social services in Europe - from public and municipal to private sector provision*, London, 2016;

Marcou G., *Mantenir l'expression et la notion de "service public"*, in: AJDA, 2008, n. 16, p. 833;

Marcou G., *Principe de subsidiarité, constitution française et décentralisation*», *Entre l'Europe et la décentralisation. Les institutions territoriales françaises* in: J.-C. Némery, S. Wachter, Paris, 1993, p. 85;

Marino. I. M., *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1986;

Marongiu G., voce *Funzione amministrativa*, in: *Enc. giur.*, Roma, vol. XIV, 1989, p. 1;

Masetti D., *La nuova (?) disciplina dei servizi pubblici locali dopo il referendum abrogativo del 12-13 giugno 2011*, www.giustamm.it, 10/2011;

Mattarella B. G., *L'attività*, in: S. Cassese (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Milano, 2003, p. 724;

Merloni F., *L'assunzione/istituzione dei servizi pubblici (locali) tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario*, in: E. Follieri, L. Iannotta (a cura di), *Scritti in onore di F. Pugliese*, Napoli, 2010, p. 626;

Merusi F., *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in: *Dir. amm.*, 2004, p. 37;

Merusi F., *La disciplina statale dei servizi pubblici locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in: *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 2002, p. 20;

Merusi F., *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, *Annuario AIPDA*, Milano, 2002, p. 63;

Merusi F., *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in: *Dir. amm.*, 2010, f. 2, p. 313;

Merusi F., voce *Servizio pubblico*, in *Nuoviss. Dig. ital.*, 1970, XVII, p. 215;

Midiri M., *Promozione della concorrenza e sindacato giurisdizionale: le vicende dei servizi pubblici locali*, in: *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, p. 133;

Miele G., *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in: *Arch. Giur.*, 1933, p. 172;

Moderne F., Marcou G., *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union Européenne*, Paris, 2001;

Morbidelli G., voce: *Iniziativa economica privata*, in: Enc. giur., Roma, vol. XVII, 1989, p. 2;

Musso A., *La disciplina della concorrenza nella costituzione per l'Europa*, in: Studi in onore di Gerhard Schricker, Giuffrè, 2005, p. 435;

Napolitano G., *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001;

Napolitano G., voce *Servizi pubblici*, in: *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, vol. VI, 2006, p. 5517;

Niccolai S., *Mercato come valore o mercato come regola? Osservazioni minime su un tema importante*, in: Giur. cost., 1991, p. 3680;

Nicinski S., *Actualité du droit de la concurrence et de la régulation*, in: AJDA, 2011, n. 1, p. 18;

Ottaviano V., *Note sulle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali*, in: Riv. soc., 1999, n. 1, p. 237;

Ottaviano V., *Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni*, in: *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1993, p. 1027;

Pace A., *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche*, in: *Studi in memoria di Franco Piga*, vol. II, Milano, 1992, p. 1605;

Pace A., *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, in: Pol. dir., 1993, p. 327;

Pardolesi R., *Chi ha Paura dell'Interpretazione Economica del Diritto Antitrust?*, in: *Merc. conc. reg.*, I, 2007, pp. 119;

Pastori G., *La sussidiarietà «orizzontale» alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative*, in: A. Rinella, L. Coen, R. Scarciglia (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Padova, 1999;

Perez R., *Telecomunicazioni e Concorrenza*, Milano, 2002;

Perfetti L., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001;

Perfetti L., *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (sulla Comunicazione della Commissione europea relativa ai servizi di interesse generale del 20 settembre 2000)*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, f. 3-4, p. 479;

Perfetti L., *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (sulla Comunicazione della Commissione Europea relativa ai servizi di interesse generale del 20 settembre 2000)*, in: *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, p. 479;

Pericu A., *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001;
Pitruzzella G., *I servizi pubblici tra mercato e regolazione*, www.federalismi.it, 2014 n. 6;

Pizzetti F., *Il sistema costituzionale delle autonomie locali (tra problemi ricostruttivi e problemi attuativi)*, in: *Le Regioni*, 2005, n. 1-2, p. 49;

Police A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007;

Pototschnig U., *I pubblici servizi*, Padova, 1964;

Pototschnig U., *Servizi pubblici essenziali: profili generali*, in: *Rass. giur. Enel* 1992, p. 269;

Racca G. M., *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in: *Dir. amm.*, 1994, II, p. 201;

Radicati di Brozolo L. G., *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino, 2001;

Rangone N., *I servizi pubblici*, Bologna, 1999;

Rangone N., Ziller J. (a cura di), *Politiche e regolazione per lo sviluppo locale sostenibile. Il patto dei sindaci*, Napoli, 2013;

Renna M., *I principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione*, in: M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 283;

Romano A., *La concessione di un pubblico servizio*, in: G. Pericu, A.

Romano, V. Spagnuolo Vigoria (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995, p. 30;

Romano S., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937, III ed., p. 142;

Rossi G., *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, in: S. Amorosino (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo – Scritti degli allievi per gli ottant'anni di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1995, p. 245;

Roversi Monaco M. G., *I caratteri delle gestioni "in house "*, in: *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 1371;

Roversi Monaco M. G., *Società con partecipazione minoritaria degli enti locali e gestione dei servizi pubblici*, in AA.VV., *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, vol. I, Milano, 1993, p. 719;

Salvia F., *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa*, in: *Dir. pubbl.*, 2000, p. 535;

Scoca S., *La tutela della concorrenza come contenitore omnibus dell'evidenza pubblica, dell'affidamento di servizi pubblici locali di rilevanza economica, ma anche funzionale a garantire la virtuosità degli enti territoriali nell'ambito del patto di stabilità*, in: *Giur. it.*, 2013, p. 2659;

Scotti E., *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003;

Scotti E., *Servizi pubblici locali*, in: *Dig. Pubbl. agg.*, Torino, 2012;

Sebastiani M., *Concorrenza e organizzazione dei servizi pubblici locali: chiaroscuri della riforma Madia*, www.astrid.it, 1 marzo 2016;
Sénors F., *L'identification des organismes privés chargés d'une mission de service public*, in: *RFDA*, 2007, n. 4, p. 812;

Severi F. S., voce *Funzione pubblica*, in: *Dig. Pubbl.*, Torino, vol. VII, 1991, p. 73;

Sorace D., *I servizi "pubblici" economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in: *Dir. amm.*, 2010, f. 1, p. 1;

Sorace D., *Gli «interessi di servizio pubblico» tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in: *Foro it.*, 1988, V, p. 212;

Sorace D., *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in: Riv. it. dir. pubbl. com., 1997, p. 56;

Sorace D., *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in: Dir. pubbl., 1999, p. 371;

Sottili P., *La Liberalizzazione dei servizi pubblici: disciplina comunitaria e stato di attuazione in Italia*, in A. Angeletti (a cura di), *Privatizzazioni ed efficienza della pubblica amministrazione alla luce del diritto comunitario*, Milano, 1996, p. 243;

Speranza N., *Il principio di buon andamento – imparzialità nell'art. 97 Cost.*, in: Foro amm., II, 1972, p. 86;

Staiano S., *I servizi locali nel decreto legge 138/2011. Esigenze di stabile regolazione e conflitto ideologico immaginario*, in: www.federalismi.it, n. 16 del 24/08/2011;

Telese G., *La liberalizzazione dei servizi pubblici a rete in ambito comunitario e la disciplina del diritto di accesso alle infrastrutture: aspetti generali*, in L. Ammannati, M.A. Cabiddu, P. De Carli, (a cura di), *Servizi pubblici concorrenza diritti*, Milano, 2001, p. 169;

Tesauro G., Todino M., *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Enciclopedia del diritto*, IV agg., Milano, 2002, p. 112;

Trabucchi G., *Il codice civile di fronte alla normativa comunitaria*, in Riv. dir. civ., 1993, I, p. 714;

Travi A., *Servizi pubblici e tutela della concorrenza fra diritto comunitario e modelli nazionali*, in: G. Falcon, *Il diritto amministrativo dei paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005, p. 187;

Tropea G., *L'ibrido fiore della conciliazione": i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, in: *Dir. proc. amm.*, 2011, n. 3, p. 965;

Truchet D., *Renoncer à l'expression "service public"* in: *AJDA*, 2008, n. 11, p. 553;

Ursi R., *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in: *Dir. amm.*, 2005, p. 179;

Verde G., *Alcune considerazioni sulla potestà legislativa statale e regionale nel nuovo art. 117 della Costituzione*, in: *Diritto e società*, 2002, 4, p. 549;

Videlin J-C., *La remunicipalisation des services publics: apparence ou réalité?*, *La semaine juridique - administrations et collectivités territoriales*, 2014, n. 10, p. 2065;

Vigneri A., De Vincenti C., *Il punto sui servizi pubblici locali a rilevanza economica dopo il referendum del giugno 2011 e i successivi interventi legislativi*, in: www.astrid-online.it, aprile 2012;

Villata R., *Pubblici servizi*, II ed., Milano, 2001;

Villata R., *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2006;

Zanelli E., *Servizio pubblico e sentenza Altmark: l'anello mancante?*, in: *Pol. dir.*, 2004, p. 175;

Zanobini G., *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1958, VIII ed., p. 17;

Zanobini G., *L'esercizio privato di pubbliche funzioni*, in: V. E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, p. III, Milano, 1920, II ed., p. 235;

Zoppini A., *Diritto privato vs. diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in: Riv. dir. civ., 2013, p. 515;