



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Storia e Filosofia del Diritto e Diritto Canonico

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA
CICLO XX

**I SERVIZI PUBBLICI LOCALI ED IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ:
IL SUPERAMENTO DELLA DICOTOMIA TRA PUBBLICO E PRIVATO
ED IL NUOVO RUOLO DELL'ENTE LOCALE**

Direttore della Scuola: Ch.mo Prof. Francesco Vittore Gentile

Supervisore: Ch.mo Prof. Francesco Vittore Gentile

Dottorando: Cristiano Antonini

CAPITOLO PRIMO

LA NOZIONE DI SERVIZIO PUBBLICO

SOMMARIO: 1.1. Linee evolutive degli aspetti definatori di pubblico servizio. – 1.2. La concezione soggettiva. - 1.3. La concezione oggettiva. - 1.4. La nozione di servizio pubblico nell'ordinamento delle autonomie locali. - 1.5. L'evoluzione storico - normativa in materia di servizi pubblici locali - 1.5.1. Le origini del sistema dei servizi pubblici locali. - 1.5.2. La legge 8 giugno 1990 n. 142. - 1.5.3. L'art. 35 legge 28 dicembre 2001 n. 448. - 1.5.4. La vigente disciplina. – 1.6. I servizi pubblici locali nel diritto comunitario: principio di concorrenza ed interessi generali. – 1.7. Servizi pubblici e servizi di interesse generale in Europa. – 1.8. Evoluzione nel diritto comunitario dei servizi pubblici locali.

1.1. Evoluzione dei profili definatori di servizio pubblico.

La nozione di servizio pubblico si disvela, nell'ambito della scienza amministrativistica, “tra quelle più tormentate”¹: in mancanza di una definizione legislativa generale di servizio pubblico valevole per l'intero ordinamento giuridico (la stessa Costituzione, all'art. 43, cita i servizi pubblici, senza però definirli) tale nozione è stata essenzialmente il frutto dell'opera interpretativa di dottrina² e giurisprudenza che hanno elaborato concezioni teoriche differenziate

¹ Così M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986, p. 69 ss..

² Si vedano: F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, I, Padova, 1959, IV ed., p. 202, il quale afferma che la nozione di servizio pubblico rappresenta “una espressione priva di valore giuridico esatto e che è mutuata dalla scienza economica”. Inoltre, lo stesso M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, cit., p. 614, sottolineava la difficoltà di individuare una nozione di servizio pubblico condivisa, considerato che “il «pubblico servizio» forma oggetto di studio in tre distinte discipline: l'economia, la scienza dell'organizzazione, la scienza del diritto. In ciascuna di queste discipline si dà peraltro del pubblico servizio un concetto che solo in parte coincide con quello dell'altra disciplina”; difficoltà ulteriormente

anche in relazione al quadro normativo ed istituzionale di riferimento.

Pur nella consapevolezza che la cristallizzazione all'interno di sintetici enunciati definitivi non può che riprodurre in modo parziale e incompleto teorie³

aggravata dal fatto che oggi tra economia, scienza del diritto e scienza dell'organizzazione sussistono scarse interazioni.

³ Fra le innumerevoli opere sul servizio pubblico: U. REDANÒ, voce *Servizio pubblico*, in *Nuovo Digesto ital.*, 1940, XII, p. 231 ss.; A. TROCCOLI, voce *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Nuoviss. Dig. ital.*, 1957, X, p. 988 ss.; U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964; F. MERUSI, voce *Servizio pubblico*, in *Nuoviss. Dig. ital.*, 1970, XVII, p. 215 ss.; G. BOZZI, voce *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Encicl. Dir.*, 1977, XXVII, p. 363 ss.; S. CATTANEO, voce *Servizi pubblici*, in *Encicl. Dir.*, XLII, 1990, p. 355 ss.; P. CIRIELLO, voce *Servizi pubblici*, in *Enc. giur.*, 1990, XXVIII, p. 1 ss.; M. S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna, 1990, p. 69 ss.; F. GHELARDUCCI, *Commento agli artt. 22 e 23*, in *La riforma delle autonomie locali, Prime note*, Roma, 1990, p. 88 ss.; L. VANDELLI, *Ordinamento delle autonomie locali, commento alla Legge 8 giugno 1990, n. 142*, Rimini, 1991; G. PASTORI, *Servizi pubblici nazionali e modelli di gestione fra pubblico e privato*, in *Quaderni regionali*, 1991, n. 4, p. 941 ss.; P. LA ROCCA, *Il potere di scelta dell'ente locale nella gestione dei pubblici servizi*, in *Nuova rassegna*, Firenze, 1992, n. 17, p. 1850 ss.; M. CAMMELLI, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Le regioni*, 1992, n. 1, p. 7 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, I, Napoli, 1993; E. M. MARENGHI, *Sottosistema dei servizi e sistema delle autonomie locali nel quadro della riforma*, in *Studi in onore di Ottaviano V.*, Milano, 1993, p. 981 ss.; D. SORACE, *Note sui servizi pubblici locali dalla prospettiva della libertà di iniziativa, economica e non, dei privati*, in *Studi in onore di Ottaviano*, cit., p. 1141 ss.; V. PARISIO, *La gestione dei servizi pubblici locali negli statuti comunali*, in *Trib. amm. reg.*, 1994, n. 2, II, p. 31 ss.; A. BARDUSCO, *Cittadino e servizi locali nel nuovo ordinamento*, in *Econ. pubbl.*, 1994, n. 4-5, p. 179 ss.; P. PIRAS, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Milano, 1994, p. 21 ss.; G. MANINI, *Gestione dei servizi pubblici da parte degli enti locali*, in *Nuova rassegna di legislazione*, Firenze, 1995, n. 2, p.155 ss.; A. BARDUSCO, *I servizi pubblici locali oggi*, in *Studi in onore di Benvenuti F.*, 1996, p. 201 ss.; C. A. MANFREDI SELVAGGI, *I servizi pubblici locali*, in *Nuove autonomie*, 1996, n. 4, p. 619 ss.; F. GHELARDUCCI, *Privatizzazioni e servizi pubblici locali*, in *Foro amm.*, 1996, p. 1741 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, p. 56 ss.; V. MARTELLI, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, Milano, 1997, p. 142 ss.; F. COSSU, L. CALVISI, B. GINI, A. PISAPIA, *Nozione di servizio pubblico*, in *I servizi pubblici degli enti locali, La gestione mediante società di*

che si sono sviluppate su ben più ampie e variegata basi ricostruttive, si procederà ad una concisa disamina delle linee evolutive nella sistemazione dogmatica della nozione di pubblico servizio, nel tentativo di pervenire ad una ricostruzione più coerente possibile di tale nozione, anche in relazione anche all'attuale assetto del sistema dei pubblici servizi.

Una prioritaria e sintetica analisi dell'evoluzione del pubblico servizio nell'ordinamento italiano, dalle origini della relativa elaborazione sino alla recente valorizzazione dell'incidenza dei principi comunitari, non può che partire

capitali, a cura di R. GRACILI, in *Nuova Rassegna*, Firenze, 1997, n. 19, p. 1889; M. CAMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1997, p. 67 ss.; G. CORSO, *La gestione dei servizi locali fra pubblico e privato*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Atti del XLI convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 21-23 settembre 1995, Milano, 1997, p. 21 ss.; A. PAJNO, *Servizi pubblici e tutela giurisdizionale*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, cit., p. 277 ss.; A. POLICE, *Sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, cit., p. 469 ss.; G. ROLLA, *Manuale di diritto degli enti locali*, Rimini, 1997, p. 217 ss.; B. MAMELI, *Servizio pubblico e concessione*, Milano, 1998, p. 280 ss.; G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, III ed., Bologna, 2001, I, p. 946 ss.; G. APREA, *I servizi pubblici verso il regime europeo di libera concorrenza*, in *La voce delle autonomie*, 1998, n. 4 - 5, p. 350 ss.; F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1998, p. 32 ss.; A. PIOGGIA, *Appunti per uno studio sulla nozione di pubblico servizio*, in *Quaderni del pluralismo*, 1998, p. 175 ss.; L. RANDELLI - F. MASTRAGOSTINO, *I comuni e le province*, Bologna, 1998, p. 31 ss.; P. VIRGA, *L'amministrazione locale in Sicilia*, Milano, 1998, p. 219; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, 1999, p. 13 ss., p. 289 ss.; R. VILLATA, *Pubblici servizi*, Milano, 1999, p. 1 ss.; F. LANDOLFI, *I servizi pubblici locali*, in *Nuova rassegna*, 1999, n. 2; R. GRACILI, F. BENELLI - F. COSSU, *Enti locali e servizi pubblici*, in *Nuova rassegna*, 1999, n. 11; A. CAROSELLI, *Il servizio pubblico: una categoria concettuale in continua evoluzione*, in *Trib. amm. reg.*, 2000, n. 1, p. 27 ss.; F. D'AGOSTINO, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 82 ss.; S. LO RUSSO, *Servizi pubblici e organismi di diritto pubblico*, in *Riv. trim. app.*, 2000, n. 4, p. 685 ss.; F. SALVIA, *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa*, in

dalla constatazione che le ricostruzioni della dottrina che hanno originariamente dominato il dibattito si sono caratterizzate per un'impostazione in senso decisamente soggettivistico del fenomeno, influenzate tanto dalla teoria dello Stato allora dominante, che si rifletteva sul piano ordinamentale in un marcato sviluppo di strutture di matrice soggettivamente pubblica, quanto dalle elaborazioni provenienti dalla Francia, ove la problematica era stata più diffusamente e compiutamente analizzata, mentre solo in tempi più recenti l'attenzione si è spostata su elementi di rilievo più marcatamente oggettivo.

1.2. La concezione soggettiva.

Le prime teorie amministrativistiche distinguevano tra funzione e servizio, designando con il termine “funzione” l'attività giuridica autoritativa posta in essere nell'esercizio di una potestà giuridica e con “servizio” l'attività esercitata dallo Stato in settori a prevalente carattere economico e produttivo, non connotata da estrinsecazione di un potere sovrano⁴.

In tale prima fase, caratterizzata dall'assunzione da parte degli enti locali della gestione di determinate attività (cui si è affiancata l'esperienza dei servizi pubblici di carattere nazionale assunti dallo Stato), il problema della nozione di servizio pubblico ha trovato adeguata soluzione nella cosiddetta

Dir. pubbl., 2000, n. 2, p. 535 ss.

⁴ In realtà le nozioni di funzione amministrativa e di servizio pubblico, pur indicando momenti dell'attività amministrativa distinti e non coincidenti, possono tra loro integrarsi e combinarsi: l'esercizio della funzione amministrativa, che è completamente assente nelle attività economiche svolte dalla pubblica amministrazione, si rinviene nei servizi pubblici nei momenti della predisposizione e dell'organizzazione del servizio stesso.

concezione soggettiva⁵.

Tale teorizzazione si fondava essenzialmente sul profilo soggettivo dell'imputazione dell'attività ad un soggetto pubblico⁶, ritenendo quindi elemento qualificante della nozione l'assunzione e la gestione, da parte di un pubblico potere, di una determinata attività produttiva.

La pubblicità del servizio veniva quindi ricollegata alla decisione di un soggetto pubblico di assumere nella propria sfera di competenza una determinata attività, in quanto ritenuta di rilevanza collettiva.

Tali elaborazioni teoriche, che riecheggiano taluni esiti della dottrina francese che si era compiutamente occupata della materia⁷, risultavano consentanee alla concezione dello Stato allora dominante, che si rifletteva sul piano ordinamentale in un marcato sviluppo di strutture di matrice

⁵ Secondo questa ricostruzione, si definisce la pubblicità del servizio, in relazione alla decisione di un soggetto pubblico di assumere nella propria sfera di competenza una determinata attività, in quanto ritenuta di rilevanza collettiva (Cfr. G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, III ed., Bologna, 2001, I, p. 946).

⁶ F. MERUSI, voce *Servizio pubblico*, in *Nuov. Dig.*, XVII, 1970, 218 ss., per cui i servizi pubblici costituiscono attività materiali svolte dall'Amministrazione senza l'utilizzo di poteri pubblicistici.

⁷ In Francia il *service public* aveva visto la sua genesi in una prospettiva di delimitazione dei limiti dell'area regolata dal diritto pubblico e della connessa giurisdizione del giudice amministrativo: all'inizio del secolo XX si era infatti posta la questione della classificazione delle attività pubbliche prive del carattere autoritativo e l'elaborazione della nozione del servizio pubblico era originariamente volta proprio ad attrarre tale sfera di attività della Pubblica Amministrazione nell'ambito della competenza del Giudice amministrativo. Per una più ampia ed esaustiva ricostruzione della dottrina francese si vedano in particolare. E. SCOTTI, *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003, p. 15 ss.; L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei servizi pubblici*, Padova, 2001, p. 13 ss.; S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1991, p. 3 ss..

soggettivamente pubblica.

Sotto questo profilo, è sicuramente percepibile la sostanziale continuità che connota la nozione sin dalle origini del diritto amministrativo italiano⁸, allorché si individuò l'essenza del fenomeno nelle finalità sociali perseguite direttamente dallo Stato⁹, attraverso attività che, ancorché non autoritative, si connotavano in senso marcatamente pubblicistico, in quanto direttamente ed intrinsecamente riferibili all'ente pubblico¹⁰.

⁸ Le radici della concezione soggettiva del servizio pubblico vanno individuate nel fenomeno della cd. municipalizzazione, ossia dell'assunzione da parte degli enti locali della gestione di determinate attività di interesse collettivo (legge n. 103/1903 e T.U. n. 2576/1925) e nella successiva assunzione da parte dello Stato di servizi pubblici a carattere nazionale (poste, telefonia, ferrovie, energia).

⁹ Sul punto si vedano V.E. ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1900, I, p. 75 ss.; A. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1912, p. 357 ss.; G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, cit., vol. II, parte III, Milano, 1920; A. DE VALLES, *I pubblici servizi*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, cit., vol. VI, parte I, Milano, 1923; P. VACCHELLI, *I servizi pubblici comunali*, in *Riv. dir. comm.*, 1906, I, 209 ss.; di recente L. SALVIA, *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa*, cit., p. 535 ss..

¹⁰ Evidenzia efficacemente questo aspetto P. CIRIELLO, voce *Servizi pubblici*, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII. Giova rammentare che l'elaborazione dogmatica della nozione di servizio pubblico risale a quell'epoca nella quale il soggetto Stato — fonte unica della pubblicità — raccoglieva in sé ogni potere, eventualmente distribuendolo ad altri soggetti dell'ordinamento (secondo la nota concezione di O. RANELLETTI, *Il concetto di pubblico nel diritto*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1905, 350 ss.: “*tutto il concetto di pubblico in riferimento alle persone giuridiche pubbliche, alla loro attività, alla loro organizzazione ecc., allo stesso diritto che le regola, cioè il diritto pubblico, si appunta e concentra nello Stato; è pubblico tutto ciò che direttamente o indirettamente è di Stato. Lo Stato è la sintesi della cosa pubblica; non vi è cosa pubblica, se lo Stato non la consideri tale*”; su tale concezione PASTORI, *Stato e organizzazione amministrativa in Oreste Ranalletti*, in *Dir. amm.*, 1993, 46 ss.; S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova,

La connotazione in senso soggettivo della nozione di pubblico servizio ha implicato quindi la delimitazione di un ambito di attività, diverse da quelle espressione di potestà autoritativa e caratterizzate dalla prestazione di utilità materiali rese in favore della collettività, da distinguere dalla funzione amministrativa in senso tecnico¹¹.

1968, 31 ss.; ID., *La parabola della persona Stato* (e dei suoi o in Quaderni fiorentini, 1982-83, 1009; F. BENVENUTI, *Evoluzione dello Stato moderno*, in *Jus*, 1959, 162 ss. Con specifico riferimento al servizio pubblico si veda A. DE VALLES, *Il servizio pubblico*, cit., 409, per il quale “il carattere discrezionale tra attività 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 dello Stato riconosciuto come proprio, e quando no”). La cennata impostazione ha portato, per quanto attiene alla funzione amministrativa, alla individuazione di uno speciale regime, finalizzato essenzialmente a garantire la preminenza del soggetto pubblico (*in primis* lo Stato) nei confronti degli altri soggetti dell’ordinamento (sul punto, ha chiarito che, secondo una logica di separazione tra sfera pubblica e quella privata, l’atto amministrativo autoritativo viene ad assumere un ruolo di primo piano, M. NIGRO, *Il ruolo del giurista nello stato liberale*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. II, Milano, 1988, 334 ss.) e, per quanto attiene al servizio pubblico, alla individuazione di una disciplina idonea a sottrarre, in parte o completamente, il gestore alle regole del diritto comune. Né la temperie liberale nella quale è stata elaborata la nozione di servizio pubblico contraddice tali conclusioni: l’evidente sfavore legislativo nei confronti dell’intervento pubblico in settori economici era nella sostanza dovuto proprio ad una serie di rilevanti deroghe al diritto comune: basti pensare alla estrema complessità della procedura prevista dalle leggi sulle municipalizzazioni (M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. ammin.*, 1953, pp. 611 e 681).

¹¹ Questi brevi cenni contribuiscono a mettere in luce la stretta connessione esistente tra le due principali ambiti di attività della Pubblica Amministrazione (il servizio pubblico e la funzione pubblica): connessione dovuta non solo alla comune imputazione al soggetto pubblico, ma, soprattutto, alla circostanza che alla base del servizio pubblico si collochi un atto espressione di potestà amministrativa. Tale contiguità ridonda anche sul piano dogmatico, laddove si consideri che la riflessione in materia di servizio pubblico si connota per la tendenza a definirne i limiti rispetto alla funzione amministrativa, anche ai fini dell’individuazione delle fattispecie penalistiche (sul tema Cfr. MIELE, *Pubblica*

Il servizio pubblico si estrinsecava quindi nell'esercizio da parte di un soggetto pubblico, in modo diretto o attraverso specifiche articolazioni quali le aziende autonome o mediante affidamento in concessione, di un'attività imprenditoriale offerta in modo indifferenziato alla collettività.

L'assunzione del servizio, la sua predisposizione e organizzazione conferiscono il carattere pubblico: il servizio pubblico viene a configurarsi come quell'attività che il soggetto pubblico, attraverso l'uso dei poteri di cui dispone - legislativi o amministrativi - assume in capo a sé, nell'ambito dei propri compiti istituzionali in quanto connessa ad esigenze di benessere e di sviluppo socio - economico della comunità rappresentata¹².

In un tale contesto, ove la funzionalizzazione delle attività riconducibili nell'ambito del pubblico servizio alla soddisfazione dei bisogni collettivi per mezzo dell'azione dei pubblici poteri rappresentava l'autentica cifra unificante del fenomeno, emerge certamente la più completa elaborazione dell'epoca¹³ che, pur

funzione e servizio pubblico, in *Archivio giuridico*, 1933); non è inutile richiamare la tesi dell'imputabilità del servizio pubblico allo Stato (M. NIGRO, *L'edilizia economica come servizio pubblico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1957) o la tesi della sostanziale strumentalità o accessorietà di questo rispetto all'esercizio di una funzione pubblica (G. GUARINO, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, vol. II, Milano, 1970, p. 235); ma anche quella della attività meramente esecutiva (SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989; G. BERTI, *La pubblica amministrazione*, cit., 493 ss). Infine mette conto di ricordare l'opinione per la quale il servizio pubblico non rappresenta una nozione contrapposta a quella di funzione, ma unicamente un momento (dinamico organizzativo) dell'azione pubblica (G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in *Diritto Amministrativo*, cit., p. 946).

¹² Così G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, III ed., Bologna, 2001, I, p. 946.

¹³ Il riferimento è a A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in *Primo trattato completo del diritto amministrativo italiano*, vol. IV, I, Milano, 1924, p. 6 ss. ad avviso del quale sino al momento in cui un soggetto pubblico non assuma l'attività e non la qualifichi come

nella consapevolezza dell'eterogeneità delle figure riconducibili alla nozione di pubblico servizio, faceva riferimento, al fine di costituire un modello unitario, al duplice parametro rappresentato dalla gestione del servizio da parte di un soggetto pubblico e dalla destinazione delle relative prestazioni nei confronti dell'utenza per soddisfare un interesse collettivo.

La qualificazione di pubblico servizio non dipendeva più dal carattere pubblico dell'ente, quanto piuttosto dalla destinazione del servizio, offerto in modo indifferenziato al pubblico¹⁴: l'elemento della pubblicità viene quindi a radicarsi nell'elemento della destinazione del servizio, il quale viene ad essere connotato dalla doverosità di provvedere alla cura degli interessi pubblici¹⁵, mentre la rilevanza del soggetto pubblico viene giustificata mediante il riferimento all'elemento finalistico che caratterizza i servizi nel diritto amministrativo, con l'inquadramento degli stessi nell'ambito dei compiti

pubblica, si tratta sempre di un'attività privata e come tale esclusa dalla nozione di servizio pubblico. Per una esaustiva disamina del successivo dibattito si veda L. R. PERFETTI, *Contributo*, cit. p. 39 ss. Tra le più importanti elaborazioni si segnalano quelle di G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Arch. Giur.*, 1933, p. 172 ss. (ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1987, p. 135 ss.) e, più di recente, E. SCOTTI, *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003.

¹⁴ La scissione tra le attività rese *uti singuli* ovvero *uti universi* risale alla teorizzazione di S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Milano 1912, p. 357 ss.

¹⁵ La pubblicità del servizio viene in tal modo definita in relazione alla decisione di un soggetto pubblico di assumere nella propria sfera di competenza una determinata attività di rilevanza collettiva, sì che la fattispecie risulta composta da due elementi: la titolarità pubblica dell'attività e la sua funzione di cura di interessi pubblici: cfr. L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002, pp. 17-20. Indici normativi sono stati individuati nell'art. 1 R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578 che enumera, a titolo esemplificativo, i servizi che possono essere assunti da Comuni e Province, oppure il D.P.R. 29 marzo 1973, n. 156 sui servizi postali e delle telecomunicazioni, ove emerge la qualificazione pubblica dei servizi dalla loro destinazione al pubblico.

dell'Amministrazione pubblica¹⁶.

Come detto, nella sua impostazione tradizionale la nozione soggettiva si conformava perfettamente all'ideologia dello Stato liberale, risolvendo, almeno apparentemente, quella *“profonda contraddizione che si manifestava nella proclamazione teorica del principio del non intervento e nella contestuale attuazione, invece, del rilevante ruolo dello Stato nel settore dell'economia”*¹⁷.

A livello dogmatico, si pose però l'esigenza di giustificare la partecipazione di soggetti privati all'attività di gestione del servizio, resa possibile attraverso lo strumento concessorio: a tal fine venne allora enfatizzata la titolarità del servizio (riservata alla Pubblica Amministrazione) distinguendola dalla gestione dello stesso, in quanto suscettibile di essere affidata ad operatori privati in alternativa all'erogazione diretta da parte dell'ente pubblico.

Una volta differenziato il profilo della titolarità da quello della gestione, la teoria soggettiva veniva ad identificare nella titolarità l'autentico elemento

¹⁶ Se quest'ultima precisazione potrebbe di per sé orientare verso una visione parzialmente oggettiva, non può trascurarsi che nell'elaborazione del citato Autore l'imputazione alla esclusiva competenza dello Stato rimane elemento imprescindibile, in assenza del quale l'attività svolta dai privati, pur corrispondente a quella costituente un servizio pubblico, risulterebbe ad esso estranea: cfr. A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, cit., p. 32: *“finché lo Stato non assuma questa attività e non la riconosca come pubblica... si tratta di attività che per quanto molteplici siano gli interessi che vi si collegano, per quanto possa anche, in vista dei rapporti fra chi la svolge e chi se ne serve, essere sottoposta a norme speciali che in modo più intenso del consueto garantiscano gli interessi del pubblico, rimane sempre privata”*. Su queste premesse il citato Autore giunge a definire come "impropri" i servizi svolti da soggetti privati ed aventi analogo contenuto a quelli imputati ad enti pubblici. Nell'ambito delle ricostruzioni di matrice soggettiva la funzione del pubblico servizio quale sintesi nominalistica volta a ricomprendere le prestazioni rese da un soggetto pubblico in favore di privati le quali soddisfino bisogni individuali di rilievo collettivo è sottolineata da R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati. Teoria generale*, Milano, 1956, p. 15 ss..

¹⁷ Così M. A. STEFANELLI, *La tutela dell'utente*, cit., p. 66

qualificante il servizio pubblico: da ciò derivava che solo il soggetto pubblico era abilitato a stabilire se una determinata prestazione doveva essere offerta alla collettività a condizioni implicanti la necessità di predisporre un servizio pubblico¹⁸, con il potere di stabilire le modalità di erogazione, di fissare le tariffe, di delineare il programma di erogazione, di revocare l'eventuale concessione, ecc¹⁹.

Tale concezione si rivelò tuttavia inidonea a far fronte all'evoluzione del quadro ordinamentale contraddistinto dal progressivo passaggio da forme dirette di intervento pubblico nell'economia a forme in cui la Pubblica Amministrazione non si limita a concedere la gestione dell'attività ai privati, ma conferisce ad essi la stessa titolarità del servizio, riservando in capo a sé esclusivamente funzioni di regolamentazione, indirizzo e controllo.

La dimensione soggettiva del servizio pubblico è stata conseguentemente rinvenuta non tanto nel momento della gestione (susceptibile di essere affidata ad operatori privati), quanto nel dato finalistico della doverosità che caratterizza il servizio pubblico²⁰: la nozione soggettiva risulta inadeguata se intesa nel senso tradizionale con riferimento alla gestione, mentre diviene attuale se si ricomprende l'assunzione del servizio tra i compiti dell'ente pubblico.

¹⁸ A ROMANO, *La concessione*, cit., p. 22 ss.

¹⁹ In questa prospettiva, dunque, la titolarità pubblica del servizio risulta idonea a configurare la soggettività, la quale invece è ravvisabile nella doverosità di garanzia di determinati servizi e nella predisposizione dei contenuti degli stessi: una siffatta valutazione rientra nella discrezionalità dell'ente pubblico, astretta però entro i limiti risultanti dalla stessa natura della attività in correlazione alla necessità di garantire l'erogazione di una determinata prestazione ritenuta indispensabile per la tutela di un interesse pubblico.

²⁰ Cfr. G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, cit., p. 950.

In tale ottica, il servizio pubblico viene pertanto definito come attività che l'ente assume e considera propria nell'ambito dei compiti istituzionali, perché connessa all'esigenza di benessere e sviluppo della collettività, potendo, nel successivo momento della gestione, essere svolta da un soggetto terzo sulla base di un apposito titolo giuridico di conferimento da parte dell'Amministrazione.

In conclusione, questa ricostruzione ricollega il rilievo soggettivo del servizio pubblico non già alla natura pubblicistica del gestore, bensì al concorso dei seguenti elementi: a) imputabilità o titolarità del servizio all'amministrazione pubblica che ha istituito il servizio o alla quale lo stesso è stato assegnato dal legislatore; b) finalità alle quali il servizio risponde perché è riferito alle esigenze della collettività; c) presenza di un determinato tipo di organizzazione del servizio mirata ad assicurare specifiche modalità di gestione.

Ma anche tale impostazione si è rivelata insoddisfacente, laddove si ponga mente, da un lato, alle attività d'impresa che la Pubblica Amministrazione pone in essere nei settori più vari, ma che spesso non hanno alcuna connessione con le finalità proprie dei pubblici servizi, e, dall'altro, alle attività che hanno caratteristiche materiali perfettamente simili ai servizi pubblici, ma che sono gestite dai privati e non da un soggetto pubblico.

È emersa dunque sempre più l'esigenza di una definizione oggettiva di servizio pubblico che comprendesse le attività economiche in senso lato, caratterizzate dalla soggezione ad un particolare regime per la rilevanza sociale degli interessi perseguiti, prescindendo dall'imputazione soggettiva ai pubblici poteri.

1.3. La concezione oggettiva.

L'entrata in vigore della Costituzione repubblicana ha segnato il progressivo superamento della concezione soggettiva di servizio pubblico in favore di una concezione oggettiva, che risulta essere quella attualmente prevalente.

Si è quindi affermata una ricostruzione in senso oggettivo della nozione di pubblico servizio, con l'intento di qualificare un'attività in base alla sua rispondenza alla pubblica utilità ed al pubblico interesse, a prescindere dal soggetto al quale è istituzionalmente collegata. In tal modo si mira essenzialmente a far assumere un'autonoma rilevanza giuridica all'attività alla base del servizio, sottraendo qualsivoglia rilevanza all'assunzione da parte di un soggetto pubblico²¹.

La dottrina che ricostruisce la nozione di servizio pubblico in termini oggettivi trae copiose argomentazioni dall'analisi del dettato costituzionale con particolare riferimento alla funzionalizzazione dell'attività economica privata al perseguimento di sociali: in tale prospettiva l'ambito del servizio pubblico è venuto a coincidere con l'attività economica sottoposta ai programmi e controlli determinati dalla legge, per indirizzarla e coordinarla a fini sociali²².

²¹ In tal modo, la natura pubblica del servizio si sarebbe manifestata *ex se*, a prescindere dal collegamento con il soggetto pubblico Cfr. M. A. CABIDDU, *Pubblicità come attributo del servizio e non del soggetto gestore: i servizi essenziali ex art. 43 Costituzione e i servizi corrispondenti ai diritti sociali*, in *Jus*, 1999, p. 919 ss.. Tra i temi principali del contributo si registra il duplice significato della nozione di servizio pubblico e il passaggio dall'accezione soggettiva, riferita all'ente che produce il servizio, a quella oggettiva riguardante la missione affidata a quest'ultimo. Sul tema cfr. V. SERAFINI, *Esercizio privato di funzioni e servizi pubblici amministrativi*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 1997, p. 1825 ss.

²² U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, p. 179, individua i limiti reali posti alle condizioni di sviluppo ulteriore della nozione di servizio pubblico proprio nel

Con l'elaborazione di Pototoschnig²³ si pervenne ad un definitivo superamento della concezione soggettiva di pubblico servizio, facendo derivare il carattere pubblico del servizio non più dalla natura del soggetto che lo esercita o al quale è riferibile, quanto piuttosto dalla natura dell'attività e dalla sua capacità di corrispondere ad un interesse generale, secondo uno schema di funzionalizzazione della stessa che è l'effetto dei programmi e dei controlli previsti dal terzo comma dell'art. 41 Cost.

Il principale indice normativo viene individuato nell'art. 43 Cost., dal quale sarebbe possibile desumere che i servizi pubblici sono tali anche prima della riserva e del trasferimento dell'impresa alla mano pubblica; la norma citata, infatti, menziona le imprese o le categorie di imprese che si riferiscono a servizi pubblici essenziali come possibile oggetto di riserva o di trasferimento ai fini di utilità generale: ciò consentirebbe di ammettere l'esistenza di servizi pubblici esercitati da imprese private senza lo specifico conferimento da parte della Pubblica Amministrazione (e senza alcun collegamento istituzionale con essa) laddove sussistano le particolari condizioni indicate dall'art. 41 co. 3 Cost., norma che consentirebbe di assoggettare le attività da essa considerate ad una disciplina tale da qualificarle e differenziarle da tutte le restanti attività economiche.

collegamento artificiale tra servizio pubblico e Stato e nella rigidità dell'applicazione del metodo giuridico incapace di cogliere le potenzialità insite nel servizio pubblico.

²³ A tal riguardo U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., p. 155, 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". Tale concezione risulta oggi riaffermata, alla luce della successiva legislazione intervenuta in materia, da R. GAROFOLI, *La privatizzazione degli enti dell'economia*, Milano, 1998, p. 472 ss., e A. PAJNO, *Servizi pubblici e tutela giurisdizionale*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, cit., spec. p. 287 ss.

In questa prospettiva, proprio l'attività assoggettata a programmi e controlli finalizzati al relativo indirizzo e coordinamento per scopi *lato sensu* sociali (indipendentemente dalla natura pubblica o privata del soggetto gestore del servizio) andrebbe qualificata come pubblico servizio.

Ne discende quindi una nozione piuttosto ampia di pubblico servizio, tanto che le successive analisi, pur muovendosi sempre nel solco della connotazione oggettiva, ne hanno circoscritto l'ambito, individuando degli elementi definatori ulteriori, onde differenziare il pubblico servizio dalle attività economiche assoggettate a programmazione in vista del perseguimento di un interesse generale.

Si è conseguentemente fatto riferimento ai casi in cui l'ordinamento pone una disciplina differenziata tale da riservare alla Pubblica Amministrazione poteri di ingerenza assai più penetranti di quelli ordinariamente previsti nell'ambito dell'esercizio della funzione della programmazione economica, in modo da valorizzare quella componente organizzativa che è stata ritenuta l'unico elemento in grado di assicurare la continuità e regolarità del servizio (o comunque la sua esplicazione secondo l'impegno assunto dai pubblici poteri)²⁴.

²⁴ F. ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriali*, Milano, 1973, p. 45, nonché p. 100 ss. il citato Autore interpreta la locuzione "*imprese che si riferiscono a servizi pubblici essenziali*" contenuta nell' art. 43 Cost. nel senso che la riserva o il trasferimento abbiano ad oggetto non tanto le imprese che già esplicano un servizio pubblico essenziale, ma piuttosto quelle la cui attività abbia caratteri in comune col servizio considerato, cioè in senso lato vi si "riferisca". Secondo M. NIGRO, *L'edilizia popolare ed economica*, in *I lavori pubblici*, Vicenza, 1967, p. 496 "*l'adozione integrale nella concezione del pubblico servizio dal punto di vista oggettivo, ed anzi l'identificazione del servizio con ogni attività controllata e programmata, conducono in sostanza ad una dissoluzione e sterilizzazione del concetto, mentre esso può tuttora, nella presente fase economica, costituire un utile strumento di lavoro*". Per una ricostruzione della teoria oggettiva secondo una linea di continuità con il pensiero di Pototschnig, impostata sulla

Nell'impostazione oggettiva occorre però individuare, in ogni caso, uno stretto collegamento tra l'imputazione diretta ai privati e la necessità di assoggettare la loro attività ad uno speciale regime di diritto pubblico; sistema d'imputazione che è stato indicato nei cosiddetti ordinamenti sezionali²⁵, caratterizzati, cioè, dall'esistenza di complessi di soggetti, la cui azione è diretta e controllata da poteri pubblici che governano il settore.

In tale contesto, precipuo indice definitorio di pubblico servizio veniva individuato nella sussistenza di una penetrante disciplina pubblicistica di regolamentazione dell'attività, ricomprensiva dunque della totalità delle fattispecie nelle quali l'erogazione dei servizi fosse sì resa da soggetti privati, ma comunque sotto la direzione ed il coordinamento di un soggetto pubblico.

Deve tuttavia evidenziarsi che le elaborazioni del servizio pubblico come ordinamento sezionale finiscono per conferire al concetto un contenuto talmente ampio da farlo coincidere con l'intero sistema organizzativo retto dai programmi e controlli. Il servizio pubblico viene collocato nel sistema delle disposizioni costituzionali relative alle attività economiche, con le quali si afferma spesso una totale coincidenza²⁶.

valorizzazione del concetto di utilità sociale e sulla verifica della compatibilità della normativa costituzionale con i principi del Trattato CE, cfr. di recente L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001.

²⁵ Sul concetto di ordinamento sezionale si veda M.S. GIANNINI, *Servizi di credito e istituti di interesse pubblico*, in *Mon. cred.* 1949, p. 111 ss.; E. PIGA, *Funzione pubblica - Servizio pubblico - Impresa bancaria*, in *Foro ammin.*, 1982, I, p. 20 ss.; G. FRANCHI SCARSELLI, *Le banche sono imprese e non servizi pubblici: un'inversione di tendenza giurisprudenziale dopo l'attuazione della direttiva Cee n. 77/80*, in *Rass. giur. en. elettr.*, 1987, p. 732 ss.; V. CAIANIELLO, *Attività bancarie e nozione di pubblico servizio*, in *Foro it.*, 1985, V, p. 130 ss.

²⁶ Critica rispetto al concetto di ordinamento sezionale è la posizione di F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, cit., p. 13 ss.

I profili critici evidenziati hanno indotto taluni Autori a proporre delle soluzioni diverse.

Un primo orientamento afferma che l'attività può identificarsi come servizio pubblico laddove, oltre ad essere sottoposta a programmi e controlli, è altresì direttamente riferibile allo Stato come attuazione di un suo specifico fine²⁷. In tal modo si è tentato di individuare un criterio discrezionale tra i servizi pubblici e le attività imprenditoriali nella qualità dell'interesse perseguito: infatti, mentre nei servizi pubblici la prestazione costituisce l'immediata soddisfazione di quella doverosità del servizio che è alla base della sua istituzione, nell'esercizio dell'attività imprenditoriale i soggetti pubblici perseguono un interesse che è soltanto strumentale rispetto a quello pubblico da curare²⁸.

Più di recente, si è cercato di giungere ad un superamento dei limiti che avevano caratterizzato la nozione oggettiva di servizio pubblico, specificamente per quanto concerne la sua inattitudine ad enucleare una tipologia di servizi da considerare intrinsecamente pubblici, al di là delle contingenti scelte legislative.

La chiave per superare tali obiezioni è stata individuata nella valenza attribuita alle libertà ed ai diritti sociali esistenti nell'assetto costituzionale. L'esistenza delle libertà in capo ai privati di prestare attività economiche corrispondenti a pubblici servizi implicherebbe che non sarebbe necessario postulare l'assunzione del servizio da parte dello Stato per ritenere che questo sia pubblico, né occorrerebbe che a gestirlo sia la Pubblica Amministrazione.

Diviene quindi superflua la teorizzazione della necessità dell'interposizione della legge per il riconoscimento di una posizione di libertà e di diritto, laddove sia riscontrabile una protezione costituzionale: nel caso di

²⁷ F. ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, cit., p. 199 ss.

²⁸ I. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, cit., p. 297 ss.

diritti condizionati i fini sociali si ritengono indirizzati ad approntare le condizioni per rendere effettivi anche le dimensioni non *self – executing*.

I fini sociali vengono cioè identificati con la realizzazione di quelle condizioni per rendere effettive libertà e diritti espressamente enunciati e garantite dalla Costituzione. Il servizio pubblico viene in tal senso definito come un'attività economica il cui risultato è quello di apprestare le condizioni perché libertà e diritti divengano effettivi.

Benché la distanza rispetto alle precedenti teorizzazioni non risultasse poi così marcata, dal momento che permaneva la centralità, quale elemento definitorio, dell'imputazione del servizio ad una funzione pubblica, la qualità dell'organizzazione attuativa veniva desunta dalla disciplina pubblicistica di riferimento e dalla specifica finalità cui veniva orientata, sempre comunque nell'ambito dell'assunzione pubblica del servizio, ritenuto appunto elemento qualificatorio imprescindibile.

Se la compatibilità dell'art. 43 Cost. con la concezione soggettiva di pubblico servizio è stata evidenziata dalla dottrina che ha sottolineato come il tratto caratterizzante di quest'ultima è rappresentato dall'imputabilità all'organizzazione pubblica della titolarità del servizio e non della sua gestione, e se l'affermazione della compresenza di profili tanto soggettivi quanto oggettivi nella vicenda merita di essere rilevato, occorre tuttavia considerare che nel momento attuale la presenza nell'ambito dell'ordinamento di una pluralità di disposizioni che fanno riferimento al servizio pubblico sembra imporre lo spostamento dell'analisi da una ricostruzione generale ed omnicomprensiva ad una disamina settoriale, relativizzando in tal modo il significato di quella allocazione in rapporto allo specifico ambito di riferimento normativo.

In base a tale nozione il servizio pubblico comprende tutte le attività

svolte da qualsivoglia soggetto, riconducibili a un ordinamento di settore, sottoposte cioè a controllo, vigilanza o a mera autorizzazione da parte di una pubblica amministrazione. Ai fini dell'individuazione delle attività sussumibili sotto la nozione di servizio pubblico, vengono in rilievo quelle che, per la loro rilevanza sociale, sono suscettibili di individuazione e di disciplina diversa dagli altri comuni servizi.

Spetta, quindi, al legislatore selezionare le attività da qualificare come servizio pubblico sulla base della loro rilevanza collettiva.

Quando si parla di servizi pubblici, si fa riferimento, perciò, a tutte quelle figure, tipizzate per legge, che si distinguono dalle altre per la doverosità che assumono ai fini della soddisfazione di interessi collettivi.

La dottrina è così giunta a individuare gli indici di riconoscimento della pubblicità del servizio, identificandoli nella coesistenza di tre presupposti e precisamente che il risultato dell'attività debba consistere in una prestazione; che per la gestione del servizio debba esistere un'organizzazione stabile con un controllo pubblico che assicuri un livello minimo di erogazione e che, infine, l'attività sia diretta alla soddisfazione immediata dei bisogni dell'utenza.

Né un chiarimento può essere fornito dal parimenti variegato panorama giurisprudenziale, pur se va preliminarmente chiarito che molte delle pronunce che hanno inteso aderire ad una concezione più ampia del concetto di servizio pubblico sono state rese in sede di determinazione dei confini della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo introdotta dall' art. 33 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 e successivamente dalla legge 21 luglio 2000, n. 205: emblematiche al riguardo le conclusioni dell' Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ove si è accolto il significato giuridico potenzialmente più vasto del pubblico servizio, quale attività di qualsiasi natura connessa alla cura di interessi collettivi, sia essa

svolta da soggetti pubblici o privati.

Tale impostazione è stata successivamente sconfessata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione²⁹, ove si è più condivisibilmente dato rilievo primario all'elemento funzionale del soddisfacimento diretto di bisogni di interesse sociale (e si sono recuperati significativi elementi propri dell'impostazione soggettiva allorché si è richiesto un collegamento fra il soggetto che espleta l'attività e l'organizzazione amministrativa)³⁰

²⁹ Cass. SS. UU., 30 marzo 2000, n. 71, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, p. 511. Tale pronuncia, cui si è sostanzialmente uniformata Cass. 2 novembre 2001, n. 14032, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 374, risulta particolarmente interessante nella parte in cui esclude che possa essere definita come servizio pubblico ogni attività privata soggetta a controllo vigilanza o mera autorizzazione da parte di un'Amministrazione pubblica, essendo invece necessario che l'attività in cui esso consiste sia indirizzata istituzionalmente al pubblico, mirando a soddisfare direttamente esigenze della collettività in coerenza con i compiti dell'Amministrazione. Sui rapporti fra tale sentenza e le conclusioni della citata Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, cfr. V. CARBONE, *I possibili contrasti, anche sincrotici, in tema di giurisdizione*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 604 ss.; R. GAROFOLI, *L'art. 33 D.Lgs. n. 80/1998 al vaglio della Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Urb. appalti*, 2000, p. 603. Sui confini della giurisdizione esclusiva in materia di pubblici servizi, con particolare riferimento all'esecuzione del contratto, si veda S. VARONE, *L'invalidità contrattuale nella dialettica tra atto e negozio nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica*, in *Foro amm. - Cons. Stato*, 2003, p. 1648 ss. La circostanza che la nozione di servizio pubblico rilevante ai fini della giurisdizione abbia uno specifico ed autonomo confine connesso con la sua *ratio* e la sua funzione appare comprovato dalla circostanza per cui, in relazione ad un'altra disposizione processuale (l'art. 23 – bis legge n. 1034/1971, come modificata dalla legge n. 205/2000) il Consiglio di Stato ha puntualizzato (nella sentenza 2 settembre 2003, n. 4871, in *Urb. appalti*, 2003, p. 1186) che nella espressione “pubblico servizio” la pubblicità va riferita non tanto al carattere del servizio, quanto del soggetto che indice la procedura di gara, sintomo evidente di una cesura tra il profilo sostanziale e quello processuale della nozione.

³⁰ Cfr. anche Cass., SS.UU., 1 dicembre 2000, n. 1241, in *Corr. Giur.*, p. 179, nonché Cass., SS.UU., 12 novembre 2001, n. 14302, in *Foro It.*, I, p. 1842, che ricomprendono nell'ambito del pubblico servizio la prestazione resa alla collettività da parte di un soggetto che sia inserito nel sistema dei pubblici poteri o sia a questi collegato, e che sia

In ogni caso, la più recente giurisprudenza della Cassazione, pur accedendo pressoché concordemente alla nozione oggettiva³¹ di pubblico servizio anche sulla base della lata estensione della disciplina processuale, precisa che la nozione risulta valida limitatamente ai fini del riparto di giurisdizione.

Anche con specifico riferimento al settore dei servizi locali possono essere comunque rinvenute pronunce che mostrano di privilegiare una concezione del servizio pubblico estremamente lata³², ricomprendendovi anche

sottoposta ad un regime derogatorio al diritto comune. Nella giurisprudenza di merito, Trib. Roma, 8 maggio 2000, in *Urb. appalti*, 2001, p. 395, che, pur ritenendo prevalente la nozione di servizio pubblico in senso oggettivo (tale da ricomprendere le attività svolte da qualsiasi soggetto qualora siano sottoposte a controllo, vigilanza o a mera autorizzazione da parte di un'Amministrazione Pubblica, recupera il collegamento con la nozione soggettiva laddove afferma che lo stesso è un modello di organizzazione paritaria che i pubblici poteri possono utilizzare per le proprie attività a condizione che sussista una deliberazione legislativa volta a riconoscere la prevalenza ad interessi collettivi e ad attribuire la responsabilità del servizio ad un determinato ramo dell'Amministrazione statale o ad altri enti pubblici.

³¹ Cfr. Cass., SS. UU., 27 novembre 2002, n. 16831, in *Urb. appalti*, 2003, p. 529.

³² Anche al di là di posizioni più radicali, come quella assunta dal T.A.R. Lombardia, sez. Milano, 2 settembre 1998, n. 2041, in *T.A.R.*, 1998, I, p. 3989, ove si è affermato che "*il rapporto tra il comune di Campione d'Italia e la società concessionaria della gestione del Casinò municipale deve essere ricondotto al modello della concessione di pubblico servizio*", basti citare il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, che ha ritenuto possibile gestire secondo i moduli dell'allora vigente art. 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142 i servizi di pulizia e di manutenzione degli immobili di un ente locale, assegnando rilievo decisivo al rapporto di strumentalità tra le prestazioni svolte a favore del soggetto pubblico e l'attività di diretta erogazione in favore della collettività esercitata da quest'ultimo, disattendendo in tal modo le conclusioni dell'impugnata sentenza del Tribunale amministrativo regionale (T.A.R. Catania, 10 giugno 1989, n. 1137). C.G.A., sentenza 23 luglio 2001, n. 410, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 21. In senso analogo, Cons. Stato, sentenza 9 maggio 2001, n. 2605, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 169 ss., il quale mostra di non condividere l'impostazione in base alla quale sarebbe servizio pubblico solo quello caratterizzato dall'offerta indifferenziata al pubblico, aderendo piuttosto ad una concezione dello stesso quale attività che si concretizza nella produzione

attività non direttamente finalizzate alla soddisfazione di un bisogno collettivo³³.

di beni o servizi in funzione di un'utilità per la comunità sociale. Sottolinea L. PERFETTI, *Pubblico Servizio, capacità di diritto privato e tutela della concorrenza. Il caso del Facilities management*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 194, come la definizione fornita in tale occasione dal Giudice amministrativo sia oltremodo ampia, andando a ricomprendere la gran parte delle attività private d'impresa ben oltre i limiti delle letture oggettiviste del pubblico servizio: secondo il citato Autore (p. 199) "*ben difficilmente si potrà ritenere che sia servizio pubblico un'attività solo perché utile o necessaria alla realizzazione (successiva e per mezzo di ulteriori attività della prima del tutto indipendenti) di fini pubblici. In quest'ultimo caso sembra essere in presenza di una semplice fornitura di beni, servizi o altro) all'amministrazione*".

³³ In tal senso, da ultimo, Cons. Stato, 10 marzo 2003, n. 1289, in *Foro amm.- Cons. Stato*, 2003, p. 1000, il quale ha escluso che la "gestione calore" del complesso degli immobili comunali possa configurarsi quale pubblico servizio, non essendo svolta a favore della collettività, bensì del solo Comune, evidenziando altresì l'assenza di quelle connotazioni "sociali" che, a giudizio del Collegio, costituiscono valido elemento per comprendere la *ratio* degli affidamenti diretti caratterizzanti la normativa ante riforma. Analogamente TAR Liguria, 6 dicembre 2003, n. 1627, ove si legge che "*il servizio di prestazioni e forniture per centrali termiche non può annoverarsi nella nozione di servizio pubblico. Sebbene le amministrazioni comunali possono a norma dell'art. 22, l. n. 142/1990, confermato dall'art. 112 del d.p.r. n. 267/2000, provvedere, direttamente alla gestione dei servizi pubblici, anche tramite proprie aziende ora trasformate in società per azioni e tali servizi pubblici devono avere per oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali, si deve ritenere che la gestione del servizio di prestazioni e forniture per centrali termiche, così come delineata nell'atto di affidamento, non può annoverarsi nella nozione di pubblico servizio richiamata dalle menzionate norme, non solo in ragione della qualità del destinatario dell'attività economica: erogazione non del Comune, ma al Comune, ma soprattutto perché mancano quelle connotazioni sociali che giustificano l'eccezionale ricorso a forme di gestione diretta o indiretta dell'attività, comunque riconducibili all'amministrazione. L'affidamento di tale servizio deve, quindi, avvenire previo il necessario espletamento di una procedura concorsuale*".

Sempre in tema di delimitazione dell'area del pubblico servizio vanno evidenziate le conclusioni di Cass., SS.UU., ordinanza 22 luglio 2002, n. 10726, in *Urb. e appalti* 2002, p. 1426, ove si precisa che anche ai fini del riparto di giurisdizione, e quindi in quella che può dirsi attualmente la nozione più ampia di pubblico servizio rinvenibile nell'ordinamento interno, non può essere qualificata come tale la prestazione di servizi o

Una prima, seppure parziale, conclusione che si può ritrarre dalla disamina del variegato panorama degli orientamenti dottrinari e giurisprudenziali è sicuramente quello della mutevolezza della nozione di pubblico servizio.

In realtà, la prefata nozione di pubblico servizio, fondata sull'assoggettamento di una data attività al controllo, vigilanza o a mera autorizzazione da parte di un'Amministrazione Pubblica), per certi rispetti, pare quasi riprendere la dimensione soggettiva, laddove si configura il servizio come un modello di organizzazione paritaria che i pubblici poteri possono utilizzare per le proprie attività a condizione che sussista una deliberazione legislativa volta a riconoscere la prevalenza ad interessi collettivi e ad attribuire la responsabilità del servizio ad un determinato ramo dell'Amministrazione statale o ad altri enti pubblici.

1.4. La nozione di servizio pubblico nell'ordinamento delle autonomie locali.

È del pari evidente che gli esiti consolidati cui è pervenuta la riflessione dottrinale debbono necessariamente essere comparati con lo specifico quadro normativo di riferimento, dovendosi in particolare verificare il significato della nozione di servizio pubblico che ha trovato accoglimento nella normativa sull'ordinamento degli enti locali (sostanzialmente immutata, almeno da un punto di vista nominalistico, anche a seguito delle più recenti riforme), dapprima rapportando le locuzioni definitorie ivi utilizzate con le tradizionali tesi ricostruttive, quindi orientando l'indagine verso le indicazioni provenienti

forniture svolte a favore di un Pubblica Amministrazione, essendo necessario che l'attività espletata sia direttamente erogata a favore degli utenti.

dall'ordinamento comunitario.

L'analisi del dato normativo non può che principiare dall'art. 112 co. 1 T.U.E.L., che riproduce sostanzialmente il contenuto dell'art. 22 legge n. 142/1990: il primo comma prevede testualmente che “*gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali*”³⁴.

La predetta disposizione, che pure rappresenta il presupposto normativo per il legittimo utilizzo delle forme di gestione ivi tipizzate³⁵ (tanto con

³⁴ Il riferimento all'ambito delle rispettive competenze aveva dato luogo a due diverse chiavi di lettura, visto che nell'impianto della legge 8 giugno 1990, n. 142 la ripartizione di compiti fra Comuni e Province veniva delineata soltanto in relazione alle funzioni autoritative e non in rapporto ai servizi. Secondo una prima opzione ermeneutica (U. POTOTSCHNIG, *Pubblici servizi essenziali: profili generali*, in *Rass. Giur. en. elettr.*, 1992, p. 269 e ss), sul presupposto che le nozioni di pubblico servizio e funzione pubblica non sarebbero necessariamente contrapposte, l'ultima categoria veniva ritenuta comprensiva dell'intero arco di attività degli enti locali (per una critica a tale impostazione generale dei rapporti fra funzione pubblica e servizio pubblico cfr. di recente L. PERFETTI, *Pubblico Servizio, capacità di diritto privato e tutela della concorrenza. Il caso del Facilities management*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 199, il quale ritiene che la prima si caratterizza per il perseguimento di fini pubblici, mentre il secondo per la funzionalizzazione della relativa attività a fini sociali). Secondo un'opposta lettura invece (G. CAIA, *Gestione dei servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale*, in *Regione.*, 1992, p. 18 ss.) la ripartizione di competenze delineata in rapporto alle funzioni non sarebbe potuta valere anche in relazione ai servizi, con negazione della regola del parallelismo, spettando all' autonomia degli enti locali la scelta circa l'istituzione di servizi in ordine ai quali il Legislatore non avesse espressamente determinato una ripartizione di compiti.

³⁵ Cfr ad esempio T.A.R. Valle d'Aosta, 14 maggio 1999, n. 91: “*l'applicabilità dell'art. 22, comma 10, l. 8 giugno 1990, n. 142 - che conferisce all'ente 100de la scelta delle forme di gestione delle attività che lo stesso può decidere liberamente di assu.ere o svolgere - presuppone il verificarsi di due condizioni, concorrenti e non alternative, e cioè che si tratti di attività riconducibile alla nozione di servizio pubblico locale, nonché di servizio*”

riferimento a quelle originariamente previste quanto a quelle introdotte dalle recenti riforme), non fornisce nessun indice univoco per la delimitazione sostanziale della nozione di servizio pubblico locale³⁶.

Se infatti è indubbio che non può essere accolto il concetto di servizio pubblico letto in chiave residuale e negativa, comprensivo di ogni attività non giuridica svolta dalla Pubblica Amministrazione³⁷ - tesi che condurrebbe a qualificare come servizio pubblico ogni attività gestita secondo le forme indicate dalla legge³⁸ - la dottrina si è subito divisa sul significato da attribuire alla locuzione utilizzata dal Legislatore del 1990 (confermata dal successivo Testo unico), privilegiando talvolta una visuale soggettiva³⁹, talaltra un'impostazione⁴⁰

pubblico diretto a realizzare il fine specifico individuato dal primo comma dell'art. 22". Al riguardo in chiave critica si era ritenuto (M. CAMMELLI, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Regioni*, 1992, p. 25) che era più il modulo organizzativo prescelto a qualificare l'attività come servizio pubblico che non viceversa.

³⁶ Secondo A. POLICE, *La nozione di servizio pubblico locale tra limiti territoriali e principio di sussidiarietà*, cit., p. 71 "tale previsione, se fornisce una chiara indicazione di che cosa debba intendersi per servizio, non da alcun indizio per la determinazione del significato del termine pubblico, che è invece l'elemento qualificante dell'intera operazione definitoria della locuzione servizio pubblico".

³⁷ Definizione fornita da V. E. ORLANDO, *Introduzione al Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, 1897, vol. I, p. 100 ss.

³⁸ G. CAIA, *Organizzazione dei servizi pubblici locali. Figure, regime e caratteristiche*, in *Foro amm.*, 1991, p. 3173; R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, cit., p. 56; M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Quaderni del Giornale di dir. ammo*, n. 3/2001, p. 55. In senso contrario V. MARTELLI, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, Milano, 1997, p. 184 ss., per cui, sul presupposto della insussistenza di uno spazio di intervento dell'ente locale differente da quello diretto allo sviluppo della comunità di riferimento, ritiene che l'intervento sotto forma di gestione di un pubblico servizio e le connesse forme di gestione coprano tutto il possibile arco di attività economiche esercitabili dall'ente locale, con la sola esclusione di quelle meramente patrimoniali.

³⁹ Fra gli altri cfr. G. CAIA, *Organizzazione dei servizi pubblici locali*, cit., p. 3170, il quale

in senso marcatamente oggettivo.

In un tale contesto caratterizzato da una sostanziale incertezza derivante dalla non univocità dei criteri definitivi previsti dal citato testo normativo⁴¹, la

ritiene che per comprendere il significato delle norme sui modelli di gestione dei servizi pubblici locali è sufficiente fare riferimento alla concezione soggettiva; M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., p. 58; M. CAMELLI-A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Bologna, 1999, p. 95: "se consideriamo infatti la doppia azione del legislatore, recessiva rispetto alla caratterizzazione in senso contenutistico dell'attività costituente servizio pubblico e rigidamente prescrittiva in ordine alle forme tipiche del relativo modulo di esercizio, non appare eccessivo affermare che oggi il dato oggettivo è quasi una *factio iuris*: ciò che determina i servizi pubblici locali... è il dato soggettivo dell'ente - la decisione di qualificarli come tali e di assumerli - e quello organizzativo dell'obbligo legislativamente stabilito di praticare determinate tipologie, e solo queste"; R. VILLATA, *Considerazioni in tema di pubblici servizi e di riparto di giurisdizione*, in *Riv. giur. quad. pubbl. serv.*, 3/2001, p. 13; "rimarrebbe vano a mio parere qualunque tentativo di definire in termini oggettivi le attività gestibili quali servizio pubblico dall'ente locale: solo l'atto di assunzione individua quell'attività come servizio pubblico, assunzione che dovrebbe avvenire solo laddove in quell'ambito territoriale, in quel momento, il mercato appaia inadeguato per soddisfare il bisogno della collettività. Assunzione che naturalmente sarà perfettamente compatibile con la gestione da parte di privati" o G.E. BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, Milano, 2003, p. 213, per la quale l'impostazione soggettiva "se può dirsi in parte superata per i servizi pubblici di livello nazionale, che ormai dovrebbero essere caratterizzati dalla gestione concorrenziale e dalla mera attività di regolazione ad opera delle istituzioni pubbliche indicate ... risulta ancora valida per i servizi locali, in qualche modo esonerati dall'applicazione delle regole poste a tutela della concorrenza".

⁴⁰ Privilegiano una lettura in senso oggettivo del servizio pubblico di cui all' art. 22 della l. 8 giugno 1990, n. 142: V. ANGIOLINI, *Organizzazione locale per servizi*, in *Pubblica amministrazione e modelli privatistici*, Bologna, 1993, p. 56; A. PAJNO, *Servizi pubblici e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 574 ss.; ritiene che la nozione di servizio pubblico in senso oggettivo sia stata recepita dalla legislazione in tema di autonomie locali anche F. CARINGELLA, *Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici: un difficile compromesso tra privatizzazione e garanzie*, in *Foro it.*, 1996, I, col. 1364.

⁴¹ R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, cit. p. 55 ss., ove si sottolinea come la scelta legislativa di non definire analiticamente cosa è un

nozione di pubblico servizio non viene palesata ma solo presupposta⁴² ed i relativi elementi caratterizzanti sono polarizzati da un lato sull'imputazione dell'attività ad un soggetto pubblico (Comune o Provincia)⁴³, dall'altro sul dato teleologico della finalizzazione alla promozione dello sviluppo economico e civile delle comunità⁴⁴, legittimando differenti chiavi di lettura attraverso l'implicito rinvio

pubblico servizio locale appare opportuna in ragione dei mutamenti che il concetto è destinato a subire nelle diverse epoche storiche e in relazione alle diverse dottrine economiche, politiche e sociali. Nello stesso senso V. PARISIO, *Servizi pubblici e monopoli*, cit., p. 700.

⁴² Secondo V. SALVATORE, *I servizi pubblici dei comuni*, Firenze, 1994, p. 60, l'ampiezza della formulazione utilizzata dall'art. 22, 1. n. 142/1990, che coniuga elementi soggettivi ed oggettivi, porta a considerare tale disposizione come "norma aperta", nel senso che sarà l'ente assuntore a qualificare con assoluta discrezionalità l'attività riguardata come servizio pubblico, sempre che la stessa sia rivolta a fini sociali ed allo sviluppo economico e civile della collettività. Si avrà tuttavia modo di verificare come una serie di principi desumibili tanto dall'ordinamento interno quanto da quello comunitario permettono di fissare precisi limiti alla discrezionalità pubblica nella qualificazione di una determinata attività come pubblico servizio.

⁴³ Fra gli Autori che sottolineano l'imprescindibilità della titolarità pubblica del servizio in seguito alla decisione di assumerlo, contrapposta al profilo gestionale, R. VILLATA, *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, Milano, 2000, p. 6; D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, p. 51. Anche secondo A. ABBAMONTE, *Profili costituzionali della gestione dei servizi pubblici locali a mezzo di società per azioni*, in *Studi in onore di Elia*, tomo I, Milano, 1999, p. 4, le norme contenute nella legge n. 142/1990 non hanno fatto venir meno l'imputazione dell'attività all'ente locale in funzione della comunità che esso esprime, ma gli hanno fornito nuovi modelli di azione.

⁴⁴ In questo senso la nozione di servizio pubblico locale, stante l'espresso riferimento alla cura degli interessi delle comunità locali, si pone, da un punto di vista oggettivo, quale specificazione della nozione generale di servizio pubblico. Cfr. A. POLICE, *La nozione di servizio pubblico locale*, cit., p. 80; analogamente G. CORSO, *La gestione dei servizi pubblici fra pubblico e privato*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Milano, 1997, p. 28, secondo il quale "il servizio pubblico locale è una specie del genus servizio pubblico. La sua peculiarità, in rapporto al genere, è data essenzialmente da ciò: poiché l'uguaglianza l'imparzialità e la parità di trattamento

alle elaborazioni teoriche che su quel concetto generale si sono sviluppate⁴⁵.

La stessa previsione della possibilità di affidare la gestione del servizio a delle società di capitali rileva ai fini della ricostruzione della nozione di servizio pubblico, venendo ad elidere il carattere esclusivo dell'imputazione soggettiva del servizio pubblico alla Pubblica Amministrazione.

Riveste, inoltre, notevole importanza applicativa verificare se debbano comprendersi nella nozione di servizio pubblico soltanto quelle attività e prestazioni che l'Amministrazione pubblica effettua per il soddisfacimento diretto dei bisogni della collettività, od anche quelle che raggiungono tale scopo in via indiretta e/o strumentale.

In giurisprudenza al riguardo si registrano due tendenze: l'una di tipo estensivo e pubblicistica, l'altra restrittiva e privatistica.

Secondo la prima, rientrano nell'ambito del servizio pubblico, non solo quelle attività dirette al soddisfacimento dei bisogni dell'utenza, ma anche tutte quelle meramente strumentali⁴⁶.

vanno valutati all'interno della comunità locale, e ogni ente può operare scelte diverse sulla gestione del servizio, sulle modalità e sui contenuti delle prestazioni, ne deriverà un quadro complessivo estremamente variegato, come è, del resto, nella logica delle autonomie".

⁴⁵ Secondo R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, cit., p. 60 "si è di fronte ad una di quelle norme che da tempo sono state indicate come definizione per relationem ai risultati che l'elaborazione teorica e i pratici hanno prodotto in ragione delle diverse epoche storiche di riferimento". Il citato Autore, nello sviluppo della sua analisi, chiarisce come il servizio pubblico vada a caratterizzarsi per la contemporanea presenza di due elementi: la continuità (*rectius* doverosità) della sua erogazione ed il porsi come mezzo per la progressiva attuazione dei precetti costituzionali che richiedono un intervento attivo della Repubblica, sì che (p. 66) "l'obbligo o dovere giuridico di erogare un servizio pubblico, nonché la correlata posizione soggettiva che consente agli utenti di pretenderne l'erogazione indipendentemente dalla forma di

Di diverso avviso, invece, la giurisprudenza della Corte di Cassazione attualmente prevalente: con sentenza 30 marzo 2000, n. 71⁴⁷ pronunciata a Sezioni Unite, è stato evidenziato come tutte le attività strumentali alla gestione del servizio pubblico, ossia quelle che si collocano “a monte” di tale servizio, non rientrano nella sua nozione, poiché non vi è, in tale ipotesi, un’erogazione diretta e immediata di utilità alla collettività⁴⁸.

gestione ed in ragione dell' atto di assunzione (programma) paiono gli elementi minimi per una definizione del pubblico servizio".

⁴⁶ Si vedano per tutte Cons. Stato, sez. VI, 9 maggio 2001, n. 2605, in *Cons. Stato*, 2001, I, 1117; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 23 luglio 2001, n. 410, in *Cons. Stato*, 2001, I, 1870; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 13 settembre 2001, n. 1650, in *Trib. Amm. Reg.*, 2000, I, 3872; T.A.R. Sardegna, 1 dicembre 2000, n. 1221, in *Trib. Amm. Reg.*, 2001, I, 720. Sempre in argomento, Cons. Stato, Ad. Plen., ord. 30 marzo 2000, n.1, in *Giur. it.*, 2000, 2177, dove si afferma che, sulla base dei dati normativi esistenti nell’ordinamento, il servizio pubblico si deve individuare nell’attività di qualsiasi natura connessa alla cura di interessi collettivi, sia svolta da soggetti pubblici che da privati.

⁴⁷ In *Urb. e app.*, 2000, 6, 602. La sentenza riguarda una controversia insorta tra una struttura farmaceutica e l’Azienda sanitaria locale (A.S.L.), avente a oggetto il pagamento, da parte della A.S.L., di una fornitura di prodotti farmaceutici e sanitari. La Corte di Cassazione ha evidenziato come tali controversie hanno a oggetto prestazioni che, poiché rese “a monte” all’amministrazione per consentirle di reperire i beni poi utilizzati per gestire il Servizio sanitario nazionale, non rientrano nell’attività di pubblico servizio, il quale si caratterizza per il fatto di essere erogato direttamente al pubblico degli utenti. Si ispirano ad analoghi principi anche Cass., sez. un., 30 marzo 2000, n. 72, in *Foro it.*, 2000, I, 2210; Cass., sez. un., 1° dicembre 2000, n. 1241, in *Corr. giur.*, 2001, 179; Cass., sez. un., 12 novembre 2001, n. 14032, in *Foro it.*, 2002, I, 1842; Cass., sez. un., ord., 22 luglio 2002, n. 10726, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1317; Cons. Stato, sez. IV, 29 novembre 2000, n. 6325, in *Cons. Stato*, 2000, I, 2535; Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 126, in *Urb. e app.*, 2001, 632; e, da ultimo, T.A.R. Lazio, sez. II, 9 febbraio 2004, n. 1212 e T.A.R. Sardegna, 3 febbraio 2004, n. 97, entrambe in *www. Giustamm.it.*, n. 2/2004.

⁴⁸ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 13 febbraio 1995, n. 240, in *Foro amm.*, 1995, p. 352; Cass., Sez. VI, 13 dicembre 1996, in *Giur. it.*, 1998, p. 133, per la quale si ha svolgimento di un pubblico servizio “quando di fatto e in via civilistica...sia affidato ad un terzo non legato

In definitiva, il servizio deve qualificarsi come pubblico quando, a prescindere dalla modalità di gestione da parte della Pubblica Amministrazione o dei privati, sia diretto a soddisfare direttamente le esigenze dell'utenza, costituendo proprio il soddisfacimento diretto e immediato dei bisogni dell'utenza l'elemento che differenzia il servizio pubblico da ogni altra attività privata imprenditoriale.

Ciò che rileva è dunque l'attività e la sua attitudine a soddisfare un interesse di carattere generale, indipendentemente dalla natura pubblica o meno del soggetto titolare della stessa.

Tale impostazione, che ha trovato conferma nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, sembra essere stata accolta anche dal Legislatore che, in sede penale ha qualificato come incaricato di pubblico servizio anche il soggetto estraneo all'amministrazione (ad esempio il concessionario) e nella legge di riforma delle autonomie ha definito servizio pubblico locale *“la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali”*.

Come accennato, la concezione oggettiva del pubblico servizio è da tempo prevalsa nel dibattito dottrinario e giurisprudenziale, tant'è che il Consiglio di Stato ha statuito che la nozione di questo non può essere definita in astratto in relazione al tipo di attività cui esso si riferisce, venendo in rilievo l'elemento teleologico dell'attitudine al soddisfacimento di un'utilità generale e

all'ente da un rapporto di pubblico impiego”; Cons. giust. amm., 26 febbraio 1998, n. 90, in *Cons. di Stato*, 1998, I, p. 330; Cons. Stato, Sez. VI, 19 maggio 2000, n. 2413, *“... anche nella procedura elettorale è individuabile un nucleo di pubblico servizio”*; Cass. civ., SS.UU., 2000, n. 71, in *Foro it.*, I, p. 2210, rileva che *“il servizio pubblico è caratterizzato da un elemento funzionale (soddisfacimento diretto di bisogni di interesse sociale) che non si rinviene nell'attività privata imprenditoriale, anche se indirizzata a fini sociali”*.

collettiva.

Viene inoltre ampliata la categoria dei servizi pubblici sino a ricomprendervi anche quelle attività tese a realizzare fini sociali o a promuovere lo sviluppo civile, che invece fino al 1990 si ritenevano estranee alla nozione di pubblico servizio. In altri termini la normativa richiamata consente di ricondurre alla nozione di servizio pubblico attività non soltanto imprenditoriali, ma che abbracciano tutti i campi in cui può anche solo potenzialmente estrinsecarsi l'attività della Pubblica Amministrazione.

La legge sulle autonomie, oltre ad aver ampliato notevolmente la nozione di pubblico servizio, ha attenuato la distinzione tra questo e la pubblica funzione, evidenziando invece una sorta di compenetrazione tra i due istituti: sotto il *nomen* di "servizio pubblico" la legge definisce infatti anche ciò che in realtà costituisce funzione amministrativa, in modo tale che le funzioni, inglobando l'intero arco dell'attività amministrativa nei vari settori, possano tradursi in servizi pubblici, in un rapporto di *genus a species*.

Un'ulteriore novità della vigente disciplina rispetto al precedente testo unico è costituita dall'enfasi assegnata al momento organizzativo, al punto che potrebbe sostenersi che è servizio pubblico solamente quello gestito secondo le forme previste dalla legge (in economia; in concessione a terzi; a mezzo di azienda speciale; a mezzo di istituzione; a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale; a mezzo di società per azioni a partecipazione minoritaria)⁴⁹. E tali moduli non solo sono

⁴⁹ Sulle forme di gestione dei servizi pubblici esiste copiosa dottrina. Tra i molti scritti si veda G. CAIA, *La municipalizzazione dei servizi pubblici locali*, cit.; M. CAMMELLI, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Le regioni*, 1992, 3; G. ROSSI, *I servizi pubblici locali. Tipologia delle formule organizzative e analisi delle problematiche*, cit.; E. LUCIANI, *la gestione dei servizi pubblici locali, mediante società per azioni*, in *Dir.*

tassativi, ma sono tra loro reciprocamente alternativi, per cui l'Ente, ed in particolare il Consiglio comunale, cui spetta la competenza in materia, dovrà scegliere la forma di gestione ritenuta più adeguata allo svolgimento del servizio.

Dalla ricostruzione normativa effettuata discendono alcune importanti conseguenze sul versante della nozione di servizio pubblico.

Emerge in primo luogo che in una prospettiva oggettivistica l'elemento perspicuo che connota la nozione di pubblico servizio è rinvenibile essenzialmente nell'attitudine al soddisfacimento dei bisogni di carattere sociale, privi di rilevanza imprenditoriale, ritenuti dalla collettività meritevoli di tutela, onde risulta che il concetto in esame è per sua natura relativo e modificabile a seconda dei singoli contesti e delle condizioni sociali, economiche e culturali delle comunità locali.

Nel nuovo contesto autonomistico delineato dalla Costituzione, infatti non è più il Legislatore (statale o regionale) a predeterminare in via generale ed astratta l'ambito di estensione del servizio pubblico, individuando le singole categorie di attività che possono costituire servizi pubblici (come accadeva con il Testo Unico del 1925): tale funzione è ora demandata all'ente locale nell'ambito della sfera delle proprie competenze.

La delimitazione dell'ambito di estensione del servizio pubblico locale (onde ricostruirne la nozione anche a livello teoretico) per individuare le attività che possono rientrare in tale categoria sarà necessario fare riferimento alle funzioni e ai compiti attribuiti in via originaria agli enti locali nel quadro del principio di sussidiarietà.

Questo principio risulta sancito *ex professo* dall'art. 4 legge n. 59/1997

amm., 1995; V. CANNADA BARTOLI, *Servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Giur. it.*, 1996, 483.

(cd. Bassanini I) e confermato dal novellato art. 118 Cost, in base al quale il conferimento di compiti e funzioni agli enti locali deve avvenire nel rispetto del principio di sussidiarietà, alla luce del quale ai Comuni è attribuita la generalità dei compiti e delle funzioni amministrative, con esclusione delle sole funzioni incompatibili con le dimensioni dell'Ente e che dunque spettano all'ente di livello superiore (si tratta della sussidiarietà verticale).

Si può dunque concludere che nei settori organici individuati (servizi sociali, assetto e utilizzazione del territorio, sviluppo economico) al Comune è attribuita una competenza amministrativa generale e residuale, onde tutto ciò che la legge non assegna ad altri soggetti è funzione esclusiva del Comune che rappresenta l'istituzione più vicina al cittadino, mentre in altri settori, non individuati, l'ente locale conserva un potere di autoassunzione che trova i propri limiti nella popolazione, nel territorio e nell'adeguatezza dello svolgimento del servizio a livello comunale⁵⁰.

Infatti, ai sensi dell'art. 3 co. 5 T.U.E.L. *“i comuni e le Province sono titolari di funzioni proprie e di quelle conferite loro con legge dello stato e della regione, secondo il principio di sussidiarietà”* e più specificatamente, ai sensi dell'art 13, comma 1, spettano al Comune tutte le *“funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale precipuamente nei settori organici dei servizi sociali, assetto e utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico, salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla*

⁵⁰ Tale opzione è conforme all'art. 4 della Carta europea dell'autonomia locale, secondo la quale *“l'esercizio delle responsabilità pubbliche deve, in linea di massima, incombere sulle autorità più vicine ai cittadini”*. L'esigenza di attivare la competenza di livello istituzionale più vicino al cittadino si coniuga necessariamente con una valutazione di efficienza e con una valutazione di compatibilità delle funzioni affidate con le dimensioni territoriali ed organizzative dell'Ente.

legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze”.

La medesima impostazione si rinviene a livello comunitario, ove l’art. 3-B del Trattato di Maastricht dispone che *“nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio della sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell’azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli stati membri e possono, dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell’azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario”.*

L’applicazione del principio di sussidiarietà verticale comporta necessariamente degli effetti anche sulla definizione ed assunzione del servizio pubblico locale.

A tal riguardo rileva certamente quanto disposto dall’art. 3 co. 5 T.U.E.L. in base al quale *“i Comuni e le province sono titolari di funzioni proprie e conferite loro con legge dello Stato e della Regione, secondo il principio di sussidiarietà. I Comuni e le Province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali”.*

In altri termini, secondo una logica opposta a quella che sottende le origini della pubblica funzione e del pubblico servizio, nel sistema vigente gli obiettivi della Pubblica Amministrazione possono essere efficacemente perseguiti anche senza intervenire direttamente sul mercato, attraverso lo svolgimento di un’azione regolatrice che renda l’esercizio dell’impresa privata compatibile con gli interessi della collettività.

Ne consegue, dunque, che a fronte del normale esplicarsi delle regole di mercato, l’ente locale deve intervenire soltanto laddove l’autonomia privata non consenta di soddisfare adeguatamente gli interessi della collettività e gli obiettivi

che l'amministrazione intende perseguire (cd. principio di sussidiarietà orizzontale).

In tale nuova ottica, in cui pubblico e privato appaiono complementari, più che antagonisti, l'assunzione e la gestione di un servizio da parte dell'ente locale non può pertanto giustificarsi soltanto con il perseguimento di finalità di interesse generale, ma deve piuttosto trovare il suo fondamento in un giudizio di inadeguatezza del mercato e delle regole della libera concorrenza a fornire una determinata prestazione con le caratteristiche richieste dall'Amministrazione.

Più precisamente, l'ente locale dovrà provvedere ad organizzare il servizio solo nel caso in cui lo svolgimento dello stesso in regime di concorrenza non sia in grado di assicurare la regolarità, la continuità, l'accessibilità, l'economicità e la qualità dell'erogazione in condizioni di eguaglianza.

Sotto il profilo più strettamente operativo, ciò significa che, in sede di qualificazione e assunzione del servizio, l'ente locale non solo dovrà tener conto delle esigenze della collettività e dei pubblici interessi, ma dovrà altresì rilevare l'insufficienza o l'inefficienza di certi servizi erogati dai privati ovvero la necessità di garantire tariffe o finalità sociali che l'impresa non potrebbe assicurare, motivando sulle ragioni che giustificano la gestione dell'attività da parte dell'Ente⁵¹.

1.5. L'evoluzione storico - normativa in materia di servizi pubblici locali.

⁵¹ Sulla proporzionalità e sussidiarietà nella motivazione dell'assunzione del pubblico servizio da parte dell'ente locale, si veda A. PIOGGIA, *Appunti per uno studio sulla nozione di pubblico servizio*, cit., p. 25.

1.5.1. Le origini del sistema dei servizi pubblici locali.

La disciplina dell'assunzione e gestione dei pubblici servizi da parte degli enti locali ha radici ben lontane⁵²: sin dal principio del secolo XX i Comuni e le Province assunsero la produzione di quei beni e l'erogazione di quei servizi ritenuti necessari ai bisogni della collettività locale secondo il modello della municipalizzazione introdotto dalla legge Giolitti (l. 29 marzo 1903, n. 103), poi sostanzialmente riprodotto nell'ambito del R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578, che ha costituito il *corpus* normativo di riferimento fino alla legge di riforma delle autonomie locali del 1990⁵³.

Il fenomeno della municipalizzazione, intesa come esigenza ed espressione dello Stato moderno di intervenire nella sfera dell'impresa privata, stante la necessità di soddisfare attraverso i pubblici servizi i bisogni collettivi, affonda le sue radici nel cd. socialismo municipale e si afferma come manifestazione dell'autonomia comunale che vuole gestiti i servizi pubblici di

⁵² Sulle evoluzioni normative dei servizi pubblici locali: si vedano in particolare S. CASSESE, *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Rass. Enel*, 1998, 233 ss.; ID., *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, in *Economia pubbl.*, 1996, 5, p. 5 ss.; ID., *La Nuova Costituzione economica*, Bari, 1999, p. 83 ss.; F. GIGLIONI, *Osservazioni sulla evoluzione della nozione di servizio pubblico*, in *Foro Amm.*, 1998, p. 2264 ss., N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999, passim; SALVIA, *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 535 ss.; L. IEVA, *La teoria del servizio pubblico nell'evoluzione normativa, dottrinale e giurisprudenziale*, in *T.A.R.*, 2001, p. 529 ss.; R. ARRIGONI, *Regolazione ne gestione nelle public utilities: principio di separazione e libera concorrenza nell'applicazione dei principi costituzionali e comunitari*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, p. 87 ss..

⁵³ Cfr. al riguardo G. BOZZI, voce *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Enc. Dir.*, LXXVII, p. 364; M. S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. amm.*, 1953, p. 612; ID., *Il riassetto dei poteri locali*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1971, p. 45.

maggior rilievo economico sociale attraverso attività di natura economica, ma sottratte all'economia di mercato⁵⁴.

In adesione a tale orientamento, dopo un travagliato iter legislativo, fu emanata la legge 29 marzo 1903, n. 103 (cd. legge Giolitti) istitutiva delle aziende municipalizzate: è questo il primo provvedimento legislativo di carattere generale in materia di servizi pubblici locali, che venne successivamente integrato dal regolamento approvato con R.D. 10 marzo 1904, n. 108.

La legge del 1903, sottoposta ad una speciale riforma attuata con il R.D. 4 febbraio 1923, n. 253, sfociò nel T.U. 15 ottobre 1925, n. 2578 che conteneva l'elencazione dei servizi pubblici raggruppati in 19 categorie⁵⁵ (cui non fece

⁵⁴ L. CASTELLANI, *Il servizio pubblico locale in Italia e in Europa*, in *Rivista Anci*, 1996, 25 ss..

⁵⁵ Si riporta il testo dell'art. 1 "I Comuni possono assumere nei modi stabiliti dal presente testo unico, l'impianto e l'esercizio diretto dei pubblici servizi e segnatamente di quelli relativi agli oggetti seguenti: 1) costruzione di acquedotti e fontane e distribuzione di acqua potabile; 2) impianto ed esercizio dell'illuminazione pubblica e privata; 3) costruzione di fognature ed utilizzazione delle materie fertilizzanti; 4) costruzione ed esercizio di tramvie a trazione animale o meccanica; 5) costruzione ed esercizio di reti telefoniche nel territorio comunale; 6) impianto ed esercizio di farmacie; 7) nettezza pubblica e sgombrò di immondizie dalle case; 8) trasporti funebri, anche con diritto di privativa, eccettuati i trasporti dei soci di congregazioni, confraternite ed altre associazioni costituite a tal fine e riconosciute come enti morali; 9) costruzione ed esercizio di molini e di forni normali; 10) costruzione ed esercizio di stabilimenti per la macellazione, anche con diritto di privativa; 11) costruzione ed esercizio di mercati pubblici, anche con diritto di privativa; 12) costruzione ed esercizio di bagni e lavatoi pubblici; 13) fabbrica e vendita del ghiaccio; 14) costruzione ed esercizio di asili notturni; 15) impianto ed esercizio di omnibus, automobili e di ogni altro simile mezzo, diretto a provvedere alle pubbliche comunicazioni; 16) produzione distribuzione di forza motrice idraulica ed elettrica e costruzione degli impianti relativi; 17) pubbliche affissioni, anche con diritto di privativa, eccettuandone sempre i manifesti elettorali e gli atti della pubblica autorità; 18) essiccatoi di granturco e relativi depositi; 19) stabilimento e relativa vendita di semenzai e vivai di viti ed altre piante arboree e

seguito il regolamento di esecuzione fino al 1986, quando venne emanato il D.P.R. 4 ottobre 1986, n. 902), senza definire tuttavia una nozione generale di pubblico servizio.

Da tali norme emergeva l'idea del servizio come attività esercitata direttamente dal soggetto pubblico, in virtù di uno “*specifico atto di assunzione secondo modalità indicate dalla legge*”; servizio gestito essenzialmente nelle forme dirette dell'azienda speciale e della gestione in economia o attraverso la forma della concessione.

Per alcuni specifici servizi (trasporti urbani, trasporti funebri, mattatoi) veniva, poi, riconosciuto uno specifico diritto di privativa intesa come la specifica possibilità per il Comune di escludere le imprese private dalla gestione di tali servizi (nel senso che la gestione dei servizi da parte dei privati sarebbe potuta avvenire soltanto previa concessione dell'Amministrazione interessata).

L'assetto istituzionale scaturito a seguito della legge sulla municipalizzazione, in effetti, era caratterizzato da una disciplina in cui regolazione, proprietà e gestione presentavano legami molto pregnanti, assai prossimi ad una vera e propria sovrapposizione presso l'ente locale.

Le caratteristiche produttive e industriali delle aziende municipalizzate risentivano di questa loro natura eminentemente pubblicistica: esse, infatti, assumevano normalmente la forma di unità produttive monoservizio, operanti generalmente in ambiti territoriali corrispondenti a quelli amministrativi dei comuni, configurandosi come soggetti di erogazione dei servizi separati solo funzionalmente e sul piano organizzativo dall'ente locale.

fruttifere”. Tale elencazione venne ritenuta meramente esemplificativa e non tassativa sia in dottrina che in giurisprudenza.

Mediante l'attribuzione di un'esclusiva a favore dell'ente locale si mirava ad eliminare gli effetti negativi dei monopoli privati dei concessionari: in altri termini, attribuendo la gestione di tali monopoli all'ente locale si volevano introdurre moduli imprenditoriali nell'organizzazione della Pubblica Amministrazione, da cui è scaturito l'inserimento dell'azienda nell'ambito dell'organizzazione amministrativa dell'ente⁵⁶.

1.5.2. La legge 8 giugno 1990 n. 142.

Il progressivo allentamento dei legami di organicità tra azienda ed ente locale e l'affermazione di condotte maggiormente ispirate a logiche imprenditoriali ha preso corpo verso la fine del secolo XX, anche in seguito ad alcuni interventi legislativi orientati in questa direzione.

Il primo intervento organico di riforma del settore dei servizi pubblici locali può essere individuato nella legge 8 giugno 1990 n. 142, recante il nuovo ordinamento delle autonomie locali (successivamente trasfusa nel Testo Unico 267 del 2000).

Rispetto al Testo Unico del 1925 (rimasto fino a quel momento in vigore), viene meno la tecnica della elencazione, anche se non tassativa, dei servizi pubblici locali, sostituita da una enunciazione definitoria polarizzata essenzialmente sugli elementi finalistici e funzionali, definiti dall'art. 22 co. 1 legge n. 142/1990, tanto di ordine oggettivo (*“la produzione di beni e attività”*) quanto soggettivo (*“realizzare fini sociali e promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali”*): tale disposizione non identificava quindi i servizi locali con riguardo a specifiche attività ma ne dava una definizione generale,

⁵⁶ A tal riguardo si parla di azienda-organo. In argomento si veda F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione*, in *Dir. Amm.*, 2004, p. 37.

attribuendo ai singoli enti locali un ampio margine di discrezionalità per decidere essi stessi quali attività ricondurre, secondo le circostanze ed i bisogni locali, nell'area dei pubblici servizi.

La potenziale ampiezza della nozione di servizio pubblico enunciata dall'art. 22, i cui indici definitivi determinano l'esclusione dall'ambito dei servizi pubblici locali delle attività economiche non dirette a realizzare fini sociali e di sviluppo della collettività locale, trova per converso due distinti correttivi: per un verso, nell'idea del servizio pubblico locale come attività complementare a quella privata, per cui la concorrenza tra pubblico e privato è da incentivare piuttosto che da limitare; per altro verso, nella necessaria valutazione da parte dell'ente locale dell'esistenza di un interesse generale.

La legge n. 142/1990 ha profondamente innovato l'assetto delle forme di gestione del servizio, prevedendo accanto alla concessione a terzi ed alla gestione diretta (o in economia), la gestione del servizio a mezzo di azienda speciale (che andava sostituendo l'azienda municipalizzata, assumendo la natura di ente pubblico economico dotata di personalità giuridica e titolare del proprio patrimonio e dei propri mezzi), di istituzione (per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale, segnatamente per i servizi di natura sociale e culturale) ovvero a mezzo di società di capitali a prevalente partecipazione pubblica locale.

Successivamente, accanto alla società a partecipazione pubblica maggioritaria, è stata introdotta dall'art. 12 legge 23 dicembre 1992, n. 498 (recante "*Interventi urgenti in materia di finanza pubblica*") e confermata dall'art. 4 D.L. 31 gennaio 1995, n. 26) la società a partecipazione pubblica minoritaria quale ulteriore forma di gestione, prevedendosi una serie di vincoli successivamente specificati dal D.P.R. n. 533 del 16 settembre 1996 (che ha

previsto espressamente l'espletamento di una gara per la scelta del socio privato di maggioranza, quindi l'introduzione di procedure di evidenza pubblica per l'acquisizione dello *status* di socio).

Tale disciplina generale è stata progressivamente integrata dall'adozione di normative settoriali⁵⁷ relative ai principali servizi pubblici a rilevanza economica, mentre la disciplina generale contenuta nell'ordinamento degli Enti locali si applica nella sua interezza ai servizi residuali come parcheggi, illuminazione pubblica, servizi cimiteriali.

L'assetto così delineato confluisce nel Testo unico sugli Enti locali (T.U.E.L.), approvato con D. Lgs. 18 agosto 2000 n. 267, senza introdurre alcuna innovazione di carattere sostanziale e limitandosi a compendiare entro un contesto unitario ed organico una molteplicità di norme disperse nella

⁵⁷ Si tratta della legge n. 36/1996, ora in D. Lgs. n. 152/2006 in materia di servizio idrico integrato; del D. Lgs. n. 79/1999 in materia di energia elettrica; del D. Lgs. n. 164/2000 in materia di gas naturale; il D. Lgs. n. 422/1997 modificato dal D. Lgs. n. 400/1999 in materia di trasporto pubblico locale; del D. Lgs. n. 22/1997, ora in D. Lgs. n. 152/2006 in materia di rifiuti solidi urbani. Ad esclusione del settore idrico, la cui disciplina generale è precedente, tutti gli altri provvedimenti hanno in qualche misura recepito le spinte comunitarie (e dell'Autorità antitrust) ad una tendenziale liberalizzazione dei mercati. In particolare nel D. Lgs. n. 164/2000, che ha disciplinato il settore del gas naturale e i relativi servizi di distribuzione a livello locale (in attuazione della Dir. 98/30/CE) e nella revisione del D. Lgs. n. 422/1997 in materia di trasporto locale (modificato dal D. Lgs. n. 400/1999): per entrambi i settori la procedura di affidamento del servizio ha unicamente carattere competitivo cosicché anche le società miste a partecipazione pubblica assumono, a regime, una posizione di terzietà rispetto all'ente locale (per i trasporti v. il nuovo testo dell'art. 18, c. 2, lett. a), e per il gas l'art. 14).

Per quanto riguarda il settore del gas il decreto prevede anche la separazione tra la rete di distribuzione locale (è la distribuzione che si qualifica come servizio pubblico) e la sua gestione affidata mediante gara, da una parte, e la vendita ai clienti finali, dall'altra, che viene liberalizzata in regime di autorizzazione (art. 14, c. 1 e 4 e art. 17).

legislazione precedente, tanto che l'art. 22 dell'abrogata legge n. 142/1990 trova piena corrispondenza negli artt. 112 e 113 del Testo Unico.

Il carattere meramente ricognitivo della disciplina del T.U.E.L. si disvela in particolare con riguardo alla disciplina delle forme di gestione dei servizi pubblici, ove si registra la persistenza di moduli gestionali in palese contrasto con i principi comunitari, come ad esempio l'azienda speciale, la gestione in economia, la società mista.

1.5.3. L'art. 35 legge 28 dicembre 2001, n. 448.

Sotto la sempre maggiore impingenza dei principi elaborati a livello comunitario in materia di servizio pubblico, la disciplina prevista originariamente dal T.U.E.L. (che recepiva sostanzialmente l'assetto previsto dall'art. 22 legge n. 142/1990) è stata modificata proprio sotto la spinta di un atto di messa in mora nell'ambito di una procedura di infrazione ex art. 226 trattato CE⁵⁸.

Il passaggio successivo di questa evoluzione è rappresentato dalla riforma contenuta nell'art. 35 legge 28 dicembre 2001, n. 448 (legge finanziaria per il 2002), che modificò radicalmente l'art. 113 T.U.E.L. ed introdusse un nuovo art. 113 – *bis*, prevedendo altresì un ampio regime transitorio.

Tale disciplina, che in parte novella l'art. 113 T.U.E.L., è stata adottata con l'intento di operare una radicale riforma del sistema anche grazie alla previsione del principio di separazione tra i soggetti proprietari, i soggetti gestori

⁵⁸ Con l'atto 8 novembre 2000 (sg. (2000)D/108243), la Commissione ha affermato che l'art. 22 L. 142/1990 risultava in contrasto con gli obblighi comunitari. In particolare, a parere della Commissione, la possibilità per gli enti locali di realizzare affidamenti diretti di appalti pubblici di servizi ovvero di concessioni di servizio a soggetti terzi (così considerabili in base alle linee individuate dalla sentenza *Teckal*) costituiva

delle infrastrutture e delle reti ed i soggetti erogatori di servizi all'utenza. Obiettivo della riforma era infatti quello di attribuire agli enti locali l'esercizio in modo unitario delle funzioni amministrative di indirizzo e vigilanza in ordine alla gestione del servizio e contestualmente riorganizzare la domanda e l'offerta dei servizi medesimi.

Veniva inoltre introdotta la distinzione, funzionale alla disciplina delle modalità di gestione del servizio, tra “*servizi di rilevanza industriale*” e “*servizi privi di rilevanza industriale*”, rimodulando una distinzione già contenuta nella legge del 1990 e nell'originaria versione dello stesso T.U.E.L. (ove il criterio discrezionale era dato dalla duplice connotazione della rilevanza economica ed imprenditoriale).

Mentre per la gestione dei servizi privi di rilevanza industriale, l'art. 113-bis T.U.E.L. prevedeva la possibilità di disporre l'affidamento diretto, per i servizi di rilevanza industriale vigeva una rigida separazione tra la proprietà della rete (di cui poteva essere titolare esclusivamente l'Ente locale, salva la possibilità di conferimento a favore di società di capitali a prevalente partecipazione pubblica) e l'erogazione del servizio da parte dell'impresa privata selezionata all'esito di una procedura ad evidenza pubblica (prevista come esclusivo criterio di selezione del soggetto gestore della rete ed erogatore del servizio).

Risulta quindi evidente che la novella del 2002 mirava essenzialmente a conferire al complessivo assetto del sistema dei servizi pubblici locali una connotazione in senso marcatamente privatistico, privilegiando il modello

rispettivamente una violazione delle direttive 92/50/CEE e 93/38/CEE ovvero degli artt. 49 e seguenti del trattato CEE.

societario per la gestione del servizio e la raccolta di capitali privati per la realizzazione di investimenti anche infrastrutturali⁵⁹.

Le potenzialità della riforma sono state però frustrate dalla previsione di un lungo periodo transitorio, censurato dalla Commissione europea⁶⁰.

1.5.4. La vigente disciplina.

A distanza di appena due anni, è intervenuta una nuova riforma ad opera del D.L. 30 settembre 2003 n. 269, convertito in legge 24 novembre 2003 n. 326 e della successiva legge 27 dicembre 2003 n. 350 (legge finanziaria per il 2004).

La novella conferma il principio della proprietà pubblica delle reti nonché quello della separazione tra gestione delle reti ed erogazione del servizio, ma sottopone a radicale revisione il principio della concorsualità per l'aggiudicazione dell'attività di erogazione.

Accanto quindi al conferimento esternalizzato dell'attività di erogazione mediante meccanismi di concorrenza per il mercato, fino ad allora unica opzione gestionale percorribile, vengono introdotti due modelli alternativi di gestione

⁵⁹ A tal riguardo basti pensare alla possibilità per l'ente locale di avvalersi di società di capitali, con la partecipazione dell'ente medesimo, nella gestione di reti ed impianti o l'obbligo di procedure concorrenziali per la scelta del socio privato.

⁶⁰ La prefata disciplina conteneva una serie di disposizioni non compatibili con i principi concorrenziali comunitari: il modello generale contenuto nell'art. 35 prevedeva come regola la scelta tramite gara del gestore. Ma l'ampiezza delle deroghe faceva riemergere la prospettiva dell'affidamento diretto per le attività di gestione delle reti e si riproponeva quindi la commistione tra proprietà e gestione delle reti che in principio si dichiarava di eliminare. Proprio a questo aspetto si faceva riferimento nella procedura di infrazione (cfr. lettera della Commissione Europea di costituzione in mora complementare del 4 luglio 2002, che reiterava la precedente messa in mora nell'ambito della procedura di

diretta rappresentati dall'affidamento senza gara alla società mista partecipata o alla società a capitale interamente pubblico (secondo il modulo comunitario dell'*in house*).

In tal modo viene messa a disposizione degli enti locali una pluralità differenziata di moduli organizzativi per la gestione dei servizi pubblici locali: alcuni consentono una parziale liberalizzazione del settore, rendendo contendibile per le imprese interessate il mercato di riferimento (affidamento con gara del servizio), altri permettono un intervento indiretto dei privati nella gestione del servizio attraverso la partecipazione degli stessi al capitale della società in mano pubblica incaricata (affidamento diretto a società miste), altri ancora garantiscono la gestione interamente pubblica dell'iniziativa economica, anche se realizzata attraverso moduli societari (affidamento diretto a società *in house*).

Focalizzando l'attenzione sui profili più significativi della normativa attualmente in vigore, deve sottolinearsi la distinzione effettuata tra servizi a rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica.

Per i primi, l'art. 113 T.U.E.L. contempla tre distinti moduli gestori e segnatamente l'affidamento mediante gara ad evidenza pubblica, l'affidamento a società mista pubblico - privata o l'affidamento *in house* a società a capitale interamente pubblico, alla duplice condizione che l'Ente eserciti sulla società un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e che la società *in house* svolga nei confronti dell'Ente affidante la parte prevalente della propria attività.

Per i servizi privi di carattere economico, a seguito della sentenza n. 272/2004 della Corte costituzionale che ha dichiarato illegittimo l'art. 113 - *bis*

infrazione ex art. 226 del Trattato CE, precedentemente promossa in relazione dell'art. 22 della legge n. 142/1990).

T.U.E.L., la disciplina delle forme di gestione è riservata alla potestà legislativa regionale⁶¹.

In questo complesso quadro che vede il continuo intervento dei legislatori nazionale e comunitario, nonché una delimitazione per approssimazioni progressive della materia da parte dei giudici competenti, si è inserito recentemente il cd. decreto Bersani (art. 13 D.L. 4 luglio 2006, n. 223 convertito in legge 4 agosto 2006, n. 248), che ha riformato la disciplina delle società strumentali, cioè delle società a capitale pubblico o a capitale misto, costituite o anche partecipate da enti locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività dell'ente (es. cd. *global service*, servizio informatica, etc.).

Viene previsto che tali società debbano operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti e che non possano svolgere prestazioni a favore di altri soggetti, nemmeno se a seguito di gara. La riforma, pertanto, mira a restringere l'ambito di operatività delle società strumentali, per scongiurare vantaggi anticoncorrenziali a soggetti operanti fuori dal mercato⁶².

Ancorché la disposizione citata escluda dal suo ambito di applicazione i servizi pubblici locali, si pone comunque il problema del destino delle cd. società *multiutility*, cioè delle società che erogano diversi servizi, alcuni qualificabili

⁶¹ Per i servizi a rilevanza economica, invece, viene riconosciuta una piena competenza della legge statale, in virtù dell'art. 117, c. 2, lett. e), della Costituzione. Si tratta della cd. competenza "trasversale" in tema di concorrenza, cioè di un titolo di legittimazione che consente allo Stato di intervenire con discipline normative ogniqualvolta si tratti di difendere situazioni concorrenziali già raggiunte, o anche di creare le condizioni per realizzare forme di concorrenza in settori che ne sono privi.

⁶² Si segnala l'incertezza della giurisprudenza amministrativa circa l'esatta individuazione dei *finis* tra la nozione di servizio pubblico locale e quella di servizio strumentale (casi dubbi sono ad es. il servizio di riscaldamento degli edifici comunali e il servizio di refezione scolastica), di tal che residua in capo all'ente locale un certo margine di discrezionalità in sede di qualificazione dei servizi.

come servizi pubblici e altri come servizi strumentali. In questi casi è necessario procedere allo scorporo delle attività dei due tipi, le prime regolate dalla normativa T.U.E.L., le altre dalla normativa sugli appalti.

1.6. I servizi pubblici locali nel diritto comunitario: principio di concorrenza ed interessi generali.

Al fine di meglio comprendere i limiti e le modalità di assunzione da parte degli enti locali della gestione dei servizi pubblici non può che estendersi l'ambito di indagine all'ordinamento comunitario.

Ed è proprio dal diritto comunitario che proviene il fondamentale canone ermeneutico da applicare in relazione alla disciplina dei servizi pubblici, vale a il principio concorrenziale: l'azione degli organi comunitari, infatti, al pari di quella degli Stati membri, deve essere orientata verso un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza secondo quanto previsto dall'art. 4 Trattato U.E., disposizione quest'ultima inequivoca nel determinare una precisa gerarchia fra i mezzi a disposizione, evidenziando una netta preferenza per il mercato concorrenziale⁶³.

Un' opzione siffatta non può non influire direttamente sulla tematica attinente alle modalità ed ai limiti dell'intervento pubblico dei singoli Stati nel sistema economico e costituisce, come detto, un elemento decisivo, confermato

⁶³ Cfr. L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit., p. 307; G. CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur. quad. pubbl. serv.*, 1999, p. 1 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002, p. 34. Sottolinea L. DI VIA, *Considerazioni sulle mobili frontiere del diritto della concorrenza*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2000, p. 3, come già il Trattato di Maastricht, inserendo all'art. 3 g) tra gli obiettivi del l'Unione quello di raggiungere un regime di concorrenza non falsata all'interno dell'area della Comunità, ha conferito alla libertà di concorrenza un rango diverso da quello attribuito alle altre libertà.

dai numerosi interventi della Corte di Giustizia, per interpretare le singole disposizioni normative, *in primis* quelle contenute nello stesso Trattato⁶⁴.

In via di prima approssimazione si può affermare che per l'ordinamento comunitario la preminenza del principio concorrenziale comporta che tutte le attività economiche, ivi comprese quelle tradizionalmente riconducibili alla gestione di servizi pubblici, risultino assoggettate alle medesime regole, sì che l'obiettivo prioritario del Legislatore e dell'intervento pubblico deve essere la liberalizzazione⁶⁵ dei mercati o, almeno, il ripristino delle condizioni

⁶⁴ Sottolinea A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, cit., p. 460, come, nell'analisi dei pubblici servizi, occorra evitare l'errore metodologico di considerare la normativa europea in maniera settoriale, concentrando l'attenzione essenzialmente sul diritto derivato per valutarne l'applicabilità o meno al caso concreto, essendo piuttosto necessario un riferimento al diritto comunitario globalmente considerato, che costituisce di per sé un ordinamento dal quale ricavare principi generali, *in primis* quelli in tema di concorrenza, pubblicità, pluralità e confronto delle offerte. E da sottolineare come una simile impostazione risulta di fatto coincidente con quella successivamente assunta dalla Commissione europea proprio in relazione alla problematica della definizione e regolamentazione della concessione di pubblici servizi.

⁶⁵ Intesa quale progressiva liberazione dai legami amministrativi e normativi nazionali con apertura alla concorrenza, da distinguere rispetto al processo di privatizzazione degli enti di gestione dei servizi pubblici, laddove si consideri che nel diritto comunitario risulta affermato il principio di neutralità rispetto al regime proprietario dell'impresa: cfr. E. CASOLINO, *I servizi pubblici nella disciplina comunitaria: tendenze e prospettive*, cit. p. 28; S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 583; P. LAZZARO, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2002, p. 3, il quale osserva come alla luce dell'integrazione comunitaria "viene posta in dubbio la compatibilità delle regole comunitarie di liberalizzazione con alcuni condizionamenti pubblicistici dell'iniziativa economica privata, realizzati questi ultimi, attraverso la regolazione amministrativa tradizionale: in particolare la scomparsa di una riserva pubblica imporrebbe la sostituzione del regime concessorio con un sistema di autorizzazioni non discrezionali". Sul processo di liberalizzazione si vedano anche A. GAMBINO, *Dal monopolio alla liberalizzazione: regolamentazione normativa delle asimmetrie nel mercato delle telecomunicazioni*, in

concorrenziali, e ciò anche in riferimento a quegli ambiti ove, per motivi tecnici, tecnologici o per la insufficiente capacità della domanda non sia possibile determinare la struttura pluralistica della concorrenza⁶⁶.

In tale contesto non si esclude in maniera radicale il ruolo tradizionalmente svolto dal soggetto pubblico, ma si afferma piuttosto che gli interventi dei pubblici poteri diretti a porre dei limiti alle libertà e garanzie concesse in generale alle imprese e costituenti il diritto comune della concorrenza — limiti tendenti in ultima analisi a realizzare una politica redistributiva — sono consentiti solo in via residuale, allorché i fini generali da perseguire non possano essere realizzati con il mantenimento del regime concorrenziale⁶⁷.

Giur. comm., 1996,1, p. 5 ss.; Commissione Europea, Comunicazione dell'11 settembre 1996, I servizi di interesse generale in Europa, in G.U.C.E., 26 settembre 1996, n. 281, p. 3, punto B 16, nonché Commissione Europea, Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003, COM (2003) 270. In giurisprudenza sui rapporti fra liberalizzazione e privatizzazione, Cons. Stato, 27 maggio 2002, n. 2922, in *Foro it.*, 2003, III, p. 463, per il quale “*la liberalizzazione di un settore dell'economia, intesa come apertura al mercato concorrenziale, è obiettivo che, pur potendo combinarsi con l'azione imprenditoriale di un soggetto pubblico, è intimamente collegato a quello della privatizzazione effettiva degli operatori; se è corretto sul piano logico e giuridico tenere distinti i due obiettivi (liberalizzazione e privatizzazioni, l'uno riferito all'attività sul mercato e l'altro alla struttura organizzativa e finanziaria dei soggetti che vi operano, nondimeno è innegabile che essi interferiscono reciprocamente*”.

⁶⁶ A. PERICU, *Impresa ed obblighi di servizio pubblico. L'impresa di gestione di servizi pubblici locali*, Milano, 2001, p. 277.

⁶⁷ Cfr. L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit., p. 330 “*l'unica ipotesi in cui si ammette la sottrazione della prestazione dei pubblici servizi alla libera attività di impresa è, quindi, quella in cui le attività in questione non sono redditizie, vuoi in sé, vuoi per via del necessario utilizzo di un'infrastruttura esistente, vuoi perché le condizioni del mercato, tecnologiche ed economiche, rendono utile la prestazione del servizio solo in alcune aree o limitatamente a certe sue parti, sicché nessun prestatore di servizi costituito in forma di impresa a fini di lucro sarebbe disponibile a svolgere la corrispondente attività*”.

Tale carattere residuale dell'intervento del soggetto pubblico si manifesta non solo in relazione all'*an* degli interventi di tipo redistributivo per fini sociali o comunque generali, ma anche in relazione al *quomodo* degli stessi, che potranno definirsi legittimi a condizione che, una volta giustificati sotto il profilo dell'intervento derogatorio alle comuni regole dell'impresa, risultino anche proporzionati alle esigenze sociali non sufficientemente soddisfatte dal libero mercato.

Ne risulta quindi che, anche sul piano comunitario, la possibilità di intervento dei pubblici poteri locali non sia radicalmente preclusa⁶⁸, palesandosi viceversa la necessità di un adeguamento delle modalità di espletamento di tali interventi⁶⁹, senza tuttavia escludere il permanere di una sostanziale discrezionalità politica, seppur circoscritta, nella definizione dei fini di interesse

⁶⁸ Secondo A. ZITO, *I servizi pubblici nel sistema giuridico tra continuità ed innovazione*, in *Qualità dei servizi pubblici all'impresa e dei servizi sociali nel contesto europeo*, Cenform, 1996, p. 409, dalla disamina della legislazione nazionale integrata con i principi di matrice comunitaria sarebbero ricavabili, rispetto all'impostazione tradizionale della tematica, sia elementi di continuità, rappresentati dalla permanenza nei pubblici servizi di tutti quei caratteri che risultano inscindibilmente connessi con i profili e gli interessi extra economici (vale a dire necessità e continuità del suo svolgimento, universalità ed imparzialità dell'offerta, accessibilità anche da parte dei soggetti più deboli) sia elementi di innovazione, che si manifestano in primo luogo attraverso il recupero e la garanzia dei profili imprenditoriali del servizio medesimo.

⁶⁹ Secondo la più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia l'applicazione del diritto comunitario in materia di tutela della concorrenza presuppone comunque una previa scelta da parte dei pubblici poteri in ordine alla sottoposizione di una determinata tipologia di servizi al regime concorrenziale, anziché a quello di diretto intervento da parte dello Stato: cfr. Corte di Giustizia, sentenza 19 novembre 1999 n. 107, *Teckal*, successivamente confermata da Corte di Giustizia, ordinanza 14 novembre 2002, causa C-310 01, *Didi Dino figli S.r.l. e AGESI c. Comune di Udine*.

generale verso i quali tali interventi sono diretti⁷⁰. Tali conclusioni risultano d'altronde conformi agli indirizzi espressi dalla Commissione Europea nella Comunicazione interpretativa “*servizi di interesse generale in Europa*”⁷¹, lì dove, nel sottolineare l'esistenza di tre principi fondamentali che sono alla base dell'applicazione dell'art. 86 Trattato CE, vale a dire la neutralità, la proporzionalità e la libertà di definizione, afferma, relativamente a quest'ultima, come spetti fundamentalmente agli Stati membri⁷² il compito di individuare cosa

⁷⁰ L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002, p. 221. Secondo B. MAMELLI, *Servizio pubblico e concessione*, cit., p. 21, nella nozione di servizio pubblico individua un nucleo irrinunciabile inscindibilmente connesso alla funzione svolta dallo Stato e dagli enti locali in relazione al perseguimento di determinati obiettivi di natura economica e sociale. Di diverso avviso è invece D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi economici di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 391, che, prendendo spunto dai casi in cui la Corte di Giustizia è giunta a verificare l'effettiva esistenza dell'asserito specifico interesse generale addotto dagli Stati a fondamento della deroga (si cita la sentenza 10 dicembre 1991, causa C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova c. Siderurgia Gabrielli*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 5919) afferma che l'impostazione comunitaria “*elimina quello che era uno dei tratti più caratteristici del servizio pubblico e nel suo significato pratico, ma in definitiva anche ideologico, cioè la esclusiva politicità della decisione di considerare servizio pubblico un'attività economica*”. In realtà si potrebbe affermare che la politicità della decisione circa l'assunzione di un pubblico servizio permane tuttora, ma — lì dove non sussistano specifiche norme di settore — è circoscritta nella cornice dei principi generali del Trattato: in tale ottica la valutazione di competenza degli organi comunitari potrebbe assumere una valenza sostanzialmente non dissimile da quella verifica di ragionevolezza posta alla base del sindacato, da parte del Giudice Amministrativo, del vizio di eccesso di potere.

⁷¹ Si fa riferimento alla Comunicazione della Commissione europea del 20.9.2000, *I servizi di interesse generale in Europa*, in G.U.C.E., 19 gennaio 2001. Tale atto comunitario fa seguito ad una Comunicazione dall'analogo oggetto pubblicata nel 1996 (in G.L].C.E., 26 settembre 1996); per l'evoluzione dell'approccio della Commissione alla tematica dei servizi di interesse generale cfr. G. E. B BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, cit., p. 310.

⁷² Cfr. L. RADICATI DI BROZOLO, *Servizi essenziali e diritto comunitario*, cit., p. 1: “*l'intervento della Comunità è il risultato della presa di coscienza dell'indispensabilità —*

essi considerino servizi di interesse economico generale, mentre il controllo degli organi comunitari su tale scelta andrebbe circoscritto alle ipotesi di errore manifesto.

D'altra parte ciò corrisponde ad una precisa evoluzione della normativa comunitaria di diritto derivato, la quale sempre più spinge all'apertura dei mercati concorrenziali anche in quei settori che maggiormente sono stati caratterizzati dalla presenza di misure derogatorie da parte degli Stati membri, così come è ravvisabile una chiara tendenza della giurisprudenza della Corte di Giustizia a delimitare l'area delle libere scelte nazionali in materia di chiusura dei mercati. In tal senso vanno infatti lette le pronunce dirette a circoscrivere l'area dei monopoli, a precisare la nozione stessa di attività economica (e quindi, di converso, l'area sottratta all'applicazione delle norme del Trattato), ad individuare la categoria dei servizi di interesse economico generale e a chiarire i limiti alle deroghe alla concorrenza consentiti dall'art. 86.

Anche in riferimento a settori, quali quello dei servizi pubblici locali, non ancora oggetto di specifiche misure di liberalizzazione, saranno quindi i principi concorrenziali a dover guidare l'interprete nell'esame delle normative statali vigenti, valutandone la compatibilità con i principi del Trattato e, ove possibile, fornendone una chiave di lettura conforme alle direttrici sovranazionali.

per il conseguimento dei più generali obiettivi di liberalizzazione e di creazione del mercato interno – dell'introduzione dei principi di libera di concorrenza e di circolazione di settori, la rilevanza strategica e il peso economico dei qual non ne ha più consentito la sottrazione alle regole del Trattato. Esso è altresì l'effetto della constatazione della possibilità in molti casi, di superamento ad monopolio naturale e soprattutto di coniugare l'applicazione dei principi di libertà di concorrenza e di circolazione con la promozione di quelle finalità, giudicate essenziali dagli Stati membri, ma fino ad un certo punto ritenute inconciliabili con le regole di mercato”.

La prospettiva delineata anche dalle recenti modifiche dei Trattati comunitari configura il mercato come lo strumento privilegiato e normalmente idoneo a realizzare anche quegli obiettivi di interesse generale che sono posti alla base del modello europeo di società⁷³, salvo verificare che in tal modo non vengano soddisfatti obiettivi socialmente desiderabili: in tale ultima ipotesi può risultare necessaria, ed è pertanto consentita, una qualche deroga al regime del libero mercato, che in quanto tale non è un valore assoluto, ma un semplice strumento che lo stesso Trattato consente di gestire con una certa elasticità.

Si avrà tuttavia modo di rilevare come una parziale contropinta rispetto all'apertura dei mercati può di fatto derivare dalla valorizzazione dei principi espressi da quell'orientamento giurisprudenziale⁷⁴ volto a legittimare la determinazione di più ampi spazi per l'autoorganizzazione e autoproduzione da parte delle Pubbliche Amministrazioni, sul presupposto che l'applicazione delle regole concorrenziali (e quindi dell'adozione del modello dell'evidenza pubblica negli affidamenti) presupponga comunque la scelta da parte del soggetto pubblico di fare ricorso al mercato⁷⁵.

1.7. Servizi pubblici e servizi di interesse generale in Europa

⁷³ In particolare 1 art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata dal Consiglio Europeo di Nizza, testualmente afferma che *“al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi di interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente al Trattato che istituisce la Comunità Europea”*.

⁷⁴ Corte di Giustizia, sentenza 18 novembre 1999, n. 107, *Teckal*, cit.

⁷⁵ Tale operazione di delimitazione dei monopoli è stata realizzata soprattutto attraverso l'utilizzo della normativa sanzionatoria dell'abuso di posizione dominante: cfr. Corte di Giustizia 3 ottobre 1985, causa C-11/84, *Telemarketing*, in *Raccolta*, 1985, p. 3261; Id., sentenza 23 aprile 1991, causa 41/90, *Hofner*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, p. 1322; Id., sentenza 10 dicembre 1991, causa C-179/90, *Porto di Genova c. Siderurgica Gabrielli*, in *Foro It.*, 1992, V, col. 226.

Procedendo ad una più dettagliata analisi delle disposizioni comunitarie fin qui richiamate, il primo dato che spicca dall'esame del Trattato è l'assenza di una diretta definizione e regolamentazione dei servizi pubblici⁷⁶: come da più parti sottolineato ciò deriva principalmente dalle diverse tradizioni sociali e giuridiche degli Stati membri ove la nozione di servizio pubblico assume connotazioni diverse, sia a livello concettuale, sia in relazione ai modelli organizzativi funzionali all'espletamento del servizio⁷⁷.

Ciò non è tuttavia indice dell'indifferenza della normativa comunitaria alla tematica *de qua*, dovendosi piuttosto rinvenire in altre disposizioni i riferimenti a quello che è il concetto tradizionale di servizio pubblico adottato nel nostro ordinamento giuridico.

In primo luogo viene certamente in rilievo il combinato disposto dagli artt. 49 e 50 del Trattato che, nell'abolire le restrizioni alla libera circolazione dei servizi, adotta evidentemente una definizione estensiva di tale ultima categoria, ricomprendendo in essa ogni attività che consista in un *facere* retribuito e dunque anche attività quali i servizi pubblici⁷⁸: in tale contesto il principio della libera prestazione di un'attività qualificabile come economica potrebbe essere

⁷⁶ L'unica norma del Trattato CE in cui la locuzione servizio pubblico è espressamente utilizzata è infatti l'art. 77, disposizione avente ad oggetto la regolamentazione del solo settore dei trasporti, ove si sancisce la legittimità degli aiuti statali richiesti dalle necessità del coordinamento delle attività di servizio pubblico, ovvero corrispondenti al rimborso di talune servitù imposte nello svolgimento dell'attività. In argomento F. CAVALLARO, *La disciplina giuridica dei trasporti nel trattato di Roma istitutivo della Cee*, in *Riv. giur. circolaz. trasp.*, 1985, p. 481.

⁷⁷ Cfr. M. CAMMELLI, *Comunità europea e servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo comunitario*, Rimini, 1994, p. 179 ss..

⁷⁸ Ciò è quanto accaduto nella vicenda "Porto di Genova": la Corte di Giustizia (sentenza 10 dicembre 1991, C-179/90, in *Raccolta*, 1991, I, p. P923) ha infatti ritenuto che le attività

derogato, conformemente agli artt. 45, 46 e 55 del Trattato CE, allorché si dimostri che l'attività partecipi, sia pur occasionalmente, all'esercizio di pubblici poteri⁷⁹.

Una volta quindi escluso che la nozione di servizio pubblico corrisponda a quella comunitaria di servizio (ancorché all'interno di essa possa esservi ricompresa), la nozione comunitaria più facilmente accostabile⁸⁰ risulta essere

portuali fossero estranee al concetto di interesse economico generale di cui all'art. 86 e rientrassero piuttosto nell'ambito di un'ordinaria prestazione di servizi.

⁷⁹ Al riguardo occorre segnalare che da parte degli Stati membri si è sovente tentato di ampliare l'area delle deroghe, ma tale tendenza è stata fermamente contrastata tanto dalla Commissione quanto dalla Corte di Giustizia, le quali hanno ripetutamente evidenziato come la connessione con l'esercizio di pubbliche funzioni non è elemento di per sé sufficiente a giustificare la riserva allo Stato di attività di produzione di servizi pubblici, a meno che non si tratti di attività poste in essere nel contesto di vere e proprie funzioni di imperio: cfr Corte di Giustizia, 18 marzo 1997 causa C-343/95, *Diego Calì c. Servizi ecologici porto di Genova*, in *Giur. It.*, 1998, p. 1023; Corte di Giustizia, 26 aprile 1994, n. 272, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, p. 1348. Al contempo è stato precisato, interpretando l'art. 45 in tema di libera circolazione delle persone (ma con ricostruzione idonea ad abbracciare ogni ipotesi di esercizio di pubblici poteri), che per beneficiare della deroga è necessaria una partecipazione specifica e diretta all'esercizio di questi ultimi, e la inscindibilità di tale funzione rispetto alle attività economiche esercitate: cfr. Corte di Giustizia, sentenza 21 giugno 1974, causa C-2/74, in *Raccolta*, 1974, p. 631.

⁸⁰ R. VILLATA, *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, Milano, 2000, p. 14; G. RACCA, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 275; G. CORSO, *I Servizi pubblici locali*, in *Riv. giur. quad. pubbl. serv.*, 2003, p. 7; S. GIACCHETTI, *Appalti di pubblici servizi e/o appalti pubblici di servizi? La l. n. 205/2000 gioca a dadi*, in *Riv. giur. quad. pubbl. serv.*, 3/2001, p. 186. Non si ritiene di condividere la posizione dell'Autore da ultimo citato laddove sovrappone alla nozione comunitaria di servizio di interesse economico generale quella di servizio pubblico essenziale di cui all'art. 43 Cost.: nonostante l'espressione utilizzata dall'art. 86 del Trattato possa riecheggiare la categoria delle imprese menzionate dall'art. 43 Cost. e se in entrambi i casi risulta prioritario un intervento di individuazione o di incarico da parte dei pubblici poteri, le due norme hanno un ambito applicativo radicalmente diverso, laddove si consideri che il servizio di interesse economico generale di cui all'an. 86 "si colloca in un sistema normativo

certamente quella ricavabile dall'art. 86 del Trattato, nella parte in cui individua e disciplina i servizi di interesse economico generale⁸¹.

finalizzato alla costituzione di un mercato unico, mentre la nozione di servizio pubblico essenziale di cui all'art. 43 Cost. si inquadra in un contesto normativo nel quale i profili economici non sono né preminenti né esclusivi, ma si inseriscono in un disegno più vasto e diversificato, espressione dell'idea di Stato sociale": in tal senso V. PARISIO, *Pubblici servizi e funzione di garanzia del giudice amministrativo*, 2003, p. 73.

⁸¹ Commissione Europea, Comunicazione dell'11 settembre 1996, I servizi di interesse generale in Europa, cit. Sottolinea N. RANGONE, *I Servizi pubblici*, Padova, 1999, p. 19, che tale nozione resta priva di una definizione generale di contenuto positivo, ma il suo significato può essere tratto dalle discipline di settore e dalle sentenze della Corte di Giustizia, dalle quali si ricaverebbe che essi comprendono le sole attività a carattere commerciale fornite a titolo oneroso che i pubblici poteri intendono promuovere nell'interesse generale e le cui condizioni di offerta sono informate ai principi della continuità, uguaglianza di trattamento, adattamento ai bisogni. Secondo A. PERICU, *Impresa ed obblighi di servizio pubblico. L'impresa di gestione di servizi pubblici locali*, Milano, 2001, p. 311, il servizio di interesse economico generale potrebbe essere definito come attività produttiva che condivide alcune caratteristiche delle attività economiche ma anche di quelle non economiche: si tratterebbe in sostanza di attività che "appartengono all'ambito di quelle imprenditoriali per il fatto di poter essere svolte con criteri di economicità ... ma che d'altro canto, per l'importanza dei beni o servizi prodotti; sono svolte anche nell'interesse della collettività, innescando considerazioni di equità distributiva di competenza dei pubblici poteri".

Ancorché anche in tale caso non possa predicarsi⁸² la perfetta coincidenza con la tradizionale nozione di servizio pubblico, stante l'esclusione, dall'ambito di applicazione della disposizione citata, dei servizi di interesse generale non economici⁸³, nondimeno tale norma rappresenta il riferimento prioritario per

⁸² Da ultimo si veda la chiara posizione della Commissione europea, la quale, nella consapevolezza del plurimo significato che quell'espressione assume nei diversi Stati membri, afferma, nel par. 19 del Libro Verde pubblicato in data 21 maggio 2003 (in *Servizi pubblici e appalti*, 2003, p. 471) che *“le espressioni servizio di interesse generale e servizio di interesse economico generale -non devono essere confuse con il termine servizio pubblico. Quest'ultimo ha contorni meno netti: può avere significati diversi, in generando quindi confusione. In alcuni casi si riferisce al fatto che un servizio è offerto alla collettività, in altri che ad un servizio è stato attribuito un ruolo specifico nell'interesse pubblico e in altri ancora si riferisce alla proprietà o allo status dell'ente che presta il servizio”*. Si veda tuttavia E. SCOTTI, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003, p. 232, secondo cui *“non sembra potersi ritenere che la nozione di servizio di interesse economico generale sia più ampia di quella di servizio pubblico: le due nozioni appaiono coincidere”*.

⁸³ F. SALVIA, *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 542: l' art. 86 *“ha un ambito applicativo limitato: essa infatti non ha inteso attrarre alla sua orbita ed assoggettare alle regole della concorrenza tutte le attività che nei diversi ordinamenti statuali costituiscono la variegata categoria dei servizi pubblici; ma ha voluto riferirsi ai soli servizi di interesse economico generale: a quei servizi cioè forniti dietro retribuzione ... e che presentano al loro interno un nucleo duro (il servizio universale) in cui si concretizza una specifica missione di interesse generale... Rimangono invece fuori dall'anzidetto regime i servizi non aventi carattere economico, come quelli relativi alla sanità e ai sistemi scolastici, e così pure tutte quelle altre attività costituenti prerogative della potestà pubblica”*. Deve evidenziarsi che, in parallelo con la norma comunitaria, l'art. 113, comma 1°, lett. e), T.U.E.L., nella formulazione anteriore alle modifiche introdotte con la riforma di cui all'art. 35, l. n. 448/2001, distingueva, ai fini dell'individuazione dei possibili moduli gestionali, la categoria dei *“servizi di rilevanza economica e imprenditoriale”*. Questi ultimi sono stati definiti da D. SORACE, *Diritto della amministrazioni pubbliche*, cit. p. 112, come quelli che *“possono essere prodotti e distribuiti nel mercato così da trarne un profitto e che pertanto possono essere oggetto di un'impresa”*, precisando che *“allo stato si considerano ordinariamente servizi economici quelli che sono diretti a soddisfare*

l'analisi della tematica in ambito comunitario, ove assume un rilievo preminente la relazione tra l'imposizione di obblighi di esercizio di attività antieconomiche (in dipendenza di missioni di interesse pubblico) ed il mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario dell'impresa⁸⁴. Tale equilibrio può essere garantito tanto da sovvenzioni statali quanto dalla concessione di diritti di esclusiva su determinati mercati, ma tali misure, in sé considerate, si pongono in potenziale contrasto con le regole del Trattato in materia di concorrenza e di tutela delle libertà fondamentali: le difficoltà interpretative sorgono infatti proprio laddove si procede ad individuare l'ambito delle possibili deroghe al regime di diritto comune, deroghe evidentemente finalizzate (e quindi

esigenze degli utenti sufficientemente omogenee sotto il profilo qualitativo e che quindi possono essere costituiti da prestazioni sostanzialmente standardizzate e quindi possibile oggetto di una produzione con tecniche industriali". In questo senso anche Cfr. anche la Comunicazione interpretativa della Commissione del 14 aprile 2000, Le concessioni nel diritto comunitario, in G.U.CE. del 29 aprile 2000, ove, al par. 2.4, si legge che *"benché le concessioni non siano contemplate dalle direttive sugli appalti pubblici esse sono soggette alle norme e ai principi del Trattato, nella misura in cui siano riconducibili ed atti dello Stato e abbiano per oggetto la prestazione di attività economiche. Infatti, ogni atto dello Stato, contrattuale o unilaterale, che stabilisca le condizioni alle quali è soggetta una prestazione di attività economiche, va valutato alla luce delle disposizioni del Trattato e, in particolare, di quelle degli articoli da 43 a 55"*.

⁸⁴ Significativo è che nella stessa sede del Consiglio Europeo di Nizza del 7 dicembre 2000 si sia sottolineato come l'applicazione delle norme del mercato interno e della concorrenza debba consentire ai gestori di servizi di interesse economico generale di adempiere ai loro compiti in condizioni che garantiscano, tra l'altro, i principi di parità di trattamento, di qualità e continuità, ponendo particolare enfasi sulla tematica delle modalità di finanziamento. Si è quindi ribadita la legittimità degli aiuti di Stato destinati a compensare i costi supplementari derivanti dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, purché aventi carattere non discriminatorio ed alla condizione che risultino giustificabili alla stregua dell'art. 86, comma 20 o delle espresse previsioni di cui all'art. 87 Trattato CE.

giustificate) dall'esigenza di garantire il carattere redditizio dell'attività d'impresa.

Per comprendere il rilievo centrale assunto da tale norma per la soluzione delle problematiche connesse alla gestione dei servizi pubblici anche locali, occorre considerare che il primo comma è diretto agli Stati membri su cui grava il divieto di adottare misure contrarie al Trattato in favore delle imprese pubbliche o di quelle che risultino titolari di diritti speciali o esclusivi⁸⁵, mentre il secondo

⁸⁵ Tali definizioni sono inferibili dalla direttiva 94/46/CE in materia di telecomunicazioni satellitari (art. 2), ove la locuzione "diritto esclusivo" ricomprende le ipotesi in cui la Pubblica Amministrazione riserva la facoltà di fornire un servizio o effettuare un'attività ad una sola impresa, secondo uno schema sostanzialmente coincidente con il monopolio legale di cui all'art. 32 del Trattato e con la privativa di cui all'art. 43 Cost. Il diritto speciale è invece configurabile laddove sussistano provvedimenti che limitano il numero delle imprese operanti nel mercato, sia restringendo il numero degli operatori, sia attribuendo vantaggi di natura giuridica suscettibili di incidere sulla capacità di ogni altra impresa a svolgere la propria attività in condizioni equivalenti. Al riguardo si vedano L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit., p. 320; G. TELESE, *Servizio di interesse economico generale e servizio universale nella giurisprudenza e nella normativa comunitaria*, in *Jus*, 1999, p. 947; S. GHELARDUCCI, *I diritti speciali ed esclusivi nell'ordinamento comunitario: problemi definitivi e tendenze evolutive*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2001, p. 815 ss.; A. ARGENTATI, *Diritti speciali ed esclusivi e regole comunitarie di concorrenza*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2002, p. 397 ss.. Recentemente tali definizioni sono state precisate dalla direttiva 200/52/CE della Commissione del 26 luglio 2000 (che modifica la direttiva 80/723/CEE relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli stati membri e le loro imprese pubbliche) , la quale, all'art. 1 lett. f), definisce esclusivi i diritti riconosciuti da uno Stato membro ad un'impresa mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa che riservi alla stessa, con riferimento ad una determinata area geografica, la facoltà di prestare un servizio o esercitare un attività; mentre alla lettera g) qualifica speciali i diritti riconosciuti da uno Stato membro ad un numero limitato di imprese mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa che, con riferimento ad una determinata area geografica, 1) limiti a due o più - senza osservare criteri di oggettività, proporzionalità e non discriminazione – il numero delle imprese autorizzate a prestare un dato servizio o esercitare una data attività, o 2) designi – senza osservare detti criteri – varie imprese

comma si riferisce alle imprese, prevedendo una possibile deroga alle regole della concorrenza nei limiti in cui la relativa applicazione possa essere di ostacolo all'adempimento della specifica missione loro affidata.

Alla soggezione di tutte le imprese alle regole della concorrenza⁸⁶ fa da contraltare la possibilità, riconosciuta a ciascuno Stato, di affidare loro compiti di rilevanza collettiva, ma i principi concorrenziali rappresentano la regola cui poter derogare soltanto al ricorrere degli specifici presupposti individuati dalla norma⁸⁷.

Con l'art. 86 viene individuata una categoria di servizi - quella dei servizi di interesse generale aventi carattere economico - sottoposti in linea di principio alle regole di mercato laddove l'applicazione di tali regole non risulti

concorrenti come soggetti autorizzati a prestare un dato servizio o una data attività, o 3) conferisca ad un'impresa - senza osservare detti criteri - determinati vantaggi, previsti da leggi o regolamenti, che pregiudichino in modo sostanziale la capacità di ogni altra impresa di prestare il medesimo servizio o esercitare la medesima attività nella stessa area geografica a condizioni sostanzialmente equivalenti.

⁸⁶ Dal confronto tra i due alinea nei quali si articola l'art. 86 emerge la scissione operata dal Legislatore comunitario tra monopolio, impresa pubblica e servizio pubblico. Secondo M. CAMELLI - A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Bologna, 1999, p. 101, "settore pubblico, impresa pubblica e servizio pubblico sono elementi fra loro strettamente connessi con larghe zone di sovrapposizione, ma che conservano una precisa autonomia reciproca sia sul piano concettuale come su quello del diritto positivo".

⁸⁷ Sottolinea A. PIOGGIA, *Appunti per uno studio sulla nozione di pubblico servizio: i limiti e i requisiti dell'assunzione del servizio pubblico da parte dell'ente locale*, cit., p. 200, che a livello comunitario si è affermata una lettura dell'art. 86 che non può essere ricondotta ad una generale ostilità a qualsivoglia forma di limitazione del mercato, ma che addirittura giunge a legittimare un'azione pubblica laddove il libero gioco della concorrenza si riveli insufficiente in ordine al perseguimento degli obiettivi di interesse generale.

incompatibile con l'assolvimento della missione di interesse generale assegnata⁸⁸: tale tipologia di servizi non costituisce dunque una categoria di attività con una disciplina comunitaria peculiare⁸⁹, in quanto il regime derogatorio autorizzato dal secondo comma risulta condizionato al previo accertamento che le attività di interesse collettivo programmate dai pubblici poteri non possano essere realizzate nell'osservanza delle ordinarie prescrizioni del Trattato.

Su tale base normativa è stato a lungo possibile giustificare la riserva di attività economiche e la legittimità dei monopoli, anche in virtù di una giurisprudenza comunitaria inizialmente elastica nell'applicazione della deroga, il che rifletteva una particolare concezione del conflitto dei valori compresenti nella vicenda in base alla quale l'interesse del singolo Stato alla chiusura di un determinato settore avente rilevanza collettiva avrebbe assunto rilievo

⁸⁸ Sottolinea il punto di tensione costituito dall'essere i servizi pubblici attività di produzione di beni e servizi, in quanto tali rientranti nei principi generali di libertà, mentre la qualifica di pubblico rappresenta un dato che, in qualche modo, li sottrae ai principi stessi o li sottopone a un regime particolare, M. CAMMELLI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, cit., p. 99.

Ciò in quanto interessi generali e fini sociali sono concetti presenti nell'ordinamento comunitario idonei a giustificare una disciplina peculiare e derogatoria rispetto alle regole di diritto comune: A. ZITO, *I servizi pubblici nel sistema giuridico tra continuità ed innovazione*, in *Qualità dei servizi pubblici all'impresa e dei servizi sociali nel contesto europeo*, Cenform, 1996, p. 406. Cfr. anche L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002, p. 65.

⁸⁹ G. TELESE, *Servizio di interesse economico generale e servizio universale nella giurisprudenza e nella normativa comunitaria*, cit., p. 951: "dal contenuto dell'art. 86/2 si evince subito che le attività economiche finalizzate all'erogazione di un servizio pubblico costituiscono un *genus particolare* che, in determinati casi e a determinate condizioni giustificano una deroga alle norme del Trattato ed in particolare alle disposizioni in materia di diritto della concorrenza".

preminente rispetto all'interesse comunitario all'osservanza delle regole concorrenziali⁹⁰.

L'evoluzione dell'ordinamento europeo, il processo di progressiva integrazione fra gli Stati membri e un sostanziale mutamento degli stessi contesti monopolistici derivato dall'evoluzione tecnologica⁹¹ hanno tuttavia innescato un processo che si è concretizzato in una progressiva chiusura della giurisprudenza della Corte, che si è spinta a verificare la conciliabilità delle posizioni di privilegio concesse a determinate imprese con le norme del Trattato, indipendentemente dal fatto che fossero adottate, nei confronti dei beneficiari di diritti speciali o esclusivi, misure ulteriori contrarie ai principi concorrenziali⁹².

In tal modo si è superata l'interpretazione letterale dell'art. 86 che aveva sorretto le prime decisioni in materia e si è giunti ad affermare⁹³ che sebbene tale norma presupponga logicamente l'esistenza di imprese titolari di diritti speciali o esclusivi, da ciò non consegue che tali misure sono in ogni caso compatibili con il Trattato⁹⁴ ma la relativa legittimità va piuttosto verificata in rapporto alle diverse disposizioni cui lo stesso art. 86 implicitamente rinvia⁹⁵: in base ad una lettura

⁹⁰ Si veda in particolare la sentenza della Corte di Giustizia, 30 aprile 1974, causa C-155/73, *Sacchi*, in *Raccolta*, 1974, p. 409.

⁹¹ S. CASSESE, *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Rass. giur. en. elettr.*, 1998, p. 234.

⁹² D. CALDIROLA, *La dimensione comunitaria del servizio pubblico, ovvero il servizio di interesse economico generale e il servizio universale*, in *Servizi pubblici, concorrenza diritti*, Milano, 2001 p. 135.

⁹³ Corte di Giustizia, sentenza 25 luglio 1991, causa C 353/89, in *Raccolta*, 1991 I, p. 4098.

⁹⁴ Cfr. V. FRANCESCHELLI, *Concorrenza e antitrust; profili generali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1998, p. 511.

⁹⁵ In particolare la Corte di Giustizia ha sovente verificato la legittimità dell'attribuzione di diritti esclusivi in rapporto al divieto di abuso di posizione dominante. Si è così passati da posizioni quali quella assunta nella citata sentenza *Sacchi*, nella quale si affermava una presunzione di legittimità del monopolio salvo accertare successivamente una violazione

combinata dei due commi si è così concluso che gli stessi diritti speciali o esclusivi non sono giustificabili di per sé, ma è necessario che la deroga al regime di libera concorrenza risulti legittimata dalle esigenze di interesse generale e la relativa misura sia proporzionata alla tutela delle esigenze stesse⁹⁶.

1.8. Evoluzione nel diritto comunitario dei servizi pubblici locali.

Approfondendo l'ambito di operatività dell'art. 86 del Trattato, occorre considerare che tale norma si riferisce in primo luogo alle "imprese", categoria che nella giurisprudenza comunitaria giunge a ricomprendere qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo *status* giuridico e dalle modalità di finanziamento: il carattere economico di una data attività discende dalla natura della stessa, risultando irrilevante il soggetto che la svolge⁹⁷.

delle regole della concorrenza, a più elaborate e restrittive ricostruzioni, configurando la possibilità che siano proprio le leggi attributive di diritti speciali ed esclusivi ad indurre le imprese ad abusare della posizione dominante conferita. In argomento A. ROMANO TASSONE, *Monopoli pubblici e abuso di posizione dominante*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, p. 1329; C. SELVAGGI, *Abuso di posizione dominante*, in *Giur. It.*, 1992, IV, p. 128.

⁹⁶ Al riguardo si vedano, *ex pluribus*, Corte di Giustizia, sentenza 19 marzo 1991, causa C 202/88, in *Raccolta*, 1223; ID., sentenza 18 giugno 1991, causa C-260 89, in *Raccolta*, 2925) è stata sviluppata in maniera compiuta nella sentenza 19 maggio 1993, causa C-320/91. *Corbeau*, in *Raccolta*, 1993, 1, p. 2553.

⁹⁷ Lo svolgimento di attività economica è requisito essenziale per delineare la fattispecie di impresa rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza: cfr. Corte di Giustizia, sentenza 30 aprile 1974, causa 155/73, *Sacchi*, in *Foro it.*, 1974, IV, col. 249; è tuttavia con la sentenza 23 aprile 1991, *Hofner*, causa C-41/90, in *Raccolta*, 1991, p. 1979, che tale requisito assume una rilevanza preponderante, essendosi specificato che nel contesto del diritto della concorrenza la qualifica di impresa si applica a qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dal suo stato giuridico e dalle sue modalità di finanziamento, ricomprendendovi qualsiasi attività di produzione di beni o servizi in astratto suscettibili di essere collocati sul mercato, senza che rilevi la circostanza che essa sia svolta direttamente da una pubblica amministrazione (cfr. anche Corte di Giustizia 11 dicembre 1997, causa C 55/96, *Job Centre*, in *Foro it.*, 1998, IV, 41, nonché

Anche comparti produttivi inseriti in un plesso amministrativo possono pertanto essere qualificati come imprese nella misura in cui esercitino con

Corte di Giustizia, cause riunite C180-184/98 in *Raccolta*, 2000, p. 6451). Nell'ottica del Giudice comunitario è così l'esistenza di un "mercato potenziale" o, in altri termini, di un servizio economico pur solo astrattamente gestibile dai privati, a costituire il criterio di identificazione della fattispecie dell'impresa rilevante per il diritto comunitario della concorrenza. Esorbitano invece dal concetto di "economico" (e quindi dalle regole concorrenziali) quelle attività che costituiscono una prerogativa intrinseca dello Stato, in quanto esplicazione di tipici poteri pubblicistici, quali ad esempio le attività di controllo e sorveglianza dello spazio aereo, nonostante sia previsto un corrispettivo da erogare nel caso di utilizzo dello stesso da parte dei vettori (Corte di Giustizia, 19 gennaio 1994, causa C-364/92, *SAT Eurocontrol*, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 9) ovvero le attività di sorveglianza antinquinamento dei porti (Corte di Giustizia, 18 marzo 1997, causa C-343/95, *Diego Cali c. Servizi ecologici porto di Genova*, in *Giur. it.*, 1998, p. 1023). Al contempo non possono essere qualificate come economiche attività quali l'istruzione nazionale (in relazione alla quale lo Stato non svolge un'attività lucrativa, ma assolve compiti di carattere generale nel campo sociale) ed i regimi di base di previdenza obbligatoria che siano basati sul principio di solidarietà, in assenza di scopi lucrativi, e le cui prestazioni non risultino proporzionali all'importo dei contributi eventualmente versati (Corte di Giustizia, 17 febbraio 1993, cause riunite C-159/91 e C-160/91, *Poucet*, in *Foro It.*, 1994, spec. punti 18 e 19). Tali conclusioni sono state tratte anche dalla Commissione Europea nella Comunicazione dell'11 settembre 1996, sui servizi di interesse generale in Europa, cit., che, al par. 18, esclude la natura economica dell'attività di prestazione di determinati servizi quali la scuola dell'obbligo o la previdenza sociale, anche se va precisato che le affermazioni delle Istituzioni comunitarie sono sempre riferite non ai servizi in quanto settori di competenza, ma l'entità dei fenomeni economici da essi messi in gioco: ciò significa che tali settori risultano esclusi dalle citate regole del Trattato non in assoluto, ma al ricorrere di determinate e specifiche condizioni evidenziate dall'elaborazione casistica. Cfr. al riguardo E. CASOLINO, *I servizi pubblici nella disciplina comunitaria: tendenze e prospettive*, cit., p. 34. Sottolinea D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi economici di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 389, che il criterio che conduce alle esclusioni da ultimo indicate è essenzialmente storico-politico; si vedano anche L. SCUDIERO, *La nozione di impresa nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Foro It.*, 1994, IV, col. 113; L. DI VIA, *Brevi note sul criterio di economicità e l'impresa rilevante per il diritto della concorrenza nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Foro It.*, 1994, IV, col. 297.

continuità un'attività produttiva di natura economica (dal che risulta agevole concludere che nello spettro di operatività del citato art. 86 possono essere ricomprese le varie tipologie di modelli gestionali originariamente previsti dalla legge 8 giugno 1990, n. 142 ed ora sostanzialmente riprodotti, nell'area caratterizzata dall'assenza di rilevanza economica, dall'art. 113 - bis T.U.E.L.)⁹⁸.

Tali imprese possono essere indifferentemente pubbliche⁹⁹ o private: nessuna differenziazione, ai fini dell'applicazione delle regole di concorrenza, deriva quindi dalla qualificazione pubblica dell'impresa di gestione; anzi, proprio dall'esame e confronto fra i due commi dell'art. 86 emerge la volontà del legislatore comunitario di scindere la necessaria correlazione tra monopolio, impresa pubblica e servizio pubblico.

Il modello generale delineato dal legislatore comunitario e le deroghe allo stesso consentite risultano pertanto applicabili a prescindere dallo specifico

⁹⁸ In dottrina M. CAMELLI – A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, cit., p. 105: “il concetto di impresa nel diritto comunitario e dunque un concetto tutto oggettivo che non richiede necessariamente un soggetto distinto che la esercita, con la conseguenza che può anche essere ritagliata all'interno dell'amministrazione diretta”; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi economici di pubblica utilità*, cit., p. 389, ove si afferma in tale disposizione “l'attività economica d'impresa è intesa in primo luogo in senso funzionale. In essa è ricompresa qualsiasi attività di produzione di un bene o servizio che sia in astratto suscettibile di essere prodotta per il mercato, senza che rilevi la circostanza che essa sia svolta dall'amministrazione di un pubblico potere, anche direttamente, cioè senza un'organizzazione giuridicamente separata”, richiamando quanto statuito dalla Corte di Giustizia con la sentenza 11 dicembre 1997, causa C-55/96, *Job centre*, cit.

⁹⁹ Per impresa pubblica si intende, nel diritto comunitario derivato (direttiva 93/38/CEE; direttiva 80/723 sulle relazioni finanziarie Stato-imprese), quella su cui l'autorità pubblica può esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante in ragione della proprietà, di partecipazioni finanziarie oppure in virtù delle norme che disciplinano l'impresa: cfr. V. SOTTILI, *L'art. 86 del Trattato CE*, in *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino, 2000, p. 50 ss.

assetto proprietario dell'impresa, purché sia ravvisabile un apposito atto di incarico concernente il perseguimento degli obiettivi di interesse generale da parte dei pubblici poteri: tali imprese devono infatti essere incaricate dell'esercizio di una missione di interesse generale tramite un provvedimento di natura legislativa, amministrativa ovvero per mezzo di altro atto comunque posto in essere da un'autorità pubblica nell'esercizio delle sue potestà¹⁰⁰.

Non potranno pertanto in nessun caso beneficiare del regime derogatorio quelle realtà imprenditoriali le quali, pur svolgendo un'attività di interesse generale, siano state costituite su iniziativa di privati, ovvero quelle che, senza essere state investite del compito di gestione con uno specifico atto dei pubblici poteri, risultino semplicemente soggette ad una disciplina genericamente diretta a regolarne l'attività¹⁰¹.

¹⁰⁰ Corte di Giustizia, sentenza 12 dicembre 1991, causa C-39/90, in *Raccolta*, 1991, p. 1500; Id., sentenza 30 gennaio 1974, causa C 127/73, in *Raccolta*, 1974, p. 51. In questa prospettiva non paiono condivisibili le conclusioni cui perviene Cons. Stato, Ad. gen., Parere 16 maggio 1996, secondo cui le disposizioni derogatorie di cui agli artt. 45 e 55 del Trattato non vanno intese nel senso che le stesse richiedono un conferimento formale di poteri pubblici, né nel senso di un riferimento all'esercizio di poteri autoritativi in senso proprio, ma richiedono il sostanziale conferimento, nel quadro della partecipazione a modelli organizzativi della Pubblica Amministrazione, di una funzione di oggettivo interesse pubblico. In dottrina cfr. G. RACCA, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 1994, p. 222. Non può non soggiungersi che se il predetto "atto di incarico" può provenire da un qualsivoglia ente pubblico, tanto nazionale quanto locale, occorre tuttavia verificare, alla luce dei più recenti sviluppi interpretativi volti ad allargare l'ambito della categoria del "soggetto pubblico", se possa essere considerato giuridicamente rilevante un affidamento assentito da un'impresa pubblica ad una sua controllata. Al riguardo secondo G. BERLINGERIO, *Studi su pubblico servizio*, cit., p. 365, sarebbe corretto ricomprendere nello spettro applicativo dell'art. 86 esclusivamente l'affidamento di servizi di interesse generale proveniente da un'autorità amministrativa, "salvo che l'impresa pubblica che incarica un'altra impresa dello svolgimento di un servizio sia stata a sua volta dotata di poteri amministrativi".

¹⁰¹ A. PERICU, *Impresa ed obblighi di servizio pubblico*, cit., p. 330.

In questa prospettiva, può allora certamente ritenersi che proprio la necessità di uno specifico atto di incarico conferito dai pubblici poteri porta ad escludere che a livello europeo la nozione di servizio pubblico possa essere accolta nella sua accezione oggettiva¹⁰²: il dato della non necessaria coincidenza fra servizio di interesse economico generale e natura giuridica pubblica del soggetto preposto al suo espletamento è infatti inconfutabile, ma ciò non svincola il legame fra servizio di interesse generale e teoria soggettiva del servizio pubblico¹⁰³ confortato dal necessario riferimento a specifici atti di investitura posti in essere dalle competenti autorità e dalla conseguente necessaria presenza di un pubblico potere che assuma non tanto la gestione del servizio, quanto piuttosto la responsabilità della sua erogazione.

Approfondendo questo punto è possibile giungere ad un'ulteriore conclusione, che concerne i limiti alla discrezionalità dei singoli Stati nella qualificazione di una determinata missione come “di interesse generale” (presupposto per l'enucleazione dell'area delle possibili deroghe al mercato concorrenziale): ancorché la Corte di Giustizia riconosca agli Stati membri la possibilità di individuare le missioni di interesse generale e quindi di stabilire

¹⁰² In tal senso R. VILLATA, *Pubblici servizi*, cit., p. 17; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi economici di pubblica utilità*, cit., p. 390, che sottolinea come la locuzione “di interesse generale”, in luogo dell'aggettivo “pubblico” per qualificare la categoria, non può comportare la negazione di una valenza soggettiva del pubblico servizio.

¹⁰³ Cfr. R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti nell'economia*, Milano, 1998, p. 491; L. PERFETTI, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 484, il quale, fra l'altro, ritiene, sulla base di argomentazioni peraltro qui non condivise, che a tale conclusione sia giunta anche la Commissione Europea nella recente comunicazione interpretativa relativa ai servizi di interesse generale del 20 settembre 2000, cit., lì dove distingue fra “pubblico servizio”, riferito alla natura dell'attività posta in essere e alla sua vocazione a dirigersi al pubblico, e “settore

quando una determinata attività rivesta un interesse collettivo¹⁰⁴, è comunque riconosciuto agli organi comunitari il potere di dichiarare se l'attività svolta dall'impresa possa considerarsi servizio di interesse economico generale.

Tale valutazione con il passare del tempo è stata condotta in maniera tale da realizzare una sempre maggior ingerenza nell'ambito delle decisioni "politiche" degli Stati membri¹⁰⁵, superando quel limite rappresentato dalla

pubblico", tale per la natura soggettiva degli enti che lo compongono, riferito allo status dei soggetti cui è imputabile il servizio.

¹⁰⁴ Occorre comunque considerare che nei settori oggetto di discipline di liberalizzazione è lo stesso legislatore comunitario che tende a imporre determinati standard minimi, cristallizzati in obblighi di servizio e compendati nella definizione di servizio universale (per una accurata disamina degli obblighi di servizio universale nell'ambito delle normative di diritto derivato si veda L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002, p. 183 ss.). Di particolare rilievo è poi l'espressa presa di posizione della Commissione Europea, la quale, nelle citate comunicazioni del 1996 e 2000 sui servizi di interesse generale, non esclude un residuo ambito di discrezionalità in capo ai singoli Stati nell'individuazione di obblighi di servizio ulteriori (cfr. ad esempio, nel settore delle telecomunicazioni, l'art. 4 della direttiva 98/10/CE in base al quale i singoli Stati possono ampliare il contenuto del servizio universale a condizione che non venga aumentato il costo del servizio stesso).

¹⁰⁵ L'attività definitoria della Corte di Giustizia in relazione alla nozione di "interesse generale" è stata condotta solo a partire dagli anni '90 con un approccio di tipo sistematico, previo superamento della precedente impostazione casuistica. In particolare, le due sentenze della Corte di Giustizia, 19 maggio 1993, causa C-320/91, *Corbeau*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 2553 e Corte di Giustizia, 27 aprile 1994, causa C-392/92, *Comune D'Almelo*, in *Raccolta*, 1994, p. 1477 hanno ricollegato la nozione di attività di interesse economico generale alle ipotesi in cui in cui l'impresa fosse tenuta ad assicurare i propri servizi a favore tutti gli utenti, in modo ininterrotto, a condizioni tariffarie uniformi e senza riguardo al grado di redditività di ciascuna operazione individuale, con esclusione di quei servizi che offrano prestazioni supplementari. Tale definizione dei criteri di valutazione dell'interesse generale è stata stigmatizzata da parte della dottrina italiana in quanto esiterebbe nella sottrazione a singoli Stati membri dell'individuazione degli strumenti di tutela degli interessi di carattere generale dei propri cittadini: si vedano, in particolare, V. SOTTILI, *L'art. 86 del Trattato CE*, in *Servizi essenziali e diritto*

rilevabilità del solo “errore manifesto” che aveva caratterizzato i primi interventi giurisprudenziali in materia¹⁰⁶.

Presupposto per la deroga al regime concorrenziale è che l'applicazione delle relative regole (e di quelle attuative delle libertà fondamentali garantite dal Trattato) risulti di ostacolo per la realizzazione della missione affidata: la qualificazione di una data attività quale servizio di interesse generale non legittima infatti di per sé un regime derogatorio, il quale risulta condizionato

comunitario, cit., p. 51; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi economici di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 391, per il quale la competenza della Corte a giudicare dell'esistenza dello specifico interesse generale addotto dagli Stati andrebbe ad elidere uno dei profili maggiormente perspicui della nozione di pubblico servizio, quale appunto il carattere eminentemente politico della decisione di considerare tale una determinata attività economica. L. PERFETTI, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 490, dall'esegesi della Comunicazione della Commissione europea del 20 settembre 2000, ricava da un lato che l'obiettivo del diritto comunitario non è tanto quello di delineare una autonoma definizione di pubblico servizio, quanto piuttosto di assicurare la garanzia della libertà di concorrenza anche in questo settore, dall'altro che, riconoscendo i predetti spazi di autonomia per le decisioni politiche dei singoli ordinamenti verrebbe smentita l'idea che in base al diritto comunitario sarebbe sostanzialmente abrogata la Costituzione economica nazionale; in termini sostanzialmente analoghi F. TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 955. Per l'opposta tesi della abrogazione della Costituzione economica italiana in conseguenza della sua incompatibilità con i principi comunitari cfr. G. CORSO, *Attività economica privata e “deregulation”*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, p. 629; M. ANTONIOLI, *Appunti per uno studio sul diritto pubblico della concorrenza*, in *Dir. economia*, 2000, p. 321. Sulla stessa linea sembrano porsi F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000, nonché M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000, spec. p. 39.

¹⁰⁶ Tale ampliamento dell'oggetto del controllo esercitato dalla Corte si estrinseca comunque anche in relazione al sindacato sui limiti alle regole concorrenziali introdotti a seguito della qualificazione quale servizio di interesse generale di una determinata attività: cfr. G. RACCA, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 213; D. CALDIROLA, *Servizi, privatizzazioni e concorrenza*, in *Servizi pubblici, concorrenza e diritti*, Milano, 2001, p. 133.

dall'ulteriore verifica in ordine alla necessità dell'esenzione per un corretto e profittevole svolgimento dello specifico incarico (e sempre che lo sviluppo degli scambi non risulti compromesso in misura contraria agli interessi della comunità).

Occorre quindi valutare da un lato la necessità di una deroga al regime di diritto comune, dall'altro la relativa misura, in applicazione del principio di proporzionalità, che assurge a criterio discretivo in relazione alla scelta tra principi concorrenziali e regimi speciali, esigendo, nella scelta dei provvedimenti da adottare, il ricorso a quelli che comportino le minori turbative per l'esercizio di un'attività economica¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Corte di Giustizia, sentenza 27 ottobre 1993, causa C-127/92, *Enderby*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 5535; ID., sentenza 17 maggio 1984, causa 15/83, *Denkavit Nederland*, in *Raccolta*, 1984, p. 2171. Trib. di primo grado, sentenza 19 giugno 1997, causa T-260/94, *Air Inter SA*, in *Raccolta*, 1997; Corte di Giustizia, sentenza 11 luglio 1989, causa C-265/87, *Schraeder*, in *Raccolta*, 1989, p. 2237; ID., sentenza 19 giugno 1980, cause riunite C41, 121 e 796/79, *Testa, Maggio e Vitale*, in *Raccolta*, 1980, p. 1979; ID., sentenza 28 marzo 1996, causa C-272/94, *Guiot*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1905; ID., sentenza 13 novembre 1990, causa C-331/88, in *Raccolta*, 1990, p. 406 ID., sentenza 13 maggio 1997, causa C-233/94, in *Raccolta*, 1997, p. 2045. Nella sentenza 13 dicembre 1991, causa C-18/88, in *Raccolta*, 1991, p. 5973, il riferimento al principio di proporzionalità risulta particolarmente evidente laddove la Corte procede dapprima a valutare il rapporto di necessità fra misura restrittiva e missione di interesse generale e solo successivamente verifica se la misura adottata risulta la meno incisiva sul piano delle deroghe ai principi concorrenziali. In dottrina, in tema di principio di proporzionalità: cfr. A. PIOGGIA, *Appunti per uno studio sulla nozione di pubblico servizio: i limiti e i requisiti dell'assunzione del servizio pubblico da parte dell'ente locale*, cit., p. 202; D. SORACE, *Servizi pubblici locali ed iniziativa privata*, in *Econ. pubbl.*, 1993, p. 13; A. PERICU, *Impresa ed obblighi di servizio pubblico*, cit., p. 28/ ss.; N. RANGONE, *I Servizi pubblici*, Padova, 1999, p. 231; V. SOTTILI, *Servizio pubblico e diritto comunitario*, in *Appunti essenziali e diritto comunitario*, Torino, 1999, p. 17. Secondo L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., p. 33, il principio di proporzionalità, recato in nuce nella formulazione dell'art. 43 Cost. e

Sotto tale profilo la Corte ha fatto spesso riferimento al requisito dell'indispensabilità della deroga, richiedendo che i medesimi risultati gestionali non potessero essere conseguiti osservando il regime di diritto comune¹⁰⁸.

La relatività temporale delle decisioni e la fluidità dell'elaborazione resa nel settore sono tuttavia dimostrate dalla più recente evoluzione interpretativa che ha superato le rigidità connesse al parametro dell'indispensabilità: a partire dalla sentenza *Corbeau*¹⁰⁹ si è infatti affermato che il presupposto per fruire delle specifiche esenzioni di cui all'art. 86 co. 2 va ravvisato nella necessità di garantire al fornitore del servizio la possibilità di operare in condizioni di equilibrio economico ed in una situazione di mercato economicamente accettabile¹¹⁰ (legittimando la compensazione fra settori di attività redditizi e non redditizi

presupposto implicito dell'art. 86 del Trattato CE, risulterebbe ora sancito espressamente anche dall'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

¹⁰⁸ Corte di Giustizia, sentenza 30 aprile 1974, causa 155/73, *Sacchi*, in *Raccolta*, 1974, p. 409; Corte di Giustizia, sentenza 23 aprile 1991, *Hofner*, causa C-41/90, in *Raccolta*, 1991, p. 5889. Da tale ultimo arresto A. PERICU, *Impresa ed obblighi di servizio pubblico*, cit. p. 289, deduce il principio in base al quale i poteri pubblici non sarebbero legittimati a sottrarre un'attività lucrativa al regime di mercato se su questo sono in grado di operare, con risultati più efficienti, imprenditori privati in regime di libera concorrenza.

¹⁰⁹ Corte di Giustizia, sentenza 19 maggio 1993, causa C-320/91, in *Raccolta*, 1993, I, p. 2553. In tale circostanza la Corte si è occupata della legittimità dei diritti esclusivi di cui, in virtù di una espressa riserva normativa, era beneficiaria l'impresa di gestione del servizio postale belga, la quale godeva di una sostanziale privativa non solo sul servizio di base, ma anche su servizi distinti e contigui — quali quelli di corriere rapido — rispetto a quelli oggetto della missione di interesse generale affidata. L'interesse della decisione è rappresentato dal fatto che l'estensione dell'esclusiva a tali settori è stata ritenuta legittima nei limiti in cui risultava necessaria a garantire, in un'ottica di compensazione fra settori distinti di attività, l'economicità complessiva dell'impresa.

¹¹⁰ Da ultimo, Corte di Giustizia, sentenza 25 ottobre 2001, causa C-475/2001, *Firma Ambulanz Glockner*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 391.

anche tramite una limitazione nell'accesso al mercato dei primi). Più di recente¹¹¹ si è poi precisato che, per attribuire legittime misure in deroga alle norme del Trattato, è sufficiente che l'applicazione di queste ultime possa risultare di ostacolo all'adempimento degli specifici obblighi di servizio pubblico imposti, senza che sia necessaria una vera e propria minaccia per la sopravvivenza dell'impresa.

Tali sentenze sono state lette da parte della dottrina come un adeguamento giurisprudenziale all'aprirsi dell'intervento della Comunità alle politiche sociali in conseguenza del Trattato di Maastricht e al nuovo equilibrio in tal modo realizzato fra il principio neo-liberista e i valori della solidarietà e dell'uguaglianza¹¹². In realtà esse sembrano più che altro prendere atto della circostanza che all'interno della categoria dei servizi di interesse generale è presente, accanto all'attività economica realizzabile con profitto nel rispetto delle regole di mercato, un insieme minimo di prestazioni, cui l'impresa è tenuta in ragione del perseguimento della missione assegnatale, le quali presentano carattere antieconomico e giustificano la previsione di meccanismi di compensazione idonei a permettere una gestione complessivamente redditizia dell'attività.

In sostanza, pur nella differente terminologia usata, viene sottolineata la centralità di quella categoria concettuale che è il servizio universale, la cui nozione viene elaborata nell'ambito della disciplina dei servizi a rete diretti a soddisfare bisogni vitali della collettività. Tale categoria, pur non trovando nel

¹¹¹ Sentenze a cause riunite del 23 ottobre 1997, cause C-157/94, C-158/94, C-159/94, in *Raccolta*, 1997, p. 5699.

¹¹² D. CALDIROLA, *La dimensione comunitaria del servizio pubblico, ovvero il servizio di interesse economico generale e il servizio universale*, in *Servizi pubblici, concorrenza diritti*, Milano, 2001, p. 136.

diritto comunitario un'univoca definizione, risulta caratterizzata da quell'insieme minimo di servizi che deve essere fornito in ciascuno Stato membro in modo da garantire l'accesso a determinate prestazioni essenziali, di qualità ed a prezzi abbordabili¹¹³: il fine è quindi quello di assicurare prestazioni informate agli obiettivi del servizio pubblico, quali la continuità, l'uguaglianza di trattamento e l'adattamento ai bisogni, garantendone l'accessibilità ad ogni categoria di utenti (indipendentemente dalle relative potenzialità economiche) anche in aree geografiche non profittevoli.

Secondo parte della dottrina, nel quadro dei servizi di interesse economico generale debbono ricomprendersi i "servizi universali"¹¹⁴: tale tipologia di servizi,

¹¹³ Definizione tratta dalla Comunicazione della Commissione dell'11 settembre 1996, *I servizi di interesse generale in Europa*, cit., e dalla direttiva 97/37/CE sull'interconnessione nel settore delle comunicazioni, che, secondo M. CLARICH, Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 183, rappresenta il referente normativo dotato di maggior chiarezza. Per un riferimento giurisprudenziale cfr. la sentenza della Corte di Giustizia 18 giugno 1998, causa C-266/96, *Soc. Corsica Ferries France c. Soc. Gruppo Antichi Ormeggiatori porto Genova*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, p. 223, ove si introduce la nozione di servizio universale accanto a quella di attività di interesse economico generale per individuare un ambito di attività (operazioni di ormeggio) entro una più ampia attività economica (le operazioni portuali), e rispetto alle quali è ritenuta giustificata la concessione di diritti esclusivi. In altre occasioni il giudice comunitario ha preferito utilizzare espressioni diverse, ma da significato analogo, quali servizio di base o servizio minimo (cfr. la già citata sentenza *Corbeau*).

¹¹⁴ In dottrina è diffusa la ricostruzione del servizio universale quale *species* della categoria "servizio economico generale": cfr. R. VILLATA, *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, cit., p. 19; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi economici di pubblica utilità*, cit., p. 393; N. RANGONE, *I Servizi pubblici*, cit., p. 21, ove si afferma che l'universalità della prestazione è un obiettivo sociale imposto nell'ambito del generale passaggio dai regimi speciali del servizio pubblico alla disciplina di diritto comune; G. TELESE, *Servizio di interesse economico generale e servizio universale nella giurisprudenza e nella normativa comunitaria*, cit., p. 947 ss., che sottolinea come il servizio universale è una

connotata dall'antieconomicità della prestazione, andrebbe a costituire l'ambito del servizio pubblico in senso stretto e sarebbe l'unica suscettibile di beneficiare delle deroghe al regime concorrenziale; la restante area ricompresa nell'ambito dei servizi di interesse economico generale risulterebbe per converso interamente liberalizzata e rientrerebbe a pieno titolo nell'ordinaria produzione di servizi di cui all'art. 49 del Trattato, senza beneficiare di alcuna misura protezionistica¹¹⁵.

prestazione che, per i suoi risvolti sociali, deve essere fornita a tutti gli utenti, laddove un servizio di interesse economico generale può essere fornito a vantaggio di ampie fasce, anche se non della totalità dei soggetti; in tema cfr. anche P. DE MARCO, *Il servizio universale nell'ordinamento italiano*, in *Rass. giur. en. elettr.*, 1998, p. 71 ss.; V. GASPARINI CASARI, *Il servizio universale*, in *Dir. econ.*, 2000, p. 263; V. JORDANA, *Il concetto di servizio universale nella normativa Comunitaria*, in *Rass. giur. ener. elettr.*, 1998, p. 63. Di recente, per una panoramica generale sull'attuazione del servizio universale nei vari settori interessati dalla disciplina comunitaria di liberalizzazione, 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 ss.

¹¹⁵ F. SALVIA, *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa*, cit., p. 546, non manca di rilevare che "l'avvenuto scorporo del servizio universale dalla rimanente parte liberalizzata dell'attività non ha eliminato del tutto i rapporti fra i due segmenti del servizio, ponendo nella fase gestionale delicatissimi problemi di riparto di quote di mercato e di compensazioni fra le diverse imprese, risolti con strumenti pubblicistici" - Nega che la contrapposizione possa essere quella fra attività di servizio universale e ordinarie attività di produzione di servizi L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa*, cit., p. 181, il quale condivisibilmente osserva che occorre piuttosto distinguere fra attività economiche gravate da obblighi di servizio pubblico (nell'ambito dei quali individuare anche quelli di servizio universale) e attività che non sono soggette a detti obblighi e dunque pienamente rispondenti alle regole del mercato concorrenziale, eventualmente sottoposte a quella che il citato Autore definisce "regolazione in senso debole".

Un'altra parte della dottrina¹¹⁶ opina in senso in parte diverso, negando al concetto di servizio universale una dimensione concettuale e prescrittiva autonoma, sottolineando come la nozione tende a focalizzare l'attenzione su elementi inclusi, ma non sempre adeguatamente esplicitati, nella ricostruzione del servizio pubblico, rappresentando in ultima analisi un ulteriore sviluppo della nozione di servizio pubblico tradizionalmente accolta nel nostro ordinamento, senza comunque pervenire ad un'integrale sovrapposizione tra i due concetti¹¹⁷.

In realtà occorre considerare che la specifica introduzione del servizio universale non ha come obiettivo quello di limitare la possibilità per gli Stati membri di fissare missioni di interesse generale ulteriori¹¹⁸ bensì di individuare

¹¹⁶ M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale; evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, cit., p. 194., il quale evidenzia che tanto la nozione di servizio pubblico quanto quella di servizio universale si radicano in situazioni di fallimento del mercato ed evocano entrambe una qualche dimensione di doverosità, intesa come obbligo assunto dal gestore pubblico di erogare il servizio a certe condizioni e con certe modalità, indipendentemente da valutazioni di mera convenienza economica.

¹¹⁷ Secondo L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., p. 66, mentre le nozioni di servizio economico generale e di servizio pubblico hanno una valenza prettamente descrittiva, nel senso che si limitano ad indicare la possibilità di imporre specifici adempimenti agli operatori con deroghe al regime concorrenziale, la nozione di servizio universale assume nel contesto comunitario un preciso significato contenutistico, laddove indica l'insieme di esigenze di interesse generale cui devono essere assoggettate, nell'intera comunità, determinate tipologie di attività.

¹¹⁸ In tal senso nella comunicazione della Commissione del 20 settembre 2000, i servizi di interesse generale in Europa, cit., ove, al punto 30, si afferma testualmente che “*nulla osta a che gli Stati membri definiscano delle missioni di interesse generale supplementari che vadano al di là de gli obblighi si servizio universale, a condizione che i mezzi utilizzati restino conformi al diritto comunitario*”. Cfr. anche A. PIOGGIA, *Appunti per uno studio sulla nozione di pubblico servizio; i limiti e i requisiti dell'assunzione del servizio pubblico da parte dell'ente locale*, cit., p. 199. Conforme sul punto N. RANGONE, *I servizi pubblici*, cit., p. 22: “*l'individuazione a livello comunitario di un nucleo centrale di servizi da prestare con carattere di necessaria universalità non*

già a livello sovranazionale un insieme minimo di prestazioni da garantire a tutti gli utenti a livelli tariffari accettabili.

Nella prospettiva comunitaria, un intervento pubblico volto ad imporre criteri allocativi non imprenditoriali ed i connessi strumenti di riequilibrio economico sono ammissibili solo in via subordinata al rispetto dell'osservanza del principio concorrenziale, in funzione del perseguimento di obiettivi che con quel mezzo non possono essere realizzati e proporzionalmente ad essi¹¹⁹, in modo tale da garantire l'equilibrio economico-finanziario e la redditività dell'impresa incaricata¹²⁰, legittimando da un lato l'estensione degli effetti delle misure di compensazione e delle limitazioni alla concorrenza anche a mercati diversi da quelli gravati dagli obblighi di servizio universale e dall'altro (punto quest'ultimo di centrale rilevanza), garantendo comunque la possibilità per i singoli Stati di fissare gli obiettivi di interesse generale ulteriori rispetto a quelli minimali individuati in sede comunitaria.

Tutto ciò premesso, un elemento merita di essere sottolineato: aver polarizzato l'analisi sugli aspetti concorrenziali non significa far coincidere la nozione di servizio pubblico ricavabile dalle disposizioni comunitarie con l'area

impedisce l'individuazione, a livello nazionale, di altre attività di interesse economico generale, a condizione che questo non si traduca in un ostacolo al processo di liberalizzazione. L'interesse generale che giustifica limitazioni della libertà d'impresa sotto forma di concessione di privilegi o imposizione di obblighi di servizio pubblico viene dunque individuato dal legislatore nazionale, vincolato a riconoscere rilevanza alle attività definite di interesse economico generale comunitario".

¹¹⁹ Come in precedenza illustrato, laddove la missione di interesse generale comporti l'obbligo di fornire prestazioni antieconomiche, il principio di proporzionalità implica che le eccezioni alle norme del Trattato in materia di concorrenza risulteranno giustificate nei limiti in cui risultino necessarie a compensare gli extra-costi generati dagli obblighi di servizio pubblico: cfr. Corte di Giustizia, 19 maggio 1993, causa C 320/91, *Corbeau*, cit.

legittimamente sottratta al regime del libero mercato, quasi che l'unico strumento di realizzazione dell'interesse generale possa essere la concessione di diritti speciali o esclusivi: al contrario va rimarcato che l'intervento dei pubblici poteri non deve risultare circoscritto alle ipotesi di insufficienza del mercato ¹²¹a fornire determinate prestazioni a determinati livelli qualitativi, quantitativi e tariffari, potendo, in presenza di un mercato che assicuri *ex se* tali requisiti, essere finalizzato a garantire obiettivi di continuità e non discriminazione nell'offerta: in tali ipotesi ciò che va sicuramente escluso è la necessità dell'utilizzo di strumenti aventi l'effetto di limitare la concorrenza, quali il conferimento di diritti speciali o esclusivi o la concessione di aiuti di Stato, se non indispensabili al raggiungimento degli obiettivi prefissati.

Un ulteriore profilo di analisi non può che riguardare la possibilità, prevista dallo stesso Trattato, di sostenere finanziariamente quei servizi di interesse generale che altrimenti non sarebbero economicamente gestibili.

La possibilità di finanziare la fornitura dei servizi pubblici può essere tuttavia limitata dalla legislazione comunitaria sugli aiuti di Stato¹²², anche se le

¹²⁰ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 27 aprile 1994, causa C-392/92, Comune d'Almelo, in *Raccolta*, 1994, p. 1477, par. 49.

¹²¹ L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit., p. 324; A. PIOGGIA, *Appunti per uno studio sulla nozione di pubblico servizio: i limiti e i requisiti dell'assunzione del servizio pubblico da parte dell'ente locale*, cit., p. 204; M. DUGATO, *Il servizio pubblico locale: realtà e virtualità nei criteri di classificazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, p. 929.

¹²² In materia A. ALLAMPRESE, *Aiuti di Stato e Corte di giustizia: osservazioni a partire dal caso Ente poste italiane*, in *Riv. giur. lav.*, 1999, II, p. 499; V. CAPUTO JAMBRENGHI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario vivente*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 1998, p. 1259; R. BARATTA, *Aiuti di Stato compatibili con il mercato comune e recupero di altri aiuti in contrasto con obblighi comunitari*, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 909; S. BARIATTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario*, Milano, 1998; C. MALINCONICO, *Tutela della concorrenza ed aiuti di Stato nell'ordinamento*

disposizioni del Trattato sono caratterizzate da una flessibilità sufficiente a consentire ausili e agevolazioni tributarie a compensazione degli obblighi di servizio pubblico assunti¹²³.

Ciò che occorre valutare per giudicare legittimo un aiuto di Stato, oltre all'assegnazione in base ad una procedura trasparente e non discriminatoria, è la sua necessità in rapporto all'obiettivo di compensazione degli obblighi di servizio pubblico e la proporzionalità dell'intervento realizzato, così come già rilevato in materia di concessione di diritti speciali o esclusivi: la copertura ex art. 86, co. 2 presuppone infatti che il valore dei benefici accordati non superi i sovracosti che l'impresa sopporta per fornire un servizio di interesse generale¹²⁴.

Tale impostazione è successivamente stata confermata dalla Commissione europea nella Relazione al Consiglio Europeo di Laeken sui servizi di interesse generale, ove le compensazioni finanziarie accordate dagli Stati ai fornitori di servizi pubblici erano state considerate quali vantaggi economici ai sensi dell'art.

comunitario, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, p. 431; M. CAPANTINI, *Servizi di interesse generale ed aiuti di Stato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, p. 478 ss.

¹²³ L. Malferrari, *Aiuti di Stato, vantaggi fiscali e servizi pubblici*, in *Dir. ind.*, 2002, p. 163 ss.

¹²⁴ Si tratta di un criterio sovente adottato dalla giurisprudenza: cfr. Tribunale di primo grado, sentenza 27 febbraio 1997, causa T-106/95, in *Raccolta*, 1997, p. 29 (citata dalla Commissione nella Comunicazione Com. 598 del 1710.2001), ove si afferma che “*la corresponsione di un aiuto di Stato può, ex art. 90/2 (ora 86/2) del Trattato, sfuggire al divieto di cui all'art. 92 del medesimo, a condizione che l'aiuto di cui trattasi miri solo a compensare il costo supplementare generato dall'adempimento della missione particolare incombente all'impresa incaricata della gestione di un servizio di interesse economico generale e che la concessione dell'aiuto si riveli necessaria affinché la suddetta impresa possa garantire il rispetto degli obblighi di servizio pubblico ad essa imposti in condizioni di equilibrio economico. L'esame circa la necessità dell'aiuto implica una valutazione globale delle condizioni economiche in cui l'impresa di cui trattasi svolge le attività proprie del settore ad essa riservato in esclusiva, senza tener conto degli eventuali benefici che essa può trarre da settori aperti alla concorrenza*”.

87 del Trattato, e quindi aiuti di Stato, di cui verificare la compatibilità con l'ordinamento comunitario alla stregua dell'art. 86. In tale sede peraltro si era confermata l'ampia discrezionalità degli Stati membri nello stabilire le modalità per effettuare le compensazioni dei sovracosti originati dagli obblighi di servizio pubblico, sia tramite sovvenzioni periodiche, sia attraverso trattamenti fiscali privilegiati, sia attraverso riduzioni degli obblighi contributivi o analoghe misure, il tutto però inquadrato nell'ottica della qualificazione di tali tipologie di intervento nell'ambito della categoria "aiuti di Stato".

Tale inquadramento non ha trovato però accoglimento nella più recente giurisprudenza comunitaria¹²⁵, tuttora orientata nel ritenere che una determinata contribuzione pubblica sia suscettibile di essere qualificata alla stregua di un aiuto di Stato solo se la stessa risulti tale da configurare un vantaggio concesso all'impresa beneficiaria che la stessa non potrebbe ottenere in condizioni normali di mercato, ma con la precisazione che si esula da tale fattispecie ogni qualvolta l'intervento finanziario statale sia diretto a compensare in via diretta le controprestazioni effettuate dalle imprese per assolvere gli obblighi di servizio pubblico: in tali ipotesi infatti l'intervento di sostegno non avrebbe l'effetto di collocare le imprese in una posizione più favorevole rispetto alle concorrenti.

Perché ciò si verifichi risulta comunque necessario che, a fronte dell'imposizione di obblighi di servizio pubblico, la determinazione, anche sotto il profilo quantitativo, delle misure compensative venga effettuata sulla base di criteri certi e predefiniti, al fine di garantire che la compensazione medesima non ecceda quanto necessario a coprire i costi originati dall'adempimento degli

¹²⁵ Corte di Giustizia, 24 luglio 2003, causa C-280/00, cit.

obblighi imposti (considerando anche un ragionevole margine di utile e i ricavi ottenuti dall'utenza).

Risulta altresì necessario il coordinamento con la necessità di un'adeguata selezione dei beneficiari realizzata in base ai consueti parametri di non discriminazione, trasparenza e parità di trattamento che, come si avrà modo di verificare, rappresentano il referente prioritario (e in un certo qual modo residuale) della disciplina delineata dal Trattato.

Approfondendo quest'ultimo punto occorre rilevare che il profilo della selezione dei gestori è quello attualmente più dibattuto, ma, secondo l'indirizzo di recente privilegiato dalla giurisprudenza comunitaria, l'affidamento diretto andrebbe reputato legittimo ogni qualvolta fosse assentito in favore di una articolazione organizzativa dello stesso ente affidante (cd. *in house*). In tale ipotesi, nella quale l'affidamento prescinde da qualsivoglia procedura concorsuale, la Corte ha precisato che la misura della compensazione economica deve essere determinata avendo a parametro di riferimento gli introiti potenziali che un'impresa potrebbe ottenere sul mercato in condizioni normali, chiaro sintomo dell'adattamento della regola generale ad una fattispecie peculiare che probabilmente diverrà, nel panorama interno, lo schema di base nella gestione dei servizi locali.

Tornando al quadro generale dei servizi pubblici delineato a livello europeo va ribadito che anche i recenti interventi normativi di carattere generale confermano la linea evolutiva in precedenza tratteggiata: si vuol far qui riferimento all'introduzione, con il Trattato di Amsterdam, dell'art. 16 Trattato CE¹²⁶ espressamente dedicato ai servizi di interesse generale.

¹²⁶ In base al quale *“fatti salvi gli articoli 73, 86 e 87, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni all'Unione,*

Secondo autorevoli opinioni¹²⁷ il rilievo di tale norma andrebbe circoscritto a finalità *lato sensu* politiche¹²⁸— ossia attinenti alla specificazione dei fini dell'azione comunitaria e dei principi e valori di riferimento caratterizzanti l'Unione — piuttosto che giuridiche: dal punto di vista precettivo l'aver sottolineato l'importanza dei servizi di interesse economico generale quali elementi centrali per la promozione dei valori della coesione sociale e della solidarietà non implicherebbe novità di rilievo nella soluzione dei rapporti concorrenza-servizi pubblici, vista la riserva relativa agli artt. 76 e 87 nella stessa disposizione contenuta, sì che tale norma non potrebbe essere utilizzata per contrastare la spinta liberalizzatrice della Comunità¹²⁹.

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”.

¹²⁷ L. RADICATI DI BROZOLO, *La nuova disposizione sui servizi di interesse economico generale*, in *Il diritto dell'Unione europea*, cit., p. 528; cfr. anche D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi economici di pubblico utilità*, cit., p. 401; G. CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur. quad. pubbl. serv.*, 1999, spec. p. 18 ss.

¹²⁸ Osserva G. E. BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, cit., p. 313, che “*la norma presenta evidentemente le caratteristiche di una di quelle clausole ambivalenti del diritto comunitario che, tradendo la loro origine di compromesso, creano quasi delle sacche di potere e di competenze che attendono di essere riempite dalla giurisprudenza ma che sostanzialmente legittimano approcci anche molto differenti tra loro*”.

¹²⁹ L. RADICATI DI BROZOLO, *La nuova disposizione sui servizi di interesse economico generale*, in *Il diritto dell'Unione europea*, cit., p. 529. In tal senso anche R. VILLATA, *Pubblici servizi*, cit., p. 21; F. GOISIS, *Rapporto di controllo, scelta del gestore di servizio pubblico, principi del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 586 ss. *Contra*, ritenendo che l'art. 16 possa rappresentare una vera e propria contropinta rispetto alla tendenza alle liberalizzazioni, F. MUNARI, *La disciplina dei servizi essenziali fra diritto comunitario, prerogative degli Stati membri e interesse generale*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2002, p. 74.

Deve comunque rilevarsi che, anche astretta entro un siffatta ottica riduttiva, la disposizione citata vale comunque a confermare la possibilità di conferire a determinate attività economiche la funzione di promuovere e sostenere i valori della coesione sociale e territoriale: come recentemente sottolineato¹³⁰, il nuovo testo dell'art. 16 Trattato parrebbe legittimare degli interventi pubblici estrinsecantesi nella predisposizione di regole e obblighi di condotta nei confronti delle imprese funzionali al perseguimento di finalità redistributive (e quindi tali da determinare un valore aggiunto per la collettività), mentre la clausola di riserva relativa agli artt. 75, 86 e 87 del Trattato avrebbe il ruolo di circoscrivere l'area dei possibili interventi in ossequio ad un generale parametro di residualità rispetto al normale operare dei principi di libera concorrenza.

Probabilmente quindi, senza ascrivere alla predetta norma effetti ultronei rispetto a quanto direttamente desumibile dal suo tenore letterale, la sua rilevanza potrebbe essere rinvenuta¹³¹ nel rendere esplicita l'attenzione che la Comunità riserva agli obiettivi di interesse economico generale, sì da diventare il canale privilegiato per promuovere azioni comunitarie che contribuiscano in modo positivo a soddisfare le finalità di servizio pubblico¹³² contribuendo a porre

¹³⁰ A. PERICU, *Impresa ed obblighi di servizio pubblico*, cit., p. 299.

¹³¹ B. MAMELI, *Servizio pubblico e concessione*, Milano, 1998, p. 136.

¹³² A tal riguardo S. GOZI, *Prime riflessioni sul Trattato di Amsterdam*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, p. 924 secondo cui tale disposizione “potrebbe contribuire all'elaborazione di una politica europea di servizio pubblico che soddisfi le esigenze di coesione sociale e territoriale”; D. CALDIROLA, *Servizi, privatizzazioni e concorrenza*, in *Servizi pubblici, concorrenza e diritti*, cit., p. 157, osserva invece che “l'art. 16 non disconosce le prerogative degli Stati nelle scelte politiche tese alla selezione degli interessi economici generali da affidare alle imprese, come già sancisce l'art. 86. ma a tali scelte affianca quelle comunitarie sotto un duplice aspetto: sia nel senso di correggere le scelte politiche degli Stati membri; armonizzando la disciplina di settore,

nuove basi per un più elastico equilibrio nella tensione fra principio di concorrenza e tutela degli interessi generali, equilibrio presupposto ma non definito dal citato art. 86 Trattato CE.

CAPITOLO SECONDO

PROFILI GENERALI DI DISCIPLINA

SOMMARIO: 2.1. Dalla rilevanza industriale alla rilevanza economica quale parametro normativo per l'individuazione della disciplina applicabile. 2.2. Il principio di separazione tra proprietà, gestione ed erogazione. 2.3. Il regime dominicale di impianti, reti e altre dotazioni patrimoniali destinati all'esercizio di servizi pubblici locali di rilevanza economica – 2.3.1. (*segue*) La proprietà in capo agli enti locali. 2.3.2 (*segue*) La proprietà in capo a società a capitale interamente pubblico. - 2.3.3. (*segue*) La proprietà in capo ad altri soggetti. – 2.3.4. Profili critici. - 2.4. L'attività di gestione della rete. - 2.5. Il principio di separazione della gestione delle reti e degli impianti dalla gestione dell'attività di erogazione dei servizi pubblici locali. - 2.6. L'affidamento della gestione della rete. - 2.6.1. (*segue*) Le società totalitariamente pubbliche di gestione delle reti. - 2.6.2 Il diritto di accesso. - 2.7. La formula societaria per la gestione dei servizi a rilevanza economica. - 2.8. La gestione del servizio. - 2.8.1. Il modello a concorsualità pura: l'affidamento mediante gara. - 2.8.2. Il modello a concorsualità mediata: l'affidamento a società mista. - 2.8.3. Il ruolo del privato nella società mista. - 2.8.4. La procedura di selezione del socio privato nella società mista. - 2.8.5. I rapporti tra legge ed autonomia privata nelle società partecipate dal settore pubblico tra interesse pubblico ed interesse sociale. – 2.8.6. L'autonomia statutaria in funzione del rafforzamento della tutela dell'interesse pubblico. – 2.8.7. L'attività extraterritoriale delle società miste. – 2.9. Il modello alternativo di gestione attraverso affidamento diretto ad una società a capitale interamente

... sia nel senso di farsi garante e promotrice di interessi generali di dimensione europea". Ciò non significherebbe tuttavia esautoramento delle competenze statali in materia di individuazione delle missioni di interesse generale: come autorevolmente rileva D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi economici di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 402, *“la disposizione dà atto che in materia le competenze sono ripartite fra Comunità e Stati ma, sia appunto con il richiamo a tale ripartizione di competenze, sia con l'ulteriore riferimento all'ambito di applicazione del presente Trattato, sembra soprattutto voler richiamare l'esigenza di un rigoroso rispetto delle competenze degli Stati membri 62 materia”* – Ritene che con l'art. 16 si sia di fatto codificato il principio del servizio universale F. MERUSI, *Le leggi del mercato, innovazione comunitaria ed autarchia nazionale*, 2002, p. 68.

pubblico. - 2.9.1. (*segue*) Il requisito del controllo analogo. - 2.9.2. (*segue*) Il requisito della partecipazione totalitaria di capitale pubblico. - 2.9.3. (*segue*) Il requisito del “soggetto dedicato”. - 2.10. L'organizzazione e la gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica.

2.1. Dalla rilevanza industriale alla rilevanza economica quale parametro normativo per l'individuazione della disciplina applicabile.

A livello organizzativo, il Legislatore ha delineato una bipartizione in seno alla nozione unitaria di servizio pubblico locale, distinguendo i servizi aventi rilevanza economica da quelli privi di tale rilevanza, prevedendo per ciascuna di tali categorie uno specifico statuto organizzativo.

Invero già nella vigenza dell'art. 22 legge n. 142/1990 era possibile classificare i servizi pubblici locali a seconda della loro natura imprenditoriale, commerciale e sociale, ma da tale qualificazione non derivava alcuna pratica conseguenza in ordine all'aspetto organizzativo o gestionale, prevedendo la legge uno statuto unitario.

Il T.U.E.L., all'art. 113, ha introdotto invece la distinzione tra “*servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale*” e “*servizi privi di rilevanza economica ed imprenditoriale*”, cui corrispondevano moduli differenziati di gestione del servizio: per i servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale si prevedeva la gestione in economia, in concessione a terzi, mediante azienda speciale ovvero a mezzo di società di capitali; per i secondi, invece, era previsto il solo modello gestionale dell'istituzione.

Successivamente, l'art. 35 legge n. 448/2001 ha modificato radicalmente tale assetto, operando, mediante la riformulazione dell'art. 113 T.U.E.L. e l'introduzione dell'art. 113-bis T.U.E.L., una distinzione tra i “*servizi di rilevanza industriale*” ed i “*servizi privi di rilevanza industriale*”.

L'art. 14 D.L. 269/2003 ha immutato ulteriormente il quadro normativo, attuando un parziale ritorno alla distinzione contenuta nell'originaria versione dell'art. 113 T.U.E.L. introducendo il criterio della rilevanza economica¹³³.

La riforma ha dunque determinato una rigida dicotomia nell'ambito dell'unitaria categoria dei servizi pubblici locali, delineando due distinte tipologie di servizi, ciascuna delle quali connotata da un proprio statuto organizzativo, con delle specifiche regole gestorie cui l'ente locale deve attenersi nell'organizzare il servizio¹³⁴.

La rilevanza economica del servizio rappresenta il parametro normativo per l'individuazione della disciplina applicabile in ordine alle diverse modalità di affidamento e di gestione dei servizi dettata dagli artt. 113 e 113 - bis T.U.E.L.: tale criterio però difetta di un'espressa enucleazione degli specifici contenuti delle predette categorie e conseguentemente di indici normativi atti alla classificazione dei singoli servizi¹³⁵, onde l'esatta determinazione dei *finis* tra le due categorie diviene una questione meramente interpretativa, che non può che svolgersi a

¹³³ Il principio di economicità connota in oggi l'intero plesso delle attività della Pubblica Amministrazione, non solo quelle di matrice privatistica ma anche quelle tradizionalmente considerate come non economiche (come la sanità e l'istruzione), onde non rappresenta più un discrimine tra impresa privata ed il soggetto pubblico. Tale principio ha trovato addirittura consacrazione a livello legislativo nell'art. 1 legge 7 agosto 1990, n. 241 nella disciplina dei principi dell'azione amministrativa e nell'art. 2 D. Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 in materia di organizzazione dei pubblici uffici.

¹³⁴ Ancorché si tratti di una mera indicazione *de iure condendo*, non può non rilevarsi che il cd. disegno di legge Lanzillotta (del 20 luglio 2006 n. S 772) recante la delega al governo per il riordino dei servizi pubblici locali, sopprime ogni distinzione di tipologie di servizi, il che fa concludere per il loro trattamento egualitario sotto l'egida del principio di concorrenza e della potenziale rilevanza economica.

¹³⁵ L'art. 14 del D.L. n. 269/2003 non solo non specifica le tipologie di servizi, ma non opera neppure un rinvio, a differenza dell'art. 35 legge n. 448/2001, ad un ad un emanando (ma mai emanato) regolamento governativo.

partire dalla questione se il carattere dell'economicità del servizio rappresenti una caratteristica inerente alla natura della attività ovvero se, con un approccio per così dire casuistico, debba considerarsi un attributo da individuare nel singolo caso in ragione delle concrete modalità organizzative adottate.

In altri termini, a differenza della nozione di industrialità del servizio, che appariva rigidamente ancorata ad elementi di carattere oggettivo discendenti dalle modalità di produzione del servizio, il rilievo economico può attenersi non soltanto alle caratteristiche strutturali di produzione del servizio ma anche dalle scelte organizzative poste in essere dall'ente locale¹³⁶.

Il criterio discretivo previgente, introdotto dall'art. 35 legge n. 448/2001, ancorando il concetto di industrialità del servizio alla nozione di organizzazione in forma d'impresa, finalizzata alla produzione e allo scambio di beni e servizi di cui agli artt. 2082 cod. civ. e 2195 cod. civ., appariva invece eccessivamente restrittivo in considerazione della possibilità di gestire in forma di impresa anche servizi di carattere sociale o meramente erogativo¹³⁷ alla luce del quadro normativo interno e delle indicazioni provenienti dal diritto comunitario¹³⁸.

¹³⁶ G. CAIA, *I servizi sociali degli enti locali e la loro gestione con affidamento a terzi. Premesse di inquadramento*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 2004, n. 4, p. 365 ss.; G. MARCOU, *Il servizio pubblico tra attività economiche e non economiche*, in *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, cit., p. 324..

¹³⁷ In questo senso non si ritiene di poter accedere a quell'opinione dottrinale (cfr. D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2002, II ed., p. 114 ss.) in base alla quale il criterio della rilevanza economica si configurerebbe come mera riproposizione del previgente criterio della rilevanza industriale: in particolare la rilevanza economica non sarebbe altro che un modo per indicare quei servizi che nel precedente regime avrebbero dovuto rappresentare le attività caratterizzate dalla rilevanza industriale, ossia i principali servizi erogati dagli enti locali, quali il servizio idrico, i rifiuti solidi urbani, il trasporto locale, il gas naturale e l'energia elettrica. Del resto, di tale impostazione sembra esservi traccia in recenti interventi legislativi regionali, che provvedono a disciplinare i servizi pubblici locali a rilevanza economica, senza però

Per converso, la definizione in termini di rilevanza economica di una data attività implica la necessità di fare riferimento, oltre che alle caratteristiche del servizio, anche alle modalità di organizzazione e gestione adottate dall'ente locale, quali ad esempio la previsione di un corrispettivo per il soggetto gestore del servizio (versato dalla collettività o direttamente dall'ente locale), oppure dalla diretta erogazione dello stesso da parte dell'ente medesimo¹³⁹.

fornire una nozione puntuale e limitandosi ad una elencazione dei servizi considerati di rilevanza industriale. La realtà è che un'interpretazione siffatta contraddice un dato di patente evidenza, vale a dire che i servizi di rilevanza economica non coincidono con i servizi di rilevanza industriale, in quanto i secondi possono essere al massimo considerati una sottocategoria dei primi, quella che più di ogni altra si differenzia dalle altre tipologie di servizi, in primo luogo da quelli c.d. sociali.

¹³⁸ Cfr. *Libro Verde sui servizi di interesse generale*, COM (2003) 237, par. 2.3., *Servizi economici e non economici*, in www.europa.eu.int/documents/comm/index_it.htm; Corte di Giustizia CE, 10 novembre 1998, C-360/96, *Gemeente Amhem. Gemeente Rheden c. BFI Holding BV*, in *Racc.* 1998, I-06821 e in *Giur. It.*, 1999, p. 347, par. 47-53, ove si stabilisce che “*alla luce della suesposte considerazioni, la terza questione deve essere risolta nel senso che la nozione di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale non esclude bisogni che siano o possano essere parimenti soddisfatti da imprese private*”; Corte di Giustizia CE, C-180-184/98, *Pavel Pavlov and Others c. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, in *Racc.* 2000, I- 6451.

¹³⁹ In questo senso è ipotizzabile, richiamandosi al contenuto del già citato “*Libro Verde sui servizi di interesse generale*” della Commissione Europea, una definizione dei servizi privi di rilevanza economica coincidente con quella dei servizi sociali in senso lato; la distinzione non sarebbe riconducibile alla natura (industriale o meno) delle attività relative ai servizi da affidare, ma alla complessità e remuneratività delle stesse

A tal riguardo parte della dottrina¹⁴⁰ ha fatto espresso riferimento alla nozione comunitaria di servizio di interesse generale così come enucleata dalla Corte di Giustizia C.E.¹⁴¹, vale a dire di servizi che riguardano la collettività, in quanto volti a soddisfare bisogni generali dei cittadini o, comunque, degli utenti o dei consumatori finali¹⁴²: ogni attività che implica l'offerta di beni e servizi su un dato mercato e che può essere svolta da un privato a scopo di lucro costituisce un'attività economica¹⁴³.

¹⁴⁰ Sembrano sostenere tale ricostruzione quegli autori che espressamente ritengono l'art. 14 D.L. n. 269/2003 lo strumento utilizzato dal legislatore italiano al fine di adeguare la normativa interna sui servizi pubblici locali alle norme dettate dal Trattato UE in materia di servizi di interesse generale. Cfr., al riguardo, quanto affermato da C. TESSAROLO, *Il nuovo ordinamento dei servizi pubblici locali*, entrambi in www.dirittodeiservizipubblici.it, nonché da A. VIGNERI, *Brevi osservazioni sul nuovo art. 113 del testo unico sull'ordinamento degli enti locali in materia di disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.astridonline.it.

¹⁴¹ Cfr. Corte di G.E., sentenza 27 maggio 2003, causa 18/2001.

¹⁴² Per una rassegna delle pronunce del Giudice comunitario con le quali sono state definite le caratteristiche del servizio di interesse economico generale, si veda in particolare G. CAPUTI, *Servizi pubblici e monopoli nella giurisprudenza comunitaria*, Torino, 2002, spec. p. 119 ss.. Soprattutto, L. PERFETTI, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 479 ss. Ma si deve, infine, segnalare che, come rilevato da G. MARCOU, *Il servizio pubblico tra attività economiche e non economiche*, in A. BRANCASI (a cura di), *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, Bologna, 2003, p. 325 ss., la nozione di servizio di interesse economico generale adottata dalla Commissione e quella adottata dal giudice comunitario non coincidono, in quanto il giudice del Lussemburgo ha più volte osservato che la natura economica del servizio deve essere verificata, caso per caso, sulla base di una valutazione di fatto e applicando il tradizionale criterio della "natura delle cose" da sempre seguito da tale giudice (su tale criterio cfr. F. MERUSI, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, p. 39 ss.).

¹⁴³ Cfr. Comunicazione della Commissione "Mettre en oeuvre le programme communautaire de Lisbonne. Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne" COM(2006) 177 def. [SEC(2006) 516] del 26 aprile 2006, ove il servizio di

I servizi pubblici locali aventi rilevanza economica sono, pertanto, tutti quei servizi che riguardano la collettività e che vengono offerti in un determinato mercato dietro il pagamento, da parte degli utenti, di un prezzo (o canone), che, di regola, serve a coprire i costi, oltre a remunerare il capitale investito. I servizi pubblici locali privi di rilevanza economica sono, di conseguenza, quei servizi che hanno principalmente carattere solidaristico e che non danno luogo alla realizzazione di profitti o che, comunque, non vengono svolti a scopo di lucro.

In questa prospettiva, appare evidente che vi possono essere servizi che, in determinati contesti geografici o sociali hanno rilievo economico, mentre in altri ne sono privi¹⁴⁴.

Il che, in definitiva, comporta che il carattere economico o non economico di un servizio non può essere stabilito aprioristicamente (dove l'impossibilità di procedere ad una elencazione compiuta), ma va determinato in relazione ai singoli specifici contesti.

natura economica è definito come “ogni prestazione fornita contro remunerazione” anche se non pagata direttamente da coloro che ne beneficiano. Ne segue – nelle parole della Commissione – che la “quasi totalità dei servizi prestati nel campo sociale possono essere considerate come attività economiche ai sensi degli articoli 43 e 49 del Trattato CE”.

¹⁴⁴ A titolo esemplificativo il trasporto di alunni effettuato nell'ente locale per finalità sociali non ha alcuna rilevanza economica, mentre ha tale rilevanza il trasporto pubblico di utenti che pagano il servizio, anche con prezzo politico. Una centrale del latte può produrre latte ed alienarlo gratuitamente ai cittadini dell'ente locale oppure, al contrario, vendere il prodotto a prezzo di mercato (o ad un prezzo calmierato): nel primo caso effettuerà un servizio pubblico privo di rilevanza economica; nel secondo un servizio “a rilevanza economica” con effetti in ordine ai conseguenti modelli organizzativi.

Non è imprenditore l'ente pubblico o l'associazione privata che gestiscono gratuitamente o ad un prezzo simbolico un ospedale, mentre lo è chi gestisce i medesimi servizi con metodo economico, cioè con copertura dei costi con i ricavi anche se le condizioni di mercato non consentono di ottenere degli utili ed anche se è ispirata ad un fine pubblico.

La nozione elaborata in sede comunitaria a proposito dei servizi di interesse generale è stata richiamata anche dalla Corte costituzionale nella sentenza del 27 luglio 2004, n. 272, e di essa la Corte ha indicato anche i limiti, correlandoli al carattere dinamico ed evolutivo della distinzione¹⁴⁵.

La sentenza per vero pare quasi preconizzare “una via interna” rispetto alla soluzione del problema, legittimando l’intervento del giudice nazionale al fine di definire in concreto l’appartenenza all’una o all’altra categoria dei servizi pubblici locali¹⁴⁶.

Seguendo, allora, l’impostazione metodologica delineata dal Giudice delle leggi, il concetto di attività economica, oltre che da indicazioni provenienti dal contesto giuridico europeo, può essere ricostruito anche alla luce dell’ordinamento interno, in primo luogo facendo riferimento all’art. 2082 cod. civ.¹⁴⁷: il carattere dell’economicità enunciato da tale disposizione quale

¹⁴⁵ La Corte Costituzionale ha sottolineato l’importanza della distinzione tra attività economiche e non economiche sia ai fini dell’applicazione delle regole in materia di concorrenza, rientrando le stesse nell’ambito di applicazione di diverse norme del Trattato, sia, mediamente, ai fini del riparto delle competenze legislative in materia. Con riguardo a quest’ultimo profilo deve considerarsi che ai sensi dell’art. 117, co. 2, lett. e), la fissazione dei principi fondamentali nella materia dei pubblici servizi di rilievo economico rientra nella competenza legislativa esclusiva dello Stato, in quanto ascrivibile alla materia inerente alla tutela della concorrenza, mentre rientra nella competenza normativa regionale e locale la disciplina dei servizi privi di rilievo economico.

¹⁴⁶ La Corte Costituzionale, infatti, afferma espressamente che, alla luce della stessa giurisprudenza comunitaria, spetta “*al giudice nazionale valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto, in particolare, dell’assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, della mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività ed anche del l’eventuale finanziamento pubblico dell’attività in questione*”.

¹⁴⁷ Seguono tale impostazione A. BARBIERO, *Note di analisi sull’evoluzione del sistema normativo di riferimento per i servizi pubblici locali*, cit., G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, cit., e A. PURCARO, *La riforma dei servizi pubblici locali: appunti a margine dell’art. 14 del*

principale indice definitorio della nozione di imprenditore, riguarda quelle tipologie di attività suscettibile di essere esercitate in modo tale da produrre degli utili, garantendo quindi almeno la copertura dei costi di produzione e dunque, in ultima analisi, l'autosufficienza nel mercato¹⁴⁸.

In altri termini, la rilevanza economica del servizio pubblico locale deriverebbe dalla decisione dell'ente di procedere alla gestione dello stesso secondo modalità in astratto idonee a garantire le entrate necessarie per coprire quantomeno i costi di produzione, mentre per converso la rilevanza economica andrebbe esclusa per quei servizi per i quali l'Amministrazione intende assicurare la copertura dei costi ricorrendo alla fiscalità generale ovvero applicando prezzi politici¹⁴⁹.

decreto legge n. 269/2003, in www.lexitalia.it, n. 10, 2003. Riconosce invece la primazia della nozione comunitaria di attività economica S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, cit., p. 205 ss.

¹⁴⁸ Su questa linea interpretativa si è orientato anche il Giudice amministrativo, che ha ricollegato la nozione di rilevanza economica ad un duplice ordine di elementi, segnatamente la potenziale incidenza sull'assetto della concorrenza e la redditività, chiarendo in particolare che il carattere della redditività non viene meno in presenza di forme di finanziamento pubblico, più o meno ampie, dell'attività in questione. (cfr., *ex pluribus*, TAR Sardegna, sez. I, 02.08.2005 n. 1729, confermata da Cons. Stato, Sez. V, 30.08.2006 n. 5072 con riguardo alla “*gestione della comunità alloggio per minori, del centro educativo diurno per minori e della mensa sociale, di assistenza domiciliare in favore di persone anziane e/o svantaggiate, di consegna di pasti caldi a domicilio, di lavanderia e stireria e la gestione del centro di aggregazione per anziani*”. È invece privo di rilevanza economica quel servizio che, per sua natura o per i vincoli ai quali è sottoposta la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna competizione e quindi appare irrilevante ai fini della concorrenza.

¹⁴⁹ Al riguardo, è utile notare che secondo V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, p. 59, ricollegava la nozione di “economicità” (con riferimento ai servizi pubblici) all’ “*attitudine in astratto dell'attività stessa alla produzione di un utile economico; che può tuttavia non esservi in concreto, perché l'attività viene esercitata (come spesso accade nei casi di esercizio pubblico) attraverso il*

Insomma, l'art. 14 D.L. n. 269/2003 ha l'effetto di dare rilievo al “*criterio della sopportazione diretta del rischio economico della propria attività*”¹⁵⁰, al fine di definire in concreto quali iniziative siano riconducibili alla categoria di servizi pubblici locali di rilievo economico¹⁵¹.

Del resto, già la dottrina giuspubblicistica, formatasi in relazione alla definizione della categoria dell'economicità in relazione alle imprese pubbliche ed al sistema delle partecipazioni statali, aveva legato tale criterio al dato organizzativo oltre che al profilo teleologico dell'autosufficienza nella gestione¹⁵².

sistema delle c.d. aziende di erogazione, tendenti non al profitto ma alla mera remunerazione dei fattori di produzione”. Sembra aderire a tale ricostruzione A. VIGNERI, *Servizi pubblici e interventi pubblici locali*, cit., p. 239 ss.

¹⁵⁰ Così F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, cit., p. 57 ss., anche se l'Autore manifesta alcuni dubbi circa la compatibilità di tale scelta legislativa con l'istituzionalizzazione del principio che impone sempre il costo sociale del servizio da parte dell'ente pubblico.

¹⁵¹ G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it/studiecontributi, par. 2, p. 3-8. Al riguardo sono state proposte varie ricostruzioni, con riferimento ad esempio al criterio del lucro oggettivo, per il quale sono economici solo quei servizi che sono suscettibili almeno in astratto di dar luogo ad un lucro oggettivo (ossia i cui costi sono remunerati dai profitti, almeno in astratto, riconducibili a quella attività). Un ulteriore criterio è fondato invece sul cd. lucro soggettivo che ricollega il carattere economico del servizio alla possibile redditività dell'attività anche se erogata in forma di impresa. Quindi anche i servizi culturali e del tempo libero potrebbero, se organizzati in forma di impresa, essere qualificati come servizi di carattere economico: a ciò osta, peraltro, l'esplicita definizione legislativa che dà la qualificazione in termini di servizio non economico a questi servizi culturali e del tempo libero.

¹⁵² A proposito dell'economicità dell'attività imprenditoriale scrive, infatti, F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, III, t. I, Padova, 1990, p. 23, che “*in che cosa consista l'economicità dell'attività produttiva è reso palese dalla disciplina degli enti pubblici economici*” Sul criterio di economicità con riferimento alle imprese pubbliche si veda, in particolare, la ricostruzione di F. ROVERSI MONACO, *Gli enti di gestione: struttura, funzioni, limiti*, Milano, 1967, p. 204 ss., successivamente approfondita in ID., *L'attività economica pubblica*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico*

In tale prospettiva i servizi pubblici economici verrebbero ad essere individuati in quei servizi per i quali i costi sono integralmente a carico degli utenti, senza che il soggetto erogatore fruisca in via ordinaria di trasferimenti di risorse pubbliche (eccettuate – deve ritenersi – contribuzioni correlate ad obblighi di servizio pubblico), mentre servizi pubblici non economici risulterebbero quei servizi per i quali i costi non sono integralmente a carico dagli utenti ed rispetto ai quali il soggetto erogatore beneficia in via ordinaria di trasferimenti di risorse pubbliche¹⁵³.

Quest'ultima ricostruzione appare la più convincente, e ciò per diversi ordini di ragioni.

In primo luogo, in quanto troverebbe uno specifico indice normativo nell'art. 112 co. 1 T.U.E.L., nella parte in cui individua l'oggetto del servizio pubblico locale nella “*produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali*”.

Inoltre, una tale ricostruzione valorizzerebbe l'autonomia, soprattutto organizzativa, degli enti locali, considerato che la distinzione in concreto tra le due categorie di servizi sarebbe demandata a questi ultimi in ragione del modello gestionale che si intende dare ad una particolare attività di servizio pubblico: in tal modo si enfatizzerebbe vieppiù il momento politico nella scelta del modello

dell'economia, diretto da F. GALGANO, I, Padova, 1977, p. 385 ss.. In particolare scrive G. ROSSI, *I criteri di economicità nella gestione delle imprese pubbliche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, p. 250: “*i criteri di economicità nella gestione aziendale vengono quindi a qualificare, entro certi limiti, gli obiettivi dell'impresa che non possono essere contrastanti con le esigenze di autosufficienza della gestione e, in relazione a tali obiettivi, determinano un tipo di gestione aziendale che non può non avere carattere imprenditoriale*”.

¹⁵³ Cfr. G. PIPERATA, *Tipicità ed autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005, p. 241 ss..

economico o non economico in base al quale gestire una attività di produzione di beni o servizi¹⁵⁴.

Per qualificare un servizio pubblico come avente rilevanza economica o meno si dovrà quindi prendere in considerazione non solo la tipologia o caratteristica merceologica del servizio, ma anche la concreta soluzione organizzativa che l'ente locale ha adottato (servizi della cultura e del tempo libero da erogare, a seconda della scelta dell'ente pubblico, con o senza copertura dei costi)¹⁵⁵: vi sono dei servizi pubblici che presentano tipologicamente un carattere neutro e che acquistano rilievo economico in base al modulo organizzativo adottato dall'ente locale per la sua gestione, ritenendosi cioè sufficiente, per l'interesse della collettività, che la prestazione sia erogata anche a pagamento ovvero, all'opposto, che la prestazione per essere di servizio pubblico debba essere resa gratuitamente o sottocosto¹⁵⁶.

Ed è lo stesso testo legislativo a presentare una formulazione generica ed ampia laddove utilizza l'espressione "rilevanza", ricomprendendovi sia ciò che ha

¹⁵⁴ Il riferimento è alla ricostruzione operata da R. MERUSI, voce *Servizio pubblico*, in *NN. DI.*, XV, 1970, p. 215 ss., e recentemente ripresa da A. PERICU, *Fattispecie e regime della gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale*, in *Aedon*, n. 1, 2002.

¹⁵⁵ Pertanto, saranno privi di rilevanza economica i servizi che sono resi agli utenti in chiave meramente erogativa e che, inoltre, non richiedono una organizzazione di impresa in senso obiettivo.

¹⁵⁶ Esemplificando, vi sono servizi pubblici per i quali la legislazione impone una tariffa economica (es. servizio idrico integrato, la cui tariffa ai sensi dell'art. 13, comma 2° della legge 5 gennaio 1994, n. 36 "è determinata tenendo conto della qualità della risorsa idrica e del servizio fornito, delle opere e degli adeguamenti necessari, dell'entità dei costi di gestione delle opere, dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito e dei costi di gestione delle aree di salvaguardia, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio") ed invece servizi pubblici che per essere

“carattere” economico in senso stretto, sia ciò che può essere rilevante economicamente pur quando la prestazione resa agli utenti non integra di per sé un'attività economica perché il servizio (al) pubblico è di tipo sociale o meramente erogativo.

Il carattere economico tuttavia presenta "rilievo" economico in senso relativo (segnatamente per il gestore e prima ancora per i vari soggetti che intendono concorrere all'affidamento della gestione) laddove l'ente locale abbia la necessità di ricorrere ad imprese esterne per assicurare le prestazioni di servizio pubblico senza "carattere economico" (perché sociale o meramente erogativo) dietro corrispettivo, del quale l'ente locale si fa carico in via totale o assolutamente predominante perché gli utenti corrispondono al massimo un contributo simbolico (del tipo comunemente denominato quale *ticket*).

In questa situazione, il servizio pubblico ha rilevanza economica per il mercato (*rectius*, per i privati operatori) perché, pur se viene erogato agli utenti senza oneri per loro o nettamente sottocosto, il prestatore incaricato dall'ente locale deve ricevere un corrispettivo: in tal caso, dovendo la prestazione essere erogata al pubblico gratuitamente o sottocosto e sussistendo comunque la necessità di organizzare il servizio mediante l'esternalizzazione ad imprese (per impossibilità contingente dell'ente locale di provvedervi direttamente), l'ente locale si pone come utente collettivo del servizio pubblico che versa il corrispettivo al gestore, per il quale il servizio ha pertanto rilevanza economica.

Del resto, considerando che gli operatori dei servizi sociali, della cultura e del tempo libero potranno essere tanto soggetti con finalità lucrative quanto organizzazioni *no-profit*, si può ricordare che non è necessaria la sussistenza di

tali devono necessariamente venire erogati con oneri a totale carico dell'ente locale o sottocosto.

una finalità economica da parte del soggetto che esegue le prestazioni, risultando sufficiente che l'attività di produzione di beni o servizi si configuri come tale da remunerare i fattori della produzione impiegati¹⁵⁷.

In conclusione, quindi, la rilevanza economica o meno si ha quando l'attività del gestore, in dipendenza delle caratteristiche ontologiche del servizio pubblico ovvero della volontà organizzativa dell'ente locale, assume (*rectius* deve assumere) il carattere dell'impresa come delineata dall'ordinamento civile, risultando per converso irrilevante che a fruire di tale attività vi siano utenti tenuti a versare un corrispettivo ovvero piuttosto un utente collettivo, rappresentato dall'ente locale, che si fa carico dei costi del servizio.

Del resto, questa conclusione non sembra smentita dal fatto che vi siano organizzazioni *no-profit*, perché esse svolgono comunque un'attività di impresa nel mercato ove siano richieste dall'ente locale di svolgere un servizio pubblico per il quale ottengono dall'ente locale stesso (utente collettivo) un corrispettivo¹⁵⁸.

Vi possono anche essere situazioni differenti, ma allora si è al di fuori del servizio pubblico "dell'ente locale". Quando cioè le organizzazioni *no-profit*

¹⁵⁷ La nozione di impresa non attiene infatti al soggetto bensì alla “*specificata attività concretamente svolta secondo i parametri oggettivi indicati negli artt. 2082 e 2195 c.c.*” e pertanto anche un ente morale senza scopo di lucro può esercitare un'impresa perché il “*fine di lucro è implicito in ogni attività economica nel senso che ogni attività economica, per essere proficua, deve necessariamente non essere esercitata in perdita*” (T.A.R. Toscana, sez. II, 11 marzo 1998, n. 251; ma vedi anche TAR Lazio, sez. III bis, 29 maggio 1998, n. 1239).

¹⁵⁸ Al riguardo, è interessante quanto deciso da TAR Liguria, sez. II, 23 dicembre 2002, n. 727: gli enti *no-profit* del cd. terzo settore sono da considerare imprese, ove ne ricorrano i presupposti, in relazione all'esercizio di attività economica (servizi prestati a fronte di corrispettivi remunerativi, ancorché versati dall'ente pubblico), ed in quanto ciò si

svolgono servizi a titolo proprio nel quadro della sussidiarietà e dell'autonomia privata; in questo caso non vi sarà corrispettivo (ad es. perché il servizio è reso spontaneamente dall'organizzazione privata per assolvere ai propri scopi ideali ovvero perché essa riceve solo contributi pubblici a parziale copertura dei costi o rimborsi spese che non integrano corrispettivo) e l'eventuale legame convenzionale con l'ente locale sarà di coordinamento e non di investitura di un servizio pubblico voluto e per ciò organizzato dall'ente locale stesso.

2.2. Il principio di separazione tra proprietà, gestione ed erogazione.

Nell'ambito dei servizi a rilevanza economica, l'attuale impianto normativo, risultante dalla novella del 2003, si contraddistingue per l'enfaticizzazione del ruolo gestionale dell'ente locale, con la correlata obliterazione del modello propugnato dal legislatore del 2001 in base al quale la funzione del soggetto pubblico era limitata alla regolazione del settore.

Elemento perspicuo del presente modello di riferimento non è dunque l'espletamento di una procedura ad evidenza pubblica per l'assegnazione del servizio, ridotta a mera alternativa rispetto all'intervento diretto, ma va piuttosto rinvenuto nella scissione tra assetto proprietario (ed eventualmente gestionale) delle reti e degli impianti rispetto alla fase erogativa in senso proprio.

L'art. 113 T.U.E.L., infatti, stabilisce una netta separazione tra, da un lato, la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi e, dall'altro, la gestione degli stessi impianti, reti e dotazioni e

verificati sono legittimati a partecipare a gare pubbliche per l'assegnazione di servizi in concorrenza con operatori di altro tipo.

l'erogazione del servizio. I commi 3 e 4 dell'art. 113 disciplinano inoltre i casi in cui l'attività di gestione dei beni è separata dall'attività di erogazione dei servizi pubblici locali.

In ogni caso, la disciplina delle infrastrutture strumentali rappresenta un'indubbia innovazione rispetto alla disciplina del 1990¹⁵⁹, dove risultava del tutto assente in quanto assorbita dal profilo gestionale del servizio globalmente inteso e dove le reti e gli impianti venivano considerati non già sotto il profilo positivo del loro valore patrimoniale, bensì sotto quello negativo degli oneri economici per la relativa realizzazione e manutenzione¹⁶⁰.

Nella disciplina concernente la gestione delle infrastrutture e del relativo assetto proprietario emerge, seppur indirettamente, il riferimento alla regolamentazione europea dei servizi a rete, connotata, a livello di diritto derivato, dalla generalizzata imposizione, in relazione a tali infrastrutture non duplicabili, di un obbligo di separazione verticale dei vari segmenti funzionali del sistema.

¹⁵⁹ La disciplina della proprietà e della gestione delle reti e degli altri beni strumentali ai servizi locali di rilievo economico è di sicuro uno dei profili più innovativi della riforma di settore, *in primis* per la circostanza che nella previgente disciplina tali aspetti non costituivano oggetto di esplicita regolazione, a differenza che nel passato regime all'interno del quale erano relegati ad una situazione di “*sostanziale marginalità rispetto ai temi centrali dell'organizzazione e del l'erogazione del servizio*”¹⁵⁹.

¹⁶⁰ M DUGATO, *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici essenziali*, in *Riv. trim. Appalti*, 2003, p. 522 ss., il quale osserva che nella disciplina previgente “*l'unico aspetto per il quale vi era concreta attenzione era la natura giuridica dei beni strumentali al servizio, poiché da esso dipendevano le vie di capitalizzazione delle società miste che si andavano via via affermando come gli ordinari strumenti di gestione. Infatti la loro riconducibilità al novero dei beni demaniali piuttosto che a quello dei beni patrimoniali disponibili o indisponibili determinava l'impossibilità giuridica di conferirne la proprietà alla società e la conseguente necessità per l'ente locale di far fronte, in danaro o in altro modo, alla capitalizzazione della propria partecipazione*”.

2.3. Il regime dominicale di impianti, reti e altre dotazioni patrimoniali destinati all'esercizio di servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Per quanto attiene specificamente alla disciplina degli assetti proprietari dei beni strumentali, il comma 2 dell'art. 113 T.U.E.L. pone la regola generale secondo cui *“gli enti locali non possono cedere la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici”* di rilievo economico: ne consegue che può predicarsi la vigenza del principio di pubblicità dei beni strumentali alla produzione ed all'erogazione dei servizi pubblici locali.

Per quanto riguarda, poi, la *ratio* che connota il comma 2 dell'art. 113 T.U.E.L. è chiaro che nell'intenzione del Legislatore del 2001 tale previsione avrebbe dovuto compensare il processo di liberalizzazione del servizio attraverso l'affidamento ad una impresa selezionata esternamente della gestione del servizio stesso.

In tale prospettiva, il privato avrebbe dovuto occuparsi della attività di erogazione del servizio e, nel caso di mancata separazione, avrebbe potuto prendere in carico anche la gestione della rete e degli altri beni strumentali, mentre la proprietà degli stessi sarebbe rimasta in capo all'ente locale. Tale evenienza può tuttora verificarsi laddove risultino integrati i presupposti di cui alla lett. a), comma 5, art. 113 T.U.E.L., vale a dire nel caso in cui l'ente locale conferisca il servizio ad un'impresa selezionata all'esito di una procedura ad evidenza pubblica; viceversa la logica perde di rilievo nei casi in cui la scelta organizzativa dell'Amministrazione privilegi una soluzione interna attraverso l'affidamento ad una propria società.

Ai sensi dell'art. 113 co. 2 T.U.E.L. nel testo oggi vigente, quindi, gli enti locali, se sono proprietari delle reti e degli altri strumenti per la produzione dei servizi pubblici locali, non possono cedere la proprietà di tali beni.

Ciò, comunque, non rappresenta una scelta obbligata, in quanto la disciplina di riferimento consente altre opzioni organizzative al riguardo. La dottrina, infatti, ha già evidenziato che, alla luce della disciplina introdotta dall'art. 35, 1. n. 448/ 2001, oltre all'ipotesi ordinaria di imputazione della proprietà dei beni strumentali al servizio all'ente locale di riferimento, sussistono altri quattro modelli di regime dominicale¹⁶¹, e cioè: 1) il conferimento in via diretta a società di capitali a partecipazione pubblica totalitaria ed incedibile (art. 113 co. 13); 2) il conferimento in via diretta a società di capitali a partecipazione pubblica totalitaria ed incedibile per effetto dello scorporo da preesistenti società affidatarie dirette del servizio (art. 35 co. 9 e 10 legge n. 448/2001); 3) il mantenimento della proprietà in capo a società a partecipazione pubbliche incaricate anche della gestione del servizio che siano quotate in borsa, salva la possibilità di cessione della partecipazione azionaria dell'ente locale con costituzione a suo favore di un diritto d'uso perpetuo sull'infrastruttura; 4) il mantenimento della proprietà dell'infrastruttura da parte di soggetti diversi dagli enti locali.

¹⁶¹ Sul punto concordano L. PERFETTI, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della l. 448/2001 ed i possibili profili evolutivi*, cit., p. 604; S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, cit., p. 222 s. Riduce le opzioni organizzative a tre, invece, M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004, p. 148 ss. Per un approfondimento delle sole opzioni societarie, cfr. M. CENTONZE, *Le società miste: profili di diritto societario*, in *La riforma dei servizi pubblici locali (art. 35 l. 28 dicembre 2001, n. 448, legge finanziaria 2002)*, cit., p. 44 ss.

2.3.1. (segue) La proprietà in capo agli enti locali.

Il principio generale, cui derogano i servizi privi di rilevanza economica (che anche sotto questo aspetto si confermano come un sottosistema integralmente autonomo), è quindi infatti quello della proprietà pubblica delle reti¹⁶², degli impianti e delle altre dotazioni¹⁶³ destinate all'esercizio dei servizi: il secondo alinea del novellato art. 113 T.U.E.L. vieta agli enti locali di cederne la proprietà¹⁶⁴, salvo la tassativa deroga di cui al successivo comma tredicesimo.

In tal modo, ai sensi dell'artt. 822 co. 2 cod. civ., i predetti beni non vengono più assoggettati al regime giuridico dei beni afferenti al patrimonio indisponibile (come accadeva nel precedente modello stante il vincolo della

¹⁶² Nell'ambito dei servizi a rete, occorre distinguere tra servizi che possono essere forniti solo mediante infrastruttura fissa (ad esempio la distribuzione del gas od il trasporto su rotaia) e quelli caratterizzati da rete non infrastrutturale (il servizio postale o la telefonia mobile). Osserva a tal riguardo S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004, p. 213 che *"in entrambi i casi, comunque, la diseconomicità di effettuare investimenti per la duplicazione delle reti impone, in un disegno di liberalizzazione, che ne sia consentito l'utilizzo ai nuovi gestori a condizioni eque e non discriminatorie"*.

¹⁶³ Relativamente all'interpretazione della locuzione *"reti, impianti e altre dotazioni per l'esercizio dei servizi pubblici locali"*: L. PERFETTI, *I servizi pubblici locali, La riforma del settore operata dall'art. 35 della l. n. 448/2001 ed i possibili profili evolutivi*, cit., p. 606, la nozione di dotazioni patrimoniali dovrebbe intendersi con riguardo alla funzione principale che la separazione è diretta a realizzare, ovvero a rendere contendibile il mercato attraverso la scissione tra assetto proprietario delle dotazioni non replicabili e attività di gestione del servizio. Nel significato specifico della norma dovrebbero conseguentemente essere ricomprese esclusivamente le sole dotazioni strettamente funzionali all'espletamento del servizio, risultando in definitiva oggetto di proprietà e gestione separata la sola infrastruttura non duplicabile. In argomento si vedano M. DUGATO, *I Servizi pubblici degli enti locali*, cit., p. 220 ss.; G. E. BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, Milano, 2003, p. 238.

¹⁶⁴ Trattasi di norma di carattere imperativo, con la conseguenza che un eventuale trasferimento attuato in spregio al divieto risulterebbe affetto da nullità ai sensi dell'art.

destinazione all'esercizio dell'impresa) bensì a quello più rigido della demanialità¹⁶⁵.

La previsione in parola, così come integrata dalle disposizioni volte a garantire l'accesso alla rete in favore di tutti i soggetti legittimati all'erogazione dei relativi servizi, rinviene la sua intima *ratio* nella *voluntas legis* di separare l'assetto proprietario dell'infrastruttura dalla gestione del servizio, mantenendo comunque il controllo pubblico su beni strategicamente rilevanti, mediante l'imposizione di un vincolo di destinazione.

Il modello delineato dalla citata disciplina prevede quindi la riserva pubblica per la proprietà dei beni essenziali, al fine di evitare, con la incorporazione della proprietà della rete o della infrastruttura dalla sua gestione - laddove nel precedente modello vi era coincidenza, anche a livello soggettivo, tra proprietario e gestore - una perniciosa frammentazione dell'assetto dominicale suscettibile di ripercussioni anche in relazione al coordinamento gestionale dell'infrastruttura e del servizio.

1418 cod. civ.: in tal senso si veda M. DUGATO, *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici essenziali*, cit., p. 529.

¹⁶⁵ Deve comunque precisarsi che la qualificazione demaniale dell'assetto proprietario di tali beni, desunta dal profilo dell'inalienabilità, non è comunque pacifica in dottrina, ove è stata altresì teorizzata la configurazione di una nuova categoria di beni pubblici, quelli strumentali al servizio, che non sarebbero sussumibili entro la categoria dei beni demaniali né entro quella degli indisponibili *stricto sensu*: in questo senso M. DUGATO, *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici essenziali*, cit., p. 529; L. PERFETTI, *La riforma dei servizi pubblici locali a rilevanza industriale tra liberalizzazione e regolazione*, in *Analisi economica e metodo giuridico. I servizi pubblici locali*, Padova, 2003, p. 31. Secondo G. BUGGERI, *La proprietà*, in V. ITALIA - A. ZUCCHETTI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, II ed., Milano, 2004, p. 172, tali beni invece sarebbero assoggettati alla disciplina del patrimonio indisponibile degli enti locali di cui all'art. 826 u.c. cod. civ..

2.3.2 (segue) La proprietà in capo a società a capitale interamente pubblico.

La prima alternativa all'opzione ordinaria è rappresentata dalla facoltà riconosciuta all'ente locale — anche in forma associata con altri enti — di conferire la proprietà delle reti e delle dotazioni patrimoniali strumentali al pubblico servizio ad una società a capitale interamente pubblico, laddove non vi ostino le normative di settore.

In seguito alla novella del 2003, l'originaria caratterizzazione di tale soggetto conferitario della proprietà come società con capitale pubblico maggioritario è stata rivista nel senso di richiedere il requisito della titolarità pubblica dell'intero capitale azionario, in modo da garantire un effettivo controllo pubblico della società¹⁶⁶ e, mediatamente, di preservare il vincolo di destinazione pubblicistica sui beni¹⁶⁷.

A tale società l'ente locale può anche affidare la gestione del servizio, a condizione però che la normativa di settore disponga comunque la separazione dell'attività di gestione della rete da quella di erogazione del servizio¹⁶⁸.

Viene inoltre espressamente contemplato il divieto per l'ente locale conferente di cedere la propria partecipazione nella società conferitaria dei beni strumentali: si tratta di una previsione coerente con l'impianto complessivo della

¹⁶⁶ Cfr. M. DUGATO, *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali*, cit., p. 528, il quale a sostegno richiama a quanto affermato da M. LAMANDINI, *La nuova disciplina sui servizi pubblici locali. La gestione dei servizi: profili di diritto commerciale*, in *Riv. trim. appalti*, 2003, p. 541.

¹⁶⁷ Tale modifica si è resa necessaria per armonizzare il modello di detta società conferitaria della proprietà con quello, delineato nell'art. 113, co. 4, lett. a) come novellato dal D.L. n. 269/2003, della società diretta affidataria della gestione delle reti.

¹⁶⁸ In alternativa ad una società idonea da individuare mediante procedura di gara ad evidenza pubblica.

disciplina, laddove si consideri che, in una simile ipotesi organizzativa, l'inalienabilità - che nel modulo ordinario di cui al comma secondo del medesimo articolo riguarda la proprietà sui beni - viene a riferirsi alla titolarità della partecipazione azionaria nella società proprietaria dei beni strumentali all'erogazione del servizio.

Si tenga, inoltre, presente che, la società conferitaria dei beni risulta assoggettata anche ad ulteriori regole di azione: essa infatti non potrà ricevere in affidamento la gestione del servizio, ma potrà, invece, provvedere per conto dell'ente di riferimento all'espletamento delle gare per la scelta dei soggetti gestori e potrà, eventualmente, anche gestire le reti e gli impianti di cui risulterà proprietaria.

Inoltre, l'art. 113 co. 13 T.U.E.L. prescrive a tale società di porre le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali a disposizione dei gestori incaricati della gestione del servizio o, ove prevista la gestione separata della rete, dei gestori di quest'ultima, a fronte del pagamento di un canone stabilito dalla competente Autorità di settore, ove prevista, o dagli enti locali.

Un limite all'applicazione di tale modulo va certamente individuato nell'inciso "*nei casi in cui non sia vietato dalle normative di settore*", in forza del quale il delineato conferimento è consentito solo ove non vi ostino particolari discipline di settore.

La disposizione contenuta nell'art. 113, comma 13 T.U.E.L. facultizza l'Ente locale a dimettere la proprietà assoluta dei beni destinati alla produzione di servizi pubblici locali di rilevanza economica, ripartendo la proprietà di tali beni

con altri soggetti pubblici attraverso la costituzione di “*società a capitale interamente pubblico, che è incedibile*”¹⁶⁹.

Tali società pongono poi le reti e gli impianti a disposizione dei soggetti che saranno individuati, in esito alle procedure di gara, per la gestione dei servizi, nonché dei soggetti, parimenti selezionati con procedure concorsuali, deputati alla gestione delle reti stesse, ove sia prevista da leggi di settore la separazione tra l'attività di erogazione dei servizi e quella di gestione delle reti e degli impianti ricevendo come corrispettivo un canone, che viene stabilito dall'Autorità di settore, laddove questa sia prevista e concretamente esista, o in difetto, dallo stesso Ente locale.

2.3.3. (segue) La proprietà in capo ad altri soggetti.

Un'ulteriore opzione in tema di regime proprietario dei beni strumentali all'erogazione dei servizi medesimi è prevista dal comma 14 dall'art. 113 T.U.E.L., il quale regola l'ipotesi in cui tali beni risultino di proprietà di soggetti diversi dagli enti locali, i quali potranno essere “*autorizzati a gestire i servizi o loro segmenti, a condizione che siano rispettati gli standard di cui al comma 7 e siano praticate tariffe non superiori alla media regionale, salvo che le discipline di carattere settoriale o le relative Autorità dispongano diversamente*”.

La disposizione testé citata concerne evidentemente le fattispecie nelle quali i beni strumentali all'erogazione del servizio siano nella proprietà di

¹⁶⁹ L'inalienabilità del capitale sociale delle società titolari dei beni strumentali deve infatti essere intesa nel senso che detto capitale non può essere ceduto nel corso del tempo a soggetti privati, mentre è lecito che le quote societarie possono essere trasferite (in tutto o in parte) a favore di soggetti pubblici diversi da quelli che hanno costituito la società. In tal modo si garantisce la permanenza su tali beni del vincolo di destinazione rispetto alla soddisfazione di bisogni collettivi.

soggetti privati, i quali possono essere autorizzati dall'ente locale a gestire ed erogare il servizio in modo integrato.

Si tratta quindi di un modello che si connota in senso radicalmente diverso rispetto alle opzioni precedentemente considerate, in quanto non solo legittima la concentrazione in capo ad un unico soggetto della proprietà delle reti e della gestione del servizio, ma ammette un affidamento diretto del servizio al privato proprietario dei beni, in deroga alla generale previsione di cui al comma 5 del medesimo art. 113¹⁷⁰.

L'operatività di tale modulo gestionale è però subordinata alla ricorrenza di un duplice ordine di presupposti: da un lato, che siano rispettati gli standard qualitativi, quantitativi, ambientali di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza, come definiti dalle Autorità di settore o, in mancanza di queste, dagli stessi enti locali; dall'altro, che siano in concreto praticate tariffe non superiori alla media regionale.

La disposizione in esame, che comunque fa salva la diversa disciplina di settore e le diverse regole dettate dalle relative Autorità, prevede che i rapporti tra ente locale (ovvero società pubblica locale di cui al comma 13) e tali soggetti vengano disciplinati mediante un contratto di servizio, nel quale, in particolare, devono essere definite le misure finalizzate al coordinamento con eventuali altri soggetti erogatori.

¹⁷⁰ Alla luce del complessivo impianto della vigente disciplina in materia di servizi pubblici locali, tale modulo organizzativo, derogando alla disciplina ordinaria, si caratterizza per un ambito di applicabilità assai ristretto, limitato a talune ipotesi circoscritte e peculiari, come ad esempio la gestione di discariche, inceneritori o altri impianti di smaltimento dei rifiuti, reti di trasporto pubblico locale (come funivie,

2.3.4. Profili critici.

La sopra delineata disciplina legislativa si disvela lacunosa innanzitutto con riguardo alla concreta enucleazione dell'ambito di applicazione, in relazione alla difficoltà di individuare le tipologie di beni strumentali ad essa assoggettati.

Entro l'ampia dizione "*altre dotazioni*" strumentali all'erogazione del servizio è infatti possibile far rientrare in astratto qualsiasi categoria di bene strumentalmente legato ad una attività di servizio pubblico, pervenendo in tal modo all'incongruo risultato di estendere il descritto regime proprietario ad un novero di beni di trascurabile rilievo per l'organizzazione del servizio. Pertanto, non si può non concordare con l'opinione espressa in dottrina che ha limitato la portata dell'espressione utilizzata dal legislatore a quei beni che, pur essendo diversi dalle reti e dagli impianti, presentano però la natura di beni essenziali per il servizio, ossia "*quei beni senza i quali il servizio non esiste*"¹⁷¹.

Un ulteriore e più complesso profilo problematico concerne il regime giuridico dei beni strumentali alla produzione ed erogazione del servizio¹⁷², il quale è suscettibile di mutare in ragione della soluzione organizzativa adottata: proprietà pubblica incedibile (nelle ipotesi di cui al citato comma 2 dell'art. 113 T.U.E.L. ovvero di cui al successivo comma 13); costituzione di un diritto di uso

funicolari, sciovie, seggiovie, tranvie, ecc.), impianti sportivi o impianti di altro genere, ecc.

¹⁷¹ Così M. DUGATO, *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali*, cit., p. 525, il quale chiarisce anche che per reti si intendono "*le attrezzature diffuse e tra loro connesse su cui corre il prodotto dell'attività*" e per impianti "*le strutture connesse ma allocate in unico luogo e non diffuse, destinate alla produzione del servizio*". In questo senso anche F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, cit., p. 64 s., e L. PERFETTI, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della l. 448/2001 ed i possibili profili evolutivi*, cit., p. 606.

¹⁷² Cfr., al riguardo, quanto affermato da M. DUGATO, *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali*, cit., p. 528.

perpetuo ed inalienabile a favore degli enti locali nel caso previsto in cui i beni strumentali siano di proprietà delle società quotate affidatarie del servizio (art. 35 co. 11 legge n. 448/2001).

Il regime dominicale che prevede la titolarità dei beni strumentali in capo agli enti locali o alle società di cui al comma 13 dell'art. 113 T.U.E.L. è quello che presenta gli aspetti più interessanti sotto il profilo dell'inquadramento teorico.

Il comma 2 dell'art. 113 T.U.E.L., infatti, estende il carattere peculiare proprio del regime demaniale (vale a dire dell'assoluta inalienabilità), a tutti gli impianti, le reti e le altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici economici. Tale disposizione è particolarmente significativa, in quanto essa conferma il regime dominicale solo per una parte di beni strumentali che già prima avevano natura di beni demaniali ai sensi dell'art. 822 cod. civ. (ad esempio gli acquedotti e le strade ferrate), mentre è innovativa rispetto a tutte quelle categorie di beni in precedenza assoggettate al regime proprio del patrimonio indisponibile, ricomprendente tutti i beni vincolati ad una destinazione servente rispetto ad un pubblico servizio.

A tal riguardo è stata teorizzata in dottrina¹⁷³ la creazione di una nuova categoria di beni pubblici, che, da un lato, si connota per l'incredibilità e la strumentalità rispetto alla produzione ed erogazione di un servizio pubblico locale di rilevanza economica, e, dall'altro, risulta assoggettata ad un regime dominicale assimilabile a quello demaniale (anziché a quello del patrimonio indisponibile).

¹⁷³ Così M. DUGATO, *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali*, cit., p. 528 ss. Aderiscono a tale ricostruzione anche F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, cit., p. 66, e S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, cit., p. 215.

A livello di ricostruzione sistematica, possono evidenziarsi due ulteriori profili critici, ricollegabili alla natura privatistica delle società partecipate dagli enti locali di cui all'art. 113 co. 13 T.U.E.L.: il primo attiene all'assoggettamento alla disciplina dell'incensibilità anche dei beni strumentali di proprietà di tali società, mentre il secondo riguarda la possibile attribuzione in proprietà, a favore di queste ultime, di reti o impianti che presentino natura di beni demaniali.

In proposito è stata prospettata¹⁷⁴ l'introduzione di un regime derogatorio rispetto a quello demaniale o financo la parziale abrogazione dell'art. 822 cod. civ. ad opera dell'art. 113 T.U.E.L., "*non potendosi considerare più demaniali beni che saranno posseduti ordinariamente da società di capitali*"¹⁷⁵.

In un tale contesto pare potersi rinvenire la conferma della tendenza legislativa alla privatizzazione dei beni strumentali, prevedendo però delle modalità di gestione o dei regimi dominicali suscettibili di preservare *de facto* la pubblicità della struttura o del bene, in virtù della loro subordinazione strumentale¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Così M. DUGATO, *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali*, cit., p. 525 ss..

¹⁷⁵ Così L. PERFETTI, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della l. 448/2001 ed i possibili profili evolutivi*, cit., p. 604.

¹⁷⁶ Ciò emerge chiaramente da quanto rilevato da una attenta dottrina la quale avvicina la situazione proprietaria della società di cui all'art. 113, comma 13, a quella delle società titolari delle reti nazionali elettrica e ferroviaria, rilevando come caratteristica comune quella di essere soggetti ad un regime speciale che rafforza il vincolo di destinazione che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 828 e 830 cod. civ., si impone ai beni, di proprietà di enti non territoriali, strumentali ad un pubblico servizio: così M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni destinazione pubblica*, cit., p. 149 ss., il quale afferma che "*ancora una volta, il legislatore ha configurato soggetti formalmente privati, ma sostanzialmente pubblici, costituiti ex novo o derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici. ai quali intestare istituzionalmente la proprietà dei beni che continuano ad esprimere un'indefettibile sostanza pubblicistica e che, pertanto,*

2.4. L'attività di gestione della rete.

Prima della novella dell'art. 113 T.U.E.L. recata dall'art. 35 legge n. 448/2001, il sistema normativo dei servizi pubblici locali di rilevanza economica contemplava la sostanziale coincidenza tra la figura dell'erogatore e quella del gestore della rete, in quanto la gestione della rete veniva considerata alla stregua di una mera attività strumentale all'erogazione del servizio.

Il citato art. 35 ha invece introdotto il principio della separazione tra l'attività di gestione della rete e quella di erogazione del servizio: in tale contesto la gestione della rete viene a configurarsi come un'attività economica con cui il gestore, a fronte del pagamento di un corrispettivo, pone a disposizione dei soggetti affidatari dell'erogazione del servizio (e che non dispongano a loro volta di infrastrutture di rete) la rete medesima.

Il delineato assetto è stato nella sostanza confermato dall'art. 14 D.L. 30 settembre 2003 n. 269, che ha parzialmente novellato l'art. 113 T.U.E.L., prevedendo la possibilità di affidamento tramite gara della gestione della rete a imprese idonee o, anche tramite affidamento diretto¹⁷⁷, a società totalitariamente pubbliche di cui gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che realizzino la maggior parte della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano.

rimangono sottoposti a una penetrante disciplina del loro uso amministrativo o collettivo, colma di consistenti limitazioni e di importanti privilegi”.

¹⁷⁷ Laddove la gestione della rete non sia stata affidata con procedura ad evidenza pubblica grava in capo al soggetto gestore della rete l'obbligo di eseguire i lavori connessi alla gestione della rete esclusivamente tramite contratti di appalto o concessione di lavori pubblici o in economia.

L'attività di gestione della rete e degli impianti ha dunque acquisito, anche a livello legislativo, un distinto ambito di autonomia tanto rispetto al profilo della proprietà sugli stessi quanto rispetto all'attività di erogazione del servizio.

La gestione delle reti non costituisce infatti un'attività secondaria nell'ambito del processo di produzione del servizio pubblico, essendovi anzi dei settori nei quali l'attività di servizio pubblico si estrinseca prevalentemente proprio nell'attività di gestione dei beni necessari per produrlo, avendo un'attività di erogazione *stricto sensu* un ruolo pressoché marginale¹⁷⁸. Per tutti gli altri casi, poi, vale l'osservazione secondo la quale *“la gestione di reti ed impianti altro non è che vera e propria gestione di un servizio pubblico»* stante il fatto che *“la gestione delle reti costituisce il vero cuore del servizio pubblico”*¹⁷⁹.

Sul piano descrittivo, il concetto di “gestione della rete” può assumere un duplice e concorrente significato: anzitutto come mero strumento di erogazione del servizio (laddove infatti la figura dell'erogatore e quella del gestore coincidono, l'utilizzazione a rete svolge un'attività strumentale all'erogazione del servizio); ove invece non vi sia coincidenza soggettiva tra gestore della rete ed erogatore del servizio, la gestione della rete implica l'utilizzazione economica delle infrastrutture (il gestore ritrae un utile economico dall'utilizzazione che altri soggetti fanno della rete).

Di particolare rilievo sono due prescrizioni che hanno carattere generale e risultano applicabili a prescindere dalle dinamiche organizzative attivate e dal

¹⁷⁸ Segnala L. PERFETTI, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della l. 448/2001 ed i possibili profili evolutivi*, cit., p. 613, che tale situazione può essere colta rispetto al servizio di distribuzione del gas, settore nel quale *“se si sottrae la gestione delle dotazioni dall'erogazione del servizio, quest'ultima sembra ridotta ad assai poca cosa”*.

¹⁷⁹ Così M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, cit., p. 2601.

modello di gestione concretamente adottato: la prima concerne l'obbligo per il gestore della rete di garantire l'accesso all'infrastruttura a tutti i soggetti legittimati all'erogazione dei relativi servizi (art. 113 co. 3 T.U.E.L.), mentre la seconda precisa che gli enti locali sono tenuti a regolare con contratti di servizio anche i rapporti con i soggetti incaricati della gestione dei beni strumentali (art. 113 co. 11).

2.5. Il principio di separazione della gestione delle reti e degli impianti dalla gestione dell'attività di erogazione dei servizi pubblici locali.

Uno dei profili di maggior innovazione della novella del 2003 concerne proprio la separazione della gestione delle reti dall'erogazione del servizio pubblico¹⁸⁰.

Posto che le reti dei servizi pubblici in linea generale costituiscono monopoli naturali, il fondamento sostanziale dell'obbligo di separazione è quello di tenere distinte le attività relative ad un monopolio naturale rispetto a quelle suscettibili di essere svolte in regime di concorrenza.

Anche sotto l'aspetto della regolazione dei profili attinenti alla gestione dei beni strumentali al servizio la riforma conferma il disegno (quantomeno originario) di procedere ad una liberalizzazione, seppur parziale e limitata, del settore dei servizi pubblici locali.

Scopo perseguito dal legislatore è quello di superare gli assetti monopolistici caratterizzanti i mercati dei servizi di rilievo economico e per realizzare tale obiettivo la riforma introduce particolari misure tra le quali spicca

¹⁸⁰ H. CAROLI CASAVOLA, *Il principio di separazione contabile, societaria e proprietaria nei servizi pubblici*, in *Mercato, concorrenza regole*, 2001, p. 469.

la frammentazione del processo di produzione del servizio pubblico nelle singole attività che lo costituiscono e la loro disciplina come attività differenziate e singolarmente organizzabili e, in alcuni casi, anche contendibili¹⁸¹. Ed è dunque per questo motivo che il principio di separazione è stato declinato dalla riforma dei servizi pubblici secondo diverse accezioni¹⁸², finendo per informare il complessivo assetto normativo in materia.

In particolare, riguardo al profilo della gestione della rete e degli impianti tale principio prevede che tendenzialmente l'organizzazione dei servizi pubblici locali debba avvenire secondo un modello di gestione separata della rete rispetto all'attività di erogazione del servizio, laddove però ciò sia consentito dalla normativa di settore (art. 113, comma 3 T.U.E.L.).

La separazione delle reti e degli impianti dal patrimonio dei soggetti gestori è dunque lo strumento principe attraverso cui garantire la concorrenza ed il libero mercato, in quanto misura potenzialmente idonea a porre sul medesimo piano tutti gli aspiranti competitori e ad evitare la formazione di posizioni asimmetriche in conseguenza della coincidenza tra assetti proprietari e profili gestionali¹⁸³.

Il delineato assetto proprietario pubblico diretto od indiretto può essere derogato nell'eventualità in cui la separazione tra la gestione dell'infrastruttura e

¹⁸¹ Sulla connotazione del principio di separazione in chiave antimonopolistica si veda A. VIGNERI, *Servizi pubblici e interventi pubblici locali*, cit., p. 269 ss.

¹⁸² In generale, sul principio di separazione, sulle accezioni sotto le quali può essere inteso e sui problemi organizzativi che esso pone si vedano H. CAROLI CASAVOLA, *Il principio di separazione contabile, societaria e proprietaria nei servizi pubblici*, cit., p. 469 ss. nonché F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000, p. 321 ss.

¹⁸³ Cfr. A. ZUCCHETTI, *I servizi pubblici: introduzione ed inquadramento generale*, in *I servizi pubblici locali*, Milano, 2002, p. 16.

l'erogazione del servizio non sia imposta dalle normative di settore, dal momento che in tale ipotesi viene infatti stabilito (art. 113 co. 14 T.U.E.L.) che se le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali appartengono a soggetti diversi dagli enti locali, gli stessi non solo ne mantengono la proprietà ma possono anche autorizzati a gestire direttamente i servizi o loro segmenti, a condizione però che vengano garantiti gli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla competente Autorità di settore e che siano praticate tariffe non superiori alla media regionale.

Deve inoltre evidenziarsi che l'art. 35 co. 9 legge n. 448/2001 ha stabilito che laddove la concentrazione della proprietà della rete e della gestione del servizio relativo si fosse verificata con riguardo alle società sottoposte al controllo degli enti locali, sarebbe stato comunque necessario procedere allo scorporo dei beni strumentali, indipendentemente dal fatto che la scissione delle varie fasi della filiera fosse misura normativamente imposta¹⁸⁴.

La *ratio* della disposizione può rinvenirsi solo alla luce del complessivo sistema normativo in materia: garantito l'accesso alle reti a tutti i soggetti legittimati all'erogazione dei relativi servizi, con predeterminazione di un canone non discriminatorio, viene realizzato un assetto volto ad evitare il possibile abuso di posizione dominante; in un contesto siffatto non sarebbe stato coerente

¹⁸⁴ Sottolinea M. MAZZARELLI, *Il nuovo assetto dei servizi pubblici locali*, cit., p. 61, come non sia rinvenibile una disciplina positiva della forma giuridica con cui procedere allo scorporo, escludendo la configurabilità di un trasferimento di azienda, optando piuttosto per un'operazione di scissione. Dubita invece dell'utilizzabilità della forma della scissione G. ROMAGNOLI, *Società, impresa e servizi pubblici locali alla luce dell'art. 35 della legge finanziaria per il 2002*, in *Società*, 2002, p. 1217. Per M. LAMANDINI, *La nuova disciplina sui servizi pubblici locali. La gestione dei servizi: profili di diritto commerciale*, in *Riv. trim. appalti.*, 2003, p. 545, l'operazione darebbe luogo ad un trasferimento di beni e non già ad un conferimento.

mantenere la presenza di società miste sul mercato che concentrassero la proprietà delle reti, la gestione delle stesse e l'erogazione del servizio, risultando per converso la misura maggiormente appropriata quella di imporre il trasferimento dei beni strumentali ad un'autonoma società a partecipazione pubblica totalitaria, che li pone a disposizione degli esercenti incaricati dell'erogazione della prestazione finale.

Pertanto, si deve ritenere¹⁸⁵ che, salvi i casi di espresso divieto *ex lege*, gli enti locali possano legittimamente procedere alla separazione dell'attività di gestione delle reti e degli impianti dall'attività di erogazione del servizio anche in mancanza di un'espressa previsione della legislazione di settore, a condizione però che una tale opzione procedurale non risulti in concreto contrastante con una logica di tutela di concorrenza¹⁸⁶.

Ne consegue dunque che, a seconda della sussistenza o meno delle condizioni testé evidenziate, l'organizzazione del servizio pubblico locale di rilevanza economica può essere configurata sulla base di un modello di gestione della rete e degli impianti in forma separata ovvero aggregata rispetto alle altre attività in cui si articola il processo di produzione del servizio medesimo.

2.6. L'affidamento della gestione della rete.

Nel caso di adozione del modello congiunto, sono prospettabili tre

¹⁸⁵ Cfr. quanto al riguardo affermato da C. CAVALIERI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici di cui all'art. 35 L. 448/01 e sua compatibilità con processi di riorganizzazione in atto*, cit.

¹⁸⁶ Concordano al riguardo M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, cit., p. 2599, e L. R. PERFETTI, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dal l'art. 35 della l. 448/2001 ed i possibili profili evolutivi*, cit., p. 617 55.

possibili diverse opzioni organizzative¹⁸⁷.

In primo luogo, l'ente locale potrebbe ritenere la gestione della rete e degli impianti attratta dal profilo dominicale riguardante gli stessi beni e, quindi, da assegnare alla società appositamente costituita e titolare della proprietà sui beni, ai sensi del comma 13 dell'art. 113 T.U.E.L..

In alternativa, laddove si annettesse una maggiore rilevanza all'attività di erogazione ai fini dell'aggregazione della gestione dei beni necessari a produrre il servizio, la società incaricata della gestione del servizio ai sensi del comma 5 dell'art. 113 T.U.E.L. sarebbe tenuta anche alla gestione della rete.

Da ultimo, residua un'ulteriore ipotesi di gestione aggregata, implicitamente prevista dal comma 14 dell'art. 113 T.U.E.L. a favore del soggetto proprietario diverso dall'ente locale autorizzato all'erogazione del servizio.

Per quanto attiene invece al modello di gestione separata delle rete rispetto all'erogazione del servizio, il comma 4 dell'art. 113 determina analiticamente le possibili modalità organizzative.

L'ente locale, quindi, può optare essenzialmente per una soluzione "interna", basata sul meccanismo dell'affidamento diretto ad una società *in house*, ovvero per una soluzione "esterna"¹⁸⁸, che favorisca invece una

¹⁸⁷ Cfr. F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, cit., p. 72.

¹⁸⁸ Traducendo in norma positiva i principi dell'appalto *in house*, il Legislatore ha quindi previsto la possibilità che l'ente locale, tramite una struttura sostanzialmente controllata, svolga da sé l'attività di gestione della rete. Questa disciplina non potrebbe trovare applicazione nei casi in cui la disciplina di settore obblighi l'ente locale alla necessaria esternalizzazione della gestione della rete. *Ratio* di quest'obbligo di necessaria esternalizzazione è la separazione tra chi fissa le regole (ente locale) e chi ne è assoggettato (impresa di distribuzione). Sebbene tale ambito sia esplicitamente escluso dall'ambito della disciplina dell'art. 113, un esempio di necessaria esternalizzazione del servizio si rinviene nella disciplina della distribuzione del gas naturale: a norma dell'art. 14 D. Lgs. n. 164/2000, infatti, i Comuni devono necessariamente affidare a terzi l'attività

collocazione dell'attività di gestione al di fuori dell'organizzazione diretta o indiretta dell'amministrazione pubblica di riferimento.

Nei primo caso, infatti, la lett. a) del comma citato ammette l'affidamento diretto della gestione della rete a società a capitale interamente pubblico, assoggettate a controllo da parte degli enti pubblici titolari del capitale sociale analogo a quello che gli enti esercitano sui propri servizi e a condizione che tali società esercitino la parte più importante della propria attività con tali enti.

Nella seconda ipotesi, invece, la lett. b) della disposizione prevede l'affidamento ad una “*impresa idonea*”¹⁸⁹, selezionata attraverso una procedura di evidenza pubblica da espletare secondo le regole fissate dal comma 7 del medesimo art. 113.

2.6.1. (segue) Le società totalitariamente pubbliche di gestione delle reti.

L'identificazione dei caratteri delle società totalitariamente pubbliche di gestione delle reti può essere sviluppata sulla base di quattro direttrici: tipologia societaria, elemento genetico dell'ente, partecipazione azionaria, qualificazione del soggetto che dispone del capitale sociale.

Quanto al primo profilo, il legislatore conferma la propria preferenza per il modello societario della gestione delle reti.

di distribuzione. Qualora una prescrizione del genere dovesse essere introdotta con riferimento ad un servizio che sia assoggettato alla disciplina dell'art. 113, l'utilizzazione dello schema dell'appalto *in house* risentirebbe di forti limitazioni.

¹⁸⁹ La mancata specificazione da parte del Legislatore di presupposti e criteri di identificazione soggettivi ed oggettivi per la formulazione del giudizio di idoneità è foriero di criticità sul piano del rispetto del principio di legalità, rendendo possibile soluzioni interpretative ed applicative potenzialmente differenziate.

Il comma 4 prevede che per la gestione delle reti gli enti locali, anche in forma associata, si avvalgono di soggetti costituiti nella forma di società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico.

La scelta del modello societario anche per la gestione delle rete rinviene il proprio fondamento in quelle che sono le generali esigenze che giustificano il ricorso al modello societario di economicità della gestione dell'attività, assicurata tramite forme giuridiche idonee a reperire le adeguate risorse finanziarie; coinvolgimento dei soggetti portatori di interessi pubblici connessi a tali attività¹⁹⁰.

In tale contesto pare trovare conferma la tendenza legislativa al superamento della forma dell'ente pubblico economico (cui è sostanzialmente riconducibile l'azienda speciale) a vantaggio, appunto, delle società di capitali: la società di capitali è infatti divenuta il modello paradigmatico non solo per quanto concerne l'erogazione del servizio, ma anche per la gestione della reti.

Il ricorso alle società di capitali si presenta, in via di principio, orientato ad assicurare l'equilibrio tra la migliore qualità del prodotto e la massima economicità della gestione.

Il secondo aspetto di rilevanza emerge in relazione al momento di costituzione del soggetto societario incaricato della gestione della rete, in quanto il comma 4 dell'art. 113 T.U.E.L. si riferisce *ex professo* a "soggetti allo scopo costituiti": il tenore letterale della disposizione sembrerebbe precludere l'affidamento a favore di soggetti già esistenti. A tal riguardo non può non

¹⁹⁰ Già la legge 15 maggio 1997 n 127, poi trasposta nel Titolo V del D. Lgs. 18 agosto 2000 n. 267, definendo uno speciale procedimento trasformazione (per atto unilaterale ex art. 17 comma 51, oggi 115 D. Lgs. n. 267/2000) delle aziende speciali in società per azioni, aveva chiaramente evidenziato come la società di capitali si ergesse ad ideale paradigma di strumento di gestione di servizi a valenza imprenditoriale.

avvertirsi l'incongruità di un'interpretazione letterale del dettato legislativo, dovendosi conseguentemente ammettere la possibilità per l'ente locale di ricorrere a società esistenti, previa modifica dell'oggetto sociale mediante l'inserimento in esso della gestione di reti di servizi pubblici locali.

2.6.2. Il diritto di accesso.

Il punto centrale dell'elucidata disciplina, che consente forse di comprendere la tendenziale riserva pubblica dei beni strumentali, è rappresentato dal terzo alinea dell'art. 113 T.U.E.L. ove si prescrive l'obbligo di garantire l'accesso alle reti ed agli impianti per tutti i soggetti legittimati all'erogazione dei relativi servizi: il diritto di accesso e di interconnessione rappresenta una vera e propria *condicio sine qua non* per l'apertura alla concorrenza del settore dei servizi a rete¹⁹¹.

I soggetti proprietari o gestori in esclusiva di un'infrastruttura non duplicabile che sia essenziale per lo svolgimento di una determinata attività economica¹⁹² hanno l'obbligo di consentire l'accesso all'infrastruttura medesima

¹⁹¹ Si vedano a tal riguardo: L. VASQUEZ, *Essential facilities doctrine: dalla giurisprudenza statunitense alle norme comunitarie e nazionali sull'abuso di posizione dominante*, in *Concorrenza e mercato*, 1998, p. 407 ss.; S. CASSESE, *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999, p. 220 ss., nonché H. CAROLI CASAVOLA, *il principio di separazione contabile, societaria e proprietaria nei servizi pubblici*, cit., p. 469.

¹⁹² Essenzialità e non duplicabilità costituiscono i due parametri base per verificare la compatibilità delle misure dirette a garantire l'accesso alle reti ed alle infrastrutture con la libertà di iniziativa economica e con il diritto di proprietà privata: in questo senso la sentenza della Corte di Giustizia, *Brommer c. Mediaprint*, causa C-7/97. In tale arresto, l'essenzialità deve essere ricondotta al concetto di indispensabilità per l'esercizio dell'attività, nel senso dell'inesistenza di altre strutture che possano effettivamente o anche solo potenzialmente sostituirsi a quella rispetto alla quale si richiede l'accesso. La non duplicabilità viene invece ravvisata ove non sussistano ostacoli di natura tecnica,

in base a condizioni tecnico – economiche eque e non discriminatorie, a tutti i soggetti legittimati a svolgere attività di erogazione.

Tale obbligo rappresenta indubbiamente un'applicazione del principio di divieto di abuso di posizione dominante sancito a livello comunitario dall'art. 82 Trattato CE¹⁹³.

L'utilizzazione delle rete da parte di un soggetto terzo può esplicarsi, alternativamente, nel collegamento dell'infrastruttura del soggetto terzo a quella del gestore (interconnessione) verso il pagamento di un corrispettivo, ovvero nell'uso della stessa da parte di un terzo che non dispone di infrastrutture proprie (accesso). L'accesso può fattivamente realizzarsi anche attraverso l'affitto delle infrastrutture di rete da parte degli operatori che intendono erogare servizi a terzi.

Ne consegue che, mentre l'interconnessione individua i rapporti tra più imprese che dispongono di reti, l'accesso costituisce, invece, oggetto di un diritto vantato dai fornitori di servizi nei confronti di gestori di reti¹⁹⁴. A ben vedere, quindi, accesso ed interconnessione costituiscono condizioni necessarie per promuovere l'efficienza allocativa e la concorrenza nei servizi pubblici: infatti al fine di evitare che solo il titolare della gestione della rete possa erogare il servizio è necessario che si creino le condizioni per poter utilizzare la rete altrui.

economica o normativa, suscettibili di precludere la realizzazione di un'infrastruttura idonea a fornire un determinato bene o servizio, e ciò anche qualora sia il semplice costo della realizzazione a costituire un impedimento all'ingresso sul mercato.

¹⁹³ Così ha opinato la stessa Commissione Europea, nella Comunicazione interpretativa concernente l'applicazione delle regole di concorrenza agli accordi in materia di accesso al settore delle telecomunicazioni (pubblicata nella G.U.C.E., 28 agosto 1998).

¹⁹⁴ M. CONTICELLI, *I diritti di accesso*, cit., p. 370.

Il problema della gestione della rete in relazione alle richieste di accesso e di interconnessione si pone in modo particolare per le reti non duplicabili¹⁹⁵, posto che la gestione delle medesime determina una situazione di monopolio naturale.

Il gestore di una rete non duplicabile dovrà quindi garantire ai richiedenti l'accesso, a condizioni eque e non discriminatorie, alle infrastrutture necessarie per l'esercizio di attività economiche sui mercati in cui sorge la domanda di accesso (cd. mercati a valle)¹⁹⁶.

Poiché l'eventuale rifiuto di concedere tale accesso impedirebbe alla parte richiedente di operare sul mercato dei servizi, limitando, da un lato, lo sviluppo di nuovi mercati o di nuovi prodotti su tali mercati e, dall'altro, lo sviluppo della concorrenza sui mercati esistenti, il diniego all'accesso o la discriminazione nelle richieste di accesso è considerato una forma di abuso di posizione dominante, in violazione dell'art. 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

¹⁹⁵ Una rete si considera non duplicabile qualora essa non possa essere sostituita o, comunque, se, in ragione dei costi proibitivi e/o dei tempi ragionevolmente richiesti per riprodurla, non esistono valide alternative a disposizione dei potenziali concorrenti, che sono pertanto esclusi dal mercato, come, ad esempio, la rete di distribuzione del gas e la rete di distribuzione dell'energia elettrica (così C.G.C.E., 26 novembre 1998, C. 7/97 *Oscar Bronner*; Trib. CE, 15 settembre 1998, cause riunite T-374/94, T. 375/94, T. 384/94 e 388/94, *European Night Services e altri c. Commissione*). Si vedano a tal riguardo: M. CONTICELLI, *I diritti di accesso e di interconnessione nella nuova disciplina dei pubblici servizi a rete*, in *Mercato, concorrenza regole*, 2001, 369 ss.); R. MASSARO, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1-2/2003, p. 30 ss..

¹⁹⁶Cfr. D. DURANTE - G. MOGLIA, *La nozione di essential facility tra regolamentazione e antitrust - La costruzione di un test*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2001, p. 257 ss.; R. PILLITTERI, *La Corte di Giustizia circoscrive rigorosamente i confini li applicazione della c.d. essential facilities doctrine nella repressione dell'abuso di posizione dominante*, in *Dir. comm. internaz.*, 1999, p. 1024.

L'obbligo di garantire il diritto di accesso alla rete, sancito dai commi 3 e 13 del nuovo testo dell'art. 113 T.U.E.L (sul presupposto della separazione tra gestione della rete ed erogazione del servizio), va qualificato come obbligo legale a contrarre, a fronte del quale sussiste un diritto soggettivo alla contrattazione a vantaggio del soggetto che intende accedere¹⁹⁷, il quale dovrà stipulare un contratto con il titolare della rete (proprietario o, dove esista, gestore).

Il canone per l'utilizzazione della rete è però sottratto alla libera contrattazione delle parti, prevedendo il comma 13 dell'art. 113 T.U.E.L. l'intervento regolatorio da parte della competente autorità di settore o, in mancanza, dell'ente locale per la determinazione del corrispettivo.

Il Legislatore ha cioè preso atto che, accanto al controllo dei prezzi dei pubblici servizi, si pone, spesso, una non meno pregnante esigenza pubblicistica di regolazione del cd. prezzo di accesso, vale a dire del prezzo che il fornitore del servizio deve corrispondere al proprietario della rete per l'utilizzazione della rete medesima.

Il sistema di regolazione dell'*access pricing* è diretto a temperare l'esigenza di un equo profitto del proprietario con la necessità che il prezzo regolato rifletta i costi di impianto e di manutenzione¹⁹⁸.

L'esistenza di un meccanismo tariffario in mercati in fase di apertura alla concorrenza costituisce un'eccezione al principio base di un sistema concorrenziale, in cui il comportamento dei prezzi dipende dall'azione reciproca della domanda e dell'offerta, secondo il rispettivo grado di elasticità.

¹⁹⁷ Sull'accesso alla rete, G. ZAVATTONI, *La direttiva gas e l'accesso dei terzi alla rete*, in *Rass. giur. En. El.*, cit., p. 759.

¹⁹⁸ In materia A. OGUS, *La regolazione dei servizi privatizzati*, in *I servizi a rete in Europa*, p. 33.

In via generale, la previsione di meccanismi di regolazione dei prezzi nei servizi pubblici risponde essenzialmente a due ordini di esigenze: la prima è la necessità di un sistema regolatorio che, nella delicata fase di transizione che si colloca tra i precedenti regimi di riserva legale e la realizzazione di condizioni concorrenziali nei mercati dei servizi a rete, tuteli gli interessi dell'utenza.

La seconda è collegata alla predeterminazione dei corrispettivi riferiti ad attività in cui, per condizioni intrinseche, non è possibile la pluralità degli operatori economici e che, pertanto, sono attività in condizioni di monopolio naturale (trasmissione e distribuzione elettrica, trasporto e distribuzione del gas): la determinazione delle tariffe costituisce un atto di regolazione diretto alla promozione della concorrenza, in un regime nel quale questa deve ancora affermarsi in modo pieno in una fase di transizione da un regime monopolistico, più che un provvedimento volto alla tutela di una concorrenza già effettivamente dispiegatasi sul mercato¹⁹⁹.

In quanto estrinsecazione di una potestà pubblica di tipo impositivo, i provvedimenti tariffari sono assoggettati dall'art. 23 della Costituzione a riserva di legge²⁰⁰.

La fissazione di tariffe è espressione di lata discrezionalità tecnica, suscettibile di sindacato solo in caso di dimostrazione di profili di illogicità o d'incongruità metodologiche ed operative dell'azione amministrativa²⁰¹.

¹⁹⁹ Cons. Stato, VI, 4 dicembre 2001, n. 6070, in *Giorn. dir. amm.*, 4/2002, p. 381

²⁰⁰ in tal senso, Cassazione, SS.UU., 8 febbraio 1958 n. 404, in *Giur. cost.*, 1998, 3-4; Corte Costituzionale 9 aprile 1969 n. 72, in *Foro amm.*, 1969, 1, 159 ss.; Corte Costituzionale, 20 maggio 1998 n. 174, in *Cons. Stato*, 111, 1998 749; in generale, sui prezzi amministrati, Corte Costituzionale, 8 luglio 1957 n. 103, in *Giur. cost.*, 1957, 976

²⁰¹ Cons. Stato, VI, 4 dicembre 2001, n. 6070, in *Giornale dir. amm.*, 4/2002, p. 381.

La regolamentazione dei criteri di determinazione delle tariffe è un atto di natura generale ed indivisibile²⁰²; ogni clausola difforme eventualmente prevista dalle parti sarà nulla e sostituita di diritto dalla determinazione imperativa.

2.7. La formula societaria per la gestione dei servizi a rilevanza economica.

Nel sistema dei servizi pubblici locali, il modulo della società di capitali è stato introdotto dalla legge 8 giugno 1990 n. 142 quale formula alternativa per l'esercizio e la gestione di servizi pubblici, limitando però l'utilizzo di tale modello gestionale alla cosiddetta società mista, ove però la partecipazione del socio era minoritaria.

Con il D. Lgs. n. 267/2000 (*recante "Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali"*) si assiste ad un mutamento di paradigma, in quanto la società per azioni non costituisce più un modulo gestionale di carattere residuale, ponendosi piuttosto in evidenza come il più efficace strumento operativo a disposizione delle Amministrazioni, in grado di accrescere le disponibilità economiche finalizzate alla produzione di determinati beni o servizi²⁰³.

Il ruolo dominante dello schema societario è stato sancito dal Legislatore del 2003, che novellando il comma 5 dell'art. 113 T.U.E.L., ha reintrodotto, tra i modelli organizzatori per la gestione dei servizi locali, quello della società di capitali a capitale pubblico (prevalente o non prevalente) che era stato invece espunto dalla riforma del 2001.

²⁰² Cons. Stato, 19 agosto 2002 n. 4184

²⁰³ Peraltro già la legge n. 142/1990 aveva recepito tale tendenza, condizionando però il ricorso alla forma societaria alla partecipazione di altri soggetti, pubblici o privati.

Il ricorso al modello societario è attualmente ritenuto quello maggiormente idoneo per la gestione dei servizi pubblici locali e per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente locale, nell'ambito di quel processo di trasformazione che investe la Pubblica Amministrazione nel senso di un ampliamento della sfera di attività erogativa di servizi alla collettività e la contestuale erosione della tradizionale potestà amministrativa autoritativa.

Le ragioni di questo evidente *favor* legislativo verso l'adozione di modelli societari risiedono soprattutto nel fatto che soltanto il modello societario permette la partecipazione associata di soggetti pubblici e privati.

Viene quindi in rilievo una nuova modulazione dell'intervento pubblico in ambito economico, che recede a fronte della sempre maggiore cointeressenza delle risorse finanziarie private nella realizzazione di opere pubbliche e nella gestione dei servizi di pubblica utilità. In questo senso, il capitale privato offre al settore pubblico proposte progettuali e schemi gestionali per la realizzazione di opere (come nel caso del *project financing*), obliterando i tradizionali modelli di regolamentazione dell'assetto dei pubblici interessi e di gestione di pubblici interessi²⁰⁴.

Nell'ambito delle forme di organizzazione ed azione dell'impresa pubblica si può rinvenire un costante indirizzo del Legislatore orientato ad una progressiva estensione del modello societario a fronte dell'erosione degli strumenti alternativi di gestione indiretta dei pubblici servizi.

2.8. La gestione del servizio.

²⁰⁴ Sul punto: C. DE ROSE, *Le società miste ed i lavori in house tra norme comunitarie e norme nazionali: spunti da un convegno dell'IGI*, in *Cons. Stato*, 2003, p. 1611 ss.

Accanto alla gestione delle reti e degli impianti strumentali all'espletamento del servizio, si colloca l'attività di erogazione vera e propria²⁰⁵, che comprende l'attività di trasformazione della materia o, comunque, di utilizzazione dei beni strumentali al fine di creare una nuova utilità, in favore degli utenti, nonché l'amministrazione dei rapporti contrattuali con l'utenza, dalla stipulazione dei contratti alla fatturazione delle prestazioni, alla riscossione dei pagamenti.

La novella del 2003 contempla diverse opzioni gestionali, ciascuna informata ad una specifica *ratio*, avendo affiancato al conferimento all'esterno dell'attività di erogazione mediante meccanismi di concorrenza per il mercato (che nella riforma del 2001 rappresentava invece l'unica opzione gestionale), due modelli alternativi di gestione diretta rappresentati dall'affidamento senza gara alla società mista partecipata o alla società cd. *in house*.

La prima è fondata su un meccanismo di "concorrenza per il mercato", incentrato su un meccanismo concorsuale di selezione del gestore e finalizzato all'esternalizzazione del servizio ed alla parziale liberalizzazione del mercato di riferimento; la seconda, invece, implica una soluzione strutturale di tipo societario, attraverso la quale realizzare una *partnership* tra pubblico e privato

²⁰⁵Per i servizi pubblici economici è stato introdotto il principio della necessaria previsione, da parte delle discipline di settore, dei casi in cui l'attività di gestione delle reti e degli impianti può essere separata da quella di erogazione del pubblico servizio (art. 113 co. 3 T.U.E.L.): laddove manchi una specifica disciplina di settore, dunque, il gestore del servizio pubblico sarà anche il gestore della rete e degli impianti strumentali. Inoltre, ferma restando la possibilità che la gestione delle reti venga affidata ad "*imprese idonee da individuare mediante procedure ad evidenza pubblica*" (art. 113, co. 4, lettera b) è rimasta impregiudicata la facoltà per gli enti locali, anche associati, di affidare direttamente a società a dominanza pubblica la gestione delle reti e degli impianti strumentali al pubblico servizio.

nell'ambito dell'attività di erogazione del servizio²⁰⁶; la terza, infine, si estrinseca nell'affidamento dell'attività di erogazione ad un soggetto societario con capitale interamente di origine pubblica e legato agli enti di riferimento da un rapporto di delegazione interorganica (cd. *in house*).

Si tratta di uno dei profili di maggior innovazione rispetto al quadro normativo delineato dall'art. 35 l. n. 448/2001, il quale si connotava essenzialmente per l'abolizione del regime di riserva o di monopolio nella gestione dei servizi che nel passato caratterizzava l'operatività delle società miste.

La *ratio* di tale intervento deve essere senz'altro ravvisata nell'esigenza di ricondurre la disciplina delle forme di gestione dei servizi pubblici entro una prospettiva maggiormente rispettosa delle prerogative dell'Amministrazione locale, la quale per effetto della novella viene a disporre di un ambito di autonomia²⁰⁷ tale da permetterle di organizzare la propria struttura, anche

²⁰⁶ Si tratta in sostanza della reintroduzione dello strumento della società mista rispetto alla quale è previsto l'affidamento diretto del servizio a fronte della selezione mediante procedura ad evidenza pubblica del socio privato. In tal caso si ha un intervento indiretto dei privati nella gestione del servizio attraverso la partecipazione degli stessi al capitale della società in mano pubblica.

²⁰⁷ D'altra parte lo stesso art. 117, comma 2, lett. p) Cost. attribuisce alla competenza legislativa esclusiva dello Stato la determinazione delle funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane, al fine di preservare l'integralità della sfera decisionale ed organizzativa delle amministrazioni locali ed evitare altresì ingerenze da parte del legislatore regionale. A tale finalità pare peraltro funzionale lo stesso principio di sussidiarietà. F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, 2004, p. 89 ss.; F. MERLONI, *La disciplina statale dei servizi pubblici locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Riv. quadr. serv. pubbl.*, 2002, n. 2-3, p. 17 ss.

derivata, in modo da renderla maggiormente rispondente alle esigenze della collettività²⁰⁸.

Va evidenziato che il novellato comma 5 dell'art. 113 T.U.EL. non reca più l'inciso di cui all'originaria versione secondo cui l'erogazione del servizio si deve "svolgere in regime di concorrenza", limitandosi a prescrivere il rispetto della normativa comunitaria in materia di libera concorrenza²⁰⁹, mentre il successivo comma 5 - bis (introdotto dall'art. 4 co. 234 legge n. 350/2003) prevede che le normative di settore, "al fine di evitare assetti monopolistici", possono introdurre regole che assicurino concorrenzialità nella gestione dei servizi da esse disciplinate, prevedendo, nel rispetto delle disposizioni di cui al co. 5, "criteri di gradualità nella scelta della modalità di conferimento del servizio".²¹⁰

²⁰⁸ La sussistenza di profili di libertà organizzativa dell'ente locale nella scelta dei modelli di gestione dei servizi trova espresso riconoscimento nella giurisprudenza interna e comunitaria, mediante il riferimento al principio di auto-organizzazione. A tal riguardo rileva certamente la già citata sentenza della Corte Costituzionale n. 272 del 27 luglio 2004, la quale, attraverso la parziale declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 113, comma 7 T.U.E.L. ha posto dei limiti all'esercizio "espansivo" della potestà legislativa statale in materia di tutela della concorrenza, prescrivendo che tale potere di intervento non debba esitare in una eccessiva compressione dell'autonomia regionale e locale in materia di disciplina dei servizi pubblici locali.

²⁰⁹ La diversità di formulazione è spiegabile laddove si consideri che a seguito della novella la modalità concorrenziale di gestione del servizio è soltanto una delle tre tipologie gestionali contemplate dalla norma.

²¹⁰ Tale nuova disposizione è suscettibile di due diverse interpretazioni: la prima, di carattere letterale, secondo la quale la scelta tra le modalità di gestione può essere orientata dalle discipline di settore in modo tale che il ricorso all'affidamento mediante gara appaia preferenziale rispetto ai due modelli di affidamento diretto. La seconda, immediatamente precettiva, secondo la quale il riferimento alla necessità di superare assetti monopolistici potrebbe intendersi non soltanto come un criterio di scelta tra diverse modalità di gestione, ma, più in generale, come espressione di un fine generale della disciplina sulle modalità di gestione, cosicché, anche in assenza di una disciplina

Sempre alla tutela della concorrenza è poi ispirata la modifica dell'art. 113, co. 12, secondo il quale la cessione delle partecipazioni degli enti locali nelle società erogatrici dei servizi deve avvenire per mezzo di procedure di evidenza pubblica, “*da rinnovarsi alla scadenza del periodo di affidamento*”²¹¹.

2.8.1. Il modello a concorsualità pura: l'affidamento mediante gara.

La prima delle tre opzioni richiamate, ossia quella relativa alla selezione dell'impresa incaricata della gestione del servizio mediante procedura ad evidenza pubblica, costituiva nel disegno della riforma del 2001 l'ordinario modello di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Tuttavia, le integrazioni operate dall'art. 14 D.L. n. 269/2003 sull'art. 113 co. 5 T.U.E.L. hanno significativamente ridimensionato la portata innovativa che originariamente era stata riconosciuta all'introduzione del meccanismo gestorio in questione²¹²: veniva infatti prospettata la configurazione di un nuovo modello di servizio pubblico locale di tipo industriale, caratterizzato da un regime amplissimo di libertà per gli operatori economici privati, limitabile solo in presenza di fallimenti di mercato.

settoriale, la scelta dell'ente locale debba orientarsi verso la forma organizzativa che appare meglio in grado di consentire il superamento di assetti monopolistici.

²¹¹ La predetta disposizione, prima della novella recata dall'art. 14 D.L. n. 269/2003, si limitava a precisare che la cessione della partecipazione pubblica (parziale o totalitaria), non poteva esplicitare effetti sulla durata delle concessioni e degli affidamenti, al fine di evitare che il socio privato potesse essere anticipatamente estromesso nella gestione del servizio in conseguenza dell'alienazione della quota pubblica.

²¹² È tuttavia significativo rilevare che il d.d.l. S-772 (cd. “Lanzillotta”), recante il progetto di riforma del settore dei servizi pubblici locali, propone, all'art. 2, co. 1 lett. a), come modalità generale di affidamento della gestione dei servizi il modello della concorrenza per il mercato da realizzarsi mediante l'esperimento di “*procedure competitive ad evidenza pubblica*”.

Da ultimo, l'affidamento con gara del servizio sembra limitato alle società totalmente a capitale privato e ai casi in cui l'ente locale non partecipi ad alcuna società o non ne abbia costituita una propria e quindi debba necessariamente affidare ad un soggetto terzo la gestione del servizio.

Il comma 6 del medesimo art. 113 T.U.E.L., inoltre, esclude dalla partecipazione a tali gare le società che, in Italia o all'estero, gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici per effetto di affidamenti diretti, di procedure non a evidenza pubblica, oppure per effetto di rinnovi dei predetti affidamenti.

L'esclusione opererà anche per le società collegate o controllate dalle prime, nonché nei riguardi dei soggetti affidatari, a mente del comma 4, della fase di gestione delle dotazioni patrimoniali e degli impianti e reti.

Problematica appare la ricostruzione dei rapporti tra ente locale e gestore del servizio, anche in conseguenza della disposta soppressione, stante l'abrogazione dell'art. 267 R.D. n. 1175/1931 (recante "*Testo Unico per la finanza locale*") e la riformulazione dell'art. 113 T.U.E.L., dell'istituto della concessione di servizi: la soppressione dell'istituto della concessione induce a ritenere che la fase di promozione e vendita all'utente delle prestazioni oggetto del servizio sia esclusivamente frutto di rapporti contrattuali di diritto privato tra ente locale e società di capitali, individuate all'esito della procedura di gara ad evidenza pubblica.

2.8.2. Il modello a concorsualità mediata: l'affidamento a società mista.

Accanto alla gestione concorsuale pura, attuata mediante affidamento della titolarità del servizio a società di capitali selezionate all'esito di gare ad

evidenza pubblica, con il D.L. n. 269/2003 è stato reintrodotta²¹³ il modulo dell'affidamento diretto del servizio a società miste a capitale pubblico (maggioritario o minoritario).

In particolare, l'art. 113, comma 5, lett. b) T.U.E.L. prevede che i servizi pubblici locali di rilevanza economica possano, fra l'altro, essere affidati “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”.

Viene in tal modo delineata una forma di gestione dei pubblici servizi a concorsualità per così dire mediata, nella quale l'affidamento diretto del servizio non è del tutto avulso dall'obbligo di espletamento di una procedura di gara, obbligo che però viene assolto a monte, vale a dire in sede di scelta del *partner* privato.

Il modello della società mista costituisce uno schema intermedio tra quello concorsuale per l'affidamento del servizio pubblico e quello della delegazione interorganica ad una società *in house*.

²¹³ Si tratta in sostanza della riproposizione del tradizionale modello della società mista, introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento dalla legge 8 giugno 1990 n. 142 e comunque di fatto già ampiamente utilizzata nella prassi applicativa anteriore, quale predicato della capacità di diritto privato degli enti pubblici, sicché il profilo maggiormente innovativo della citata normativa si ricollegava essenzialmente alla peculiarità del regime giuridico previsto, in connessione con il *favor* legislativo per la conduzione imprenditoriale dei servizi. L'attuale modello gestionale della società partecipata dall'ente territoriale è conforme al paradigma comunitario, in quanto potenzialmente idoneo a garantire sia l'autonomia regolatore – regolato, sia i principi di libera concorrenza e prestazione dei servizi.

Essa costituisce una gestione diretta solo in apparenza, poiché la procedura selettiva è anticipata al momento in cui si provvede a scegliere il *partner* privato con una gara che, per essere conforme all'ordinamento comunitario, deve essere condotta in maniera sostanzialmente analoga a quanto viene previsto per le gare finalizzate all'individuazione del gestore privato²¹⁴.

La legge 8 giugno 1990 n. 142 ed i successivi interventi legislativi susseguitisi nel tempo hanno introdotto delle forme privatistiche di gestione dei servizi, innovative rispetto ai modelli tradizionali²¹⁵ e non di meno riconducibili

²¹⁴ Dell'esigenza, *de iure condendo*, di un contesto normativo generale più organico e restrittivo a favore della concorrenza si è fatto carico il recente disegno di legge governativo recante "*Delega al governo per il riordino dei servizi pubblici locali*" (atto Senato n. 772 della XV legislatura, presentato il 7 luglio 2006), il quale prevede che "*l'affidamento delle nuove gestioni ed il rinnovo delle gestioni in essere dei servizi pubblici locali di rilevanza economica debba avvenire mediante procedure competitive ad evidenza pubblica di scelta del gestore*", consentendo soltanto eccezionalmente l'affidamento a società totalitarie in presenza dei noti presupposti comunitari e alle società miste locali. Il d.d.l. AS 772 (all'art. 2, comma 1, lettere c) e d)) condiziona il ricorso a queste ultime alla "*stretta inerenza delle modalità di selezione e di partecipazione dei soci pubblici e privati agli specifici servizi pubblici locali oggetto dell'affidamento, ferma restando la scelta dei soci privati mediante procedure competitive*" (come recita la relazione di accompagnamento al d.d.l.). Si prevede, inoltre, la necessità di "*norme e clausole volte ad assicurare un efficace controllo pubblico della gestione del servizio e ad evitare possibili situazioni di conflitto di interessi*".

²¹⁵ Per vero, il modulo societario risultava di fatto già ampiamente utilizzato nella prassi applicativa anteriore quale estrinsecazione della capacità di diritto privato degli enti pubblici, sì che il profilo maggiormente innovativo della citata normativa si ricollegava essenzialmente al particolare regime giuridico ivi previsto, a sua volta connesso al *favor* legislativo per la conduzione imprenditoriale dei servizi. In particolare, l'art. 1 R.D. 15 ottobre 1925 n. 2578 prevedeva una serie di servizi c.d. municipalizzati da gestire mediante aziende speciali ovvero in economia (ove la rilevanza del servizio non giustificasse il ricorso alla predetta forma) ovvero, infine, mediante concessione ad impresa privata.: cfr. G. STUMPO, *L'appalto di servizi, la concessione di servizi e l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali a società miste*, in *Riv. Trim. App.*,

entro schemi organizzativi di autonomia negoziale di cui l'ente locale è istituzionalmente facultizzato ad avvalersi nell'esercizio della propria capacità di diritto comune²¹⁶.

In particolare, il modulo della società mista, nel regime delineato dalla legge n. 142/1990, aveva uno specifico ambito di applicazione limitato alle società di gestione dei pubblici servizi, con la conseguenza che la definizione stessa del concetto di pubblico servizio assurgeva a criterio discrezionale per l'individuazione della disciplina applicabile (diritto speciale o diritto comune): se infatti la Pubblica Amministrazione può certamente svolgere anche attività di mero rilievo economico — nel cui ambito il modulo privilegiato di intervento è proprio quello societario — a condizione che venga perseguito, seppur indirettamente, il pubblico interesse, nel caso in cui tale attività economica si concretizzi nello svolgimento di un pubblico servizio l'azione dell'Amministrazione risulterà assoggettata a vincoli correlati alle finalità sociali perseguite.

D'altra parte, dall'attribuzione normativa della personalità giuridica non poteva che discendere la tendenziale pienezza di capacità giuridica e la

2002, p. 827; M. CAMELLI, *Le società a partecipazione pubblica: comuni, province, regioni*, Rimini, 1989, p. 57 ss.; V. MARTELLI, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, Milano, 1997, p. 21 ss.; V. PARISIO, *La gestione dei servizi pubblici locali negli statuti comunali*, in *Trib. amm. reg.*, 1994, n. 2, II, p. 31 ss..

²¹⁶ In tale quadro è stata evidenziata la differenza fra l'utilizzo dello schema societario e quello concessorio: secondo A. PIOGGIA, *La concessione di pubblico servizio come provvedimento a contenuto convenzionalmente determinato. Un nuovo modello per uno strumento antico*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 595, nel primo caso l'interesse pubblico alla finalizzazione sociale dell'attività e la gestione economica di essa restano separati; nelle società miste invece l'interesse pubblico e quello societario si fondono all'interno di un nuovo soggetto giuridico unitario. Ciò non escludeva tuttavia la necessità di una congrua motivazione in ordine alla scelta del modello di gestione societario rispetto agli altri previsti dalla legge: cfr. T.A.R. Lazio, 10 settembre 2003, n. 7547.

conseguente autonomia²¹⁷ della società affidataria del servizio, nel senso di potestà di autoregolamentazione della propria sfera giuridica con strumenti di diritto privato²¹⁸.

La *ratio* dell'introduzione delle società per azioni con capitale pubblico maggioritario fra le modalità tipiche di gestione non deve essere ricercata nella finalità di favorire una privatizzazione formale che consentisse una maggiore trasparenza e distinzione di responsabilità fra politici e gestori, una maggior flessibilità decisionale ed operativa nonché la possibilità di acquisire all'esterno, da parte di altri soci pubblici e privati, ulteriori e necessarie risorse finanziarie, di esperienza e capacità tecnica, tutto in un contesto di sempre maggior richiesta di efficienza nell'erogazione delle prestazioni.

L'originario vincolo della prevalenza del capitale pubblico locale aveva infatti la funzione di garantire che i tutti i processi decisionali fossero imputati alla volontà dell'ente locale, realizzando in tal modo una fattispecie assimilabile, da un punto di vista sostanziale, ad una gestione diretta del servizio: in questo contesto il modello societario si poneva quale vera e propria scelta organizzativa di gestione posta nella disponibilità del soggetto pubblico²¹⁹; tale modello si rivelò

²¹⁷ Autonomia negoziale che dovrà essere comunque esercitata in coerenza con il principio di funzionalità che governa lo svolgimento dell'attività pubblica: cfr E. SCOTTI, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, cit., p. 78: "l'assunzione di un'impresa in via collaterale da parte di un ente preordinato ad un diverso fine si rivela frutto di un'autonoma scelta dell'ente stesso il quale eserciterà l'impresa qualora ritenga tale attività funzionale, quantomeno in via indiretta, rispetto al perseguimento dei propri scopi".

²¹⁸ In tal senso G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 23; A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1974, p. 71 ss.

²¹⁹ Tale modello consente infatti all'ente locale un duplice controllo sulla società di gestione del servizio: un controllo pubblicistico in qualità di soggetto titolare del servizio

tuttavia inadatto ai servizi e alle realtà comunali di modeste dimensioni, oltre a risultare particolarmente oneroso in tutte le ipotesi in cui il servizio richiedeva ingenti investimenti strutturali, tanto che lo stesso Legislatore, a breve distanza di tempo, optò per l'introduzione, con l'art. 12 del la 1. 23 dicembre 1992, n. 498, di un ulteriore schema gestionale a struttura societaria caratterizzato dall'assenza del vincolo della proprietà pubblica maggioritaria.

Tale innovazione, divenuta operativa solo in seguito all'approvazione della normativa regolamentate di attuazione, ha rappresentato un elemento di notevole rilievo per l'inquadramento sistematico del fenomeno in quanto, al di là dello specifico regime giuridico dettato per la fattispecie, ha chiarito a livello normativo che l'affidamento del servizio poteva essere realizzato in via diretta, a prescindere dall'intermediazione di un provvedimento concessorio, in precedenza ritenuto necessario in ogni ipotesi di vera e propria esternalizzazione della gestione.

Venne in tal modo realizzata una vera e propria privatizzazione sostanziale, che non si risolveva tuttavia nella dismissione del servizio giusta la dettagliata disciplina dettata al fine di garantire al socio pubblico di minoranza penetranti poteri nello svolgimento dell'attività sociale.

Successivamente il D.L. 31 gennaio 1995 n. 26 (convertito con 1. 29 marzo 1995), all'art. 4, ha ripreso la riferita normativa relativa alla costituzione di società miste con la partecipazione minoritaria degli enti locali per l'esercizio dei servizi pubblici e la realizzazione di opere pubbliche ed ha demandato ad un regolamento²²⁰ la specificazione della stessa, sulla base dei principi e dei criteri di

ed un controllo privatistico in quanto socio di maggioranza della società. Esso peraltro risulta ben applicabile ad attività di rilevanti dimensioni che non richiedano né un'elevata capitalizzazione né la realizzazione di opere accessorie al servizio.

²²⁰ Tale disciplina trovava attuazione con l'emanazione del D.P.R. 16 settembre 1996 n. 533. In particolare l'art. 1 consentiva la costituzione di società miste a prevalente capitale

cui al comma 2 della legge n. 498/1992 nel rispetto della normativa comunitaria²²¹.

Da ciò consegue che la normativa interna di settore ha inteso distinguere due ipotesi di società mista (a capitale pubblico minoritario e maggioritario), stabilendo il rispetto della normativa comunitaria di scelta del *partner*, secondo la procedura dell'evidenza pubblica, soltanto nel caso di partecipazione pubblica minoritaria.

A completamento di tale quadro normativo, la legge 15 maggio 1997 n. 127 ha ampliato i presupposti per l'utilizzo del modello societario, legittimando la gestione a mezzo di società a responsabilità limitata e consentendo agli enti locali di acquisire partecipazioni anche senza essere i soggetti promotori della costituzione del soggetto giuridico.

Nell'assetto normativo così delineato, le condizioni legittimanti il ricorso al modello della società per azioni risultavano inizialmente individuate nella natura del servizio e nel coinvolgimento di una pluralità di soggetti pubblici e privati, criteri diretti a circoscrivere l'esercizio della discrezionalità dell'ente locale nella scelta del modulo gestionale, anche se inizialmente era al secondo di detti parametri che veniva attribuito il ruolo di elemento cardine della fattispecie:

privato per l'esercizio dei servizi pubblici e delle opere accessorie connesse, imponendo la selezione del *partner* privato mediante una procedura concorsuale ristretta, assimilata all'appalto concorso di cui al D. Lgs. n. 157/1995. Si tratta di un intervento legislativo connotato da un evidente *favor* per il modello privatistico, emergente anche dalla previsione di una procedura semplificata per la trasformazione delle aziende speciali in organismi societari assimilabile ai processi di privatizzazione formale avviati a livello nazionale.

²²¹ Una delle previsioni maggiormente significative era quella contenuta nell'art. 5 della disposizione in esame, ai sensi della quale, nei rapporti tra enti locali e soci privati, deve essere assicurata la verifica della conformità dell'assetto societario all'interesse pubblico alla gestione del servizio.

era infatti l'esigenza di una gestione associata²²² — vista anche nell'ottica del reperimento di risorse finanziarie — che rappresentava il vero *discrimen* rispetto alle ulteriori forme di gestione a carattere imprenditoriale²²³, costituendo altresì una precisa linea guida per l'esercizio della scelta discrezionale dell'ente locale.

2.8.3. (segue) Il ruolo del privato nella società mista.

Con la reintroduzione, ad opera del D.L. n. 269/2003, dell'affidamento diretto del servizio a società mista, originariamente previsto dall'art. 22, comma 3, lett. e) della legge n. 142/1990 ed espunto dalla riforma del 2001, nell'ottica di generalizzazione del sistema della gara²²⁴, si sono riproposte talune problematiche in relazione alle modalità di selezione del socio privato ed alla concreta attività che questi viene chiamato a svolgere.

In primo luogo, il comma 5 dell'art. 113 T.U.E.L. non pone alcun limite quantitativo in ordine alla quota di partecipazione azionaria da parte del privato

²²² In tal senso M. CAMMELLI - A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 210 ss..

²²³ Cfr. M. DUGATO, *Le società per la gestione*, cit., p. 65, il quale sottolinea la necessità che il servizio, per la sua natura o per l'ambito territoriale di riferimento, rimanga comunque tale a prescindere dalla natura pubblica o privata dei soggetti incaricati della gestione. La formulazione legislativa, laddove reca la previsione della partecipazione di più soggetti "pubblici" o "privati", pareva infatti inequivoca nel consentire, grazie all'utilizzo della preposizione disgiuntiva la possibilità che le società da essa considerate potessero essere partecipate anche da soli enti pubblici, sì che la prevalenza del capitale pubblico locale doveva intendersi come limite minimo volto ad assicurare che in ogni caso la maggioranza del capitale fosse in mano pubblica (in senso contrario T.A.R. Toscana, 14 dicembre 1994, n. 41 per cui è necessaria la partecipazione di soggetti privati). Sulla partecipazione alle società di soli soggetti pubblici cfr. anche M. VALLERGA, *Società esiste per la gestione dei pubblici servizi: certezze e prospettive di riforma*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 633.

²²⁴ Sul punto, M. CAMMELLI, *Concorrenza, mercato e servizi pubblici: le due riforme*, in *Riv. trim. app.*, 2003, p. 513 ss.

ed in secondo luogo permane una certa incertezza in ordine al regime giuridico applicabile alla fattispecie, considerando soprattutto che, in base a quanto disposto dal successivo comma 12, l'affidamento del servizio ha carattere temporaneo, anche nel caso di società a prevalente capitale pubblico.

Sotto il primo profilo, il tema della quantificazione della quota azionaria spettante al socio privato costituisce un nodo centrale per la comprensione della natura giuridica della società mista: a seguito della novella del 2003, la presenza del socio privato all'interno della società mista dovrebbe avere un rilievo sia in termini qualitativi sia in termini quantitativi, in quanto l'attribuzione di una partecipazione minimale al capitale sociale potrebbe vanificare la *ratio* della norma, la cui finalità sembra riconducibile all'esigenza di accrescere, tramite la presenza di operatori privati, il livello di gestione e di erogazione del servizio fornito all'utenza²²⁵.

La questione investe, in modo determinante, la tematica delle funzioni che il socio privato viene chiamato a svolgere: nella società mista il privato non è infatti chiamato a fornire un apporto esclusivamente economico mediante la sottoscrivendo di quote del patrimonio sociale, venendo a dispiegare la funzione

²²⁵ In dottrina, G. CAIA, *Autonomia territoriale*, cit., par. 5.2, p. 14-15. Si veda altresì, la Circolare del Ministero dell'Ambiente, 6 dicembre 2004, *Affidamento del servizio idrico integrato a società a capitale pubblico - privato*, in G.U., 13 dicembre 2004, n. 291, nella parte in cui si dice che: "Sulla questione relativa al quantum di partecipazione del socio privato al capitale della società, la scelta è a totale discrezione degli enti locali, fermo restando che una partecipazione minimale andrebbe ad eludere il dettato normativo-come statuito anche dalla giurisprudenza- e sarebbe in palese contraddizione con la ratio legis volta a garantire che il privato rappresenti un valore aggiunto a vantaggio della funzionalità della società di gestione e quindi, auspicabilmente, degli utenti finali destinatari del servizio".

di “*socio imprenditore*”, che, come la giurisprudenza amministrativa²²⁶ non ha mancato di sottolineare, deve essere dotato di significativi requisiti tecnico - finanziari e strutturali, concretantesi nell’esercizio di compiti di gestione e nell’espletamento di attività latamente amministrative.

Tuttavia, l’attribuzione di un rilievo preminente ai requisiti di imprenditorialità del soggetto privato che aspiri a far parte della società mista non significa svalorizzare la componente economico-finanziaria: ciò emerge con chiarezza con riferimento alle ipotesi in cui le imprese che intendono partecipare alle suddette gare diano vita ad un raggruppamento temporaneo di imprese (cd. A.T.I.), al momento della presentazione delle offerte o nel momento successivo di aggiudicazione della gara.

In tal caso, assume notevole rilievo la quota di partecipazione, in termini economici, delle singole imprese costituenti il raggruppamento, che evidentemente si ripercuote sulla percentuale di partecipazione alla società mista e, di conseguenza, sulle attività di gestione del servizio²²⁷.

Deve peraltro evidenziarsi come, nell’elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, la figura del socio privato sia stata tratteggiata differentemente

²²⁶ Cfr. Consiglio di Stato, V, 19 febbraio 1998, n. 192, in *Giur. It.*, 1998, n. 6, p. 1257 con nota di G. ACQUARONE, *La scelta del socio privato di minoranza nelle società miste di gestione dei servizi pubblici locali*, e in *Rass. Giur. En. Elettrica*, 1998, 2-3, p. 525 ss., con nota di S. COLOMBARI, *La gestione dei servizi pubblici a mezzo di società partecipate dall’ente locale: situazione attuale e prospettive*.

²²⁷ Consiglio di Stato, V, 12 ottobre 2004, n. 6586 in *Riv. giur. ed.*, 2005, n. 1, p. 312 ss., che richiede l’indicazione della ripartizione dei lavori tra le imprese associate in A.T.I. orizzontale sempre insieme all’offerta, anche se l’associazione temporanea non è ancora costituita e anche quando il bando di gara non lo richieda in modo esplicito. *Contra*: T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 7 settembre 2002, n. 4301 in *Foro Amm. – T.A.R.*, 2002, p. 2990.

a seconda che l'assetto societario rispondesse al modello della S.p.A. a capitale pubblico minoritario o, diversamente, a quella a prevalente capitale pubblico.

Nel primo caso, la giurisprudenza ha sin dal principio connotato il socio privato nei termini di socio imprenditore che apporta *know-how* alla società, con la conseguente necessità di selezionare lo stesso mediante procedura ad evidenza pubblica²²⁸.

Più difficoltoso si è invece rivelato l'inquadramento del modello della società mista a capitale pubblico maggioritario: a tal riguardo la dottrina più attenta²²⁹ e parte della giurisprudenza²³⁰ hanno rilevato che la prassi di utilizzo dello strumento della S.p.A. a capitale pubblico maggioritario ha implicato l'esercizio da parte dell'ente locale di un penetrante potere di controllo in ordine all'operato della società, tanto che quest'ultima veniva quasi ad assumere i

²²⁸ Consiglio di Stato, Ad. Gen., 16 maggio 1996, parere n. 90/96, in *Cons. Stato*, 1996, p. 1640.

²²⁹ F. CARINGELLA, *Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici: un difficile compromesso tra privatizzazione e garanzie*, nota a margine della pronuncia di Cass. Civ., SS. UU., 6 maggio 1995, n. 4989 in *Foro it.*, 1996, I, p. 1364 ss.; M. DUGATO, *Sul tema delle società a partecipazione pubblica per la gestione dei servizi locali. Costituzione della società, dimissioni, affidamento del servizio, rapporto tra ente e società*, in *Riv. trim. app.*, 1996, n 2, p. 229; F. LUCIANI, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Dir. Amm.*, 1995, p. 275; G. CAIA, *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale: la scelta dei soci e delle procedure di affidamento del servizio*, in *Nuova Rass.*, 1995, p. 1082 ss.; M. CAMMELLI, *Enti pubblici, società e istituzioni: modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, in V. CERULLI GIRELLI - G. MORBIDELLI (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994, p. 349 ss.; M. CAMMELLI - A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1997; AA. VV., *Il ruolo degli enti locali e degli imprenditori nei servizi pubblici, con particolare riguardo alle concessioni ed alle società di cui all'art. 12 della legge n. 498 del 1992* (con scritti di E. PICCOZZA - E. REGGIO D'ACI - C. DE ROSE - F. G. SCOCA), in *Nuova Rassegna*, 1995, p. 1003 ss..

²³⁰ Cass. Civ., SS. UU., 29 ottobre 1999, n. 754, in *Foro it.*, 2000, p. 802.

caratteri di una struttura collegata all'amministrazione ed operante, in sostanza, come organo indiretto della medesima²³¹.

In questa ottica, si è fatto leva sul concetto di funzionalizzazione della società rispetto alla realizzazione degli scopi propri dell'ente: la nozione di vincolo funzionale è stata utilizzata dalla giurisprudenza amministrativa come parametro di legittimità dell'attività svolta dalle società a partecipazione comunale, soprattutto in relazione alle attività extraterritoriali, sottolineandosi la necessità di un permanente collegamento tra l'operato della società e gli interessi della collettività di cui l'ente locale è soggetto esponenziale²³².

D'altra parte, autorevole dottrina²³³ ha ravvisato l'essenza della funzione nell'esigenza di controllare, giungendo a configurare la società mista come struttura formalmente privatistica ma sostanzialmente operante come *longa manus* dell'amministrazione pubblica locale²³⁴. Questa ricostruzione si basa fondamentalmente sul rilievo che, nel modello della società mista, si attua, in

²³¹ F. CARINGELLA, *Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici: un difficile compromesso tra privatizzazione e garanzie*, cit.

²³² Consiglio Stato, II, 28 febbraio 1996, n. 366/96, in *Cons. Stato*, 1996, I, p. 1428; Consiglio Stato, V, 3 settembre 2001, n. 4586, in *Cons. Stato*, 2001, I, p. 1949; T.A.R. Parma, 2 maggio 2002, n. 240, in *Foro Amm. - T.A.R.*, 2002, n. 5, p. 1565 ss., con nota di G. CAIA, *L'attività imprenditoriale delle società a prevalente capitale pubblico locale al di fuori del territorio degli enti soci*.

²³³ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, p. 439-440, nella parte in cui si dice che: "la ragione per cui una norma funzionalizza un'attività, di una qualsiasi figura soggettiva, sta nella esigenza di controllare. Controllare è assunto qui in una accezione molto ampia, e giuridicamente non sempre propria; a controllare può essere un giudice, un organo amministrativo nei confronti di un organo subordinato, di un concessionario, di un ente soggetto a tutela [...]; chi è controllato deve poter dar conto di ciò che ha fatto o non fatto, del perché, del come e così via".

²³⁴ E. CANNADA BARTOLI, *Servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Giur. It.*, 1996, I, 1, p. 493, il quale fa riferimento alla società mista quale "figura di concessionario particolarmente qualificato".

ossequio al principio di legalità sancito dall'art. 97 della Costituzione, un trasferimento di funzioni istituzionali dall'amministrazione pubblica al soggetto privato, in base al quale il soggetto privato è legittimato ad operare come una Pubblica Amministrazione, ponendo in essere attività materiali o negoziali, a seconda del settore in cui opera ed esercitando i poteri pubblicistici che la legge abbia inteso ad esso attribuire²³⁵.

Sulla base di tale interpretazione, si è sviluppato l'orientamento interpretativo secondo cui la scelta del socio privato di società mista dovesse avvenire *intuitu personae*, attribuendo a tale selezione i caratteri di uno schema flessibile proprio di una ricerca di mercato, piuttosto che quelli rigidi e procedimentalizzati di una procedura ad evidenza pubblica²³⁶.

²³⁵ Sul punto si veda: Consiglio di Stato, V, 20 dicembre 1996, n. 1577, in *Cons. Stato*, 1996, I, p. 1956, che sottolinea il carattere eccezionale delle norme attributive di pubblici poteri ai concessionari privati di servizi pubblici e il necessario rispetto del principio di legalità nel trasferimento di funzioni istituzionali ad un soggetto privato da parte della Pubblica Amministrazione.

²³⁶ Si veda a tal proposito: Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, 23 luglio 2001, n. 410, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, n. 1, p. 21, con commento di M. DUGATO, e in *Foro It.*, 2002, III, p. 554 ss., in particolare nella parte in cui si dice: “*a differenza di quanto accade nella società con capitale privato di maggioranza (in cui l'ente pubblico agisce in veste di amministrazione aggiudicatrice), nel caso di società miste con partecipazione maggioritaria pubblica, l'ente locale compie esso stesso una scelta di natura tipicamente imprenditoriale, affiancando a sé un operatore privato che conferisca un apporto di capitale e/o uno specifico contributo in termini di competenza tecnica. In tale caso, il criterio di scelta del partner privato risponde a logiche diverse da quelle che assistono la scelta del concessionario o dell'appaltatore e la metodologia attuativa deve piuttosto avvicinarsi allo schema flessibile di una ricerca di mercato, anziché a quello, rigido e procedimentalizzato, di una gara ad evidenza pubblica.*”

Ma se la selezione del socio mediante gara era prevista normativamente²³⁷ con riferimento alla S.p.A. a capitale pubblico minoritario, tale principio ha incontrato maggiori resistenze in ordine al modello della S.p.A. a capitale pubblico maggioritario, in cui, in base alle caratteristiche sopra evidenziate, si è in un primo momento escluso che la selezione del *partner* privato dovesse essere effettuata mediante l'applicazione dell'evidenza pubblica²³⁸.

Un ulteriore aspetto che incide notevolmente sulla configurazione giuridica della società mista è il carattere temporaneo dell'affidamento, in quanto

²³⁷ Segnatamente dal D.P.R. 16 settembre 1996, n. 533, recante “*Regolamento sulla costituzione di società miste in materia di servizi pubblici degli enti territoriali*”, pubblicato in G.U. 21 ottobre 1996, n. 247 e in *Giorn. Dir. Amm.*, 1997, n. 3, p. 240, con commento di M DUGATO - M. MAZZARELLI. Si veda, altresì, G. CAIA - L. NANNI L. (a cura di), *Commento al D.P.R. 16 settembre 1996, n. 533*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1997, p. 586 ss..

²³⁸ DUGATO M., *Sul tema delle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 232, nella parte in cui si dice, in relazione al modello della società mista a capitale pubblico maggioritario: “*Sembra più corretto propendere per la non operatività delle norme dell'evidenza pubblica nel caso che qui interessa. Ciò per più ordini di considerazioni. In primo luogo, è bene ricordare che le norme pubblicistiche sui contratti della p. a., alcune delle quali molto risalenti nel tempo, paiono pensate esclusivamente per i contratti di scambio. È frequente, ad esempio, il riferimento alla distinzione tra contratti attivi e contratti passivi, a cui si ricollega l'applicabilità dei differenti sistemi di scelta del contraente; distinzione che appare priva di ogni senso nel caso del contratto di società, che, quanto meno in senso tecnico contabile, non produce direttamente né una entrata né una uscita nel bilancio dell'ente locale*”.

G. CAIA, *Società per azioni*, cit., p. 1083 ss., che osserva come la concorsualità caratteristica dell'evidenza pubblica trova la propria giustificazione nella centralità della valutazione della convenienza economica propria dei soli contratti di scambio. Con riferimento ai contratti associativi, invece, “*Il criterio della individuazione dei partners contrattuali non è la maggiore o minore convenienza economica della controprestazione, bensì la verifica della sussistenza di una comunione di intenti e di interessi, che consente di avviare l'esercizio in comune dell'attività economica*”.

il comma 12 dell'art. 113 T.U.E.L. attribuisce al socio privato una posizione non stabile²³⁹.

La *ratio* di tale previsione andrebbe rinvenuta, secondo un orientamento interpretativo²⁴⁰, nell'esigenza di evitare che l'introduzione della procedura selettiva possa avallare affidamenti atemporalmente o di durata irragionevole, prospettando, quindi, al termine del periodo di affidamento, la possibilità di dare corso allo scioglimento della società oppure alla rinnovazione della procedura di selezione del socio privato.

Il dettato normativo, tuttavia, si riflette in modo significativo sia sulla concreta posizione che il socio assume, tratteggiandosi una sorta di precarietà istituzionale dello stesso, sia sul tema delle modalità di regolamentazione dei rapporti tra il socio uscente e l'eventuale nuovo socio.

In linea generale, attraverso l'analisi di tali aspetti, a fronte delle più recenti novelle legislative, la posizione del socio privato è assimilabile a quella di un subaffidatario (o sub - concessionario) del servizio, oppure a quella di socio che, oltre al conferimento in denaro, si obbliga in sede di sottoscrizione del capitale sociale, allo svolgimento di prestazioni accessorie ex art. 2345 cod. civ., in ossequio alle regole proprie del diritto societario.

Tale inquadramento investe chiaramente la natura del modello societario previsto dall'art. 113, comma 5, lett. b) T.U.E.L., riflettendosi sulla configurazione della società come soggetto imprenditoriale, retto dalle regole del diritto privato,

²³⁹ Si riporta testualmente la disposizione citata: *"l'ente locale può cedere tutto o in parte la propria partecipazione nelle società erogatrici dei servizi mediante procedure ad evidenza pubblica da rinnovarsi alla scadenza del periodo di affidamento. Tale cessione non comporta effetti sulla durata delle concessioni e degli affidamenti in essere"*.

²⁴⁰ M. DUGATO, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in AA. VV., *Legge collegata alla Finanziaria 2004 e pubblica amministrazione*, in *Gior. dir. amm.*, 2004, n. 2, p. 125.

oppure come soggetto formalmente privato ma governato da logiche pubblicistiche.

2.8.4. (segue) La procedura di selezione del socio privato nella società mista.

Nel vigente regime dei servizi pubblici locali, in cui il modello dell'affidamento a società mista si pone quale alternativa all'autoproduzione del servizio mediante lo schema dell'*in house providing*, può affermarsi con certezza che l'orientamento prevalente sia quello di applicare le procedure concorsuali anche in relazione alla scelta del socio privato di società mista, discendendo tale assunto dalla vigenza nel nostro ordinamento sia dei principi di buon andamento ed imparzialità, di cui all'art. 97 Cost., sia delle regole concorrenziali di matrice comunitaria: tale fondamentale principio ordinamentale è stato appunto tradotto in esplicito precetto dall'art. 113, co. 5, lett. b) T.U.E.L..

La giurisprudenza amministrativa²⁴¹ afferma, infatti, in modo pressoché unanime la necessità di scegliere il socio di società mista tramite gli strumenti concorsuali che l'ordinamento indica per l'individuazione di soggetti privati chiamati a svolgere attività o servizi in favore dell'Amministrazione²⁴².

²⁴¹ Consiglio di Stato, V, 19 febbraio 1998, n. 192, *cit.*; Consiglio di Stato, V, 30 aprile 2002, n. 2297 in *Foro It.*, 2002, III, p. 553; Consiglio di Stato, V, 15 febbraio 2002, n. 917, *ivi*, p. 554; Cons. Stato, V, 3 settembre 2001, n. 4586, *ivi*, p. 554.

²⁴² Taluni arresti giurisprudenziali e la generalizzazione del principio di concorrenza da parte dell'art. 35 legge n. 448/2001, che prescriveva il ricorso alla procedura di gara per l'assegnazione dei servizi pubblici locali, hanno indotto parte della dottrina a ritenere che fosse venuto meno ogni rilievo relativo al vincolo funzionale o teleologico della società al soddisfacimento dei bisogni della collettività locale: così G. CAIA, *L'attività imprenditoriale delle società a prevalente capitale pubblico locale al di fuori del territorio degli enti soci*, *cit.*, par. 5.2, p. 15.

La salvaguardia del confronto concorrenziale viene garantita mediante l'anticipazione della gara al momento preliminare di selezione del socio privato, a fronte dell'affidamento diretto del servizio.

A questa conclusione la giurisprudenza è giunta altresì attribuendo al modulo operativo della società mista i caratteri propri non soltanto del contratto associativo ma anche del contratto di scambio, implicante scelte di tipo concorsuale, in considerazione del fatto che il socio privato espleta tutta una serie di attività, accessorie alla gestione del servizio, rispetto alle quali lo strumento della gara si pone quale garanzia di imparzialità ed affidabilità²⁴³.

²⁴³ Consiglio di Stato, V, 19 febbraio 1998, n. 192, *cit.*, in particolare nella parte in cui si dice: *“La scelta dell'imprenditore privato operata dalla P. A., nell'ipotesi in cui lo stesso venga chiamato ad espletare in prima persona, in seno alla società per azioni all'uopo costituita, veri e propri compiti imprenditoriali (di progettazione, di esecuzione di opere e manutenzione in favore della stessa amministrazione comunale oltretutto di gestione) non è configurabile come semplice attività di autorganizzazione della amministrazione tale da legittimare l'assegnazione di rilievo primario, se non esclusivo alla mera fiducia personale; come si è visto, del resto, nel modulo operativo di cui si discute sono ampiamente riconoscibili, accanto ai requisiti del contratto associativo che normalmente privilegia l'intuitu personae) anche e soprattutto quelli di un contratto di scambio, implicanti scelte di tipo concorsuale”*; Cass. Civ., SS. UU., 29 ottobre 1999, n. 754, *cit.*, nella parte in cui si dice: *“La norma che configura il modello organizzativo della società a prevalente capitale pubblico locale darebbe allora luogo ad una disciplina irrazionale ed in contrasto con i principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità, in violazione degli artt. 3 e 97 Cost., quando se ne accettasse un'interpretazione per cui la sua applicazione potrebbe andare disgiunto, da quella delle norme che, nei contratti degli enti locali e dello Stato, impongono di scegliere il contratto attraverso le adeguate procedure dell'evidenza pubblica”*; e nella parte in cui si dice: *“La dottrina civilistica ha mostrato come la distinzione tra contratti di scambio e contratti con comunione di scopo ha avuto un valore sul piano conoscitivo, perché ha consentito di ricondurre il fenomeno associativo nell'ambito del contratto, come ha consentito di mettere in rilievo l'aspetto che, nei contratti con comunione di scopo, le prestazioni di altre parti non realizzano immediatamente l'interesse di ciascuno dei contraenti ma costituiscono il mezzo per poter attuare l'esercizio in comune dell'attività*

Il socio privato assume una posizione operativa all'interno della società, rappresentando un *quid pluris* in termini funzionali rispetto alle tradizionali modalità di gestione ed erogazione del servizio proprie dell'apparato amministrativo.

Tale ricostruzione incide, in stretta connessione, sulla scelta della tipologia di gara che sarà tendenzialmente espletata secondo i moduli dell'appalto – concorso o della licitazione privata con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa²⁴⁴, la quale peraltro, come è stato precisato dalla giurisprudenza interna²⁴⁵ e comunitaria²⁴⁶, si fonda essenzialmente sulla comparazione tra dato economico e dato tecnico, basata su un complesso di parametri che presiedono il

dal cui risultato positivo deriverà la soddisfazione dell'interesse che ha mosso le parti al contratto. La distinzione non ha invece valore sul piano della disciplina, perché l'appartenenza del contratto al tipo di quelli con comunione di scopo non è di ostacolo a che ad esso si applichino norme dettate in riferimento a contratti che rientrano nel tipo di quelli di scambio”.

²⁴⁴ G. ALPA - A. CARULLO. - A. CLARIZIA, *Le s.p.a. comunali e la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, 1998, p. 30-31 ss.; M. DUGATO, *Sul tema dei servizi pubblici*, cit., p. 238 ss..

²⁴⁵ *Ex multis*: T.A.R. Liguria, Sez. II, 7 settembre 2004, n. 1429, in *F. Amm. – T.A.R.*, 2004, p. 2501, secondo cui: “L'offerta economicamente più vantaggiosa costituisce il metodo dell'aggiudicazione degli appalti pubblici che, anziché collegarsi all'automatica valutazione della convenienza economica su base meramente quantitativa, si fonda sulla comparazione tra il dato economico e quello tecnico, che offre sì alla commissione giudicatrice un penetrante potere di valutazione discrezionale delle offerte, ma pure un complesso di parametri che ne guidano il giudizio e che, come tali, devono essere esplicitati nel bando di gara o nella lettera di invito, in particolare, di quali elementi si terrà conto per l'attribuzione dei relativi punteggi ed in quale ordine di importanza, la specificazione dei parametri numerici di valutazione”.

²⁴⁶ Corte di Giustizia CE, 17 settembre 2002, C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab. c. Helsingin Kaupunki*, in *Racc.*, 2002, I-7213, e in *Urb. App.*, 2003, n.2, 168, punti 65 e 81; Corte di Giustizia CE, 7 dicembre 2000, *Teleaustria Telefonadress*, in *Racc.* 2000, I-

giudizio dell'amministrazione aggiudicatrice e che debbono essere necessariamente esplicitati nella *lex specialis* di gara²⁴⁷.

E la compatibilità di uno schema siffatto con la disciplina comunitaria deve certamente ritenersi sussistente ove, avuto riguardo alla sostanza dei rapporti giuridico-economici tra soggetto pubblico e privato, non lo si configuri come un affidamento diretto alla società mista, bensì quale affidamento con procedura di evidenza pubblica dell'attività "operativa" della società mista al *partner* privato, tramite la stessa gara volta alla individuazione di quest'ultimo.

In altri termini, in questo caso, ove il privato assume la veste di socio industriale (se si vuole, in contrapposizione a quella di socio finanziario), l'attività che si ritiene affidata senza gara alla società mista risulta, nella sostanza, da ritenere affidata con gara al *partner* privato scelto con una procedura di evidenza pubblica che abbia ad oggetto, al tempo stesso, anche l'attribuzione dei suoi compiti operativi e quella della qualità di socio.

La peculiarità rispetto alle ordinarie procedure di affidamento sembra allora rinvenirsi non tanto nell'assenza di una procedura di evidenza pubblica (che, come si è detto, esiste e opera uno specifico riferimento all'attività da svolgere) quanto nel tipo di controllo dell'amministrazione appaltante sul privato esecutore: non si tratterà quindi dell'ordinario controllo esterno dell'Amministrazione, secondo i moduli ordinari della vigilanza del committente,

10745, punto 61; Corte di Giustizia, 18 giugno 2002, C-92/00, HI, in *Racc.* 2002, I-5553, punto 45.

²⁴⁷ Una soluzione siffatta si rivela peraltro pienamente conforme ai principi sanciti dalla Direttiva unificata 2004/18/CE, la quale ha trovato attuazione nel D. LGS. 12 aprile 2006, n. 163, recante "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE".

bensi di un più pregnante controllo interno del socio pubblico, giustificabile in ragione della sussistenza di particolari esigenze di interesse pubblico.

In altri termini, non potrebbe ritenersi possibile l'affidamento diretto, in particolare nel caso di società miste "aperte", nelle quali il socio, ancorché selezionato con gara, non viene scelto per finalità definite, ma soltanto come *partner* privato per una società "generalista", alla quale affidare direttamente l'erogazione di servizi non ancora individuati al momento della scelta del socio e con lo scopo di svolgere anche attività *extra moenia*, avvalendosi semmai dei vantaggi derivanti dal rapporto privilegiato stabilito con il *partner* pubblico²⁴⁸.

In conclusione, secondo tale ipotesi estrema, la costituzione di una società mista (con *partner* scelto dopo una gara) non esimerebbe in nessun caso dalla evidenza pubblica le procedure di affidamento del servizio²⁴⁹.

²⁴⁸ Né appare condivisibile l'opposta ipotesi secondo la quale la giurisprudenza comunitaria in materia di *in house providing* – e in particolare quella secondo la quale il "controllo analogo" è escluso quando la società è partecipata da privati (cfr. la più volte citata sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03 - *Stadt Halle e RPL Lochau*) – comporta anche l'incompatibilità assoluta con i principi comunitari, in qualunque caso, dell'affidamento a società miste. In tal senso si è di recente pronunciato anche il Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia (decisione 27 ottobre 2006 n. 589), che ha ritenuto "*doversi pervenire ad una interpretazione restrittiva, se non addirittura disapplicativa, dell'art. 113, comma 5, lett. b), nel senso che la costituzione di una società mista, anche con scelta del socio a seguito di gara, non esime dalla effettuazione di una seconda gara per l'affidamento del servizio*".

²⁴⁹ A titolo meramente esemplificativo, nella causa C-458/03 - *Parking Brixen* la gestione del parcheggio, già affidata ad un operatore, era stata revocata per trasferirla direttamente alla società partecipata, con evidente lesione dei principi di tutela della concorrenza; la causa C-26/03 - *Stadt Halle* si riferiva ad un affidamento diretto disposto nel 2001 a favore di una società mista, costituita nel 1996 senza alcuna connessione con l'esercizio dello specifico servizio. Anche nel caso C-340/04 - *Carbotermo* la procedura selettiva per l'affidamento del servizio era stata sospesa e poi revocata dalla stazione appaltante (lo stesso è avvenuto per la causa C-410/04 - *ANAV*), al solo scopo di affidare direttamente le prestazioni alla società mista da questa controllata.

Non può quindi condividersi l'orientamento secondo cui sarebbe necessaria l'indizione, da parte dell'amministrazione, di una gara nella quale lo stesso soggetto pubblico aggiudicatore possa anche partecipare come socio (addirittura maggioritario) della società mista aspirante aggiudicataria.

La negazione dei principi della concorrenza varrebbe, in questa ipotesi, non solo nel caso in cui il socio privato fosse stato scelto senza gara, ma anche nel caso in cui esso fosse stato scelto con una diversa e precedente procedura di evidenza pubblica: in entrambi i casi, sembrano comunque ravvisarsi elementi di conflitto di interessi e di distorsione del mercato, senza risolvere la pretesa anomalia della società mista ma anzi consentendole di conservare, nel confronto con le altre imprese private, la sua "situazione privilegiata" dell'essere partecipata dalla stessa amministrazione che indice l'appalto.

In altri termini, se è vero che la società mista, in quanto tale, non è sottoposta al cd. controllo analogo, è dirimente la circostanza che proprio la componente esterna che esclude la ricorrenza dell'*in house* è selezionata con procedure di evidenza pubblica: la quota di capitale esterna alla Pubblica Amministrazione viene cioè reperita mediante il ricorso al mercato, coniugando in tal modo l'interesse alla valorizzazione delle risorse del mercato, che altrimenti resterebbero disattese da una logica di monopolio pubblico, con l'interesse dell'amministrazione pubblica alla scelta di moduli organizzatori che le consentano di esercitare un controllo non solo esterno (come soggetto affidante) ma interno ed organico (come *partner* societario) sull'operato del soggetto privato selezionato per la gestione.

Alla stregua di quanto esposto, sembra allora ammissibile il ricorso alla figura della società mista (quantomeno) nel caso in cui essa non costituisca, in sostanza, la beneficiaria di un affidamento diretto, ma la modalità organizzativa

con la quale l'amministrazione controlla l'affidamento disposto, con gara, al socio operativo della società²⁵⁰.

2.8.5. (segue) I rapporti tra legge ed autonomia privata nelle società partecipate dal settore pubblico tra interesse pubblico ed interesse sociale.

Sorge la necessità di chiarire in quale rapporto si trovino, nell'ambito del fenomeno delle società miste, l'interesse pubblico e l'interesse sociale.

La disciplina in materia di enti locali (artt. 113 e ss. T.U.E.L.) è volta a costruire la società mista o la società operante secondo il noto modello "*dell'in house providing*" come la forma giuridica del partenariato pubblico – privato, finalizzato ad una razionale gestione dei servizi pubblici locali, con la conseguenza che l'interesse pubblico, perseguito dall'Ente che costituisce la società, assume ad elemento costitutivo della stessa causa contrattuale, la quale viene ad assumere una duplice connotazione, nel contempo pubblica e lucrativa.

Secondo un primo orientamento²⁵¹ l'interesse pubblico deve essere considerato un interesse extrasociale, perseguibile dall'azionista pubblico in

²⁵⁰ In altri termini, laddove vi siano giustificate ragioni per non ricorrere ad un affidamento esterno integrale, appare legittimo configurare, quantomeno, un modello organizzativo in cui ricorrano due garanzie: 1) che vi sia una sostanziale equiparazione tra gara per l'affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio, in cui quest'ultimo si configuri come un "socio industriale od operativo", che concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso; 2) che si preveda un rinnovo della procedura di selezione "*alla scadenza del periodo di affidamento*" (in tal senso, soccorre già una lettura del comma 5, lett. b), dell'art. 113 T.U.E.L. in stretta connessione con il successivo comma 12), evitando così che il privato divenga "socio stabile" della società mista, possibilmente prevedendo che sin dagli atti di gara per la selezione del socio privato siano chiarite le modalità per l'uscita del socio stesso (con liquidazione della sua posizione), per il caso in cui all'esito della successiva gara questi risulti non più aggiudicatario.

quanto compatibile con l'interesse comune degli altri azionisti; viceversa un secondo orientamento²⁵² sostiene che l'interesse pubblico vada ad integrare comunque l'interesse sociale, arricchendolo di ulteriori finalità, non necessariamente coincidenti con quelle degli azionisti privati.

In questa ultima prospettiva, specie in relazione a società, come quelle dei servizi pubblici locali, che nascono avendo nell'oggetto sociale una vocazione pubblicistica, va riconosciuto un fenomeno di coesistenza necessaria di interesse pubblico ed interesse sociale. Ciò ha un suo rilievo sul piano dell'individuazione delle modalità di gestione, se ispirato all'esigenza di massimizzare il lucro in modo incondizionato o di perseguire il semplice pareggio del bilancio, dovendosi notare che è naturale che la coesistenza di interesse pubblico ed interesse sociale si riflette anche sul livello di lucratività perseguibile che, se può essere meno accentuato nelle società a partecipazione pubblica maggioritaria, deve tendere comunque ad un'adeguata remunerazione in termini di profitto, in coerenza con le condizioni prevalenti del mercato ed in modo tale da evitare la logica del puro pareggio del bilancio, tipica del vecchio sistema dell'impresa pubblica e delle partecipazioni statali.

Nelle società a partecipazione pubblica minoritaria la ricerca della lucratività potrà e dovrà essere maggiore, ma ciò non andrà mai disgiunto dalla considerazione degli aspetti sociali del servizio.

La legge condiziona la forma societaria determinando la coesistenza di interesse pubblico ed interesse privato nell'accordo associativo, onde si può

²⁵¹ Così G. SENA, *Problemi del cosiddetto azionariato di Stato: l'interesse pubblico come interesse extrasociale*, in *Riv. Soc.*, 1958, p. 57.

²⁵² Così G. COTTINO, *Diritto commerciale*, I, Padova, 1994, 727 ss.

ritenere che il pubblico interesse è necessario affinché gli Enti pubblici possano fare ricorso allo schema societario.

L'interesse pubblico convive con l'interesse sociale, comportando la necessità che la società operi con criteri di economicità, senza sacrificare gli interessi degli azionisti privati alla remunerazione del capitale investito.

Il principale indice normativo cui fare riferimento è certamente l'art. 2449 cod. civ., che riprendendo quanto disposto dall'originaria versione dell'art. 2458 per cui *“se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci ovvero componenti del Consiglio di Sorveglianza.*

Gli amministratori ed i sindaci o i componenti del Consiglio di sorveglianza nominati a norma del comma precedente possono essere revocati soltanto dagli Enti che li hanno nominati. Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea. Sono salve le disposizioni delle leggi speciali.”

L'attuale articolo 2450 del codice civile poi recepisce, con gli opportuni adattamenti quanto era prima statuito dagli articoli 2459 e 2460 cod. civ., statuendo che *“le disposizioni dell'articolo precedente (ossia dell'art. 2449) si applicano anche nel caso in cui la legge o lo statuto attribuisca allo Stato o a enti pubblici, anche in mancanza di partecipazione azionaria, la nomina di uno o più amministratori o sindaci o componenti del Consiglio di sorveglianza, salvo che la legge disponga diversamente. Qualora uno o più sindaci siano nominati dallo Stato, il Presidente del Collegio sindacale deve essere scelto tra di essi.”*

Si è sostenuto che le società con partecipazione dello Stato o di Enti pubblici conservano la loro natura societaria, ossia la loro natura di soggetti di diritto privato, in virtù del principio dell'irrilevanza della persona dell'azionista nell'organizzazione della società per azioni. La disciplina di diritto comune delle

società per azioni è quindi applicabile anche alle società con partecipazione dello Stato o di Enti pubblici, salvo diversa disposizione delle leggi speciali²⁵³.

La giurisprudenza ha sempre ritenuto, conformemente all'opinione dominante in dottrina, che la società per azioni con partecipazione pubblica non muti la sua natura di soggetto di diritto privato e che essa sia soggetta alla disciplina comune delle società per azioni, salvo le deroghe previste dagli artt. 2449 e ss. cod. civ., negando quindi la sussistenza di caratteri di specialità in capo alle società controllate dalla Pubblica Amministrazione²⁵⁴.

Tuttavia, se pure esistono delle deroghe al modello di diritto comune, in materia di controllo contabile, di assoggettamento al regime di responsabilità per danno erariale o di selezione del socio privato, va rilevato che, per il resto, la società lucrativa in proprietà maggioritaria o minoritaria rimane un soggetto privato, cui si applicano in via generale e residuale le regole privatistiche, che trovano un limite nella funzionalizzazione dell'organizzazione societaria al pubblico interesse.

2.8.6. L'autonomia statutaria in funzione del rafforzamento della tutela dell'interesse pubblico.

La riforma del diritto societario, attuata con il D. Lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, è imperniata su una valorizzazione dell'autonomia privata e sulla possibilità di conformare più liberamente i modelli di *governance* societaria in relazione alle concrete esigenze della società.

²⁵³ Sulla vicenda delle privatizzazioni: R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli Enti dell'economia. Profili giuridici*, Milano, 1998.

²⁵⁴ Secondo parte della dottrina tale società sarebbero infatti equiparabili a degli enti pubblici: cfr. F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2004, p. 681.

Ed infatti tale riforma ha introdotto tre distinti modelli di *governance* per le società per azioni., offrendo all’Ente pubblico delle opportunità di realizzazione delle finalità di tutela dell’interesse pubblico, mediante l’inserimento nell’atto costitutivo e nello statuto di clausole dirette a salvaguardare e tutelare la posizione dell’Amministrazione.

Si pone quindi la questione di individuare quale modello di *governance* sia preferibile per gli Enti pubblici, a tutela delle loro prerogative e per la migliore realizzazione del pubblico interesse: la soluzione può essere diversa in relazione alla tipologia di comunione di interessi e alla rilevanza quantitativa dell’impegno finanziario dell’Ente, nonché in relazione al tipo di finalità (d’investimento o di gestione o di cura di interessi pubblici connessi a specifici servizi) sottese al ricorso allo schema della società partecipata.

Il modello monistico²⁵⁵ tende a semplificare il sistema, garantendo uno stretto raccordo fra amministrazione e controllo, ma comporta rischi di opacità in

²⁵⁵ Tale modello è caratterizzato dall’assenza di un organo di controllo sull’amministrazione (quale è il collegio sindacale) e dalla presenza di un organo gestionale (consiglio di amministrazione) che al proprio interno individua un “comitato per il controllo della gestione” che svolge, appunto talune delle funzioni di controllo spettanti nel sistema tradizionale al collegio sindacale. Il consiglio di amministrazione non presenta specificità particolari rispetto al modello tradizionale se non per la composizione, in quanto vi è l’esigenza di avere dei componenti che possano essere nominati nel comitato per il controllo di gestione. A tale fine, infatti, è stabilito che almeno un terzo dei componenti sia in possesso dei requisiti di indipendenza richiesti per i componenti del collegio sindacale dall’articolo 2399 del codice civile.

La nomina del Comitato per il controllo di gestione è effettuata, salvo che lo statuto non disponga diversamente, dal consiglio di amministrazione stesso proprio tra gli amministratori che presentano tali requisiti di indipendenza (ed eventualmente anche i requisiti di professionalità e onorabilità richiesti dallo statuto) e che non siano membri del comitato esecutivo ovvero non abbiano particolari cariche e non svolgano funzioni di gestione dell’impresa sociale, o controllate e controllanti. Inoltre, almeno un componente deve essere iscritto al registro dei revisori contabili. Le competenze e le funzioni del

relazione alle finalità di trasparenza degli assetti proprietari e della gestione, in ragione della debolezza del sistema di controllo.

Il sistema dualistico appare invece sostanzialmente in linea con il livello di controllo garantito dal modello tradizionale, in quanto prevede lo svolgimento delle funzioni del collegio sindacale da parte del consiglio di sorveglianza.

Le perplessità emergono alla luce del controllo “*politico*” sulla società da parte dell’ente pubblico, che risulta tendenzialmente limitato per effetto della dicotomia costituita dal consiglio di sorveglianza che interviene tra l’assemblea e il consiglio di gestione, con riflessi sia in termini formali, sia in termini sostanziali. In termini formali in quanto potrebbero esserci delle incertezze in ordine al riconoscimento di un “*controllo pubblico*”, posto che l’eventuale partecipazione di maggioranza dell’Ente locale consente la nomina non già dell’organo amministrativo, bensì dell’organo intermedio; in termini sostanziali in quanto la separazione tra proprietà e gestione è piuttosto netta e tale da rendere tendenzialmente limitato il ruolo dell’azionista ente pubblico, sia in sede di nomina dell’organo gestionale, sia in relazione a talune scelte che risultano rilevanti nella vita di una società per azioni (si pensi all’approvazione di un bilancio).

comitato per il controllo interno riguardano, da un lato, la vigilanza sull’adeguatezza della struttura organizzativa della società, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo e contabile, nonché sulla idoneità a rappresentare correttamente i fatti di gestione e, dall’altro lato, gli ulteriori compiti affidati dal consiglio di amministrazione con particolare riguardo ai rapporti con il soggetto incaricato del controllo contabile.

Anche nel modello monistico, infine, deve sussistere l’organo di controllo contabile (revisore o società di revisione), le cui funzioni non possono essere attribuite ad altri organi, ivi incluso il comitato per il controllo sulla gestione.

Si ritiene quindi, preferibile per le Pubbliche Amministrazioni il sistema tradizionale, temperato da clausole che rafforzino l'esigenza di protezione del pubblico interesse, chiarendo la natura dei rapporti tra Ente locale e società²⁵⁶.

2.8.7. L'attività extraterritoriale delle società miste.

La reintroduzione del modulo della società mista ex art. 113 co. 5, lett. b), ad opera del D.L. n. 269/2003, ripropone la questione della sussistenza del vincolo di scopo in relazione all'attività *extra moenia* delle società miste.

A tale proposito, già nel vigore dell'art. 113 T.U.E.L (nel testo anteriore alle innovazioni introdotte dalla legge n. 448/2001 e dal D.L. n. 269/2003) il Consiglio di Stato aveva sostenuto l'ammissibilità dell'attività extraterritoriale a fronte della sussistenza di un vincolo teleologico al soddisfacimento dei bisogni della collettività, con i limiti derivanti dalla incompatibilità con gli interessi della collettività, dalla sussistenza di un pregiudizio allo svolgimento del servizio pubblico o dalla distrazione di risorse pubbliche²⁵⁷.

Nel mutato contesto normativo, il Consiglio di Stato ha confermato tale orientamento, propendendo per una soluzione interpretativa basata non su una esclusione aprioristica dell'attività *extra moenia* ma sulla valutazione, a seconda dei singoli casi concreti, che l'espletamento di tali attività contribuisca al migliore perseguimento dell'interesse pubblico e non si traduca in un aumento dei costi per la collettività o in un peggioramento delle condizioni di erogazione del servizio²⁵⁸.

²⁵⁶ Cfr. F. FONTANA, *Utilities, i nuovi modelli di governance*, in *Guida agli enti locali*, Milano, p. 15 ss..

²⁵⁷ Consiglio di Stato, V, 3 settembre 2001, n. 4586, *cit.*

²⁵⁸ Consiglio di Stato, VI, 7 settembre 2004, n. 5845, in www.giustizia-amministrativa.it.

Quest'impostazione si pone in armonia con i principi di efficienza ed equa misura di tassi e tariffe e con il principio di effettività della concorrenza, evitando che la società mista possa presentarsi al confronto concorrenziale con gli operatori privati in una posizione privilegiata.

Un'opposta lettura delle norme, secondo il Consiglio di Stato, rischierebbe di tradursi in un'ingiustificata limitazione della capacità giuridica delle S.p.A. miste, in contrasto con la generale capacità di diritto privato che viene riconosciuta sia in capo alle Pubbliche Amministrazioni, sia in capo ai soggetti privati, sia a soggetti solo formalmente privati.

Si noti, peraltro, che la novella del 2003, modificando il disposto dell'art. 113, comma 15-*quater*, ha previsto il divieto, per gli affidatari diretti di servizi pubblici, di partecipare a gare per nuovi affidamenti a decorrere dall'1 gennaio 2007.

2.9. Il modello alternativo di gestione attraverso affidamento diretto ad una società a capitale interamente pubblico.

Il terzo possibile modello di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica introdotto dalla novella del 2003 consiste nell'affidamento diretto *“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”*.

La legge subordina la possibilità dell'affidamento diretto della gestione del servizio a società a capitale interamente pubblico alla sussistenza di un duplice ordine di condizioni: in primo luogo che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri

servizi; in secondo luogo che la società (a partecipazione totalitaria di capitale pubblico) “realizzi la parte più importante della propria attività con l’ente o gli enti pubblici che la controllano”.

La formula gestionale contemplata dalla lett. c) si sostanzia in un recepimento pieno e rigoroso del modello comunitario dell’*in house providing*²⁵⁹ o delegazione interorganica elaborato, con precipuo riferimento agli appalti pubblici, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea²⁶⁰.

In particolare, la Corte di Giustizia CE, nella sentenza del 18 novembre 1999, C-107/98 - *Teckal*, ha richiesto la presenza di un rapporto di alterità tra le parti del contratto affidato, situazione che non si verifica “nel caso in cui l’ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso

²⁵⁹ Sull’origine comunitaria dell’*in house*: C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 495 ss.; G. GRECO, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2000, p. 1461 ss., e M. MAZZAMUTO, *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in *Dir. Ue*, 2001, p. 537 ss.. La prima applicazione del concetto di *in house* ha interessato il settore degli appalti pubblici in generale: il Libro bianco emanato nel 1998 dall’Unione Europea in materia utilizzava la locuzione di “*appalto in house*” per indicare gli appalti “*aggiudicati all’interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale o, ancora, tra un’amministrazione e una società da questa interamente controllata*”.

²⁶⁰ Uno dei primi arresti giurisprudenziali in materia è rappresentato dalla sentenza della Corte di Giustizia C.E. del 9 settembre 1999, C-108/98, *Risan S.r.l.*, ove venne prospettata dall’avvocato generale Siegbert Alber la possibilità di ritenere compatibile con il Trattato l’affidamento della gestione del servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani disposto dal Comune di Ischia a favore di una società per azioni a capitale pubblico maggioritario costituita ai sensi dell’art. 22 co. 3 lett. e) legge n. 142/1990, sul presupposto che in tale ipotesi l’affidamento si palesava alla stregua di una delegazione di compiti nell’ambito dell’amministrazione, come tale non soggetta all’applicazione della normativa comunitaria in materia di appalti.

*esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti locali che la controllano*²⁶¹;

L'*in house providing* indica una particolare forma di delegazione interorganica²⁶² in presenza della quale si ammette eccezionalmente la deroga all'applicazione del principio e del metodo competitivo nei casi di affidamento di lavori, forniture o servizi da parte di un soggetto pubblico o di un organismo di diritto pubblico: la normativa in materia di appalti pubblici deve essere applicata laddove un'Amministrazione aggiudicatrice concluda per iscritto un contratto a titolo oneroso avente ad oggetto la fornitura di prodotti o di servizi, a nulla rilevando l'eventualità che il soggetto affidatario sia a sua volta una amministrazione aggiudicatrice, mentre la deroga alla disciplina in materia di appalti risulta giustificata esclusivamente in relazione alle fattispecie di delegazione interorganica tra l'Amministrazione pubblica ed il soggetto fornitore.

L'elaborazione del Giudice comunitario in materia di *in house providing* è stata ripresa dal Legislatore italiano in occasione della riforma del 2003 in materia di servizi pubblici locali: come ricordato, il novellato art. 113 T.U.E.L. contempla in due ipotesi il ricorso allo schema dell'*in house providing* quale modello per l'organizzazione dei servizi di rilevanza economica²⁶³.

²⁶¹ Più recentemente e negli stessi termini si è pronunciata la medesima Corte con la sentenza 14 novembre 2002, C-310/01, Did di (88).

²⁶² Tale rapporto di delegazione è dato da due condizioni: il "controllo analogo" si ha quando l'ente esercita sul fornitore un potere di controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; il "soggetto dedicato" si ha quando il fornitore realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che lo controllano.

²⁶³ Per vero l'art. 113-bis T.U.E.L., comma 1, lett. c), prevedeva analogamente la possibilità di affidare direttamente il servizio di rilevanza non economica a "società a capitale interamente pubblico a condizione che 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

In primo luogo tale modello è richiamato a proposito della gestione delle reti: tra le forme di gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali, qualora sia separata dall'attività di erogazione del servizio, è previsto l'affidamento diretto a *“soggetti allo scopo costituiti, nella forma di società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico, cui può essere affidata direttamente tale attività, a condizione che 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”* (comma 4, lett. a).

In secondo luogo, tale modello trova applicazione anche con riguardo al profilo della gestione del servizio, nel cui ambito è infatti previsto l'affidamento diretto *“a società a capitale intera mente 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”* (comma 5, lett. c).

Rispetto al modello dell'*in house providing* elaborato dalla giurisprudenza comunitaria, quello disciplinato dal Legislatore italiano in occasione della riforma del sistema di organizzazione dei servizi pubblici locali presenta rilevanti profili differenziali, prevedendo la disciplina nazionale l'ulteriore requisito rappresentato dalla partecipazione totalitaria dell'ente pubblico al capitale della società affidataria del servizio, in aggiunta a quelli enucleati dalla Corte di Lussemburgo, vale a dire il *“controllo analogo”* e il cd. soggetto dedicato.

che la controllano”: tale disposizione è stata però dichiarata, nella sua interezza, costituzionalmente illegittima dalla Corte costituzionale con sent. 27 luglio 2004, n. 2

2.9.1. (segue). Il requisito del controllo analogo.

Il requisito del “controllo analogo” costituisce il nucleo dell’istituto dell’affidamento *in house*, assumendo una duplice valenza, negativa e positiva: da un lato, esso infatti denota l’assenza, nel rapporto tra affidante ed affidatario, di quella terzietà²⁶⁴ che connota invece le altre tipologie di affidamento, anche diretto; dall’altro manifesta l’esistenza di quella dipendenza gerarchica che consente di considerare il secondo quale proiezione organizzativa del primo.

Il controllo analogo si distingue da ogni altro tipo di controllo sull’attività tanto sotto l’aspetto oggettivo (per quanto concerne la natura, i caratteri e la tipologia del controllo effettuato), quanto sotto il profilo soggettivo, in relazione all’intensità dei rapporti intercorrenti tra affidante ed affidatario nonché all’individuazione stessa degli enti deputati ad esercitare il controllo.

Il modello comunitario richiede che il soggetto affidatario non esprima una volontà imprenditoriale autonoma ma si limiti ad attuare scelte ed indirizzi unilateralmente determinati dall’Amministrazione: si tratta di “*un rapporto che determina da parte dell’amministrazione controllante, un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell’attività del soggetto partecipato e che riguarda l’insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo*”²⁶⁵, da

²⁶⁴ In ragione del “controllo analogo” e della “destinazione prevalente dell’attività”, l’ente *in house* non può ritenersi “terzo” rispetto all’Amministrazione controllante, ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell’amministrazione stessa: in tal modo viene meno l’obbligo di espletare procedure ad evidenza pubblica per l’affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture.

²⁶⁵ Consiglio di Stato, sez. V, ordinanza 22 aprile 2004, n. 2316. Il controllo strutturale non implica la necessaria integrale partecipazione pubblica al capitale sociale, ma può consistere tanto nel potere di nominare la maggioranza dei soggetti che compongono gli ordini di amministrazione, direzione o vigilanza dell’ente *in house*, quanto nell’adozione

cui “*deve risultare che l’ente concessionario in questione è soggetto ad una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti*”²⁶⁶.

In altri termini, ai fini della configurabilità del requisito in parola non sarebbe sufficiente il mero controllo sull’attività, ossia la verifica della conformità dell’attività svolta dall’ente gestore rispetto ad un parametro legale, occorrendo un controllo di tipo strutturale, vale a dire un potere d’ingerenza nella stessa organizzazione della produzione.

In questo senso la nozione di controllo esorbita dall’ambito del controllo esplicito mediante gli strumenti del diritto societario²⁶⁷, che viceversa sono stati sovente adottati come termine di riferimento dal diritto comunitario sulla concorrenza per individuare le fattispecie derogatorie rispetto alla disciplina comunitaria per gli appalti tra soggetti collegati (art. 13 direttiva 93/38)²⁶⁸.

di qualsiasi altro mezzo idoneo ad assicurare un’effettiva dipendenza formale, economica ed amministrativa di quest’ultimo rispetto all’Amministrazione controllante.

²⁶⁶ C.G.C.E., Sezione I, 13 ottobre 2005, n. C-458/03, *Parking Brixen GmbH*.

²⁶⁷ Si considerino i vincoli di direzione e coordinamento disciplinati dagli artt. 2497 ss. cod. civ..

²⁶⁸ M. GIRELLO, *L’affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, p. 938.

L'individuazione dei cd. "maggiori strumenti di controllo"²⁶⁹ deve dunque essere effettuata non già alla luce di parametri rigidi e vincolanti, ma in concreto sulla base delle previsioni statutarie, dalle quali dovrà potersi desumere che le decisioni in ordine agli indirizzi produttivi della società siano sottoposte al controllo preventivo dell'ente affidante²⁷⁰ e che l'ente pubblico debba poter esercitare in assemblea maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale²⁷¹.

²⁶⁹ La giurisprudenza comunitaria e nazionale li ha nel tempo individuati, ad esempio, nella clausola in base a cui il Consiglio di amministrazione della società *in house* non deve avere rilevanti poteri gestionali e l'ente pubblico deve poter esercitare maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale ovvero, in un altro ordine di argomentazioni, è stato altresì rilevato che l'impresa non deve aver "acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo" da parte dell'ente pubblico (tale vocazione risulterebbe, tra l'altro dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero): così le già citate sentenze 13 ottobre 2005, causa C-458/03 - *Parking Brixen GmbH*; 10 novembre 2005, causa C-29/04 - *Mödling Commissione c/ Austria*.

²⁷⁰ Così Consiglio di Stato, Sezione V, 8 gennaio 2007, n. 5, ove è stato ritenuto non configurabile il controllo analogo nel caso in cui il Consiglio di amministrazione disponga di poteri ordinari.

²⁷¹ Consiglio di Stato, Sezione V, 8 gennaio 2007 n. 5 esclude il controllo analogo nel caso in cui "lo statuto, in atti, è quello di una normale società per azioni, nella quale i poteri appartengono agli organi sociali, e non è previsto nessun raccordo tra gli enti pubblici territoriali e la costituzione degli anzidetti organi:

il presidente del Consiglio d'amministrazione e il direttore sono eletti dal Consiglio d'amministrazione, il quale a sua volta è nominato dall'assemblea senza vincoli di provenienza o di proposta, e la stessa assemblea è composta dai soci senza ulteriori specificazioni; del collegio sindacale è previsto solo che si compone di tre sindaci elettivi e due supplenti, che durano in carica tre anni e sono rieleggibili. Gli enti pubblici soci, a parte l'articolo 5 sulla possibilità di alienare le azioni, non sono neppure menzionati, e anzi l'articolo 21 stabilisce che «Il Consiglio di Amministrazione è investito dei più ampi poteri per la gestione ordinaria e straordinaria della società ed ha facoltà di compiere tutti gli atti che ritenga opportuni per l'attuazione ed il raggiungimento degli

A ben vedere la giurisprudenza comunitaria più che una ricostruzione in positivo dei caratteri del controllo ha proceduto ad individuare una serie di requisiti che ne escludono la sussistenza: a tal riguardo si è infatti fatto riferimento all'acquisizione di una vocazione commerciale che renda precario il controllo dell'ente pubblico (come nel caso di ampliamento dell'oggetto sociale); dall'apertura obbligatoria della società ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutto il territorio nazionale ed all'estero, dall'autonomia riconosciuta al consiglio di amministrazione²⁷².

Per quanto attiene alla giurisprudenza italiana, sviluppatasi sulla scorta delle prime pronunce del Giudice comunitario in materia, è stata avanzata la tesi secondo la quale si avrebbe controllo analogo solo in presenza di un triplice rapporto di dipendenza tra amministrazione aggiudicatrice ed impresa affidataria: dipendenza formale, dipendenza economica e dipendenza amministrativa²⁷³.

Sono state inoltre avanzate ulteriori distinzioni tra “controllo strutturale” (consistente nel potere di influenzare l'organizzazione interna della società) e “controllo sull'attività” (consistente nel potere di sindacare l'attività posta in essere dall'affidatario alla luce di un paradigma legale di azione), considerando il

scopi sociali, fatta eccezione soltanto per gli atti che a norma di legge e del presente statuto sono di competenza dell'Assemblea>>”.

²⁷² C.G.C.E., 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen*,; ID., 10 novembre 2005, C-29/04 punto 67, cui si richiama indirettamente anche Cons. Stato, Sez. V, 30 agosto 2006 n. 5072.

²⁷³ Cfr. C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, cit., p. 495 ss.

controllo strutturale come unico parametro per valutare la sussistenza di un controllo adeguato²⁷⁴.

Un ulteriore orientamento interpretativo, di matrice prettamente dottrinale, ha ricollegato la nozione di “controllo analogo” a quella di “*influenza dominante*”, così come formulata dalla direttiva 2000/52/CE in materia di rapporti finanziari tra poteri pubblici e imprese pubbliche²⁷⁵.

Secondo tale direttiva, un'Amministrazione si trova in situazione di influenza dominante rispetto ad una impresa pubblica laddove la prima detenga la maggioranza del capitale dell'impresa ovvero detenga la maggioranza dei voti negli organi di governo dell'impresa ovvero possa designare più della metà dei membri dell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa.

In questa prospettiva viene ad affrancarsi completamente la nozione di controllo analogo dall'elemento strutturale della partecipazione totalitaria al capitale sociale da parte dell'ente pubblico, legittimando il ricorso all'affidamento *in house* anche in presenza di altri elementi che garantiscano una influenza

²⁷⁴ In particolare, si segnala una sentenza con la quale si è cercato di specificare alcune delle caratteristiche richieste dalla legge per rendere legittima la procedura di affidamento in house del servizio. Secondo tale pronuncia, infatti, “*l'amministrazione pubblica può procedere all'affidamento diretto del servizio ad una società mista partecipata e/o costituita dall'ente titolare del servizio (c.d. affidamento in house e cioè domestico) in presenza di specifiche e speciali condizioni (soggette a rigorosa verifica) quali:1) la dipendenza finanziaria, organizzativa e gestionale del soggetto gestore rispetto all'amministrazione aggiudicatrice e, quindi, la possibilità di un effettivo controllo dell'amministrazione sul gestore del servizio equiparabile a quello esercitabile sui propri organi; 2) lo svolgimento dell'attività economica oggetto del servizio pubblico ad un livello dimensionale tale da risultare, in via di fatto, di prevalente e circoscritto beneficio dell'autorità controllante*” (così T.A.R. Toscana, Sez. II, 28 luglio 2004, n. 2833, in www.dirittodeiservizipubblici.it.)

dominante sul governo dell'impresa: l'elemento della partecipazione totalitaria al capitale sociale degrada conseguentemente ad uno dei tanti criteri possibili per verificare la sussistenza del requisito del "controllo analogo" ai fini dell'applicazione del meccanismo dell'*in house providing*, ben potendosi realizzare la condizione di controllo legislativamente richiesta anche attraverso altri strumenti e pur in assenza di una partecipazione maggioritaria dell'ente al capitale della società affidataria²⁷⁶.

²⁷⁵ Direttiva peraltro recepita con il D. Lgs. 11 novembre 2003, n. 333, come evidenziato da P. ALBERTI, *L'affidamento in house dei servizi pubblici locali*, in *Econ. dir. terz.*, 2003, p. 589 ss.

²⁷⁶ In particolare, ciò emerge dalla già menzionata sentenza della Corte 11 gennaio 2005, causa C-26/03 - *Stadt Halle e RPL Lochau*: "la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice 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". Tale orientamento risulta confermato anche dalla sentenza 6 aprile 2006, causa C-410/04 - *ANAV c/ Comune di Bari*, secondo cui "se la società concessionaria è una società aperta, anche solo in parte, al capitale privato, tale circostanza impedisce di considerarla una struttura di gestione «interna» di un servizio pubblico nell'ambito dell'ente pubblico che la detiene" (ma vedi anche la sentenza 21 luglio 2005, causa C-231/03 - *Corame*) – e in quella 18 gennaio 2007, causa C-220/05 - *Jean Aurox*, ove si afferma che "quanto dichiarato dalla Corte nella sentenza *Stadt Halle e RPL Lochau*, cit., con riferimento agli appalti pubblici di servizi si applica anche con riferimento agli appalti pubblici di lavori". In altri termini, la Corte di giustizia ha ritenuto che qualsiasi investimento di capitale privato in un'impresa obbedisca a considerazioni proprie degli interessi privati e persegua obiettivi di natura differente rispetto a quelli dell'amministrazione pubblica. Pertanto, in sostanza, oggi si può parlare di società *in house* soltanto se essa agisce come un vero e proprio organo dell'amministrazione dal punto di vista sostanziale, non contaminato da alcun interesse privato. Tale orientamento è stato recepito dal Consiglio di Stato per cui "l'assenza della partecipazione pubblica totalitaria esclude, infatti, in radice la possibilità di configurare il requisito del controllo analogo, richiesto dalla giurisprudenza comunitaria per gli affidamenti *in house*" (Cons. Stato, Sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514; cfr. anche il parere n.

Un'interpretazione siffatta si pone quindi in contrasto con la disciplina dell'*in house providing* delineata dalla disciplina generale dei servizi pubblici locali: il collegamento operato tra la nozione di "*influenza dominante*" e criterio della maggioranza (ora delle azioni, ora dei voti, ora dei membri degli organi di governo dell'impresa) implica la necessità di riconoscere il potere di controllo al solo soggetto titolare di una quota di maggioranza, escludendo per converso eventuali soggetti che si trovino in posizione minoritaria rispetto alle azioni possedute, ai voti esprimibili, ai membri designabili.

Con riguardo all'ulteriore questione se l'*influenza dominante* sul soggetto strumentale sia esercitabile contemporaneamente da più enti locali, pare ammetterlo l'art. 113 .T.U.E.L. laddove, al comma 5, lett. c), si riferisce espressamente alla possibilità che siano più enti pubblici ad avere il controllo sulla società affidataria "*a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo*".

A tal riguardo si inseriscono talune teorizzazioni²⁷⁷ volte a svincolare il requisito del "*controllo analogo*" dall'individuazione di parametri oggettivi come quelli previsti dalla direttiva 2000/52/CE sull'*influenza dominante*: "*sul piano strutturale la società potrà dirsi rispondente al modello definito della delegazione interorganica quando il controllo dell'ente locale sia attuato con mezzi (clausole statutarie, nomine ex art. 2458 ora 2449 c.c., convenzioni di diritto pubblico per il controllo congiunto nel caso di pluralità di enti locali soci) idonei ad assicurare che essa sia vera mente un soggetto strumentale senza una propria autonomia decisionale se non per i profili esecutivi*".

2007/456 della Seconda Sezione del Consiglio di Stato reso nell'adunanza del 18 aprile 2007).

Ancor più esplicita si rivela la ricostruzione secondo cui, nel caso di società partecipata da più enti locali, l'affidamento diretto di servizi pubblici locali è da considerarsi legittimo a condizione *“che il controllo venga esercitato congiuntamente, nel senso che ciascuna amministrazione, a prescindere dalla quota di partecipazione da essa singolarmente detenuta nell'ente strumentale, deve in concreto disporre degli strumenti giuridici per effettuare tale controllo con lo stesso grado di intensità di tutte le altre”*²⁷⁸.

La giurisprudenza ha anche chiarito che, in astratto, è configurabile un “controllo analogo” anche nel caso in cui il pacchetto azionario non sia detenuto direttamente dall'ente pubblico, ma indirettamente mediante una società per azioni capogruppo (cd. *holding*) posseduta al 100% dall'ente medesimo. Tuttavia, una tale forma di partecipazione *“può, a seconda delle circostanze del caso specifico, indebolire il controllo eventualmente esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice su una società per azioni in forza della mera partecipazione al*

²⁷⁷ Cfr. G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, cit.

²⁷⁸ Così S. COLO, *Organismo di diritto pubblico e delegazione interorganica tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Urb. app.*, 2003, p. 1151. In questa prospettiva può forse utilmente richiamarsi quanto precisato, già prima della novella del 2003, dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui il nesso di controllo richiesto dal modello dell'organizzazione *in house* sussiste anche in capo agli enti locali non titolari del pacchetto di maggioranza azionaria purché *“risulti che sia avvenuta la nomina di un consigliere di amministrazione da parte dei comuni minori nonché la creazione di un “comitato di gestione” con la partecipazione di tutti i Comuni soci, con compiti di tipo consultivo e propositivo in ordine alla gestione dei servizi affidati. L'effettiva attuazione di patti parasociali di contenuto sostanzialmente pubblicistico può consentire una correzione della disciplina civilistica garantendo una effettiva partecipazione del Comune alla vita della società nonostante la sua ridottissima quota di partecipazione”* (così T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 16 ottobre 2003, n. 4807, in www.dirittodeiseivizipubblici.it).

*suo capitale*²⁷⁹, onde una partecipazione pubblica indiretta, anche se totalitaria, sarebbe comunque in astratto compatibile, pur determinando un affievolimento del controllo²⁸⁰.

2.9.2. (segue) Il requisito della partecipazione totalitaria di capitale pubblico.

Tale requisito, pur non espressamente richiesto nella sentenza Teckal, è stato espressamente previsto dal Legislatore nazionale al comma 5 lett. c) dell'art. 113 T.U.E.L., che con tale norma ha ulteriormente ristretto la fattispecie dell'*in house providing* ai soli casi di società a totale partecipazione pubblica.

Tale impostazione ha peraltro trovato accoglimento anche nella più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia, che nella sentenza 11 gennaio 2005, in C-26/03, *Stadt Halle*, ha stabilito che *“la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice 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 [...] Al riguardo occorre anzitutto rilevare che il rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione*

²⁷⁹ C.G.C.E., 11 maggio 2006, causa C-340/04, *Carbotermo*.

²⁸⁰ Viceversa, il Cons. Stato, Sez. V, 19 febbraio 2004, n. 679, in *Foro it.*, 2004, IV, c. 193 ss., con nota critica di R. Ursi, ha ritenuto legittimo l'affidamento diretto di un servizio pubblico locale di un comune ad una società partecipata solo al tre per cento dal Comune medesimo, facendo rientrare tale ipotesi nel meccanismo dell'*in house providing* così come disciplinato dall'art. 113, comma 5 T.U.E.L.. Per un commento particolarmente critico sulla vicenda v. L. PERFETTI, *L'affidamento diretto di servizi pubblici locali a società partecipate dai Comuni, tra amministrazione indiretta e privilegi extra legem*, in *Foro amm. – Cons. Stato*, 2004, p. 1161 ss).

*aggiudicatrice, ed i suoi servizi sottostà a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Per contro, qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente*²⁸¹.

Attraverso la totale partecipazione pubblica, l'ente pubblico, o gli enti pubblici proprietari dell'intero pacchetto delle azioni - mediante la nomina degli organi ovvero mediante l'approvazione di opportune deliberazioni - sono in condizioni di esercitare quelle forme pregnanti di verifica e controllo sull'operato tali da determinare la sostanziale identificazione tra la società affidataria e l'ente pubblico²⁸².

Al riguardo, la giurisprudenza citata sembra suggerire un'interpretazione non eccessivamente rigida della condizione legittimante, nel senso di riconoscere la sussistenza del requisito della partecipazione pubblica totalitaria non solo nel caso di società interamente posseduta da uno o più enti pubblici, bensì anche nel caso di società posseduta da enti pubblici insieme a soggetti formalmente privati, a loro volta interamente posseduti da enti pubblici²⁸³.

²⁸¹ Conclusioni dell'avvocato Generale Christine Stix-Hackl presentate il 23 Settembre 2004, punti 49 e 50.

²⁸² Consiglio di Stato, Sezione V, n. 7345/05.

²⁸³ Nella sentenza 1 marzo 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, l'Avvocato Generale Juliane Kokott ha osservato che *“il mero obbligo di legge di aprire alla partecipazione di terzi il capitale di una società entro un determinato termine non osta a che l'amministrazione aggiudicatrice continui ad esercitare su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi» Ancora determinante è piuttosto il fatto che all'interno della società l'amministrazione aggiudicatrice sia in qualunque momento concretamente in grado di realizzare pienamente gli obiettivi fissati nell'interesse pubblico”* e tale obiettivo non è frustrato se l'impresa ha la mera possibilità di emanciparsi anche perché non si può prevedere che in futuro si riuscirà effettivamente *“a trovare un terzo interessato che sia disposto ad acquistare quote di partecipazione della suddetta società alle condizioni che gli vengono offerte”*.

Nella prospettiva della giurisprudenza comunitaria, infatti, il possesso dell'intero capitale sociale da parte dell'ente pubblico, ancorché si riveli astrattamente idoneo a garantire il controllo analogo a quello esercitato sui servizi interni, perde tale qualità se lo statuto della società consente che una quota di esso, anche minoritaria, possa essere alienata a terzi²⁸⁴.

In sostanza, l'area del controllo — e anche quel controllo particolarmente qualificato che connota l'appalto *in house* - non può essere limitata esclusivamente ad un parametro di carattere strutturale (quale, appunto, quello della partecipazione azionaria), sussistendo degli strumenti funzionali idonei a comportare un fortissimo rapporto di controllo.

Se le società totalitariamente pubbliche sono certamente assoggettate a controllo pubblico, vi possono essere, invero, delle società comunque assoggettate a controllo analogo a quello che enti esercitano sui propri servizi, come nel caso di una società mista con partecipazione pubblica al 90% e con meccanismo di patti parasociali tale da condizionare l'azione della società o, ancora, di una società con partecipazione pubblica maggioritaria e con pregnanti *golden share* a favore dell'azionista pubblico.

²⁸⁴ Consiglio di Stato, sezione V, 30 agosto 2006 n. 5072/06, punto 6 del considerato in diritto *“in primo luogo, il possesso dell'intero capitale sociale da parte dell'ente pubblico, pur astrattamente idoneo a garantire il controllo analogo a quello esercitato sui servizi interni, perde tale qualità se lo statuto della società consente che una quota di esso, anche minoritaria, possa essere alienata a terzi. E proprio tale situazione è verificabile nell'odierna fattispecie, dal momento che lo Statuto societario — oltre alla deliberazione costitutiva della Società — prevede espressamente che, in prosieguo, possono entrare a far parte della società anche imprese, singole o società di capitali, pure private, con partecipazione fino al 49% del capitale sociale. E se è vero che, al momento dell'affidamento di cui si discute, non era intervenuta alcuna cessione di capitale a favore di soggetti terzi, ciò non toglie che elemento discriminante, ad avviso della Corte*

Diversamente opinando sono suscettibili di determinarsi degli esiti sostanzialmente incongrui: infatti, rispetto a due società poste entrambe sotto una notevole influenza pubblica, quella a partecipazione totalitaria potrebbe essere affidataria della gestione della rete; la società mista, a partecipazione pubblica non totalitaria, ma che comunque si trova *de facto* in una analoga posizione di controllo pubblico, sarebbe tenuta ad attenersi al procedimento di evidenza pubblica.

2.9.3. (segue) Il requisito del “soggetto dedicato”.

Ulteriori problematiche di ordine interpretativo si pongono, infine, con specifico riferimento al requisito del cd. “*soggetto dedicato*”, estrinsecantesi nella necessità che la società affidataria “*realizzi la parte più importante della propria attività con l’ente o gli enti pubblici che la controllano*”.

Al riguardo, si tratta di accertare, in chiave comparativa, la portata delle attività complessivamente svolte dalla società nell’interesse dell’ente o degli enti titolari delle quote del capitale sociale.

Il Legislatore italiano, alla lettera c) del co. 5 dell’art. 113 T.U.E.L., nell’enucleare tale requisito, ha ripreso la formulazione adottata in sede comunitaria, richiedendo che la società a totale partecipazione pubblica “*realizzi la parte più importante*” della sua attività con l’ente o gli enti che la controllano: tale riferimento pare valorizzare un criterio sostanzialistico e quantitativo, afferente all’insieme complessivo delle attività della società, che deve essere in prevalenza rivolto agli enti controllanti.

europea, è rappresentato dal fatto stesso della cedibilità, ancorché solo minoritaria, di parte del capitale sociale a beneficio di soggetti privati”.

Sul punto la dottrina italiana è sostanzialmente concorde nell'interpretare l'espressione legislativa "*parte più importante della propria attività*" alla luce di un criterio puramente economico - quantitativo²⁸⁵; a tal fine, particolarmente utile potrebbe risultare il criterio utilizzato dall'art. 8, co. 3 D. Lgs. 17 marzo 1995 n. 158, con riferimento agli appalti nei cd. settori esclusi, ai sensi del quale è consentito l'affidamento diretto di un appalto di pubblici servizi ad una struttura controllata, a condizione che "*almeno l'80% della cifra d'affari media realizzata nella Comunità dall'impresa in questione negli ultimi tre anni in materia di servizi derivi dalla forniture di detti servizi alle imprese alle quali è collegata*"²⁸⁶.

La disposizione citata rappresenterebbe il riferimento normativo per l'adozione, quale criterio quantitativo, del fatturato della società: il requisito della prevalenza dell'attività dovrebbe ritenersi integrato laddove il fatturato relativo all'attività svolta dall'impresa a favore dell'ente locale è superiore rispetto a quello concernente la restante attività della società stessa.

Ai fini del giudizio circa l'assolvimento della condizione in esame deve aversi esclusivo riguardo, secondo un approccio finalistico – funzionale, alle attività effettive svolte dalla società, non risultando invece applicabile il criterio formalistico relativo alle attività astrattamente consentite dalla legge o dallo

²⁸⁵ Concordano P. ALBERTI, *L'affidamento in house dei servizi pubblici locali*, cit., p. 597, G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, cit., p. 1321 S. COLOSU *Organismo di diritto pubblico e delegazione interorganica tra diritto comunitario e diritto nazionale*, ult. loc. cit..

²⁸⁶ Così G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, cit., p. 23.

statuto, o addirittura alle attività che l'organismo controllato è obbligato a svolgere²⁸⁷.

È stato altresì propugnata l'adozione del parametro rappresentato dal possesso azionario²⁸⁸, in base al quale sarebbe sufficiente che la Pubblica Amministrazione detenga almeno il 51% del capitale sociale del soggetto affidatario e comunque abbia una posizione dominante su di esso.

Non sono mancati, d'altronde i tentativi di ancorare il criterio della prevalenza alla sussistenza di un legame con il territorio e la comunità locale di riferimento²⁸⁹, con particolare riferimento alla questione relativa all'espletamento da parte dell'ente affidatario di attività imprenditoriali extraterritoriali, vale a dire se quest'ultimo possa assumere il ruolo di esecutore di appalti pubblici indetti da altre stazioni pubbliche appaltanti, diverse cioè dall'ente che ha dato vita alla società stessa²⁹⁰.

2.10. L'organizzazione e la gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica.

²⁸⁷ Come sembrano proporre D. CASAUNI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, cit., p. 262 ss. e M. GALESI, *In house providing: verso una concreta definizione del controllo analogo?*, in *Urb. app.*, 2004, p. 931 ss..

²⁸⁸ Consiglio Stato, sezione V, 18 settembre 2003 n. 5316.

²⁸⁹ Consiglio di Stato, sez. VI, 7 settembre 2004 n. 584.

²⁹⁰ Facoltà espressamente ammessa dalla giurisprudenza comunitaria, come specificato dall'Avvocato Generale Juliane Kokott, nella sentenza n. C-458/03 «*il fatto che, ai sensi dello statuto della società per azioni, il suo potenziale raggio di attività sia ampio sotto l'aspetto sia contenutistico che territoriale non esclude a priori che tale società svolga la maggior parte a favore dell'ente affidante.*» Ancora l'11 maggio 2006, la Corte, nella causa C-340/04, ha chiarito che il vincolo funzionale che lega l'affidataria alla P.A. aggiudicatrice, pur obbligando l'amministrazione, in qualche modo, a svolgere la propria attività essenzialmente all'interno del suo territorio, non può essere considerato elemento decisivo ai fini della verifica della sussistenza del requisito del "controllo analogo".

Con riguardo ai moduli di gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, va preliminarmente evidenziato che la materia è stata interessata da un recente intervento della Corte Costituzionale²⁹¹, che ha caducato la disciplina organica²⁹² contenuta nell'art. 113 - bis T.U.E.L.²⁹³.

In linea di massima, le diverse figure organizzative che originariamente l'art. 113 - bis disciplinava possono essere ordinate in tre modelli di riferimento di carattere generale, in rapporto alla diversa estensione del ruolo dell'ente locale

²⁹¹ Si tratta della sentenza 27 luglio 2004, n. 272.

²⁹² L'art. 113 - bis T.U.E.L. aveva confermato in parte il sistema organizzativo in precedenza valevole per tutti i tipi di servizi pubblici locali: nell'originario testo normativo, le uniche novità erano rappresentate dal fatto che se, da un lato, veniva espunta la concessione, considerata anche l'abrogazione espressa delle disposizioni del R. D. 14 settembre 1931, n. 1175 (*"Testo unico per la finanza locale"*) ad essa dedicati, dall'altro, veniva aggiunta una nuova forma di gestione da tempo utilizzata, quale appunto l'affidamento ad associazioni o fondazioni partecipate dall'ente.

²⁹³ Si riporta il testo della disposizione citata:

"1. Ferme restando le disposizioni previste per i singoli settori, i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica sono gestiti mediante affidamento diretto a:

a) istituzioni;

b) aziende speciali, anche consortili;

c) società a capitale interamente pubblico a condizione che 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.

2. È consentita la gestione in economia quando, per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio, non sia opportuno precedere ad affidamento ai soggetti di cui al comma 1.

3. Gli enti locali possono procedere all'affidamento diretto dei servizi culturali e del tempo libero anche ad associazioni e fondazioni da loro costituite o partecipate.

4. (abrogato)

5. I rapporti tra gli enti locali ed i soggetti erogatori dei servizi di cui al presente articolo sono regolati da contratti di servizio".

nella gestione di tali servizi: il modello dell'esternalizzazione, il modello della collaborazione ed il modello dell'intervento diretto.

Il modello dell'esternalizzazione si caratterizzava per la scelta dell'ente locale di provvedere all'erogazione di un servizio attraverso un operatore esterno all'amministrazione dell'ente medesimo. Tale modello comprendeva l'ipotesi, prevista dal comma 4 dell'art. 113 - *bis*, dell'affidamento a terzi del servizio locale privo di rilevanza economica mediante procedure ad evidenza pubblica, in analogia a quanto previsto dal comma 5 del nuovo art. 113 T.U.E.L. per l'affidamento dell'erogazione dei servizi di rilevanza economica.

Il modello della collaborazione, invece, presupponeva l'opzione dell'Amministrazione di provvedere alla gestione del servizio non economico mediante figure organizzatorie in grado di assicurare una fattiva cooperazione tra pubblico e privato: tale modello, quindi, risultava realizzabile attraverso l'affidamento diretto della gestione del servizio ad una società oppure ad una fondazione od anche ad una associazione costituita o semplicemente partecipata dall'ente locale insieme a soggetti privati o ad altri soggetti pubblici (art. 113 - *bis*, co. 1 lett. c) e comma 3).

Infine, il modello dell'intervento diretto ricomprendeva le ipotesi in cui l'ente locale decideva di assumere la gestione del servizio in capo a sé ovvero attraverso una propria articolazione strutturale, vale a dire mediante il ricorso al modulo della gestione in economia²⁹⁴ ovvero a quello dell'affidamento diretto ad

²⁹⁴. La gestione in economia, originariamente prevista dall'art. 22 della legge 8 giugno 1990 n. 142, è stata normativamente configurata quale modulo privilegiato di intervento dell'ente locale sul mercato in ogni ipotesi in cui, per la modesta entità delle prestazioni e per le caratteristiche del servizio, non fosse opportuno procedere alla costituzione di un'azienda o di un'istituzione. Tali parametri di riferimento sono stati sostanzialmente riprodotti dall' art. 113 - *bis* T.U.E.L., che però ha limitato l'ambito di operatività di tale

un'istituzione²⁹⁵ ovvero all'azienda speciale dell'ente, ipotesi rispetto alla quale la disposizione ometteva di indicare elementi o condizioni idonee a guidare la scelta dell'ente locale tra le due possibili alternative (art. 113 - bis, comma 1, lett. a) e b).

La riforma del 2003 ha apportato alcuni correttivi al sistema di gestione dei servizi non economici sinteticamente descritto, con particolare riguardo al modello dell'esternalizzazione e a quello della collaborazione.

Con riferimento al primo, infatti, il D.L. n. 269/2003, ha disposto l'abrogazione del comma 4 dell'art. 113 - bis, escludendo così l'affidamento a terzi con gara dell'attività dai moduli gestionali utilizzabili per l'organizzazione dei servizi locali privi di rilevanza economica²⁹⁶.

modello gestionale ai soli servizi privi di rilevanza economica. Tale schema gestionale costituiva un'ipotesi di assunzione diretta del servizio, che veniva gestito mediante l'utilizzazione dell'apparato organizzativo delle ordinarie strutture dell'Amministrazione locale, in assenza di qualsivoglia profilo di autonomia, tanto da non presentare un proprio bilancio e da realizzare la propria attività mediante atti e schemi giuridici tipici dell'ente pubblico.

²⁹⁵ L'Istituzione viene considerata come organismo strumentale dell'ente locale per l'esercizio di servizi sociali, dotata di autonomia gestionale ma priva di autonoma personalità giuridica. Questo modello si occupa, pertanto, di servizi che non comportano alcuna necessità di predisporre “ un complesso di beni organizzati” in cui il soggetto erogatore agisce come “ agente-intermediario” tra gli enti locali e gli utenti limitando la sua attività alla sola erogazione. Il funzionamento e l'ordinamento della Istituzione sono disciplinati dallo statuto e dai regolamenti degli enti locali. Questi ultimi conferiscono il capitale, determinano le finalità e gli indirizzi, approvano gli atti fondamentali, esercitano la vigilanza, verificano i risultati della gestione.

²⁹⁶ G. CAIA, *I servizi sociali degli enti locali e la loro gestione con affidamento a terzi. Premesse di inquadramento*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2004, il quale afferma che “*pertanto, anche se il comma 4° dell'art. 113-bis del D. Lgs. n. 267 del 2000 è stato abrogato, non appare per ciò escluso il possibile affidamento (concessione) a terzi da parte di un Comune di un servizio sociale, ciò in quanto si avrà come riferimento la disciplina di cui all'art. 113, comma 5°, lett. a) I...]. Beninteso, l'ente lo cale dovrà*

Il riferimento operato dal quarto comma alle “*ragioni economiche*” quale presupposto applicativo del modello gestorio ha probabilmente indotto il Legislatore del 2003 a considerare non più compatibile l’affidamento a terzi con attività di servizio prive di rilevanza economica ²⁹⁷.

Per quanto concerne il modello della collaborazione, la novella del 2003 ha espunto il modello della società mista a capitale pubblico maggioritario, sostituendola con il meccanismo dell’affidamento a società in house, anche se ha confermato la particolare formula collaborativa mediante fondazioni o associazioni prevista solo per i servizi culturali e del tempo libero e la formula di collaborazione societaria prevista dall’art. 116 T.U.E.L., il quale ammette il ricorso alla società per azioni con partecipazione minoritaria degli enti locali “*per l’esercizio di servizi pubblici di cui all’art. 113 - bis e per la realizzazione delle opere necessarie al corretto svolgimento del servizio nonché per la realizzazione di infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico*”. Come anticipato, su tale assetto è intervenuta la Corte Costituzionale, che ha appunto dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’intero art. 113 – bis T.U.E.L. per contrasto con l’art. 117 Cost.

In particolare, la Corte Costituzionale, riecheggiando talune suggestioni dottrinarie²⁹⁸, ha dichiarato illegittimo l’art. 113-bis T.U.E.L. in quanto

motivare, in maniera non meramente enunciativa, le ragioni che inducono alla esternalizzazione del servizio pubblico di cui trattasi”.

²⁹⁷ Osserva criticamente G. PIPERATA, *Tipicità ed autonomia nei servizi pubblici locali*, cit., p. 29, sub nota 108, che “*tuttavia non si spiega come mai l’abrogazione non abbia coerentemente riguardato, sia pure parzialmente, anche l’istituzione e l’azienda speciale che, per espressa previsione dell’art. 114 co. 4 T.U.E.L. devono informare la propria attività ai criteri di efficacia ed efficienza, ma anche di economicità*”.

²⁹⁸ Infatti, al momento della sua entrata in vigore, la disposizione in questione è stata inserita da M. DUGATO, *I servizi pubblici degli enti locali*, cit., p. 223, tra quelle norme

disposizione esorbitante dall'ambito della potestà legislativa statale, in violazione dell'autonomia regionale e locale sussistente in materia, essenzialmente sul presupposto che nell'ambito dei servizi pubblici locali, vale a dire in un contesto in cui non è configurabile un mercato concorrenziale²⁹⁹, non può ritenersi sussistente il titolo di legittimazione per gli interventi del legislatore statale rappresentato dalla tutela della concorrenza di cui alla lettera e) dell'art. 117 Cost.³⁰⁰.

L'intervento caducatorio della Corte Costituzionale rende attuale il problema di quali forme organizzative possa utilizzare l'ente locale per gestire i servizi privi di rilevanza economica³⁰¹: il principale effetto della citata pronuncia è

“che non possono considerarsi direttamente essenziali alla tutela della concorrenza e che non sembra possano sottrarsi ad una censura di legittimità”.

²⁹⁹ Con riguardo ai servizi a rilevanza non economica la valutazione dell'assenza di un mercato concorrenziale per questi ultimi e del carattere non economico dell'attività esercitata dagli stessi, nell'orientamento della Corte, rende superflua la previsione di disposizioni a tutela della concorrenzialità e quindi rende illegittimo l'intervento normativo dello Stato, che non trova fondamento normativo nella Costituzione e risulta perciò lesivo della competenza regionale, che in tale settore si configura come esclusiva e generale.

³⁰⁰ Sottolinea A. VIGNERI, *Servizi pubblici e interventi pubblici locali*, cit., p. 500 ss. che nella pronuncia della Corte Costituzionale non è dato rinvenire alcun riferimento alla competenza legislativa statale in tema di *“determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”* (art. 117, comma 2, lett. m), Cost.) né a quella riguardante le *“funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane”* (art. 117, comma 2, lett. p), Cost.), che, forse, avrebbero potuto svolgere un ruolo legittimante con riferimento alla disciplina dei servizi pubblici locali privi di rilievo economico.

³⁰¹ A. CAROSELLI, *Gli effetti della sentenza della Corte Costituzionale 27/7/2004, n. 272 sul sistema normativo in materia di gestione dei servizi pubblici locali*, in www.dirittodeiservizipubblici.it;

G. SCIULLO, *Stato, Regioni e servizi pubblici locali nella pronuncia 272/2004*, in www.lexitalia.it, n.7-8/2004.

certamente quello di riservare la disciplina e l'organizzazione dei servizi pubblici locali privi di rilievo economico all'autonomia delle Regioni e degli enti locali, escludendo un possibile ruolo legislativo da parte dello Stato.

Da ciò discende che, in primo luogo, spetta alla Regione individuare e disciplinare i servizi privi di valenza economica, senza che peraltro possa ritenersi preclusa “una specifica ed adeguata disciplina di fonte (...) anche locale”, come previsto dalla stessa Consulta.

Viene quindi riconosciuto un ruolo autonomo degli enti locali nella definizione degli assetti organizzativi dei servizi privi di rilievo economico nelle more dell'intervento legislativo regionale, anche in relazione al carattere della doverosità che connota il servizio pubblico locale.

Del resto, siffatto potere dell'ente locale trova espressa previsione normativa nel principio di autonomia organizzativa sancito dagli artt. 114 co. 2 e 117, co. 6 Cost.: gli enti locali potranno quindi ricorrere ora alle formule organizzative che caratterizzano il modello dell'esternalizzazione, ora a quelle che implicano una collaborazione pubblico - privato, ora a quelle che consentono una gestione diretta³⁰², esercitando un potere discrezionale e, come sotto la vigenza dell'art. 113 - bis, definendo in concreto la scelta tra una pluralità di strumenti gestionali astrattamente possibili³⁰³.

Oltre a tale profilo deve comunque considerarsi il ruolo preminente, nella disciplina della materia, riservato alle normative speciali cui si richiamava lo

³⁰² Deve rilevarsi che la citata pronuncia della Corte Costituzionale non ha riguardato, nemmeno in via consequenziale, gli artt. 114 e 116 T.U.E.L. i quali, rispettivamente, disciplinano l'azienda speciale e la s.p.a. con capitale pubblico minoritario.

³⁰³ Una simile ricostruzione sembra trovar conferma nella interpretazione proposta da un'attenta dottrina: cfr. G. SCIULLO, *Stato, regioni e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/2004 della Consulta*, cit..

stesso art. 113-bis T.U.E.L.³⁰⁴ nonché la rilevanza della legislazione concernente il cd. “terzo settore”³⁰⁵, recante disposizioni di principio cui le Regioni danno attuazione, prevedendo il ricorso al convenzionamento per l’adozione di moduli gestori diversi da quelli previsti dal T.U.E.L.³⁰⁶.

CAPITOLO TERZO

IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ TRA MERCATO ED INTERVENTO PUBBLICO

SOMMARIO: 3.1. Premessa introduttiva. – 3.2. L’ingerenza pubblica in ambito economico. – – 3.2.1. Il modello economico costituzionale – 3.2.2. Aporie della concezione geometrica dell’ordinamento giuridico. – 3.3. Il carattere pregiudiziale del mercato. – 3.4. Il principio di

³⁰⁴ Cfr. L. AMMANNATI, *La concessione come modello di gestione dei beni culturali*; e di G. BOTTINO, *Tutela, fruizione e valorizzazione dei beni culturali nelle forme di gestione diretta*, in P. BILANCIA (a cura di), *La valorizzazione dei beni culturali. Modelli giuridici di gestione integrata*, Milano, 2006.

³⁰⁵ Legge 11 agosto 1991, n. 266 “*Legge-quadro sul volontariato*”; Legge 7 dicembre 2000, n. 383 “*Disciplina delle associazioni di promozione sociale*”; legge 8 novembre 1991 n. 381 “*Disciplina delle cooperative sociali*”.

³⁰⁶ In materia di servizi sportivi, la tendenza è al mantenimento di forme di affidamento mediante schemi convenzionali alle associazioni sportive (art. 90 co. 25 legge 27 dicembre 2002 n. 289). In materia di servizi culturali, il Codice dei beni culturali e del paesaggio (D. Lgs. 22 gennaio 2004 n. 41, come modificato dal D. Lgs 24 marzo 2006 n. 156) prevede due forme di gestione delle attività di valorizzazione del patrimonio culturale: una forma diretta - mediante strutture organizzative interne alle amministrazioni, dotate di adeguata autonomia scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile - ed una indiretta tramite concessione a terzi. Sulla possibilità per gli enti locali di applicare l’art. 115 D. Lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 per l’organizzazione dei servizi di tipo culturale, cfr. G. SCIULLO, *La gestione dei servizi culturali delle autonomie dopo la pronuncia 272 del 2004 della Corte costituzionale*, in *Aedon*, 3, 2004; M. CAMMELLI, *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2004, p. 43 ss..

sussidiarietà. – 3.4.1. Funzioni amministrative e dimensione degli interessi: la sussidiarietà verticale. – 3.4.2. La dimensione orizzontale del principio di sussidiarietà. – 3.4.3. Verso un modello di amministrazione condivisa. - 3.5. Iniziativa privata autonoma ed attività di interesse generale. -3.6. L'autonomia privata in funzione del rafforzamento della tutela dell'interesse pubblico. – 3.7. Attività private di interesse generale ed intervento pubblico. – 3.8. La tutela della concorrenza nella Costituzione riformata: costituzionalizzazione di un principio o criterio di riparto legislativo? – 3.9. Nessi tra promozione del mercato e sussidiarietà. – 3.10. Principio di sussidiarietà e servizio pubblico.

3.1. Premessa introduttiva.

I servizi pubblici locali costituiscono il settore nel quale è possibile verificare l'effettiva incidenza di due fondamentali principi che hanno trovato accoglienza nell'ordinamento giuridico italiano e che sono tra loro intrinsecamente collegati, vale a dire il principio di sussidiarietà ed il principio concorrenziale³⁰⁷.

Le differenti articolazioni del binomio pubblico - privato riflettono, oltre all'evoluzione del ruolo istituzionale dello Stato e degli enti locali rispetto all'offerta dei pubblici servizi, la giustapposizione tra due distinti meccanismi di allocazione dei beni, evidenziando l'evoluzione delle finalità e delle funzioni di cui lo Stato si è fatto carico³⁰⁸.

³⁰⁷ In sede comunitaria si è affermato il cd. principio dell' *"economia reale"*, in base al quale i mercati debbono formarsi sulla base della dinamica concorrenziale e non per effetto di stimolazioni (o di limitazioni) artificiali da parte dello Stato, imponendo l'ampliamento delle condizioni concorrenziali a settori precedentemente in regime di monopolio e la garanzia di parità di condizioni e di regime tra operatori economici, a prescindere dalla natura pubblica o privata degli stessi.

³⁰⁸La citata disposizione prevede che i servizi pubblici assunti dagli enti locali *"hanno per oggetto la produzione di beni ed attività"*, ponendo in evidenza il carattere della produttività, requisito fondamentale dell'attività d'impresa. La prefata disposizione disvela chiaramente come le attività ricomprese nell'ambito dei servizi pubblici abbiano

L'area dei servizi pubblici locali è stata infatti interessata, seppur in misura minore rispetto a quelli nazionali, non solo dalla privatizzazione delle imprese pubbliche e degli organismi deputati alla gestione delle attività economiche di pubblica utilità³⁰⁹ ma anche dalla parziale liberalizzazione dei mercati di riferimento: entrambi tali processi hanno determinato una contrazione dell'ambito dei pubblici poteri³¹⁰ e quindi, in una certa misura, un arretramento del pubblico rispetto al privato³¹¹.

Ed è proprio nell'estensione di logiche pubblicistiche a sfere precedentemente dominate dal diritto comune, nella successione tra fasi di introiezione e di proiezione delle forme tipiche del diritto amministrativo dinanzi alle dinamiche imposte alle privatizzazioni, che può inquadrarsi la vicenda dei servizi pubblici.

carattere intrinsecamente ed eminentemente economico, ivi comprese quelle afferenti ai cd. "servizi sociali".

³⁰⁹ Si allude principalmente, con peculiare riferimento al settore dei servizi pubblici locali, alla trasformazione del ruolo degli enti locali da produttori a provveditori di servizi, e in particolare la distinzione tra produzione del servizio — a carico dell'impresa di gestione del servizio, la cui natura può indifferentemente essere pubblica e privata — ed il dovere essenziale dell'ente locale di fornitura del servizio — quale messa a disposizione dello stesso, non suscettibile di privatizzazione.

³¹⁰ Sugli effetti della liberalizzazione delle attività economiche F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell'Amministrazione*, 2000, Napoli, p. 51 ss.: "sembra che anche territori tradizionalmente riservati — o creduti tali — all'attività autoritativa della P.A. tendano a ricollocarsi in un'area di rapporti normalmente paritari, regolati dal diritto comune".

³¹¹ Si veda G. ALPA, *La cd. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 1999, p. 725 ss.; L. MAZZAMUTO, *L'escatologia e il caos delle tutele*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 2001, 2, p. 13 ss.; S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in MARASÀ (a cura di), *Profili giuridici delle privatizzazioni*, Torino, 1998, p. 5 ss..

All'esito dei più recenti interventi legislativi, la disciplina dei servizi pubblici locali è stata interessata, seppur in maniera non sempre inequivoca, dal progressivo superamento del precedente assetto normativo fondato sul sistema, consacrato dall'art. 43 Cost., della riserva originaria dell'attività di servizio pubblico in capo alla Pubblica Amministrazione.

In particolare, anche per effetto della sempre maggiore influenza del diritto comunitario, si è consolidata la prevalenza delle regole della concorrenza: il principio concorrenziale implica innanzitutto la libertà di accesso delle imprese al settore dei servizi pubblici e, conseguentemente, il passaggio dallo strumento concessorio, fondato sulla discrezionalità del soggetto pubblico nell'affidamento del servizio, a quello dell'autorizzazione, in base al quale, all'opposto, l'Amministrazione non ha il potere discrezionale di decidere se permettere o meno l'accesso al settore dei servizi pubblici, dovendosi limitare a verificare la sussistenza dei requisiti in capo al richiedente, con conseguente limitazione o eliminazione dei monopoli legali.

Muta radicalmente la configurazione del servizio pubblico, che perde la sua connotazione di area economica sostanzialmente sottratta alle regole del mercato³¹² e che, nel previgente sistema, ha rappresentato il fondamento giustificativo per l'imposizione di ampie e significative barriere all'entrata, quali privative pubbliche, affidamenti diretti dei servizi alle società a partecipazione pubblica, gestioni con logiche assolutamente contrarie alla competizione economica³¹³.

³¹² C. DE VINCENTI - B. SPADONI, *La costruzione del mercato dei servizi pubblici locali - Note al margine del Ddl 7042*, in *Mercato concorrenza regole*, 2000, p. 655.

³¹³ In proposito sono interessanti i contributi di A. MASSARUTTO, *Una valutazione economica della riforma dei servizi pubblici locali*, in *Dir. regione*, 2002, p. 613; C.

In un siffatto contesto si è consumata altresì la trasformazione del ruolo dell'ente locale da produttore a provveditore di servizi, e in particolare la distinzione tra produzione del servizio — a carico dell'impresa di gestione del servizio, la cui natura può indifferentemente essere pubblica e privata — ed il dovere essenziale dell'ente locale di fornitura del servizio — vale a dire la sua messa a disposizione a favore della collettività — laddove esso non possa essere adeguatamente garantito dal libero gioco delle forze del mercato, assumendo l'ente locale la funzione di regolatore delle dinamiche dell'accesso³¹⁴ e dello svolgimento dei servizi pubblici, a garanzia dei diritti dei cittadini.

Il ripensamento del ruolo dell'ente locale ha inoltre recato con sé la rimodulazione degli strumenti impiegati dai soggetti pubblici per la cura degli interessi della collettività, cura peraltro mediata, nella generalità dei casi, dalla presenza di entità — almeno da un punto di vista formale — private³¹⁵.

L'andamento pendolare tra pubblico e privato che connota il settore non involge solo i fini perseguiti dalle autorità pubbliche ma anche lo stesso regime dell'attività³¹⁶.

Il problema è ancora una volta quello di sostenere la validità della nota dicotomia pubblico - privato, o piuttosto di cogliere la relativizzazione di essa³¹⁷,

BURATTI, *I servizi pubblici locali verso il mercato: strategie e risultati*, in *Dir. reg.*, 2002, p. 543.

³¹⁴ S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari, 2004, p. 90.

³¹⁵ G. CORSO, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Riv. quad. serv. pubbl.*, 12, 2002, p. 9: “*l'ente pubblico [...] quando esercita attività economica, deve essere esercitata nelle forme dell'impresa e con il regime giuridico proprio delle imprese (il regime civilistico). E la regola vale, quindi, anche per quella speciale attività economica che si concreta nella produzione di pubblici servizi*”.

³¹⁶ A tal riguardo già M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1964, p. 866 affermava che “*non tutte le norme che disciplinano fatti amministrativi sono necessariamente di diritto pubblico*”.

stante la coesistenza di regole pubblicistiche e regole del dritto comune³¹⁸, ovvero il suo definitivo superamento.

Il servizio pubblico non si estrinseca in esercizio unilaterale del potere, bensì come amministrazione di prestazioni da attuarsi mediante l'allargamento dell'area della consensualità e della collaborazione tra poteri pubblici e soggetti privati.

3.2. L'ingerenza pubblica in ambito economico.

Storicamente, tra la fine del secolo XIX e l'inizio del secolo XX, si pongono le basi dell'intervento pubblico nell'economia e nella società, determinando il rovesciamento del modello liberale di "*Stato minimo*", del tutto alieno dalla prestazione di utilità (beni o servizi) a vantaggio dei cittadini.

Ma è lo stesso sistema liberale, nell'affermare il principio di eguaglianza e nel riconoscere le libertà civili e politiche³¹⁹, a determinare le condizioni per tale

³¹⁷ Sulla necessità di storicizzare la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato si veda S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. dir.*, XII, 16, Milano, 1962, p. 742.

³¹⁸ In tema G. ALPA, *Diritto privato e diritto pubblico. Una questione aperta*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, I, 1998, 8 ss.; F. ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, cit., p. 8; CHITI, *Monismo o dualismo indiretto amministrativo: vero o falso dilemma?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 301 ss., e G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit. p. 244, osserva: "il discorso odierno sul diritto amministrativo [...] è chiamato a liberarsi della tradizionale logica binaria, se vuole offrire un quadro rispondente alla complessità del reale. Le sue categorie non si determinano più per confronto e in opposizione al diritto civile, ma in relazione a discipline, disaggregabili e scomponibili e con confini mai fissi e netti, di attività oggettivamente valutate per il carattere funzionale e per i riflessi sui terzi".

³¹⁹ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969, p. 3 ss..

sviluppo³²⁰: l'estensione del suffragio ed il sorgere di partiti e sindacati rendono infatti i pubblici poteri espressione di collettività pluriclasse, che si rivolgono ad essi per la soddisfazione dei propri bisogni, donde l'espansione dell'intervento pubblico indiretto e la creazione di servizi pubblici, sociali ed economici³²¹.

Nella scienza giuridica, il fenomeno è interpretato attraverso la chiave di lettura della cd. "ingerenza pubblica"³²², la quale necessariamente ed inevitabilmente presuppone la contrapposizione tra Stato e società, con la conseguenza che dove si espande l'uno, l'altra si ritrae e viceversa.

Ed proprio in tale contesto che viene elaborata la teoria del servizio pubblico³²³, la quale dunque si afferma storicamente nel momento in cui

³²⁰ E. PICOZZA, *Diritto dell'economia: disciplina pubblica*, Padova, 2005, p. 661 ss. osserva che "nello Stato liberale, il dogma della separazione tra potere pubblico e società civile lasciava sullo sfondo pregiudiziale la problematica della collaborazione". In argomento cfr. M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1993, pp. 15 ss., 125 ss. e *passim*.

³²¹ M. S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, cit., p. 69 ss..

³²² L'idea dell'ingerenza, peraltro, svolge un ruolo fondamentale nell'accreditare la progressiva estensione dei confini del diritto amministrativo quale parte del diritto pubblico: così V.E. ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, cit., pp. 92-93. Proprio su tale base S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, III ed., Milano, 1912, p. 357 ss. formula una "teoria delle prestazioni degli enti amministrativi", che si pone a coronamento dell'opera di pubblicizzazione avviata sul terreno della gestione patrimoniale (in proposito, M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, 2001, I, p. 405 ss.).

³²³ M. NIGRO, *Energia e servizio pubblico*, *Atti del convegno di studi sul tema. Atti del Convegno di studi sul tema 'I servizi pubblici essenziali fra interesse generale e diritto dell'utente'*, in *Quad. Rass. giur. en elettr.*, Milano, 1989, p. 194 ss., osserva che la nozione di servizio pubblico "coglie l'essenziale della vita moderna, cioè coglie l'essenziale della trasformazione dell'economia [...] in secondo luogo [...] è un nozione la quale rovescia la tradizionale impostazione del rapporto dello Stato con il cittadino [...] le terza ragione da considerare è la stessa anfibologia della parola 'pubblico', per la quale la nozione di

l'intervento e l'ingerenza dello Stato nell'economia³²⁴ vengono ad essere percepiti come indispensabili, segnando correlativamente il tramonto delle concezioni che confinavano lo Stato nell'esercizio delle prerogative sovrane e promuovendo dogmaticamente un sistema nel quale gli interessi della "collettività pluriclasse"³²⁵ fossero soddisfatti dall'Amministrazione attraverso la produzione di utilità.

Il nuovo modo di essere dell'ente pubblico territoriale che, da gestore di una mera attività burocratica amministrativa, assumeva la veste di imprenditore economico mal si conciliava con la tradizionale configurazione dell'ente pubblico, cui era aliena qualunque forma di gestione della cosa pubblica mediante interventi imprenditoriali diretti, attuati cioè senza la mediazione dello strumento concessorio e concretandosi in una pervasiva ingerenza nell'espletamento del servizio.

Accanto alla gestione privata del servizio pubblico, viene consentita la gestione diretta da parte dell'ente pubblico, ponendo le basi per la nascita dell'impresa pubblica, vale a dire dell'ente pubblico imprenditore che gestisce direttamente gli strumenti necessari alla soddisfazione dei più essenziali bisogni della collettività.

3.2.1. Il modello economico costituzionale.

servizio pubblico può assumere due significati: può significare servizio organizzato nell'ambito della sfera pubblica, ma può significare anche servizio per il pubblico".

³²⁴ La chiave di lettura del fenomeno in termini di "ingerenza pubblica" è riconducibile a M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, p. 7 ss..

³²⁵ G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 5 ss. che riprende sul punto M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, cit., p. 69 ss..

Con la Costituzione repubblicana viene definitivamente consacrato il ruolo dell'intervento pubblico, diretto ed indiretto, in ambito economico³²⁶.

Ai pubblici poteri sono conferiti compiti di protezione sociale, in corrispondenza dei quali sorgono in capo ai cittadini delle pretese, giuridicamente rilevanti, in ordine all'erogazione di prestazioni positive³²⁷: l'iniziativa economica pubblica viene in tal modo parificata a quella privata, senza che residuino settori di attività ad essa pregiudizialmente preclusi³²⁸.

Prende così corpo la distinzione, in senso alla complessiva attività della Pubblica Amministrazione, tra funzione e servizio, connotandosi quest'ultimo quale il risultato della ingerenza sociale delle istituzioni pubbliche.

È la stessa Costituzione che, all'art. 43, solennizza tale ingerenza ampliandone ovviamente i limiti sino allo Stato, fissando il principio secondo il quale, in vista del perseguimento dell'utilità generale, la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo

³²⁶ A tal riguardo si parla di costituzionalizzazione dello Stato sociale: la formula è qui usata in termini meramente descrittivi, secondo l'uso invalso innanzi tutto nella politologia, ma, in proposito, vanno sempre rammentate le obiezioni di M. S. GIANNINI, *Stato sociale: una nozione inutile*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Studi in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, I, p. 139 ss

³²⁷ In argomento si vedano in particolare A. ROMANO, *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, alt., p. 523 ss.; V. OTTAVIANO, *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, 11, p. 367 ss.; E. CASSETTA, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 3 ss.; S. CASSESE, *Il cittadino e l'amministrazione pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, p. 1015 ss.. A ciò corrisponde l'affermazione della nuova categoria dei diritti sociali, sulle cui origini si rinvia a A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989.

³²⁸ In questo senso, già F. GALGANO, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, cit., pp. 121-122; F. A. ROVERSI MONACO, *L'attività economica pubblica*, in *La costituzione economica*, cit., p. 385 ss.; più di recente, U. POTOTSCHNIG, *Poteri pubblici e attività produttive*, Padova, 1999, p. 643 ss.

Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti, determinate imprese o categorie di imprese che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale.

Il governo statale dell'economia in vista del perseguimento di fini sociali avviene attraverso gli strumenti tipici del diritto amministrativo afferenti alla funzione di indirizzo, programmazione e controllo³²⁹.

La Costituzione repubblicana, mercé il riconoscimento della funzione statale di programmazione dell'attività economica, segna il passaggio da uno Stato che garantisce l'ordine delle situazioni acquisite, qual è quello ottocentesco ad uno Stato che interviene direttamente nell'ambito dei rapporti tra privati, imponendo l'assetto degli interessi da esso autoritativamente determinato.

La funzione principale del modello costituzionale diviene allora quella di intervenire laddove le strutture condizionano la libertà dei cittadini e rendano impossibile il pieno e dignitoso sviluppo della persona umana. Ed è a partire dagli anni Sessanta del secolo XX ed in misura ancora maggiore nel successivo decennio che si consolida, sul piano economico, lo sviluppo di forme (ben più

³²⁹ Il dibattito, in Italia, è animato dagli studi e dagli interventi di V. BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, 1957; G. MINERVINI, *Contro la «funzionalizzazione» dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 618 Ss.; ID., *Nuovi mezzi di intervento pubblico nell'economia*, in *Dir. econ.*, 1966, p. 455 ss.; M.S. GIANNINI, *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, I, p. 313 ss.; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, in *Opere giuridiche*, Napoli, 2001, p. 341 ss.; G. PERICU, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, I, Milano, 1963; E. CAPACCIOLI, *Programmazione e autonomia negoziale nel diritto pubblico italiano*, in *Dir. econ.*, 1966, p. 22 ss.; L. MENGONI, *Programmazione e diritto*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milano, 1968, III, p. 1249 Ss.; D. SERRANI, *Lo Stato finanziatore*, Milano, 1971; G. AMATO, *Il governo dell'industria in Italia*, Bologna, 1972.

pregnanti delle precedenti) di governo pubblico dell'economia incidenti sulla produzione e sulla circolazione di beni e della ricchezza. Lo Stato, in altri termini,

Lo Stato, in altri termini, quale diretto operatore del mercato, dall'interno ne influenza logiche e dinamiche con la programmazione economica, ed incide sul suo complessivo andamento, dirigendone i vari momenti in cui questo si articola e determinandone le linee di sviluppo.

Mutuando il pensiero di Spagnuolo Vigorita, un Autore³³⁰ attento ha colto il passaggio dell'ordinamento *“dalla funzione di limite esterno al gioco delle forze economiche a quello di consapevole interprete e protagonista della programmazione delle strutture economico – sociali”*. Condivisibile appare allora l'asserzione di Giuliano Amato³³¹, secondo cui il Legislatore costituzionale rivela un atteggiamento diffidente, di sfiducia, nei confronti del mercato, reputandolo un disvalore e ricerca, di conseguenza, *“uno schema per limitare il potere dei privati e per orientarne le propensioni, altrimenti anarchiche”*.

Ecco allora profilarsi la necessità dell'intervento pubblico nell'economia, prefigurato dagli artt. 41 e 43 Cost., con cui si mira alla *“sovrapposizione ai meccanismi di mercato di un modello giuridico di sviluppo definito dalla volontà politica”*, nell'ambito di una concezione *“imperativa dell'ordinamento delle relazioni economiche”*³³².

Lo Stato funzionalizza la proprietà e l'impresa agli obiettivi che intende conseguire³³³: i singoli rilevano come semplici destinatari delle sue decisioni, il

³³⁰ Ci si riferisce a F. LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, p. 85.

³³¹ G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1992, p. 10.

³³² N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma – Bari, 1998, p. 19.

³³³ Questa complessa normativa di origine eteronoma vincola e restringe l'autonomia privata sin dall'interno e non dunque agendo dall'esterno di essa. Ciò implica

solo strumento ritenuto in grado di stabilire ciò che è bene per l'associazione societaria.

Chiave di volta dell'assetto costituzionale di governo dell'economia è rappresentato dall'art. 41 Cost., nel quale al diritto all'intrapresa individuale – proclamato al primo comma – fa da contrappunto la previsione – contenuta nel comma terzo – di una programmazione economica elaborata dal potere legislativo, in vista di un utile sociale concepito come alieno rispetto a quello individuale. Le attese e gli intendimenti degli operatori economici sono sacrificati alla volontà del potere che provvedere a conformare i rapporti di produzione e scambio di beni e servizi, nel perseguimento di fini potestativamente individuati, oltre all'esercizio dell'attività economica, mediante la proprietà o la gestione di imprese.

Per indurre gli operatori economici ad uniformarsi alle proprie linee programmatiche, lo Stato ricorre alla minaccia di una sanzione o all'allettamento di un premio. Nel primo caso si pongono dei divieti, ovvero dei limiti, presidiati appunto da misure afflittive, all'iniziativa individuale, impedendone l'esercizio in determinate direzioni, ovvero condizionandolo al previo assentimento da parte dell'autorità pubblica. Si postula quindi l'originaria incapacità del singolo ad esplicare un'attività, a meno che non sia a ciò legittimato dallo Stato. Con le misure premiali, invece, si prospetta un incentivo economico, ad esempio la concessione di un finanziamento ad un tasso di interesse agevolato, a favore di

necessariamente la funzionalizzazione dei poteri privati, che tendenzialmente è possibile rilevare, in misura più o meno rilevante, in tutti i settori del diritto privato: dall'impresa, al diritto di proprietà e, almeno in potenza, alla stessa iniziativa economica privata.

quegli imprenditori che decidono conformarsi alle prescrizioni emanate dal soggetto pubblico³³⁴.

Invero, solo apparentemente l'imprenditore è libero di esercitare l'iniziativa economica, in quanto, mediante la promessa dell'incentivo, si fa in modo che egli sia assoggettato all'eterodirezione dell'autorità pubblica.

Entrambe queste modalità di direzione pubblica dell'economia hanno, indi, l'effetto di conculcare la libertà economica. Ed è il diritto amministrativo a rappresentare in virtù della sua perspicua intonazione unilaterale ed autoritativa lo strumento di elezione per informare le decisioni economiche individuali alla volontà statale. Funzionale al loro compito d'ordine nei rapporti intersoggettivi, infatti, è la regolazione della vita economica, in modo da garantire prevedibilità e calcolabilità laddove vi sarebbe, secondo i postulati propri del pensiero giuridico moderno, soltanto disordine ed irregolarità.

Nel sistema della programmazione economica, gli incentivi pubblici rappresentano gli strumenti di indirizzo dell'attività economica privata verso gli obiettivi del programma, cioè verso finalità eterogenee rispetto agli interessi

³³⁴ Per quanto concerne la teorica della funzione promozionale del diritto, che consente di teorizzare la *“metamorfosi del diritto da strumento di controllo sociale nel senso stretto della parola in strumento di direzione sociale”*, si rinvia a N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione – Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977. Adde F. GENTILE, *Il diritto pubblico dell'economia tra controllo e mediazione*, in S. ARMELLINI - A. DI GIANDOMENICO, *Ripensare la premialità - Le prospettive giuridiche, politiche e filosofiche della premialità*, Torino, p. 123. Secondo P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, cit., p. 470, le leggi di incentivazione finanziaria non hanno dispiegato alcuna influenza sulla logica imprenditoriale, in quanto *“lo statuto dell'impresa, tutto incentrato sull'autonomia decisionale dell'imprenditore, non è stato minimamente derogato dalla creazione della figura dell'impresa agevolata se si esclude che tale figura sia sinonimo di impresa funzionalizzata [...] le leggi di incentivazione non si sono mai tradotte in obblighi di comportamento o imposizione di finalità esterne alla logica di impresa”*.

privati, assumendo insomma un compito di trasmissione delle decisioni del programma alle imprese. Più in generale, va tenuto presente che quando l'intrapresa economica individuale è frutto di un atto ottriatto, ciò significa che al soggetto individuale viene previamente sottratta la disponibilità di certi beni o la pertinenza di certe attività, che l'Amministrazione potrà eventualmente consentirgli di utilizzare o di esplicare, ma solo sul fondamento di una sua concessione, e quindi solo a certe condizioni.

Pertanto, nella prospettiva in cui il diritto è volto ad ottenere la conformità individuale alle decisioni assunte dal soggetto pubblico, si stabilisce un *continuum*, oltre che tra prescrizione normativa e concessione amministrativa, con l'attività contrattuale. La remunerazione dell'imprenditore può costituire, infatti, il modo più semplice ed efficace per ottenerne l'omologazione.

Insomma, il dominio dello Stato sull'economia ha comportato l'assunzione - diretta od indiretta - della gestione dell'economia da parte del potere pubblico che, in questo modo, ha ricondotto nel suo campo d'azione l'organizzazione produttiva e commerciale del Paese, per subordinarla al raggiungimento di fini eteronomamente determinati.

Tale regime trovava applicazione segnatamente in relazione alle imprese esercitate da enti nazionalizzati, mentre, nel caso di società con partecipazione pubblica, l'impresa veniva esercitata in forma privatistica. Ma, invero, anche in quest'ultimo caso, lo stesso diritto privato, divenuto a seguito del processo di codificazione manifestazione del potere statale, rappresenta un formidabile strumento di coartazione della volontà individuale, nel senso che, al fine di

conseguire gli effetti giuridici predeterminati dalla norma, gli operatori economici hanno l'onere di avvalersi delle forme negoziali legislativamente tipizzate³³⁵.

La stessa leva fiscale viene eletta ad *instrumentum regni*, impiegandola per condizionare e controllare gli operatori economici.

In definitiva la Costituzione pare aver delineato un modello di governo pubblico dell'economia di eminentemente dirigistica, il quale esautora il mercato da ogni decisione sugli indirizzi produttivi fondamentali, sottoponendo a tutela gli operatori economici, i quali possono disporre unicamente di una limitata capacità imprenditoriale negli ambiti determinati dalla legge.

La conformazione dell'attività economica privata rispetto agli indirizzi elaborati dall'autorità pubblica viene perseguita attraverso la previsioni di sanzioni a carico degli eventuali trasgressori ovvero, in una diversa prospettiva, mediante l'assegnazione di provvidenze nel caso di ottemperanza.

In funzione di tale assolutismo giuridico³³⁶, che disconosce qualsivoglia forma di regolarità comportamentale non originata dalla volontà statale, il singolo viene postulato come *privato*: un soggetto refrattario ad ogni autoregolamentazione, in quanto sensibile soltanto a ciò che, di volta in volta, gli appare più vantaggioso. Porre ordine nelle relazioni intersoggettive è dunque prerogativa di un soggetto altro rispetto ai privati, un soggetto autoreferenziale,

³³⁵ Così, in materia contrattuale, per stipulare degli accordi giuridicamente rilevanti, occorre che siano qualificati come tali sulla base delle fattispecie astrattamente enunciate dal titolare del potere. Ciò è vero, si badi bene, anche per i contratti atipici, non appartenenti cioè a nessun tipo legale, i quali sono ritenuti validi dalla giurisprudenza a condizione che i regolamenti di interessi liberamente forgiati dalle parti, in cui essi consistono, siano comunque riconducibili nelle maglie delle statuizioni legali, attraverso il filtro controllo della meritevolezza della causa del contratto.

³³⁶ Si veda al riguardo P. GROSSI, *Epicedio per l'assolutismo giuridico*, in *Quaderni Fiorentini*, 1988, p. 17.

capace di imporre norme ai consociati in quanto dotato della forza necessaria per sottomettere i recalcitranti.

Ecco allora prendere corpo la persona pubblica, la persona dello Stato che, per assolvere la sua funzione di demiurgo e di creatore dell'ordine, deve porsi come sovrano, soggetto cioè che non dipende da nessuno se non dalla propria spada, con la conseguenza che la manifestazione del suo volere è legge per i privati: *auctoritas non veritas facit legem*, secondo l'icastica definizione hobbesiana.

In tale ottica la prescrizione, il dover essere, non può avere alcuna corrispondenza con lo statuto dei rapporti umani, con il loro essere, stante l'ipotesi dell'originaria anomia dell'individuo, assunta dalla scienza giuridica moderna quale presupposto della sua concezione del diritto come fenomeno eteronomo e artificiale, creato cioè da colui che è in grado di far valere la propria volontà su quella anarchica dei consociati. Si dà vita, pertanto, ad una mera geometria legale³³⁷, ad una regolamentazione astratta, avulsa dai fatti della vita, i quali vengono irreggimentati in quanto promananti da soggetti predicati come incapaci di moderare i propri istinti ed impulsi e quindi come individui sregolati.

Si afferma quindi un modello di governo pubblico dell'economia che prescinde aprioristicamente dall'intelligenza delle relazioni intersoggettive sottese alle operazioni economiche, sul presupposto dell'irredimibile anomia del mercato: la libera concorrenza non sarebbe altro che guerra economica, suscettibile di essere debellata solo dall'intervento pubblico. Predeterminando le modalità d'azione dell'*homo œconomicus* - che tende a qualunque costo a massimizzare il proprio profitto - si irreggimenta la volontà individuale, che è

³³⁷ Si riprende la suggestiva espressione "*geometria legale*" coniata da Francesco Gentile per designare la scienza giuridica moderna.

all'origine della imprevedibilità della condotta umana, garantendo la regolarità della vita economica.

In tal modo lo Stato mette fuori legge le relazioni di mercato, in quanto instabili e precarie, sovrapponendovi un ordinamento virtuale delle relazioni intersoggettive mediante l'irrogazione di pene a carico di chi devia dal decretato e nella prestazione di provvidenze a vantaggio di chi si uniforma allo statuito.

3.2.2. Aporie della concezione geometrica dell'ordinamento giuridico.

Una siffatta concezione dei rapporti economici si fonda evidentemente sul protocollo antropologico costitutivo della geometria legale, in base al quale il privato è un essere anomico, un atomo sociale, ontologicamente incapace di assumere e di rispettare un vincolo giuridico, onde solo il ricorso ad una fonte eteronoma e sovrastante la volontà individuale può garantire la stabilità delle relazioni soggettive.

Si avverte appieno il carattere virtuale delle geometrie legali, le quali, dalla convenzione del singolo allo stato di natura, hanno desunto l'incapacità individuale a relazionarsi, ritenendo così di poter giustificare la pretesa statalistica di monopolizzare la dimensione giuridica, smarrendo il carattere ontico del fenomeno giuridico, realtà vivente nella società.

Si legittima così l'intervento pubblico nei rapporti interprivati, ipostatizzandolo nell'azione della persona pubblica: l'ordinamento delle relazioni intersoggettive è concepito quale opera esclusiva del soggetto pubblico che, con il suo potere di imperio, si sovrappone ai privati, prospettando una coazione per

l'evenienza dell'inadempimento degli obblighi cui esso imprime il sigillo della giuridicità. Il diritto, secondo la paradigmatica definizione kelseniana³³⁸, viene ad essere concepito come “*tecnica del controllo sociale tesa ad ottenere dagli uomini la condotta desiderata, mediante la minaccia di una misura di coercizione*”.

In altri termini, per la moderna *scientia iuris*, l'unicità del privato, ossia la pretesa soggettiva di poter agire al di fuori di ogni regola che non sia la propria volontà, ha come effetto quello di richiamare un antagonista nell'agone politico e giuridico – la persona pubblica - il cui compito è dunque quello di imporsi ai consociati, al fine di neutralizzarne le intemperanze preclusive della pacifica convivenza. Quello teorizzato è uno Stato che, in quanto soggetto pubblico, è “*altro rispetto ai singoli privati che lo compongono*”, ma in quanto sovrano, ossia posto nella condizione di “*chi nulla riceve dagli altri [...] e non dipende altro che dalla sua spada*”, è “*strutturalmente identico a ciascuno di essi nella pretesa di essere, in qualche modo, l'unico*”³³⁹.

In questo modo, tuttavia, si genera una tensione tra soggetto pubblico e privato, ridotto all'impotenza dalla qualificazione statale del proprio agire, donde la necessità di attribuire all'individuo, a titolo di compensazione per la perdita libertà, astringendolo entro delle ipotesi tipiche, individuate nominativamente ed enucleate nella loro estensione, rivelandosi delle mere concessioni ottriate dallo Stato al privato e, in quanto tali, revocabili *ad nutum*.

³³⁸ Si veda H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, (traduzione italiana), Torino, 1966.

³³⁹ F. GENTILE, *Il privato e il pubblico*, in *Intelligenza politica e Ragion di Stato*, cit., p. 14. La definizione di sovranità riportata è quella elaborata dal J. BODIN, *Les sixes livres de la Republique*, I. p. 8.

Sempre dalla concezione del singolo come soggetto radicalmente anomico, incapace di perseguire finalità di interesse generale, ne deriva che, nell'ambito di un sistema costituito da particolarità disgreganti, al soggetto pubblico sono riservati il riconoscimento e l'attuazione di quelli che sono gli interessi collettivi propri di un certo gruppo sociale. Stante l'indefettibile visione particolaristica dell'individuo, solo l'autorità sovrana che viene a contrapporsi antinomicamente ai singoli, è in grado di tutelare l'interesse pubblico.

Ma il sistema teorizzato dai moderni giusnaturalisti reca in seno i presupposti per il proprio superamento: emerge infatti patentemente *“l'incongruenza di una concezione che individua nella volontà individuale la causa efficiente delle conseguenze giuridiche dell'agire dei privati che si manifesta sul piano operativo. Infatti la volatilità dei moventi soggettivi, connaturata all'idea della coincidenza di libertà e di potere individuale, pone l'esigenza di un antidoto capace di neutralizzarne gli effetti, in modo da renderne stabili e, perciò, degne di affidamento le relazioni intersoggettive”*³⁴⁰.

3.3. Il carattere pregiuridico del mercato.

Con la partecipazione dell'Italia alle Comunità europee, prima, e all'Unione europea dopo, siffatto ordine dell'economia sarebbe però entrato in crisi: l'economia di mercato, primo motore del processo di integrazione europea,

³⁴⁰ Così L. FRANZESE, *Il contratto oltre privato e pubblico*, cit., p. 47 ss..

Scrivendo T. HOBBS (*Leviathan*, XVI): *“Bene e male sono nomi che significano i nostri appetiti e le nostre avversioni che, nei differenti e diversi uomini, differiscono pel loro giudizio, al cui senso una cosa o l'altra è piacevole o spiacevole per il gusto, l'odorato, l'udito il tatto, la vista [...] Anzi lo stesso uomo, in tempi diversi, differisce da se stesso, e in un certo tempo loda, e chiama buono, quello che in altro tempo disprezza, e chiama cattivo, onde sorgono dispute, controversie e, alla fine, guerra...”*.

avrebbe obliterato il modello costituzione fondato sull'eterodirezione pubblica dell'economia, sancendo il primato delle regole spontanee del mercato.

Secondo alcuni³⁴¹, in realtà, le stesse norme costituzionali sono suscettibili di essere interpretate in senso conforme all'idea di mercato e di concorrenza.

Per altri³⁴², ogni discorso sulla costituzione economica non potrebbe prescindere, oggi, dal riferimento alla normativa comunitaria che integrerebbe quella nazionale, essendovi in ultima analisi complementarità tra le due impostazioni.

Altri³⁴³ ancora ritengono, invece, le norme costituzionali irrimediabilmente squalificate, implicando una opzione diametralmente opposta a quella fatta propria dall'Unione europea: da un lato i principi di un'economia eterodiretta, che persegue finalità estranee alle attese degli agenti economici;

³⁴¹ Peraltro, in quest'ambito, si può distinguere la posizione di chi afferma la piena sintonia tra i principi e i precetti costituzionali con i trattati comunitari (G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità della Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quaderni costituzionali*, 1992, p. 5), riconoscendo nella legge sulla tutela della concorrenza il naturale completamento dell'art. 41 Cost. (B. LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in *Riv. soc.*, 1998, I, p. 1560), da quella che ritiene la difesa del mercato funzionale ai valori personalistici e solidaristici espressi dalla Costituzione (P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 103). Adde, L. MENGONI, *Persona e iniziativa economica nella Costituzione*, in G. VETTORI, *Persona e mercato*, Padova, 1996, p. 36 e ss., il quale, mediante un'interpretazione storico – evolutiva, giunge ad enucleare l'utilità sociale nel perseguimento del mercato concorrenziale.

³⁴² Si segnala, G. BOGNETTI, *La costituzione economica italiana*, II ed., Milano, 1995.

³⁴³ Si vedano: N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 29; F. MERUSI, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in F. BASSI - F. MERUSI (a cura di), *Mercati ed amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, p. 157 ss.. Adde G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, p. 57 ss., il quale ritiene che le norme europee rendano "costituzionalmente illegittimi politiche economiche, indirizzi legislativi e apparati organizzativi che sono stati concepiti con l'intento di dare attuazione all'art. 41 co. 3 Cost."

dall'altro quelli di un'economia improntata alle dinamiche interne al sistema produttivo. Di qui la necessità di porre fine all'antinomia mediante un procedimento di revisione costituzionale.

In ogni caso, l'ingresso del mercato come principio cardine della vita economica, non può ritenersi dovuto soltanto ai mutamenti di carattere istituzionale ed in particolare al prevalere del diritto comunitario su quello nazionale. Per lungo tempo, infatti, la realizzazione del mercato comune, prevista dai Trattati comunitari, è proceduta di pari passo con il mantenimento di un penetrante regime di governo statalistico dell'economia, al punto da risultare un paradossale dirigismo di mercato.

Le norme comunitarie erano, di fatto, neutralizzate da quelle statali: si pensi, ad esempio, alla sostanziale disapplicazione del divieto, contenuto nella Carta europea firmata a Roma nel 1957, degli aiuti di Stato alle imprese nazionali.

Il mutamento in corso sembra abbia fatto leva, invece, sulla rinnovata consapevolezza, maturata nella società civile, del valore dell'iniziativa e della responsabilità individuale nel campo economico. Oltre alla pretesa dello Stato di irreggimentare le relazioni mercantili suo sistema normativo, infatti, è stata posta in discussione la rinuncia degli imprenditori ad esercitare l'intrapresa economica, sviliti nel ruolo di assistiti del pubblico potere, dal quale ricevono patenti e sussidi, con l'effetto di deprimere la loro naturale autonomia di soggetti.

Si è quindi affermata una cultura che riconosce nel mercato l'ambito nel quale i singoli autoregolano i propri interessi mediante lo scambio di beni e servizi. Il mercato assurge dunque a luogo d'elezione per l'esercizio dell'autonomia soggettiva, dell'attitudine cioè del soggetto a determinare gli obiettivi della propria azione e a disciplinarsi in funzione del loro raggiungimento. Tale discontinuità rispetto alla concezione di stampo geometrico

comporta il riconoscimento dell'utilità sociale del mercato, il suo essere cioè un istituto idoneo a consentire ai consociati di individuare e realizzare da se stessi l'organizzazione produttiva più consona alle esigenze poste dall'associazione societaria³⁴⁴.

Come evidenziato, un impulso fondamentale al superamento, anche a livello di tendenze legislative, dell'ottica meramente legalistico – geometrica, è venuto dall'ordinamento comunitario.

Il Trattato di Amsterdam ha inaugurato una nuova fase nella direzione generale di un più equilibrato contemperamento tra il principio della solidarietà e quello della libera concorrenza. Si presenta come norma di una certa rilevanza l'art. 16 del Trattato C.E.E., nella misura in cui reca testimonianza del rinnovato impegno delle istituzioni comunitarie a *“conciliare i valori positivi che attengono alle regole della concorrenza e del libero mercato con i principi della solidarietà e dell'eguaglianza sostanziale ed in senso più ampio con la dimensione sociale dell'Unione. Detta norma pare costituire la più vistosa manifestazione dell'avvertita esigenza di applicare il metodo del bilanciamento dei valori all'interno del vasto campo dei servizi di interesse economico generale”*³⁴⁵.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, solennemente proclamata a Nizza, rafforza questa tendenza, facendole compiere, in prospettiva, un salto di qualità rispetto alla stessa impostazione accolta ancora dal Trattato di Amsterdam. La novità principale risiede nella equiparazione dei principi di solidarietà e di concorrenza all'interno della tavola dei valori costituzionali

³⁴⁴ L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa titoli di credito*, 1997, I, p. 3; ID., *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, cit., p. 33 ss..

dell'Unione europea. La solidarietà assurge a principio ordinatore dei diritti individuali e collettivi, unitamente a quelli della libertà economica e della concorrenza.

Tale moto di ribilanciamento tra i due ordini di valori in tensione dialettica, ha trovato espressione altresì nel Consiglio Europeo di Lisbona, nel corso del quale è stato posto come obiettivo strategico dell'Unione europea quello di “*diventare l'economia basata sulla conoscenza più competitività e dinamica del lavoro, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale*”³⁴⁶. Da un lato, la solidarietà e la coesione sociale assicurano le stesse condizioni dell'esistenza e dello sviluppo del mercato integrato, quale “*socially – embedded market polity*”³⁴⁷. In questo senso, la Commissione la considera un fondamentale fattore produttivo dell'economia europea o, *rectius*, del modello europeo di economia sociale di mercato fortemente competitiva,. Dall'altro lato, l'idea di un riorientamento produttivo o competitivo degli istituti della solidarietà, appare espressione dello stesso rinnovato sforzo di individuare nuove forme di combinazione dei due principi, almeno sul versante della revisione degli strumenti di garanzia dei *welfare state* europei. Ciò può avvenire se le regole dello Stato sociale, da meri strumenti di demercificazione, ovvero da meri limiti all'operare di un mercato pienamente concorrenziale, si trasformino, ove possibile e conveniente, in strumenti di valorizzazione delle posizioni deboli in vista della creazione di condizioni di pari opportunità, di eguali *chance* di

³⁴⁵ Si veda S. GIUBBONI, *Solidarietà e concorrenza: conflitto o concorso?*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2004, I, p. 75 e ss.

³⁴⁶ Punto V delle conclusioni della Presidenza del Consiglio Europeo di Lisbona del 23 – 24 marzo 2000.

³⁴⁷ Così S. GIUBBONI, *Solidarietà e concorrenza: conflitto o concorso?*, cit., p. 75 e ss.

partenza per tutti i cittadini, superando una logica meramente risarcitoria, per abbracciarne piuttosto una più feconda, orientata nel senso del pieno sviluppo delle *capabilities* dei singoli³⁴⁸.

Ciò premesso, ci si deve chiedere sino a che punto può spingersi il Legislatore nel tentativo di disciplinare determinati aspetti dell'esperienza umana, con particolare riguardo al funzionamento del mercato, correggendone le spontanee tendenze, vale a dire sino a che punto è cioè è possibile ed opportuno che il legislatore influisca sugli esiti del gioco concorrenziale, privilegiando la stabilità od il dinamismo, la concentrazione o il pluralismo.

Si tratta quindi di valorizzare l'autonoma tendenza alla regolarità che può rinvenirsi nelle spontanee forze del mercato.

Rispetto all'ordine del mercato si contrappongono due differenti concezioni, ciascuna delle quali fondata su un diverso ruolo, una diversa valenza dell'intervento della legge, il quale è alternativamente concepito come costitutivo dell'ordine giuridico dell'economia, ovvero rappresentato come sussidiario rispetto all'ordine espresso dalle relazioni economiche. Nel primo caso le relazioni economiche vengono riguardate considerando l'essenza umana così come essa emerge dalle condotte degli operatori, nel secondo si prescinde da ciò,

³⁴⁸ Alla luce di quanto suesposto, deve ritenersi superata quella giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, che aveva elaborato una forma di "*bilanciamento elusivo*" tra i due principi, configurando la categoria della solidarietà alla stregua di una deroga qualificata alla piena applicazione al diritto comunitario della concorrenza. Detta impostazione denuncia, però, un duplice ordine di inconvenienti: da un lato, essa implica un'interpretazione riduttiva del valore normativo del principio di solidarietà nell'ambito dell'ordinamento comunitario; dall'altro lato, essa finisce per intrappolare le interrelazioni tra concorrenza e solidarietà entro una linea conflittuale, incapace di cogliere adeguatamente i possibili rapporti di concorso tra i due principi, come adombrato invece dai più recenti sviluppi dell'ordinamento comunitario.

in quanto il singolo viene in rilievo in funzione della costruzione di un predeterminato sistema economico.

Come è stato pertinentemente evidenziato³⁴⁹, trattasi di “*due diverse modalità di conoscenza: l'una di tipo dialettico e sostanziale, l'altra meramente convenzionale ed operativa. Nel primo caso si elabora un sapere strutturato in modo an-ipotetico e con funzione puramente conoscitiva: un sapere per sapere, al modo proprio della conoscenza filosofica; nel secondo un sapere la cui struttura è ipotetico-deduttiva e la funzione operativa: un sapere per operare, secondo i dettami della conoscenza scientifica*”.

Si sono delineate delle geometrie legali, le quali, dalla convenzione del singolo come unico, hanno desunto l'incapacità soggettiva a relazionarsi, enunciando la categoria della sovranità quale chiave di lettura del sistema giuridico in cui i singoli sono sottoposti all'azione di un'entità *superiorem non recognoscens*, che limita e corregge e si sostituisce alle loro attività, assunte come intrinsecamente anomiche³⁵⁰.

³⁴⁹ Il riferimento è a L. FRANZESE, *Ordine economico e ordinamento giuridico. La sussidiarietà delle istituzioni*, Padova, 2006, p. 153.

³⁵⁰ In questo senso, in relazione all'istituto dell'obbligo legale di contrarre, P. BARCELLONA, *Intervento statale ed autonomia privata*, cit., p. 69 e ss., contesta la tradizionale classificazione dell'obbligo di contrarre tra i limiti dell'autonomia contrattuale, inquadrandolo piuttosto nell'ambito degli interventi legislativi a carattere sostitutivo. Il *discrimen* si rinverrebbe nel diverso atteggiamento e nella diversa finalità normativa: “*se l'imposizione di obblighi a contrarre è concepita alla stregua di un limite, si mira a ridurre l'elasticità dei poteri di autonomia contrattuale di tutti i soggetti indistintamente; nel caso invece degli interventi sostitutivi, si tende a creare direttamente una situazione di vantaggio, normalmente azionabile, a favore di un soggetto o di una categoria di soggetti determinati nei confronti di un altro soggetto o categoria di soggetti. Mentre nel primo caso, anche se il limite è posto a tutela di specifici interessi di soggetti determinati, lo strumento adoperato si risolve nella negazione degli effetti dell'atto senza dare luogo una pretesa di uno nei confronti*

Nel campo dei rapporti economici ciò ha indotto a ravvisare nella legge l'esclusiva fonte di disciplina, nel senso che sarebbe il titolare del potere normativo a creare *ex nihilo* l'ordine del mercato, regolarizzando con il suo volere le condotte sregolate degli operatori economici. Apparentemente sono all'estremo opposto i fautori dell'analisi economica del diritto e in particolare quanti vedono nell'ordinamento giuridico la mera mimesi del mercato che non deve alterarne le logiche interne, ma uniformarsi alle stesse in quanto le regole mercantili sarebbero dotate di autoreferenzialità. In realtà entrambe le posizioni riducono il diritto ad espressione di potere: del soggetto pubblico, cioè dell'uomo o dell'assemblea di uomini dalle mani non legate, secondo la definizione hobbesiana; oppure di quello privato, ossia dell'imprenditoria egemone che conduce la mano del Legislatore.

Solo riportando la riflessione giuridica sul terreno del sapere an-ipotetico e non operativo, si potranno superare le aporie in cui s'imbattono le concezioni che riducono il fenomeno giuridico a materia a disposizione dello Stato, che la plasma conformemente ai suoi intendimenti, ovvero a protesi dell'economia, tale

dell'altro; nel caso dell'intervento sostitutivo la disposizione normativa si esplica nella creazione diretta ed immediata di una situazione soggettiva attiva contrapposta ad una situazione soggettiva passiva, cioè nella creazione di un vero e proprio rapporto. Ciò implica altresì una diversa valutazione del sottostante assetto degli interessi delle parti involte: il limite (lasciando alle stesse, nel margine residuo, la possibilità di scegliere il criterio di valutazione più congruo) presuppone la ricorrenza di una manifestazione di autonomia negoziale e il legislatore non risolve un conflitto attuale ma si limita a regolare il modo in cui le parti perverranno alla successiva composizione dei rispettivi interessi. L'intervento sostitutivo, per converso, prescinde da qualsivoglia atto negoziale, operando la norma direttamente sul rapporto tra i soggetti e dunque mira a disciplinare in via autonoma un rapporto interprivato sulla base di una fattispecie diversa, componendo il sottostante conflitto di interessi sulla base di un determinato metro di valutazione".

cioè da tradurre in regole giuridiche tutto quanto è solo ciò che risulti funzionale all'efficienza del sistema economico. In questo modo si potrà cogliere il substrato antropologico e l'apporto specifico del diritto all'instaurazione del corretto svolgimento dei rapporti economici.

L'affermazione del carattere giuridico del mercato, quasi che esso solo esista solo come espressione di una volontà trascendente (ossia quella del soggetto pubblico), è in contrasto con le molte evidenze empiriche che la realtà presenta e con l'uomo massimizzatore del suo soggettivo interesse, in relazione ad un mondo caratterizzato dalla limitatezza delle risorse anche in rapporto ai desideri degli uomini. Tale impostazione si radicalizza nella convinzione che debba essere necessariamente la legge (e quindi la decisione politica in essa riflessa) a stabilire i valori e i fini dell'agire umano, in una sorta di collettivismo giuridico da contrapporre alla libertà individuale e alla spontaneità dei fenomeni del sociale.

Viceversa, le pulsioni e le convenienze manifestate dall'individuo, nonché le relazioni che esso intreccia come singolo o come soggetto facente parte di una comunità, sono *in primis* oggetto di riconoscimento da parte del Legislatore: in questa prospettiva pare difficile, anche sotto il profilo fenomenologico, confutare che la legge, il prodotto cioè della decisione politica, si limita ad incidere su una realtà che già è.

Il mercato vive anche senza legge, come regola del singolo scambio, riproponibile in una serie infinita di scambi e quindi come ordine spontaneo, che trova fondamento nelle convenienze soggettive umane e legittimazione nel principio di effettività, a prescindere da qualsivoglia riconoscimento del Legislatore, onde appare netto il rifiuto di un mercato che nasca ordinato da una realtà superiore anziché dalla naturale relazione degli atomistici interessi

individuali. Esistono infatti mercati senza regole giuridiche o dei quali il diritto sostanzialmente si disinteressa, ma non per questo “ordinati”: si pensi al mercato delle scommesse lecite, nel quale i fenomeni di inadempimento determinano solo obbligazioni naturali, non sanzionabili giuridicamente, ai sensi dell’art. 2034 c.c., o anche mercati che prosperano al di fuori del diritto e contro il diritto, con regole spesso ordinate ed economicamente efficienti: si pensi al mercato delle scommesse clandestine, della droga o degli organi da trapianto.

La stessa evoluzione storica ha evidenziato come talora l’ordine di tali mercati sia a tal punto efficiente e la loro capacità di imporsi (*id est* effettività) tanto dilagante da indurre la volontà politica a riconoscerli e a legittimarli, laddove questa non sia stata in grado di contrastarli: si pensi al proibizionismo nordamericano o al dibattito in corso in molti Stati in ordine alla liberalizzazione delle droghe cosiddette leggere.

Esistono infine mercati giuridicamente orientati, ai quali si affiancano sistemi di regole spontanee (nel senso di non create dall’autorità statale) più o meno formalizzate, che vanno dalla prassi ai codici di autodisciplina e che risultano spesso dotate di maggior effettività e forza deterrente delle concorrenti norme di diritto³⁵¹. Al riguardo si ricorda il ruolo ricoperto dall’osservanza dei canoni della correttezza e della reputazione nel sistema degli scambi commerciali.

³⁵¹ Un certa attenzione meritano i codici di autoregolamentazione, i quali si inseriscono patentemente entro il processo in atto di ridefinizione dei rapporti tra il singolo e le istituzioni. Sempre più spesso, infatti, gli operatori economici, tramite le loro associazioni di categoria, elaborano dei canoni per l’esercizio delle loro attività. Paradigmatico risulta essere il codice di autodisciplina pubblicitaria, adottato a metà degli anni Sessanta dalle imprese del settore, il quale ha costituito per lungo tempo l’unico presidio contro la pubblicità ingannevole (L. FRANZESE, *Ordine economico e ordinamento giuridico*, cit., p. 48). Altro esempio rilevante è rappresentato dal codice di autoregolamentazione delle società quotate in Borsa, il quale si inserisce nelle fonti regolative del mercato mobiliare,

Quanto sopra lumeggiato pare dimostrare con sufficiente chiarezza come il mercato si connoti come una realtà pregiuridica e non sia condivisibile in assoluto la tesi secondo cui anche laddove si sia lasciato all'ordine naturale del mercato di esplicarsi liberamente, tale scelta sia da ricondurre necessariamente ad una precisa scelta politica. A tal proposito è stato già osservato che il mercato si è imposto sotto sistemi politico - giuridici diversissimi, anzi ha spesso obbligato gli Stati a modificarsi molto più di quanto sia avvenuto il contrario.

Emerge allora la visione weberiana dell'autonomia ed in qualche misura delle strutture giuridiche rispetto a quelle economiche, un'autonomia che si manifesta patentemente laddove mutano gli ordinamenti giuridici, ma resta invariato l'ordine delle relazioni economiche, e quando assetti siffatti di regolamentazione giuridica celano differenti relazioni economiche.

Ordine naturale (o spontaneo) ed ordine giuridico del mercato non sono pertanto realtà sempre coincidenti. Esiste un ordine giuridico del mercato, dacché tra le circostanze che influiscono sul mercato v'è anche la legge, che razionalizza, conforma ed assicura con la sua forza le regole e le convenienze dello scambio. Ma esiste altresì un ordine economico del diritto, inteso come

oggi disciplinato da Borsa Italiana S.p.A. che, secondo un modello di *self regulation*, provvede ad amministrare le operazioni finanziarie svolte in Piazza Affari, mentre il controllo gestionale viene esercitato da un organismo pubblico, ovverosia la Consob, dotata del potere di emanare regolamenti divenuti progressivamente sempre meno prescrittivi, onde enfatizzare l'azione e la responsabilità degli stessi operatori di borsa (F. VELLA, *L'autoregolamentazione nella disciplina dei mercati mobiliari: il modello italiano*, in *Banca, impresa, società*, 1997). L'autoregolamento, essendo il prodotto dell'autonomia soggettiva che è di per sé dinamica e relazionale e quindi aperta all'altro, si innerva in una trama di rapporti che lo sostengono nel conseguire l'equilibrio degli interessi in gioco, in modo da consentire la comunicazione tra i soggetti che a mezzo di esso intendono relazionarsi. Le istituzioni, infatti stimolano il singolo ad

valutazione economica dei comportamenti degli individui e nella ripartizione dei costi e dei benefici, individuali e collettivi, in un determinato sistema legislativo.

Si pone allora la questione di come ricostruire la struttura dei rapporti tra diritto ed economia; di conciliare, in altri termini, l'ordine giuridico del mercato con le regole proprie dell'economia, che vedono l'uomo come massimizzatore del proprio interesse, unico conoscitore delle proprie preferenze e che, nelle accezioni più pure e radicali, da Adam Smith sino a Posner, ritengono che la somma degli interessi individuali consenta il conseguimento del massimo benessere sociale.

La prospettiva economica può infatti costituire un utile fondamento nella costruzione ed interpretazione dei sistemi giuridici e nella soluzione delle cosiddette "*scelte tragiche*"³⁵², per le quali si propugnano risposte di mercato corrette da interventi statuali. E sono proprio l'ampiezza di questi interventi e la fiducia riposta nel principio che la somma degli egoismi individuali sia in grado di raggiungere il massimo del benessere sociale a segnare il *discrimen* tra l'economia di matrice liberista e quella interventista.

Ciò non toglie tuttavia che le soluzioni paneconomiste si rivelino altrettanto contestabili di quelle pangiuridiche, quando invocate per legittimare come neutrali scelte invero prive di tale carattere: quello economico, infatti, non è solo un metodo di analisi, ma anche un criterio di scelta che, se adottato scientemente e volontariamente dal Legislatore, si ammanta del carattere della politicITÀ. In questo senso, si può dire che la neutralità avalutativa della economia diviene scelta politica nelle mani del Legislatore, ove si anteponga la logica

autodeterminarsi anche nella dimensione sociale, in modo che egli operi considerando anche gli effetti del proprio agire sulla vita della comunità di appartenenza.

³⁵² M. DRAGHI, *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 86.

efficientistica ed essenzialmente egoistica del mercato alle esigenze di solidarismo sociale.

Ed è questo il difficile ufficio del Legislatore: introdurre nella realtà fenomenica modifiche agli incentivi delle scelte individuali che le rendano coerenti con il raggiungimento di un più elevato livello di benessere sociale. Ma ciò richiede, oltre ad una chiara individuazione degli scopi sociali che si intendono conseguire, anche un'approfondita conoscenza delle esigenze dei singoli e dei meccanismi con cui essi reagiscono agli incentivi e modificano le loro scelte.

3.4. Il principio di sussidiarietà.

L'assetto dei rapporti tra Stato e cittadini, tra pubblico e privato, fondato sul principio di sovranità così come modulato dalle moderne geometrie legali, viene ribaltato dall'enunciazione del principio di sussidiarietà³⁵³, il quale imprime un moto rivoluzionario al sistema giuridico contemporaneo³⁵⁴.

³⁵³ Sul principio di sussidiarietà: P. CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e sul piano dell'ordinamento nazionale*, in *Scritti per Alberto Predieri*, I, Milano, 1996, p. 383 ss.; G. FALCON, *Autonomia amministrativa e principio di sussidiarietà*, in *Dir. soc.*, 1998, p. 279 ss.; F. MERLONI, *Funzioni comunali e principio di sussidiarietà*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, p. 1162; A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in *Dir. soc.*, 1999, p. 433 ss.; R. PINI, *Sussidiarietà ed essenzialità nei servizi pubblici*, in *Dir. econ.*, 1997, p. 47 ss.; L. VANDELLI, *Il principio di sussidiarietà nel riparto di competenze tra diversi livelli territoriali: a proposito dell'art. 3 B del Trattato sull'Unione europea*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 1993, p. 378 ss.; A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in

Tale principio è stato introdotto nell'ordinamento costituzionale italiano dalla legge costituzionale del 18 ottobre 2001 n. 3: in particolare, il novellato art. 118 Cost. attribuisce in via originaria la generalità delle funzioni amministrative ai Comuni, “salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza”, prescrivendo altresì, all'ultimo comma, che lo Stato e gli altri enti pubblici territoriali favoriscano “l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati per lo svolgimento di attività di interesse generale sulla base del principio di sussidiarietà”³⁵⁵.

Il principio di sussidiarietà³⁵⁶ incide direttamente sulla dislocazione della funzione amministrativa o comunque sullo svolgimento di attività di carattere amministrativo³⁵⁷.

Quad. cost., 2001, p. 13 ss.; P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004, p. 1.

³⁵⁴ F. GENTILE, *Sovranità e sussidiarietà nella prospettiva della riforma delle istituzioni italiane*, in *Non profit*, 1999/5, p. 309: l'Autore sottolinea l'effetto rivoluzionario che principio di sussidiarietà ha impresso nell'evoluzione dell'esperienza giuridica degli Stati europei firmatari del Trattato di Maastricht del 1992, nell'ambito di una più generale modificazione del sistema di fonti normative che l'irruzione dell'*acquis communautaire* nell'esperienza giuridica degli Stati contraenti il Trattato C.E.E. del 1957 ha ingenerato.

³⁵⁵ Per vero si tratta di un principio non nuovo per il nostro ordinamento³⁵⁵, considerato che esso è enunciato nel Trattato istitutivo della Comunità europea: le istituzioni comunitarie, nelle materie che non rientrano nella propria competenza esclusiva, sono legittimate ad intervenire soltanto e nella misura in cui gli obiettivi prefissati non possano essere conseguiti in maniera soddisfacente dagli Stati membri e possano, pertanto, in ragione dell'ambito o degli effetti degli obiettivi medesimi, essere meglio conseguiti dalla Comunità.

³⁵⁶ Nella Costituzione italiana, così come novellata dalla legge cost. n. 3/2001, il principio di sussidiarietà è declinato in tre distinti contesti: ai fini della distribuzione delle funzioni amministrative tra i livelli di governo territoriale ed i relativi enti, nei quali si articola la Repubblica (art. 118, primo comma); come principio ispiratore delle attività dei pubblici

Un'organizzazione di governo è legittimata, e nello stesso tempo tenuta, a intervenire con la sua azione, in ausilio, o in favore, di un'altra, evidentemente dotata di minore capacità di governo, in quanto non sufficientemente dotata di mezzi o di adeguate strutture organizzative, pur in settori di attività che sarebbero di competenza di quest'ultima.

Il principio così formulato presuppone che l'organizzazione di governo inferiore sussidiata abbia una vasta sfera di azione, in principio estesa al soddisfacimento di ogni esigenza della comunità di riferimento, restando invece l'azione dell'ente superiore confinata al sussidio della prima ove sia necessario.

Il principio enunciato reca in sé due significati distinti: uno negativo, nella parte in cui limita l'azione delle organizzazioni di livello nei confronti delle organizzazioni minori e delle stesse autonome organizzazioni sociali; ed uno positivo, laddove consente ed in qualche misura impone, alle organizzazioni di governo di livello superiore di intervenire con la propria azione in favore e a sostegno delle organizzazioni minori.

Il significato negativo del principio tende a prevalere nell'accezione corrente e nelle stesse applicazioni legislative, svilendo in tal modo il principio di sussidiarietà quale mera declinazione del vecchio principio del decentramento.

poteri (gli enti del governo territoriale nei quali si articola la Repubblica) intese a favorire lo svolgimento di attività di interesse generale da parte dei cittadini, singoli ed associati (art. 118, quarto comma); come principio che, unitamente al principio di leale collaborazione, deve essere seguito nell'esercizio dei poteri sostitutivi da parte del Governo nei confronti degli enti territoriali, e deve essere rispettato dal Legislatore nel dettare la disciplina di detti poteri (art. 120, secondo comma).

³⁵⁷ Il principio di sussidiarietà è dunque sostanzialmente un criterio regolatore di competenze, volto ad assicurare l'efficacia e l'efficienza dell'organizzazione dei pubblici poteri e, in definitiva, il buon andamento della funzione amministrativa (art. 97 Cost.).

Sin dall'originaria formulazione del principio, nei documenti del magistero ecclesiastico, può ravvisarsi la tendenza alla prevalenza dell'accezione negativa, quella del limite, a discapito dell'accezione positiva, quella del necessario intervento delle organizzazioni maggiori in favore delle minori, ovvero delle articolazioni dell'associazione societaria.

Il principio, anche nella sua accezione originaria, opera egualmente tanto sul versante delle organizzazioni pubbliche, nei rapporti tra quelle centrali e quelle locali e perciò esso è direttamente correlato con quelli di decentramento e di autonomia locale già fissati dall'art. 5 Cost. (si tratta della cd. sussidiarietà verticale), sia nei rapporti tra organizzazioni pubbliche e ambito di azione riservato ai cittadini ed alle loro organizzazioni o formazioni sociali, correlandosi al principio personalistico proclamato dall'art. 2 Cost. (cd. sussidiarietà orizzontale).

E se la sussidiarietà verticale si oppone al principio di accentramento, proprio dell'organizzazione pubblica nella formazione dello Stato moderno; la sussidiarietà orizzontale evelle il principio panpubblicistico dominante nelle geometrie legali, in base al quale la cura ed il soddisfacimento di ogni esigenza o bisogno di carattere collettivo spettano all'organizzazione pubblica.

Il principio di sussidiarietà rovescia tale paradigma, consentendo, anzi favorendo, l'iniziativa dei cittadini in relazione ai bisogni del corpo sociale attraverso le proprie autonome organizzazioni, salvo l'eventuale ausilio, in caso di insufficienza dell'agire dei privati, da parte delle organizzazioni pubbliche.

In questa accezione, come si vede, il principio viene a inserirsi nei rapporti tra pubblico e privato o, se si vuole, riprendendo l'espressione di Massimo Severo Giannini, nella dialettica tra autorità e libertà.

Trasponendo il principio di sussidiarietà sul versante dell'amministrazione pubblica, esso dà luogo, da una parte, ad una riaffermazione, maggiormente incisiva, dei principi di decentramento e di autonomia locale, già presenti nel nostro sistema costituzionale; dall'altra, rende maggiormente flessibili i rapporti tra organizzazioni pubbliche dal punto di vista funzionale, pur nell'ambito del riparto di competenze stabilito dalla legge in base ai principi costituzionali.

Il principio presenta un significato ed una valenza fondamentale unitaria e trova invero nei fondamentali documenti pontifici³⁵⁸, che ne

³⁵⁸ Nell'enciclica *Quadragesimo anno*, si afferma, in particolare che, come “*non è lecito togliere agli individui ciò che essi possono compiere con le forze e l'industria propria per affidarlo alla comunità, così è ingiusto rimettere ad una maggiore e più alta società quello che dalle minori e inferiori comunità si può fare*”, ed inoltre che “*è necessario che l'autorità suprema dello Stato rimetta ad assemblee minori e inferiori il disbrigo degli affari e delle cure di minor importanza*”, in modo tale che possano essere eseguite “*con più libertà, con più forza ed efficacia le parti che a lei sola spettano ... di direzione, cioè di vigilanza, di incitamento, di repressione a seconda dei casi e delle necessità*”. Quanto enunciato in tale Enciclica, se può ritenersi sia stato già in parte anticipato, nell'enciclica *Rerum Novarum* del 15 maggio 1891 di Leone XIII (in cui si riconosce che “*se l'uomo, se la famiglia, entrando a far parte della società civile, trovassero nello Stato non sostegno, ma ostacolo, non tutela, ma diminuzione dei propri diritti la società sarebbe piuttosto da fuggire che da cercare*”, ha trovato conferma e sviluppo nell'enciclica *Mater et Magistra* di Giovanni XXIII del 15 maggio 1961. In questa enciclica si riconosce, in particolare, che “*i poteri pubblici, secondo il principio di sussidiarietà, devono favorire ed aiutare l'iniziativa privata affidando ad essa, dove e non appena è possibile in modo efficiente, la continuità dello sviluppo economico*” e che lo sviluppo delle relazioni sociali, è “*frutto e espressione di una tendenza naturale, quasi incontenibile, degli esseri umani: la tendenza ad associarsi per il raggiungimento di obiettivi che superano le capacità e i mezzi di cui possono disporre i singoli individui*”. In linea di continuità con i documenti testé richiamati, si pone anche l'enciclica *Pacem in terris* dell'11 aprile 1963, di Giovanni XXIII, ove si evidenzia la multiformità del principio, o meglio che la dimensione orizzontale del principio forma un tutt'uno con quella verticale. Occorre poi richiamare la costituzione pastorale *Gaudium et spes* del 7 dicembre 1965, in cui si invitano i

costituiscono la più alta formulazione, un'espressione unitaria: lo Stato è tenuto a limitare la sua azione per favorire l'autonoma espressione dei corpi sociali nella cura dei propri interessi, sia che si tratti dei corpi sociali che si identificano in comunità territoriali dotate di proprie organizzazioni di carattere pubblico, i comuni, le province; sia che si tratti di corpi sociali espressione diretta della società civile aventi carattere privatistico, non collegati direttamente alla sfera pubblica, che si fanno carico della cura dei propri interessi, anche nell'esercizio di quei doveri di solidarietà enunciati dall'art. 2 Cost.

La sussidiarietà deve essere divisata in un duplice senso, vale a dire quale limite dello Stato in favore dei corpi minori, ma anche obbligo dello Stato di favorire le autonome espressioni del corpo sociale laddove necessario.

governanti a non ostacolare “i gruppi familiari, sociali o culturali, i corpi o istituti intermedi”, nonché a non privarli “della loro legittima ed efficace azione, che al contrario devono volentieri e ordinatamente favorire”, e si esortano i “cittadini, singolarmente o in gruppo a non attribuire troppo potere all'autorità pubblica”, Nell'Istruzione della Congregazione per la dottrina della fede *Libertatis conscientia* del 1986, dopo aver configurato, in termini di complementarità, il rapporto tra il principio di sussidiarietà e quello di solidarietà, si riconosce che “alla dignità dell'uomo sono intimamente legati il principio di solidarietà e il principio di sussidiarietà: in virtù del primo l'uomo deve contribuire con i suoi simili al bene comune della società a tutti i livelli, mentre in virtù del secondo né lo Stato né alcuna società devono mai sostituirsi all'iniziativa ed alla responsabilità delle persone e delle comunità intermedie in quei settori in cui esse possono agire né distruggere e lo spazio necessario alla loro libertà”. Con l'enciclica *Centesimus annus* di Papa Giovanni Paolo II del 10 maggio 1991 si sottolinea inoltre, da un lato, che il rispetto del principio di sussidiarietà comporta che “una società di ordine superiore non deve interferire nella vita interna di una società di ordine inferiore privandola delle sue competenze ma deve piuttosto sostenerla in caso di necessità e aiutarla a coordinare la sua azione con quella delle altre componenti sociali in vista del bene comune” e dall'altro che “lo Stato oltre a compiti di armonizzazione e di guida allo sviluppo può svolgere funzioni di in situazioni eccezionali quando settori sociali o sistemi di imprese troppo deboli o in via di formazione sono inadeguati al loro compito”.

3.4.1. Funzioni amministrative e dimensione degli interessi: la sussidiarietà verticale.

Come già in precedenza evidenziato, la novella costituzionale del 2001 ha attribuito la generalità delle funzioni amministrative ai Comuni, vale a dire alle organizzazioni di governo territoriale più prossime ai cittadini, salvo che sia necessario assicurare l'esercizio di una determinata funzione, conferendone la titolarità ad un determinato segmento dell'ordinamento costituzionale dello Stato.

Questo criterio di distribuzione delle funzioni amministrative, stabilito dall'art. 118 Cost., viene espressamente correlato dallo stesso testo ai principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza.

Invero, il criterio fondamentale dell'art. 118 va interpretato secondo la teoria della dimensione degli interessi: il Legislatore, statale o regionale, attribuisce la titolarità di una determinata funzione amministrativa all'uno o all'altro ente di governo, secondo la dimensione locale, regionale o nazionale dell'interesse rispettivamente curato. Tuttavia, questa individuazione da parte del legislatore della dimensione degli interessi curati, nelle rispettive materie di competenza, deve avvenire privilegiando il riferimento locale e segnatamente comunale, sempre laddove è possibile.

Ma il criterio stabilito dalla norma costituzionale vale anche, e si direbbe soprattutto, come canone ermeneutico, nel senso che tra più configurazioni possibili di un determinato interesse con riferimento alla relativa funzione amministrativa, deve essere privilegiata la soluzione che ne assicuri il riferimento all'ente locale.

Il modello delineato dall'art. 118 Cost. per la distribuzione delle funzioni amministrative, costituisce invero un'applicazione dei principi di decentramento

e di autonomia locale proclamanti dall'art. 5: il principio di decentramento, nella nuova formulazione costituzionale, finisce con l'identificarsi con il principio di autonomia locale, quasi ad escludere qualunque altra forma di decentramento diverso da quello che imputa dette funzioni direttamente alla titolarità degli enti rappresentativi delle collettività territoriali, senza peraltro potersi tendenzialmente escludere che, in alcune materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato, possano prevedersi organi statali periferici³⁵⁹.

Ma il principio di sussidiarietà, s'è detto, opera unitamente ai principi di differenziazione e adeguatezza.

Il principio di differenziazione impone al Legislatore di tenere conto, nell'imputazione delle funzioni amministrative ai diversi enti in relazione alle specifiche capacità di governo, che dipende dalle dimensioni organizzative, dall'entità dei mezzi e del personale e dalla popolazione.

Il principio di adeguatezza impone che l'Amministrazione cui sia attribuita una determinata funzione amministrativa sia organizzativamente idonea a garantirne l'esercizio, al limite in forma associata con altri enti; in difetto di tale presupposto, la funzione deve essere necessariamente imputata all'ente di dimensione superiore³⁶⁰.

³⁵⁹ La sussidiarietà ha dunque l'effetto di rendere maggiormente elastico l'esercizio dell'amministrazione, non nell'ambito delle funzioni in senso tecnico, cioè dell'esercizio di poteri amministrativi, ma in quello delle operazioni e prestazioni materiali, dei servizi, dell'attività negoziale, dell'attività di intervento finanziario, nonché dell'iniziativa politica a tutela degli interessi della comunità.

³⁶⁰ A tal riguardo, deve segnalarsi che l'art. 52 co. 2 legge 23 dicembre 2000 n. 388 (*"legge finanziaria per il 2001"*) ha previsto un processo accelerato di aggregazione degli enti locali nelle forme associative, promosso d'intesa tra province e regioni, e nelle more il conferimento alle province delle funzioni e dei compiti conferiti dallo Stato e dalle regioni agli enti locali, subordinatamente alla loro aggregazione nelle forme associative.

Si comprende quindi che, nell'ambito del meccanismo di funzionamento della sussidiarietà, anche laddove si verifichi che una determinata funzione amministrativa coinvolge interessi afferenti ad una determinata dimensione territoriale, non necessariamente ne diverrà titolare l'ente di governo territoriale più prossimo: nel caso in cui quest'ultimo non possieda una capacità di governo adeguata, la relativa amministrativa sarà conferita all'ente di governo di livello superiore ovvero all'organizzazione associativa degli enti minori.

L'applicazione del principio di sussidiarietà che la norma costituzionale contempla riguardo alla funzione amministrativa si riflette altresì sull'esercizio della funzione legislativa³⁶¹.

La legge statale, ai sensi dell'art. 117 co. 3 Cost., può infatti legittimamente attribuire all'Amministrazione statale la titolarità di funzioni amministrative laddove la dimensione degli interessi curati lo renda necessario, con la conseguenza che le funzioni stesse divengono oggetto di disciplina statale.

Tuttavia, questa sorta di "*trascinamento*" della competenza legislativa da parte di quella amministrativa, che costituisce una declinazione ulteriore del principio di sussidiarietà, presuppone la leale cooperazione degli enti coinvolti (Stato e Regioni) tanto in sede di definizione della disciplina legislativa, quanto nell'esercizio della funzione amministrativa attraverso la conclusione da parte degli organi statali competenti di intese con gli Enti regionali interessati.

Secondo questa impostazione, fatta propria anche dalla Corte Costituzionale, il riparto della funzione legislativa tra i due livelli di governo, articolato dal testo costituzionale in modo apparentemente rigido, acquista un elemento di elasticità mediante l'abbinamento con la titolarità delle funzioni amministrative, i cui criteri di riparto sono invece piuttosto elastici. Ed

altrettanto vale per la potestà regolamentare: una volta infatti che lo Stato ha acquisito, pur in materie di competenza legislativa concorrente, la titolarità della potestà legislativa in ordine alla disciplina di una determinata funzione, ne consegue anche l'acquisizione della relativa regolamentazione secondaria in deroga all'art. 117 co. 6 Cost..

3.4.2. La dimensione orizzontale del principio di sussidiarietà.

Il principio di sussidiarietà opera, nella sua dimensione orizzontale, sul versante dei rapporti tra Amministrazione pubblica ed iniziativa privata: da un lato, esso valorizza l'iniziativa privata laddove questa possa proficuamente svolgersi in vista dell'interesse generale, salvo l'intervento pubblico a sussidio di essa; dall'altro, delimita l'ambito della sfera pubblica, sia sul versante organizzativo che su quello funzionale.

Muta quindi la configurazione stessa dell'ordinamento giuridico, in quanto il soggetto pubblico non si sovrappone ai singoli cittadini, ma ne supporta le condotte, eventualmente indirizzandole laddove esse si pongano in contrasto con quello che è il principio costitutivo del consorzio civile, al fine di integrarle qualora non risultino pienamente conformi ad esso.

In tal viene superato il preconetto, veicolato dalla geometria legale, circa l'inetitudine dell'individuo a disciplinarsi, che conduce ad identificare l'ordine nelle relazioni intersoggettive con la volontà del sovrano, quale unico modo per creare una regolarità, quella artificiale imposta dalla legge, laddove vi sarebbe soltanto anomia.

³⁶¹ In questo senso si è pronunciata la Corte Costituzionale (cfr. sentenza n. 303/2003).

Dalla contrapposizione conflittuale tra cittadini e amministrazione del paradigma bipolare e gerarchico, sorge un nuovo modello pluralista e paritario, fondato sulla proficua collaborazione tra privato e pubblico in vista del perseguimento dell'interesse generale.

La sussidiarietà appare sorretta da *“un principio relazionale, il quale ha ad oggetto i rapporti tra entità diverse”* e risulta *“costituito dalla decisione di preferenza — la Vorrangentscheidung - che ne è alla base: una decisione in favore dell'ambito più vicino agli interessati”*³⁶².

La sussidiarietà e *a fortiori* il modello dell'amministrazione condivisa non potrebbero sussistere se non fossero basate su un concetto relazionale di autonomia, che accomuna tutti i soggetti coinvolti nel perseguimento dell'interesse generale, pubblici e privati, singoli o associati.

L'autonomia trova legittimazione nell'art. 5 Cost. : *“La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi e i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento”*.

In tale disposizione possono enuclearsi due diverse declinazioni della nozione di autonomia³⁶³: in un senso come autonomia locale, quale strumento di garanzia delle prerogative delle comunità locali nei confronti delle istituzioni centrali all'interno di uno schema evidentemente bipolare; in altro senso come principio organizzativo generale, quale regola nei rapporti tra poteri pubblici e tra questi e società. In tale ultima seconda accezione, l'autonomia si estrinseca quale

³⁶² Così A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, cit., p. 17.

³⁶³ G. ARENA, *Cittadini attivi*, cit., pp. 81 ss.

concetto relazionale, propiziatore di rapporti paritari fra i diversi centri d'imputazione di interessi all'interno di una società pluralistica, che richiede l'adozione di un modello altro di amministrazione

Si legittima in tal modo un modello reticolare di relazioni in luogo della struttura verticistica di organizzazione del potere del paradigma ordinamentale della sovranità: emerge quindi una rete di rapporti fra soggetti autonomi, all'interno della quale interesse generale e interesse individuale tendono a coincidere, dal momento che ogni soggetto riceve e dà qualcosa agli altri in uno scambio che consente di realizzare le proprie esigenze attraverso la soddisfazione dell'interesse collettivo.

Il principio di sussidiarietà si radica su tale concezione di autonomia relazionale, determinando l'instaurazione di rapporti dialettici tra pubblico e privato in vista del perseguimento dell'interesse generale, disvelando il carattere virtuale del "*paradigma bipolare*"³⁶⁴ connaturato alla concezione geometrica dell'ordinamento delle relazioni intersoggettive.

L'introduzione del principio di sussidiarietà ha determinato il rovesciamento di tale paradigma: la nuova idea di privato, quale essere relazionale e non anomico, costituisce infatti il sostrato del nuovo art. 118 u.c. della Costituzione: i singoli cittadini non sono soltanto portatori di bisogni, ma anche di capacità suscettibili di essere poste a disposizione della comunità per contribuire a rispondere alle esigenze collettive.

³⁶⁴ Così S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 602.

I cittadini possono quindi, congiuntamente alle istituzioni pubbliche, esercitare una nuova forma di libertà solidale e responsabile, cooperando alla realizzazione dell'interesse generale nel pieno rispetto della persona umana.

Il principio di sussidiarietà determina il superamento del fondamentale paradigma della sovranità, esplicantesi mediante uno schema bipolare e gerarchico, nel cui ambito politica ed amministrazione si presentavano, rispetto al cittadino, come un blocco separato e distinto sotto il profilo degli interessi perseguiti: solo le istituzioni pubbliche³⁶⁵ venivano predicate in grado di tutelare l'interesse generale, essendo i privati cittadini preoccupati esclusivamente dell'interesse proprio³⁶⁶. Tra questi due poli separati e contrapposti non sussiste alcuna possibilità di relazione³⁶⁷, onde tra pubblico e privato può esservi solo separazione e diffidenza e la loro contrapposizione non può che risolversi in termini di forza.

Al soggetto pubblico, esclusivo titolare della funzione nomopoietica, è riservata la definizione dell'assetto degli interessi, pubblici e privati, anche

³⁶⁵ Il Pubblico si identifica con il grande Leviatano, il Sovrano, cui i singoli si sottomettono in forza del contratto sociale al fine di preservare la vita, minacciata dal perpetuo *bellum omnium contra omnes*.

³⁶⁶ Nella prospettiva geometrica, infatti, il privato è rappresentato come l'uomo allo stato di natura, che ne costituisce il fondamentale protocollo antropologico: è l'uomo che è tutto per sé, l'unità numerica, l'intero assoluto che non ha rapporti se non con se stesso, che vive quotidianamente senza altra regola se non quella di soddisfare i propri appetiti e che, quindi nella sua anomia, è incapace di seguire alcuna regola.

³⁶⁷ F. GENTILE, *Politica aut/et statistica*, cit., p. 73 osserva che “*fra privato e pubblico, così intesi secondo i canoni della <<geometria politica>>, non si può instaurare un rapporto dialettico. Essi, infatti, non si possono dire davvero diversi poiché hanno un'identica struttura, quella della pretesa unicità, e tuttavia non hanno nulla in comune poiché, per sé unici, reciprocamente si escludono*”.

attraverso l'erogazione di beni e servizi per il soddisfacimento dei bisogni della collettività, senza che residui alcuno spazio per il privato, il quale, viceversa, è facultizzato ad agire secondo il proprio interesse nei limiti della legge espressione della volontà sovrana.

Pretermettendo la portata innovativa della sussidiarietà, parte della dottrina non ha posto radicalmente in discussione il paradigma bipolare³⁶⁸, limitandosi per converso ad confinare il nuovo principio costituzionale all'interno del paradigma tradizionale, perpetuando l'antagonismo conflittuale che connotava il rapporto tra cittadini e istituzioni, reciprocamente escludentisi.

Secondo questa interpretazione “*in negativo*” della sussidiarietà, in virtù della quale pubblico e privato continuerebbero *de facto* a confliggere per lo spazio di azione loro riservato in vista del perseguimento dell'interesse generale, l'autonoma intrapresa dei privati renderebbe superfluo l'intervento dei soggetti pubblici in relazione all'esercizio di funzioni di interesse generale.

L'interpretazione in negativo della sussidiarietà, precludendo la collaborazione tra pubblico e privati, impedisce al principio stesso di dispiegare sino in fondo tutti i suoi effetti innovativi, permanendo sempre nell'alveo della prospettiva politica e giuridica di stampo geometrico, la quale non può che risolversi nel depotenziamento della sussidiarietà quale manifestazione di autonomia.

Nel tradizionale modello di amministrazione autoritativa, infatti, l'esercizio della funzione pubblica comprime la sfera di interessi e lo spazio di

³⁶⁸ S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 602.

libertà degli utenti, mentre nell'ambito di un'amministrazione di prestazioni gli interessi e le libertà degli utenti risultano ampliati in virtù dello svolgimento, da parte di essi, in maniera imparziale ed efficiente di una funzione che mira alla soddisfazione degli interessi costituzionalmente tutelati³⁶⁹.

L'autonomia di cui i soggetti privati sono detentori non è una mera autonomia amministrativa che l'istituzione statale riconosce all'interno di una struttura verticistica, ma è autoregolamentazione³⁷⁰, vale a dire attitudine del singolo a darsi da sé delle regole, in grado di porre i cittadini su un piano di parità con l'Amministrazione Pubblica.

La trasformazione da cittadino - utente a cittadino - coamministrante, in quanto partecipante dell'attività di servizio pubblico, porta ad affiancare allo schema tradizionale un nuovo paradigma pluralista e paritario, che rinviene nel citato art. 118 un fondamento a livello costituzionale.

Ne discende quindi che la sussidiarietà non può essere riduttivamente intesa in senso eminentemente funzionalistico in chiave di riduzione del ruolo del pubblico nelle ipotesi in cui il servizio o l'attività possano essere assicurati dai soggetti privati in modo efficiente e secondo gli interessi di pubblica utilità prefissati dallo stesso potere pubblico, posto che in tal modo si pretermetterebbe

³⁶⁹ Nell'amministrazione di prestazione il modello bipolare risulta inadeguato anche alla luce del dato costituzionale: l'art. 98 della Legge Fondamentale, a tenore del quale "i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione", con l'espressione "servire" s'intende dire che essi svolgono una funzione utile ai loro concittadini.

³⁷⁰ M. COSSUTTA, *Questioni sulle fonti del diritto*, cit., p. 90-91.

l'autonomia dei singoli, riservando ai poteri pubblici il perseguimento dell'interesse generale³⁷¹.

In tal modo si crea una sorta di *continuum* tra sussidiarietà verticale e orizzontale, per cui all'operatività del principio di sussidiarietà in senso verticale segue la declinazione dello stesso in senso orizzontale, onde i singoli cittadini risultano collocati all'ultimo livello della scala istituzionale cui si applica il principio di sussidiarietà verticale.

Infatti, una volta individuati il livello e l'ente cui allocare le funzioni di rilevanza sociale, la legge prefigura la possibilità per l'ente pubblico di conferire la funzione alla società civile: lo Stato e le Regioni, nelle materie di reciproca competenza legislativa, oltre che agli enti territoriali, potranno attribuirle, in applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale, ad espressioni entificate

³⁷¹ F. GENTILE, *Ordinamento giuridico, tra virtualità e realtà*, II ed. integrata da tre codicilli, Padova, 2001, p. 99 chiarisce la nozione di autonomia che il principio di sussidiarietà necessariamente presuppone: *Infatti, l'autonomia, nella misura in cui designa la capacità di autoregolamentarsi a tutti livelli della vita sociale, a partire dal livello originario della persona umana, pone un limite all'azione normativa del livello superiore, che intanto sarà consentita in quanto funzionale e non sostitutiva al più compiuto esplicarsi di essa. Senza peraltro che questa possa farne a meno perché, non avendo pretese di assolutezza ed esaustività, ogni singola autonomia è consapevole di non poter sussistere al di fuori di un contesto che la sostenga e la integri, in relazione al quale, a sua volta, determinare la propria azione e orientarla al suo specifico scopo. Non si può, a questo proposito, non tornare al passo della Repubblica platonica in cui il Maestro definisce la disposizione naturale dell'uomo, di ciascun uomo, all'autonomia. Per essa, avendo consapevolezza che <<nella stessa anima di ciascuno vi sono due aspetti, uno migliore ed uno peggiore, (...) quando la parte per natura migliore ha il governo della peggiore ecco che si usa l'espressione essere padrone di sé che suona lode; quando invece, per colpa di una cattiva educazione o di non buona compagnia la parte migliore, ma più debole, è vinta dalla peggiore, più forte, ecco allora che si usa l'espressione essere schiavo c se stesso, che suona biasimo e rimprovero>>*".

della società civile, dando in tal modo concreta attuazione al principio di differenziazione anche al di fuori dei livelli politici di governo.

Declinando la sussidiarietà in senso verticale si scende lungo la scala dei vari livelli istituzionali sino a raggiungere l'autorità territorialmente e funzionalmente più vicina ai cittadini, di qui a sua volta l'autorità scende di un altro livello trasferendo tali responsabilità ai cittadini e ritraendosi dall'assolvimento delle funzioni ad essa attribuite. Tuttavia il ritiro dei livelli istituzionali superiori rispetto a quelli inferiori, quando questi siano meglio in grado di assolvere determinate responsabilità pubbliche, si fonda sul presupposto dell'omogeneità di fini e funzioni tra i vari soggetti interessati dal riparto verticale delle competenze, dunque solo fra soggetti pubblici³⁷².

Risulta evidente che in tal modo non si può giungere al superamento del paradigma bipolare, che si contraddistingue per la radicale contrapposizione tra individui e Stato: libertà ed intervento pubblico si presentano come opposti e, data la concezione antagonista del rapporto fra Stato e società, la funzione del principio di sussidiarietà è quella di delimitare l'intervento statale e di difendere da questo la sfera privata.

Se infatti si ritiene che spetti ai soggetti pubblici dislocare i propri poteri ai privati, ne deriva che l'attuazione del principio di sussidiarietà non dipende dall'autonomo attivarsi dei cittadini bensì dall'eventuale trasferimento di funzioni ai privati da parte dei soggetti pubblici. Il principio di sussidiarietà, posto alla base del riparto di funzioni, non può operare soltanto nella versione verticale, infatti una lettura restrittiva dell'ultimo comma dell'art. 118 Cost. finisce col privare la norma di significatività, tenuto conto che la facoltà per ogni

ente territoriale di provvedere all'esercizio di funzioni mediante il ricorso ad organismi espressione della società civile poteva già ritenersi ricompresa nell'autonomia statutaria³⁷³.

Al contrario, l'art. 118 Cost. deve essere inteso nel senso di consentire ai cittadini di agire nell'interesse generale senza la necessità che i soggetti pubblici trasferiscano ad essi, in tutto o in parte, le proprie funzioni.

Sussidiarietà verticale e subsidiarietà orizzontale sono suscettibili di un'applicazione integrata: una volta individuato, in base alla prima, il livello istituzionale più appropriato per l'attribuzione di determinate responsabilità, la subsidiarietà principia ad operare nella sua dimensione orizzontale: non più, quindi, un passaggio di responsabilità pubbliche a cascata da un livello istituzionale all'altro, ma l'astensione del livello superiore di governo a favore di quello inferiore e della stessa autonoma iniziativa privata ³⁷⁴.

L'Amministrazione non si astiene né si ritrae dall'assolvimento delle responsabilità pubbliche, ma provvede al loro esercizio in sinergia con i cittadini, tanto che l'azione del privato e quella delle istituzioni pubbliche sono ciascuna sussidiaria rispetto all'altra³⁷⁵.

La convergenza dell'azione di soggetti pubblici e privati sulla base del principio di subsidiarietà in vista del perseguimento congiunto di fini di utilità

³⁷² G. ARENA, *Cittadini Attivi*, cit., p. 68.

³⁷³ F. STADERINI, *Diritto degli enti locali*, Padova, 2006, p. 68.

³⁷⁴ G. ARENA, *Cittadini Attivi*, cit., p. 68 parla di "un convergere sullo stesso piano di soggetti pubblici e privati per l'assolvimento congiunto delle responsabilità attribuite a quei soggetti pubblici sulla base del principio di subsidiarietà orizzontale".

pubblica, dà vita ad una sorta di alleanza volta alla piena attuazione del principio costituzionale di eguaglianza sostanziale.

3.4.3. Verso un modello di amministrazione condivisa.

All'origine della scissione dicotomica tra governo e governati, tra la comunità soggettivata nello Stato che giunge ad alienarsi rispetto ai singoli suoi membri, si rinviene *funditus* il protocollo antropologico costitutivo delle geometrie legali che configurano il singolo quale soggetto anomico dominato dagli impulsi egoistici sullo sfondo dell'inconciliabile antinomia tra stato di natura e stato civile.

Su tale statuto antropologico dell'uomo si erge il paradigma della sovranità, nel cui ambito l'interesse generale diviene interesse pubblico, di cui è esclusivo titolare la persona dello Stato.

Vi è dunque una perfetta coincidenza tra l'interesse pubblico e quello statale: lo stesso riconoscimento dei diritti individuali, ossia la proiezione dello Stato nel rapporto con la società civile ed i suoi singoli componenti, appare in una certa misura funzionale al consolidamento della persona dello Stato, in quanto anche tale diritti costituiscono una concessione ai cittadini da parte dello Stato in quanto espressione del momento autoritativo.

Il processo di oggettivazione dell'amministrazione pone infatti la distanza tra il soggetto ordinatore e l'ordinamento dei soggetti: lo Stato non risulta più titolare di una propria sovranità, quanto "esponente e amministratore" di una sovranità radicata nel popolo, in un processo di autogenesi della società.

³⁷⁵ G. COTTURRI, *Potere sussidiario*, Roma, 2001, p. 128.

Si ricomponne così ad unità l'antitesi tra società e Stato nell'ambito unitario che si identifica con l'ordinamento complessivo: muta quindi il ruolo del soggetto pubblico, *“da struttura di interposizione, distorsiva e falsificante, nel rapporto tra i singoli e quell'elemento di esplicazione della loro libertà che è l'ordinamento, a fattore di intermediazione tra libertà e ordinamento, a tessuto di mediazione con le pulsioni della società”*³⁷⁶: è la stessa società che si pone come *“elemento compositivo dello Stato”*, com'unitariamente concepito quale *“insieme di organi e di soggetti pubblici e privati”*³⁷⁷.

Osserva P. Duret³⁷⁸ che *“se nel sistema della soggettività, come si è detto, la sovranità si declinava anche come speciale capacità dello Stato quale persona giuridica, qui detta capacità viene ridisegnata in termini di competenza come espressione operativa di una capacità che risiede invece nei singoli, siano essi i cittadini o le imprese”*.

In tal modo si apre la strada al sorgere di molteplici interessi pubblici, intesi come finalità pubbliche obiettivate nell'ordinamento: l'interesse pubblico si configurerà come un interesse comunitario, risultante dalla *“somma di tutti gli interessi liberamente individuati ed espressi nell'ambito delle varie autonomie*

³⁷⁶ P. DURET, *Sussidiarietà ed autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004, p. 168.

³⁷⁷ F. BENVENUTI, *Della sovranità*, cit., p. 12. Cfr. altresì, dello stesso Autore, *Evoluzione dello stato moderno*, in *Jus*, 1959, p. 177: *“Lo stato moderno va (...) concepito come l'insieme dei corpi sociali esistenti e operanti in un determinato momento, nei quali si esprime l'insieme del potere politico della comunità”* od anche ID., *L'ordinamento repubblicano*, cit., p. 41 *“allo Stato spetta il compito sussidiario di interpretare il punto di incontro dei vari scopi individuali e di renderne possibile il soddisfacimento”*.

³⁷⁸ Il riferimento è all'opera del citato Autore, *Sussidiarietà ed autoamministrazione dei privati*, p. 169.

*private e pubbliche*³⁷⁹ ed ancora, come sintesi di una pluralità di interessi – scopo.

In questo senso emerge la nozione benvenutiana di funzione come “*tensione o dinamica verso il raggiungimento del fine*”, che riplasma in termini non più autoreferenziali, bensì trascendenti la stessa amministrazione, nel nuovo quadro democratico costituzionale, come “*attività di realizzazione di compiti o come attività per un fine*”.

Connotato perspicuo dell'azione amministrativa diviene l'imparzialità che la Costituzione individua come tratto qualificante dell'amministrazione: l'agire imparziale marca la fine del monopolio dell'Amministrazione nell'interpretazione del modo di essere degli interessi generali e della loro soddisfazione e l'affermarsi della funzione amministrativa come realtà “*essenzialmente qualificata anche degli atti dell'amministrato*”³⁸⁰; ciò che si riflette appunto in una strutturazione del processo di *decision making* aperto alla partecipazione de gli interessati, sino a riconoscere ai partecipanti il diritto a co-amministrare.

L'imparzialità, modificando lo stile d'azione di uno dei due poli del rapporto amministrazione – cittadini, richiede all'Amministrazione di compendiare dialetticamente gli interessi dei cittadini nel fine globale della funzione, trasformando anche l'altra parte della relazione, vale a dire il cittadino, il quale “*proprio perché interviene in relazione ad una funzione imparziale, si presenta come parte solidaristicamente orientata*”³⁸¹.

³⁷⁹ G. PASTORI, *Interesse pubblico*, cit., p. 1311.

³⁸⁰ U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità*, cit., p. 271.

³⁸¹ U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità*, cit., p. 109: “*l'amministrato non si trova in una posizione d'indifferenza verso il fine amministrativo, ma è chiamato a collaborare ad un compito comune a lui e allo Stato, di cui perciò egli è per la sua parte solidalmente responsabile*”; p. 245: l'attività personale dell'amministrato “*trovandosi inserita in*

La collaborazione acquista significato in quanto il partecipante sia chiamato a garantire una almeno tendenziale imparzialità: *“la bilateralità³⁸² della struttura della libertà si proietta nella bilateralità della causa dell’atto dell’amministrato; e la comunanza della causa si traduce, a sua volta, nella comunanza della funzione”³⁸³*, sino a giungere alla collaborazione tra amministrazione e cittadino *“perché entrambi colorati della stessa socialità”³⁸⁴*.

L’amministrazione, come momento giuridico, trascende la soggettività della Pubblica Amministrazione per porsi come *“il luogo comune di punti che possono indifferentemente appartenere così alla pubblica e come alla privata attività”³⁸⁵*, ossia come funzione diffusa nella società.

Questa identificazione tra amministrazione e cittadini trova la sua convergenza in un insieme di regole comuni, coerenti con la responsabilità personale e sociale, nella quale si innesta l’azione amministrativa.

L’attività amministrativa trae dunque origine dagli interessi reali della società, il cui riconoscimento non costituisce prerogativa esclusiva degli apparati autoritativi pubblici, ma può essere esplicitato anche *“figure cresciute liberamente*

un’attività imparziale, non può orientarsi egoisticamente, limitandosi ad una finalità propria del solo amministrato, ma si ordina a quella stessa finalità sociale che è la determinante integrale dell’amministrazione”.

³⁸² Cfr. F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, cit., p. 128: *“La libertà non è, come caratteristica della persona, un valore autonomo ma ha una struttura di bilateralità e, quindi, multilateralità. Solo realizzandosi nel molteplice l’individuo realizza se stesso: non con la difesa ma con l’arricchimento di se stesso si esercita la libertà nel suo più profondo significato”.*

³⁸³ P. DURET, *Sussidiarietà ed autoamministrazione dei privati*, cit., p. 177.

³⁸⁴ F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, cit., p. 218.

³⁸⁵ F. BENVENUTI, *Pubblica Amministrazione*, cit., p. 158.

*nella società*³⁸⁶: il cittadino dunque accede all'ambito dello spazio amministrativo, anche in assenza di un nesso organizzativo con la Pubblica Amministrazione.

Si realizza in tal modo l'auto-amministrazione dei privati, secondo la duplice declinazione dell'auto-amministrazione personale e di quella sociale: si tratta di un'amministrazione che *“non esclude ma rende eventuale l'intervento degli organi e uffici pubblici”*. L'amministrazione rimane pubblica, ma essa risulta affidata agli stessi soggetti privati interessati, in quanto diffusa nella società e non invece concentrata in capo alle istituzioni.

In ciò si inverte il carattere della democraticità dell'amministrazione, in quanto concretizzazione del fine costituzionale della promozione della libertà e della dignità umana. Il pluralismo è infatti una delle condizioni che permettono il funzionamento del modello dell'amministrazione condivisa³⁸⁷, in quanto consente quella condivisione di risorse pubbliche e private che costituisce la caratteristica essenziale del modello stesso.

In tale contesto i cittadini possano essere considerati non solo portatori di bisogni ma anche di capacità e risorse, svolgendo conseguentemente un ruolo imprevedibile nella risoluzione di problemi di interesse generale.

La varietà di condizioni, personali e sociali, cui fa riferimento l'art. 3 Cost., non può più essere considerata in un'accezione negativa, come fattore di potenziale discriminazione dinanzi alla legge od ostacolo alla piena realizzazione personale: risulta infatti evidente che, laddove l'art. 3 co. 2 Cost. assegna alla

³⁸⁶ G. BERTI, *Rapporti associativi tra amministrazioni pubbliche e imprese*, Bologna, 1994, p. 98.

³⁸⁷ G. ARENA, *Cittadini attivi*, cit., p.42.

Repubblica l'alto ufficio di rimuovere gli ostacoli economici e sociali che impediscono il pieno sviluppo della persona umana, si presuppone che ciascun cittadino sia portatore di capacità latenti che lo Stato dovrebbe contribuire a far emergere mediante la rimozione dei fattori che ne limitano il dispiegarsi.

Un ulteriore indice normativo cui ancorare un siffatto modello di amministrazione condivisa può rinvenirsi nell'art. 2 Cost. ove, con una certa enfasi, si enuncia che *“La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo [...] e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”*: si annulla la separazione tra società civile e società politica, determinando il passaggio da una concezione liberal - individualistica della cittadinanza – intesa come rapporto esclusivo tra il cittadino e lo Stato - ad una connotazione sociale e civica del rapporto stesso, nell'ambito del quale l'appartenenza alla comunità postula l'esercizio della libertà e dell'autonomia in vista della realizzazione dei valori sociali proclamati dalla Costituzione, per il perseguimento dei quali i cittadini hanno il dovere di attivarsi³⁸⁸.

La nuova formulazione dell'articolo 118 Cost. non consente solo di reinterpretare preesistenti disposizioni costituzionali, ma deve essere posto in relazione con le altre modifiche introdotte in occasione della novella costituzionale del 2001.

A tal riguardo, emerge un evidente nesso tra l'art. 118, u.c. Cost. ed il novellato art. 119 Cost., il cui secondo alinea prevede che *“Comuni, province, città metropolitane e regioni hanno risorse autonome”* e che *“le risorse derivanti*

³⁸⁸ Se da un lato è l'art. 2 Cost. che deve essere reinterpretato alla luce del principio di sussidiarietà sancito dall'art. 118 u.c. Cost.; dall'altro, è però lo stesso l'art. 118 u.c. a dover essere integrato dalla prima disposizione, in quanto la l'autonoma iniziativa dei cittadini può rinvenire la propria legittimazione in quei *“doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”* che la Repubblica pone a capo di tutti i cittadini.

dalle fonti di cui ai commi precedenti consentono ai comuni, alle province, alle città metropolitane e alle regioni di finanziare integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite”.

Ebbene, se le autonome iniziative dei cittadini singoli e associati realizzate sulla base del principio di sussidiarietà sono rivolte a realizzare l'interesse generale, così come lo sono le funzioni pubbliche attribuite ai vari livelli istituzionali di governo, allora le risorse che i cittadini, nell'ambito delle loro iniziative, mettono a disposizione della collettività sono da considerarsi facenti parte di quelle risorse autonome su cui gli enti locali possono fare affidamento³⁸⁹.

I poteri locali hanno quindi a disposizione due modalità di reperimento delle risorse necessarie allo svolgimento delle funzioni pubbliche loro attribuite: l'applicazione di quei *“tributi ed entrate propri”* di cui all'art. 119, co. 2 e l'incentivazione delle autonome iniziative dei cittadini finalizzate alla realizzazione dell'interesse generale sulla base sia dell' art. 118, u.c. Cost., sia dell'art. 3 co. 5 T.U.E.L., il quale dispone che *“i comuni e le province [...] svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dall'autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali”* ³⁹⁰. In questa seconda ipotesi sono gli stessi soggetti che altrimenti sarebbero i destinatari passivi dell'intervento pubblico, a realizzare direttamente l'interesse generale.

³⁸⁹ G. ARENA, *Cittadini attivi*, cit., p. 51.

³⁹⁰ È interessante osservare che la Costituzione non utilizza il termine *“privati”* - intesi come portatori di interessi eminentemente individuali - bensì quello di *“cittadini”* enfatizzando il vincolo di appartenenza rispetto ad una comunità politica e sociale.

E proprio il consolidarsi di forme sempre più pregnanti di partenariato pubblico – privato evidenzia, sotto un diverso profilo, il carattere virtuale della dicotomia tra pubblico e privato.

3.5. Iniziativa privata autonoma ed attività di interesse generale.

Il descritto modello di amministrazione condivisa non scaturisce dall'iniziativa dei pubblici poteri, bensì dall'autonomia dei singoli consociati: il profilo autenticamente rivoluzionario del principio di sussidiarietà concerne dunque non tanto il fatto che i privati possano attivarsi nell'interesse generale, quanto che possano farlo *autonomamente*, prescindendo quindi da un'autorizzazione o richiesta da parte dell'Amministrazione.

In tale nuova prospettiva, i privati assumono autonomamente in capo a sé la responsabilità nell'amministrazione della cosa pubblica, esercitando una nuova forma di libertà che non rientra né fra le libertà fondamentali (libertà personale, di riunione, di opinione, ecc.) né fra i diritti sociali (tutti quei diritti che garantiscono la "*libertà dal bisogno*"), ma che invece si caratterizza per essere una "*libertà solidale*", ridondando a vantaggio di tutti i membri della comunità.

La concezione tradizionale di interesse generale identificava quest'ultimo con un interesse pubblico definibile e perseguibile solo dall'Amministrazione pubblica, dando prevalente rilievo al profilo soggettivo dell'interesse pubblico, la cui qualificazione veniva ad essere formalisticamente connessa alla natura del soggetto agente, astraendo dal contenuto perspicuo dell'attività.

Col principio di sussidiarietà, invece, anche il concetto di interesse generale viene ad essere connotato diversamente, registrandosi il passaggio da una concezione di amministrazione soggettiva ad una oggettiva:

l'amministrazione non può più essere riduttivamente intesa quale mera attività di gestione svolta da un soggetto pubblico, bensì, in una prospettiva teleologica, quale attività svolta nell'interesse della generalità dei consociati.

E se dunque si assume che ogni cittadino, mediante la propria autonoma intrapresa, è in grado di contribuire fattivamente all'enucleazione dell'interesse generale, si pone la questione di definire i limiti dell'azione individuale, in relazione agli interessi degli altri consociati e della comunità nel suo complesso³⁹¹.

Un primo limite discende certamente dal principio di eguaglianza, così come sancito dall'art. 3 Cost., il quale evidentemente impedisce ai privati che esercitano un'attività di interesse generale di operare discriminazioni fra i destinatari del loro intervento.

Il secondo limite è rappresentato invece dal principio di legalità dell'azione amministrativa, il quale è tradizionalmente interpretato dalla dottrina come vincolo per le Pubbliche Amministrazioni nell'esercizio dei poteri indicati alla legge e solo nei modi da essa prescritti: tale principio, infatti, da un lato tutela i cittadini nei confronti delle istituzioni pubbliche, limitandone la discrezionalità, dall'altro garantisce il corretto funzionamento del sistema democratico, potendo l'Amministrazione applicare solo le leggi approvate dalle assemblee legislative, a loro volta elette da tutti i cittadini. Ma anche tale principio deve essere oggetto di rimediazione alla luce della sussidiarietà, poiché nell'ambito della propria autonoma iniziativa, i cittadini dovranno porsi alla

³⁹¹ G. ARENA, *Cittadini attivi*, cit., pp. 119 ss.

ricerca della norma che sottende l'interesse pubblico e che con esso si identifica, con la consapevolezza di operare entro i limiti ordinamentali³⁹².

Le attività di interesse generale, suscettibili di essere esercitate dai privati, possono avere ad oggetto attività diverse ed ulteriori rispetto a quelle che sono esercitate dagli enti pubblici stessi, laddove si consideri che in un determinato contesto sociale possono emergere dei bisogni particolarmente rilevanti, alla cui cura i pubblici poteri non abbiano ancora provveduto.

Affinché un'attività possa essere qualificata come pubblico servizio, è dunque necessario che essa risponda ad un interesse generale come emergente dalla realtà storico-sociale, a prescindere da ogni previsione normativa: tali attività si differenziano dalla generalità delle attività private, oltre che per la connotazione finalistica rispetto al soddisfacimento dell'interesse pubblico, per la sussistenza di ulteriori parametri definitivi, che possono essere individuati, anzitutto, nell'accessibilità ed universalità delle prestazioni. Da ciò consegue che il privato, nell'espletamento di un'attività di interesse generale, non dovrà effettuare discriminazioni tra i possibili fruitori, fornendo una prestazione ad un prezzo superiore a quello che il soggetto pubblico avrebbe imposto in caso di gestione diretta.

3.6. L'autonomia privata in funzione del rafforzamento della tutela dell'interesse pubblico.

³⁹²A tal riguardo lo stesso Supremo Consesso Amministrativo ha affermato che: *“lo Stato e ogni altra Autorità pubblica proteggono e realizzano lo sviluppo della società civile partendo dal basso, dal rispetto e dalla valorizzazione delle energie individuali, dal modo in cui coloro che ne fanno parte liberamente interpretano i bisogni collettivi emergenti dal sociale”* (Cons. St., sez. cons. atti normativi, parere n. 1354/2002).

La sussidiarietà investe evidentemente la problematica dei rapporti tra pubblico e privato nell'esercizio di attività di interesse generale, nel cui ambito è ricompreso anche il servizio pubblico: è il privato, con la sua autonoma iniziativa, che è chiamato ad operare nel settore delle attività di pubblico servizio, limitandosi i soggetti pubblici ad intervenire solo nel caso di insufficienza od inadeguatezza dell'operare dei privati.

Laddove l'iniziativa autonoma dei privati viceversa si concretizzi efficacemente, vale a dire in modo tale da soddisfare adeguatamente gli interessi generali, ad essa non può sostituirsi un'iniziativa pubblica avente il medesimo oggetto. Inoltre, dell'eventuale presenza di siffatte attività di interesse generale svolte da privati, i pubblici poteri, secondo le rispettive competenze, devono tenerne conto anche in ordine alla propria organizzazione³⁹³.

Del resto, lo stesso principio personalistico, solennemente enunciato dall'art. 2 della Carta costituzionale, prevede espressamente che gli uomini, come singoli ovvero nell'ambito di formazioni sociali, debbano agire in adempimento di doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, riconoscendo quindi, neppur tanto implicitamente, la possibilità che l'agire individuale non scaturisca esclusivamente da scopi egoistici ma possa essere orientato verso il perseguimento di un interesse superindividuale³⁹⁴.

L'art. 2 Cost., cardine del primato della persona umana e dei suoi diritti fondamentali, ha introdotto nel nostro ordinamento il principio del pluralismo sociale: è nella correlazione tra la concezione personalistica e quella pluralista che

³⁹³ G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 della Costituzione*, in www.astridonline.it

³⁹⁴ Con l'art. 2 Cost., autentico cardine del primato della persona umana e dei suoi diritti fondamentali, ha introdotto nel nostro ordinamento il principio del pluralismo sociale.

può coniugarsi la libertà della persona umana nelle sue varie manifestazioni con un assetto sussidiario dei rapporti tra Stato e cittadini.

Il principio della sussidiarietà orizzontale impedisce al Legislatore di pubblicizzare, sia sotto il profilo soggettivo (trasformazione di istituzioni private in enti pubblici) sia sotto il profilo oggettivo (sostituzione di attività private con attività della Pubblica Amministrazione) tutti quegli ambiti di attività esercitate dai privati in vista del perseguimento di un interesse di carattere generale³⁹⁵; si pensi, ad esempio, all'iniziativa privata in materia di assistenza od in materia di attività culturali o di protezione dell'ambiente, attraverso associazioni o fondazioni senza scopo di lucro³⁹⁶.

³⁹⁵ Le attività di interesse generale sono altra cosa rispetto alle funzioni amministrative cui fa riferimento il primo comma dell'art. 118: infatti, nonostante le funzioni amministrative rappresentino indubbiamente attività di interesse generale, le attività di interesse generale di cui all'ultimo comma non comprendono funzioni amministrative in senso tecnico, esercizio di poteri amministrativi; queste ultime sono invece riservate alla Pubblica Amministrazione, salvi i casi di *munera* espressamente previsti dalle leggi.

Le attività di interesse generale, consistono quindi fondamentalmente in operazioni e prestazioni materiali, supportate, dal punto di vista giuridico, da attività negoziale e caratterizzate in principio dalla non essenzialità del fine di lucro.

³⁹⁶ Sullo specifico punto si sono pronunziati sia la Corte costituzionale (sentenze nn. 300/2003 e 301/2003) sia il Consiglio di Stato (sez. cons. atti normativi, parere, 1 luglio 2002, n. 1354), sancendo, in relazione alle fondazioni bancarie, che il Legislatore è limitato nella determinazione di "*misure di compressione*" dell'autonomia degli enti, in quanto espressione di originarie manifestazioni di autonomia privata ("*soggetti dell'organizzazione delle libertà sociali*") e perciò protetti nel loro ambito dai principi dell'art. 118, ult. co., Cost.. Ad analoghe considerazioni può giungersi a proposito delle c.d. autonomie funzionali (camere di commercio, università degli studi, ordini professionali, ecc.), enti espressione di autogoverno di comunità di settore, nati in genere dalla autonoma iniziativa delle comunità stesse, e successivamente pubblicizzati, ma comunque rappresentativi degli interessi di riferimento. Queste organizzazioni, sia nella loro autonomia organizzativa interna, sia nella loro azione di cura degli interessi di categoria, sono da ritenere protette nei confronti dell'intervento pubblico. In senso conforme si era

3.7. Attività private di interesse generale ed intervento pubblico.

L'elemento centrale del rapporto tra enti territoriali e soggetti privati delineato dall'art. 118 Cost. è da rinvenire nella locuzione “*favoriscono*” ivi contenuta.

L'art. 118 Cost. non si limita infatti a sancire una mera possibilità, ma definisce un vero e proprio obbligo giuridicamente rilevante a carico degli enti pubblici: tale dovere, che può assumere i più vari contenuti in relazione alle diverse esigenze, comporta necessariamente la predisposizione di condizioni idonee a che i cittadini siano favoriti nell'esercizio di attività di interesse generale.

In secondo luogo, in una fase successiva al sorgere di iniziative dei cittadini, spetta all'Amministrazione pubblica provvedere alla predisposizione di infrastrutture, all'erogazione di fondi o alla concessione di agevolazioni fiscali o contributive. Risulta quindi di fatto preclusa all'ente pubblico la possibilità di sostituirsi ai soggetti privati già efficacemente operanti in un settore di pubblica utilità: non solo divieto di sostituzione, ma anche di pubblicizzazione di formazioni sociali costituite da cittadini.

L'obbligo di favorire determina quindi, secondo un profilo strettamente economico, una situazione in cui “*appare meno necessario impiegare risorse pubbliche là dove operano, o sono in grado di operare i privati, mediante il ricorso a forme di autofinanziamento e/o incremento delle risorse che provengono dal l'apporto disinteressato dei singoli*”³⁹⁷.

in ogni caso già pronunciato il Giudice delle Leggi in ordine alla trasformazione di soggetti privati in enti pubblici (C. cost. n. 396/1988; n. 259/1990, in tema di I.P.A.B. e di Comunità israelitiche).

³⁹⁷ Cons. St., sez. cons. atti normativi, n. 1354/2002 e 1794/2002.

In definitiva, laddove siano operanti in modo adeguato soggetti privati in settori di pubblica utilità, non è possibile oggi per un ente pubblico intervenire successivamente ed in via di sostituzione, riducendo lo spazio o addirittura estromettendo formazioni private espressione della realtà sociale.

Tale limitazione dell'ambito dell'intervento pubblico vale certamente anche con riguardo alle attività private esercitate in forma di impresa, con finalità lucrative

L'esplicazione del principio di sussidiarietà implica la sussistenza di uno specifico obbligo di motivazione a carico degli enti pubblici nel caso di assunzione diretta di attività d'interesse generale, specialmente nel caso in cui questa sia previamente esercitata da un soggetto privato³⁹⁸.

L'autonoma iniziativa dei privati acquista dunque un particolare rilievo anche in relazione all'organizzazione e configurazione del servizio pubblico, in quanto attraverso di essa è possibile soddisfare i bisogni collettivi, avendo di mira l'utilità generale onde *“far assumere una posizione prioritaria del privato rispetto al pubblico, anche in settori sinora riservati alla competenza esclusiva degli apparati amministrativi”*³⁹⁹.

Il principio di sussidiarietà implica tuttavia pur sempre la possibilità di sostituirsi al privato qualora esso risulti non esercitare adeguatamente l'attività d'interesse generale: ne consegue che assumeranno un rilievo decisivo i meccanismi di controllo e vigilanza che l'Amministrazione dovrà approntare al

³⁹⁸ La giuridicità dell'obbligo implica altresì la sindacabilità in sede giurisdizionale degli atti relativi, adottati dagli enti e incidenti sull'esplicazione delle attività private: l'art. 118 Cost. e le disposizioni legislative che ne sono attuazione sono suscettibili di fornire un criterio per il sindacato del giudice amministrativo volto ad accertare l'opportunità (o financo la stessa legittimità) dell'intervento pubblico rispetto a quello dei soggetti privati.

³⁹⁹ Così Cons. Stato, Sez. cons. atti normativi, n. 1354/2002.

fine di valutare se l'autonoma iniziativa dei cittadini sia in grado di soddisfare le particolari esigenze della collettività emergenti dal contesto storico-sociale.

Ciò però non potrà realizzarsi mediante i tradizionali *instrumenta* della programmazione e del controllo dell'attività privata, dal momento che ne deriverebbe un'illegittima ingerenza, dovendosi invece fare ricorso a moduli differenti, comunque rispettosi delle libertà dei cittadini e strumentali esclusivamente ad un'eventuale e sostituzione da parte del pubblico rispetto al privato.

Nel complesso delle relazioni tra enti territoriali e cittadini dovranno essere rispettati i principi di leale collaborazione attraverso la predisposizione di conferenze consultive o, più in generale, di meccanismi di intesa tra i soggetti.

La costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale innova radicalmente il ruolo del cittadino in ambito societario, determinando l'instaurazione di un regime di demarchia, nel quale il cittadino partecipa personalmente a tutte quelle manifestazioni della sovranità che, direttamente o indirettamente, sono suscettibili di involgerlo: tale partecipazione avviene non soltanto attraverso le forme della rappresentanza politica, ma anche mediante istituzioni spontanee di cittadini che si propongono di provvedere alla risoluzione dei problemi di interesse generale della collettività.

Il cittadino non è più quindi suddito od utente passivo di servizi resi dall'Amministrazione pubblica, divenendo esso stesso soggetto capace di concorrere in prima persona alla tutela degli interessi collettivi, inverando il principio della sovranità popolare, che non si attuerà più esclusivamente attraverso l'esercizio del diritto di voto, bensì anche attraverso il diretto apporto del privato nello svolgimento di attività di interesse generale.

In un nuovo modello di democrazia dunque soggetti pubblici e privati non si pongono in antitesi tra loro, ma collaborano reciprocamente in vista della realizzazione dell'interesse generale.

3.8. La tutela della concorrenza nel quadro della Costituzione riformata: costituzionalizzazione di un principio o criterio di riparto legislativo?

Il principio di sussidiarietà trova, nella sua declinazione orizzontale, il suo ambito di esplicazione in relazione al rapporto tra diritto e mercato,⁴⁰⁰.

La stessa novella costituzionale del 2001, che ha solennemente sancito la vigenza nell'ordinamento giuridico italiano del principio di sussidiarietà, ha altresì profondamente inciso anche sulla cosiddetta "*Costituzione economica*"⁴⁰¹, estendendone l'ambito operativo anche alla tutela delle dinamiche del mercato.

In particolare, è stata introdotta la nozione di "*tutela della concorrenza*" in relazione al riparto della potestà legislativa tra Stato e Regioni, occorrendo a tal riguardo stabilire se la riconfigurazione del sistema di riparto delle attribuzioni

⁴⁰⁰ Già negli anni Settanta del secolo scorso G. MARONGIU, *Il riordinamento dell'amministrazione pubblica*, Milano, 1974, p. 69 ss. aveva osservato che "*dall'inizio del secolo ad oggi si è assistito ad una progressiva statizzazione di vaste aree non solo della economia ma della organizzazione dei consumi collettivi; vari sintomi fanno pensare che vi sarà nei prossimi anni, un recupero di autonomia di molte di quelle aree, soprattutto nell'ambito dell'organizzazione sociale; un recupero che si tradurrà in forme di sostanziale autoamministrazione di determinati interessi sociali e provocherà un nuovo equilibrio nell'amministrazione*".

⁴⁰¹ Cfr. G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2003, pp. 84 ss..

legislative abbia determinato l'emersione, a livello costituzionale, di valori privi di un'espressa e solenne enunciazione nella prima parte della Costituzione⁴⁰².

Il principio di libera concorrenza veniva infatti storicamente ancorato all'art. 41 Cost., che è stato oggetto di ricostruzioni teoretiche di segno diverso.

Secondo taluni Autori⁴⁰³ il fulcro dogmatico della disposizione risiede nell'affermazione della libertà di iniziativa economica privata, la quale si estrinseca nella libertà del singolo di entrare in un qualsiasi mercato e di competere con gli altri operatori, nel rispetto però delle regole concorrenziali che a tutela degli altri operatori economici ed in funzione di garanzia rispetto all'intervento pubblico che non potrà risolversi in una compressione di tale libertà se non nelle ipotesi tassativamente previste dall'art. 41 Cost., dunque in una prospettiva di utilità sociale.

⁴⁰² Di estraneità dell'economia di mercato e del principio di concorrenza alla cultura dell'Assemblea costituente parla 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*, 2, 2003, p. 350, la quale riprende le parole di G. AMATO che evidenziò come l'Assemblea "*del mercato 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*" così G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 992, 1. Per una ricostruzione del dibattito in sede costituente si veda da ultimo M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza*, cit., al quale si rimanda per la diffusa bibliografia sul tema, nonché a L. BUFFONI, *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, cit., p. 367.

⁴⁰³ G. FERRI, voce *Concorrenza*, in *Enc. Dir.*, VIII, 1961, 352; V. DONATIVI, *Concorrenza e mercato nel prisma dell'ordinamento giuridico: appunti per una ricostruzione storica*, in *Riv. dir. ind.*, 1992, 3-4, p. 335 ss.; A. PACE, *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche*, in *Giur. cost.*, 1979, 1629.

Autorevole dottrina⁴⁰⁴ ha opinato nel senso che dall'ottica microeconomica di libera concorrenza occorra operare un'astrazione con riguardo ai riflessi che essa produce sulle relazioni macroeconomiche, assurgendo la tutela della concorrenza ad elemento fondante la garanzia stessa del libero mercato. In questo modo la clausola costituzionale di garanzia dell'iniziativa economica privata diviene strumento di riconoscimento del mercato al cui rispetto è vincolato lo stesso Legislatore.

Viene tuttavia evidenziato che l'art. 41 Cost. opera un'affermazione di principio della concorrenza senza però predisporre alcuno strumento diretto a prevenire eventuali abusi, desumendo da ciò l'assenza, nella trama costituzionale, di un'espressa stigmatizzazione del monopolio⁴⁰⁵. Questa considerazione conduce a ritenere che nella Costituzione più che una vera garanzia è indicata una direttiva contro il rovesciamento della struttura economica del mercato.

⁴⁰⁴ G. GHIDINI, *Slealtà della concorrenza e costituzione economica*, Padova, 1978, 88; ID., *Monopolio e concorrenza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976.

⁴⁰⁵ Si sottolinea in proposito il ruolo dell'art. 43 che, oltre ad affermare la possibilità per lo Stato di operare pubblicizzazioni di imprese private, contiene implicitamente un riconoscimento della possibilità (e legittimità) di costituzione di monopoli privati raggiunti per naturale espansione dell'impresa (e non naturalmente tramite operazioni di concentrazione) e relativi ad attività che non rivestano il carattere di preminente interesse generale. Viene in proposito ricordato che anche l'ordinamento comunitario non prevede alcuna condanna aprioristica delle situazioni di oligopolio o monopolio che siano il frutto di una naturale espansione delle imprese sul mercato. Aggiunge a tal proposito G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, cit., p. 85 ss., che quando vi sia un obiettivo ed evidente contrasto fra l'utilità individuale e quella sociale (definito dall'Autore come contrasto *in re ipsa*) il legislatore è tenuto a limitare ove non addirittura ad escludere l'iniziativa economica; esemplificazione di un tale contrasto che conduce alla esclusione dell'iniziativa economica sarebbe proprio la riserva di attività economiche ex art. 43 Cost.

Tale assetto viene però ad essere rovesciato a seguito della costituzionalizzazione del principio della concorrenza da parte della novella del 2001.

Per vero, parte della dottrina costituzionalistica⁴⁰⁶ aveva ravvisato il fondamento costituzionale del principio di libera concorrenza nel limite dell'utilità sociale posto dal secondo alinea dell'art. 41 alla libertà di iniziativa economica, sulla base della considerazione per cui il corretto funzionamento del mercato può in concreto garantire la produttività, l'efficienza nonché il livello quantitativo e qualitativo dei prodotti a vantaggio degli utenti e dell'intero sistema.

Sulla base della considerazione che la libertà di iniziativa economica non postula il mantenimento di un regime di concorrenza, ma che, anzi, le imprese tendono, nell'esercizio della loro libera iniziativa, a raggiungere una sempre maggiore affermazione che si traduce nel progressivo restringimento del mercato, tale orientamento individua nella concorrenza il mezzo per conciliare e risolvere conflitti tra le diverse libertà di iniziativa economica in contrasto tra loro.

In quest'ottica il riferimento costituzionale sarebbe quindi da individuare nel canone dell'utilità sociale⁴⁰⁷ che porterebbe a configurare la concorrenza come

⁴⁰⁶ F. GALGANO, *Rapporti economici – Art. 41, 44*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1982.

⁴⁰⁷ Sul punto si veda L. BUFFONI, *La “tutela della concorrenza” dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, cit., p. 356, che, operando una sintesi tra le diverse opinioni circa la natura degli interessi riconducibili nella nozione di utilità sociale (intesa come il diretto aggancio costituzionale della normativa antitrust) individua due orientamenti: “*per alcuni il concetto di utilità sociale sarebbe principio riassuntivo delle garanzie costituzionali preordinate alla tutela delle posizioni più deboli, prima fra tutte quella dei consumatori; per altri la medesima clausola avrebbe una valenza prevalentemente economica, “mercatistica”*”. Coinciderebbe invece con la massimizzazione della produzione o con l'efficienza del

un mezzo per vincolare l'operato delle singole iniziative economiche all'interesse generale.

Altre teorizzazioni⁴⁰⁸ rinvencono invece il fondamento costituzionale della concorrenza nella libertà di iniziativa economica - intesa in senso relazionale, verticale ed orizzontale (rispettivamente come limite ai poteri pubblici ed a quelli privati): la duplice affermazione di libertà contenuta nei due commi dell'art. 41 Cost., il principio antimonopolistico implicitamente ricavabile dal combinato disposto degli artt. 41 co. 1 e 43 Cost. ed il principio di eguaglianza formale e sostanziale sancito dall'art. 3 rappresentano espressi indici normativi per il riconoscimento del principio di libera concorrenza, il quale tuttavia è comunque suscettibile⁴⁰⁹ di essere limitato per tutelare “*altri interessi costituzionalmente rilevanti, primi fra tutti quelli riconducibili alle ampie nozioni di libertà, sicurezza, dignità umana e utilità sociale di cui all'art. 41 comma 2 Cost.*”.

L'art. 117 co. 1 Cost. introduce il limite dal rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario (e dagli obblighi internazionali) con riguardo tanto alla potestà legislativa statale quanto a quella regionale: tale

mercato P. BARCELLONA, *Programmazione e soggetto privato*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica*, Milano, 1971, p. 101 ss.; L. MICCO, *Lavoro ed utilità sociale nella Costituzione*, Torino, 1966, pp. 183, p. 241 ss.; per V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit., p. 243; G. OPPO, *L'iniziativa economica*, cit., p. 324; A. PREDIERI, *Mercati e concorrenza: asimmetria e diseconomia nello Stato prefederativo*, in *Nuova Antologia*, 1993, fasc. 2186, p. 8, invece, l'utilità sociale si identificherebbe con il benessere economico collettivo, con il progresso materiale di tutti in condizioni di uguaglianza.

⁴⁰⁸ A. PACE, *Libertà “del” mercato e “nel” mercato*, in *Pol. Dir.*, 1993, p. 327; G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 1, p. 10;

⁴⁰⁹ Secondo M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza*, cit., 512 la doppia affermazione di libertà contenuta nell'art. 41 commi 1 e 2, il principio antimonopolistico implicitamente ricavabile dagli artt. 41 comma 1 e 43, il principio di eguaglianza formale e sostanziale sancito dall'art. 3.

riconoscimento, lungi dal poter essere considerato come una mera clausola formale, consacra definitivamente l'ingresso del diritto comunitario⁴¹⁰ al più elevato grado della gerarchia delle fonti normative dell'ordinamento⁴¹¹.

Il principio di libera concorrenza, quale strumento per garantire il mercato nell'ambito di un sistema di regolazione (in grado di disciplinare il corretto esercizio della competizione tra i diversi operatori, far fronte agli eventuali fallimenti del mercato e contemporaneamente tutelare, con le necessarie eccezioni, le situazioni particolari), è riconosciuto come il mezzo migliore per ottimizzare l'efficienza del sistema nell'interesse dei consumatori finali.

L'art. 117 comma 2, lett. e) affida inoltre espressamente alla competenza esclusiva del Legislatore statale la tutela della concorrenza: a tal riguardo

⁴¹⁰ Cfr. S. CASSESE, *L'energia elettrica nella legge costituzionale n. 3/2001*, contributo pubblicato sul sito www.federalismi.it; sul punto cfr. anche F. DI PORTO, *Concorrenza e intervento pubblico nell'economia*, in G. GHIDINI (a cura di), *L'antitrust italiano*, Milano, 2003, p. 149.

⁴¹¹ Per il riconoscimento del principio di concorrenza sulla base dell'art. 11 Cost. si vedano: G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*; P. BILANCIA, *Libertà economiche e situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 322 e 326. Mentre, infatti, prima del 2001 la subordinazione ai principi comunitari veniva fatta discendere solo dalla clausola di apertura del nostro ordinamento dell'art. 11, la Costituzione novellata contiene un esplicito richiamo che rappresenta un limite espresso alla discrezionalità del Legislatore: G. CORSO *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa delle Regioni e dello Stato*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2002, 985 infatti afferma che “*le norme del trattato, in quanto costitutive dei vincoli comunitari, legano oggi il legislatore ordinario per espresso disposto della costituzione. Non è più necessario invocare le limitazioni di sovranità previste dall'art. 11 per giustificare la supremazia del diritto europeo, e in particolare, del diritto europeo della concorrenza*”.

autorevole dottrina⁴¹² ha sottolineato l'importanza connessa al riferimento non già alla "concorrenza" bensì alla "tutela della concorrenza"⁴¹³, dal momento che in tal modo la conservazione e/o la promozione di tale valore viene identificata come fine pubblico al cui perseguimento l'ordinamento è deputato. Si tratta all'evidenza di una competenza "trasversale", che permea potenzialmente qualsiasi ambito di disciplina, facultizzando conseguentemente il Legislatore statale ad ingerirsi anche nelle materie di competenza legislativa regionale per garantire il suo perseguimento⁴¹⁴.

Di più.

⁴¹² G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa delle Regioni e dello Stato*, cit., 991.

⁴¹³ Cfr. G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa delle Regioni e dello Stato*, cit., il quale specifica che: "la concorrenza è un fatto o una relazione. Ma ciò che l'art. 117, comma 2, riserva alla potestà legislativa dello Stato non è la concorrenza, ma la tutela della concorrenza. Non si tratta di un mero fatto: ma, se vogliamo, una situazione di fatto da conservare se c'è, o una situazione di fatto da promuovere o instaurare (quando non c'è). E' un valore che viene protetto non un fatto: come accade ogni qual volta il diritto assume una certa situazione di fatto come un bene da tutelare. [...] Ciò comporta che la concorrenza opererà come limite non solo della competenza legislativa regionale [...] ma anche della potestà legislativa statale: nel senso che il Parlamento dovrà trattare la concorrenza non come fatto da regolare (magari in modo restrittivo della sua portata), ma come un valore o un bene o un fine da promuovere astenendosi dalle politiche che indebitamente escludono o limitano la concorrenza".

⁴¹⁴ Sulla trasversalità della concorrenza nel nuovo ordine costituzionale si veda: L. ARNAUDO, *Costituzione e concorrenza: note a margine della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2005, 391. L'Autore, tuttavia operando un confronto con un'altra materia trasversale (l'ambiente) riflette sul fatto che "l'ambiente è direttamente riconosciuto e tutelato in sé e per sé quale bene giuridico dalla Costituzione e pertanto da intendersi "generalmente valido" mentre la concorrenza è riconosciuta e tutelata quale modalità di organizzazione dell'agire economico che risponde a fini diversi da sé medesima".

La previsione costituzionale della concorrenza come fine pubblico da tutelare rende illegittime non solo le restrizioni della concorrenza operate dalle imprese (cosa che avveniva già precedentemente sulla base della legislazione *antitrust*) ma anche quelle determinate dai pubblici poteri o conseguenti alla legge statale o regionale⁴⁴⁵: ciò comporta che, ad esclusione delle ipotesi in cui sia la stessa Costituzione a consentire o financo ad imporre restrizioni della concorrenza al fine di tutelare altri valori costituzionali su di essa prevalenti, la concorrenza non potrà essere limitata dal Legislatore ordinario⁴⁴⁶.

Ma il vero fondamento della tutela della concorrenza deve essere, in ultima analisi, individuato nel principio di sussidiarietà⁴⁴⁷, il quale si pone in lineare continuità con il divieto di svolgimento dell'iniziativa privata in contrasto con l'utilità sociale sancito dal comma 2 dell'art. 41 Cost..

Sembra cioè corretto ritenere che il favore che i pubblici poteri devono esercitare rispetto allo svolgimento di attività di interesse generale da parte dei cittadini debba attuarsi attraverso la garanzia delle regole della concorrenza nell'ambito dei settori di interesse generale.

⁴⁴⁵ Sempre G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa delle Regioni e dello Stato*, cit., p. 321, precisa che legge n. 287/1990, al pari di ogni altra legge ordinaria, in difetto di una garanzia costituzionale della concorrenza, non potrà mai impedire al Parlamento o ai consigli regionali di restringere la concorrenza, potendo tale effetto inibitorio derivare da una clausola di garanzia della concorrenza.

⁴⁴⁶ F. COCOZZA, *Profili di diritto costituzionale applicato all'economia tra libertà economiche ed integrazione sociale*, II, Torino, 2001, p. 49.

⁴⁴⁷ Sul rapporto tra servizi pubblici locali e servizi pubblici si veda: G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 5; M. DUGATO, *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. amm.*, 1, 2002, p. 177 nonché A. POLICE, *La nozione di servizio pubblico locale tra limiti territoriali e principio di sussidiarietà*, in *Quad. del pluralismo*, p. 84, il quale prima dell'intervento della riforma costituzionale del 2001 aveva evidenziato la necessità di un coinvolgimento dei privati nell'esercizio dei servizi pubblici sulla base del principio di sussidiarietà.

L'attuazione del quarto comma dell'art. 118 presuppone quindi necessariamente la garanzia del principio della concorrenza, a meno di non voler interpretare l'onere di favorire l'esercizio di attività di interesse generale da parte dei soggetti privati esclusivamente come generico impegno a favorire l'accesso al mercato, ponendo le condizioni per l'instaurazione di un regime di monopolio privato.

3.9. Nessi tra promozione del mercato e sussidiarietà.

Il principio di concorrenza, in virtù della sua costituzionalizzazione, non solo ha assunto carattere cogente ma ha altresì ampliato il patrimonio valoriale della Carta fondamentale, assumendo peraltro delle connotazioni parzialmente differenti rispetto alla sua declinazione in sede comunitaria.

In realtà il regime di mercato consente agli agenti economici di autoregolarsi per mettere la propria intrapresa al servizio della *polis*; ed è soltanto sussidiario l'intervento delle istituzioni, chiamate in primo luogo a predisporre tutto ciò che è funzionale all'esercizio dell'iniziativa individuale⁴¹⁸.

Il cittadino non appare più come il destinatario delle decisioni adottate in modo autoreferenziale ed autoritario dall'ente pubblico, prendendo parte egli stesso alla gestione di quelle attività, afferenti all'ambito del servizio pubblico, che riguardano la vita del consorzio sociale, con la conseguenza che agli apparati pubblici spetta il compito di controllare i regolamenti autonomamente posti, in

⁴¹⁸ *“La tesi della sussidiarietà non deriva da una ricerca dell'efficienza, come, talora, si adombra a proposito delle privatizzazioni. Questo è, al limite, un profilo secondario e derivato; il fulcro è la centralità dell'autoorganizzazione privata (.1 in raccordo con le decisioni dell'amministrazione e per reperire adeguato soddisfacimento alle necessità diffuse”*: R. PENI, *Sussidiarietà ed essenzialità nei servizi pubblici*, in F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni*, cit., pp. 413- 414.

modo che essi non contrastino con il principio aggregatore dell'associazione societaria: l'interesse generale non è più considerato altro ed opposto rispetto a quello individuale, risultando obliterata, quindi, la dicotomia di privato e pubblico che, nella prospettiva della geometria legale, è ritenuta costitutiva del fenomeno giuridico.

Lo strumento concorrenziale si rivela maggiormente idoneo, rispetto ad assetti di mercato alternativi, ai fini del perseguimento dell'interesse generale, e di conseguenza, gli interventi della mano pubblica che distorcono tale equilibrio si configurano come un'eccezione, giustificabile solo laddove sussistano particolari condizioni.

La disciplina dei servizi pubblici si muove fra due poli non necessariamente opposti ma comunque distinti: quello del carattere materiale della prestazione che essi mirano a fornire, normalmente rappresentato dalla sostanza economica dell'attività; e quello dell'interesse generale⁴¹⁹ che essi contribuiscono a soddisfare, che impone che la gestione degli stessi debba risultare informata ai principi di continuità, parità di accesso, universalità e trasparenza⁴²⁰.

⁴¹⁹ Sull'importanza socio-economica e sul ruolo di promozione della coesione sociale e territoriale che i servizi di interesse generale assumono all'interno dell'Unione cfr. l'art 16 del Trattato CE, e l'art. 36 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea. Cfr. anche la Comunicazione della Commissione sui servizi sociali del 24 aprile 2006, cit., secondo cui *“da un lato questi servizi svolgono la missione fondamentale di coesione sociale, dall'altro la loro trasformazione e il relativo potenziale occupazionale li rendono parte integrante della strategia di Lisbona. Le conclusioni hanno ribadito [...] la necessità di rendere pienamente operativo il mercato interno dei servizi mirando allo stesso tempo alla salvaguardia del modello sociali europeo”*.

⁴²⁰ La Comunicazione sui Servizi di interesse generale del 2000, cit., pag. 21 ss. ha ricollegato il bilanciamento delle esigenze sottese alle scelte di politica economica degli Stati membri e la necessità di preservare le condizioni di funzionamento del mercato

Proclamata la priorità del mezzo concorrenziale, è evidente che tanto i soggetti privati quanto quelli pubblici sono sottoposti al regime di diritto comune, onde perderà ogni rilievo il regime dominicale - pubblico o privato - delle imprese che assolvano a delle missioni di interesse generale⁴²¹.

Per quanto attiene alla possibilità, palesata dallo stesso art. 86 Trattato C.E., di riconoscere alle imprese che espletano missioni di interesse generale, diritti speciali ed esclusivi, si deve evidenziare innanzitutto la sussistenza del limite rappresentato dalla strumentalità rispetto al perseguimento degli obiettivi di pubblico interesse, nonché secondariamente quello della tendenziale compatibilità con il diritto concorrenziale.

La prevalenza dei principi di libera concorrenza condiziona le scelte di politica economica, che verrà indirizzata verso l'obiettivo della liberalizzazione e della replica di condizioni concorrenziali nei mercati in cui le medesime non si siano naturalmente dispiegate.

La promozione di assetti di mercato concorrenziali non erode interamente l'area dell'intervento pubblico, ma ne richiede l'indispensabilità: in questa prospettiva l'attribuzione di diritti speciali od esclusivi si configura alla stregua di una deroga al diritto comune, ammissibile solo nelle ipotesi in cui la stessa si riveli assolutamente necessaria per la soddisfazione di fini di ordine sociale.

L'art. 86 Trattato C.E., nel prescrivere che il diritto comune delle imprese debba avere la massima estensione, da un lato, chiarisce che le deviazioni da quest'ultimo sono ammissibili solo in via residuale, e dall'altro, che esse debbano

comune ai principi *“di neutralità rispetto al regime di proprietà pubblica o privata delle imprese; di libertà degli Stati membri di definire i servizi di interesse generale, fermo restando il controllo di eventuali casi di errore manifesto; di proporzionalità”*.

⁴²¹ L'art. 295 Trattato CE stabilisce prevede infatti che *“Il presente trattato lascia impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri”*.

conformarsi al principio di proporzionalità, in base al quale l'ampiezza della deroga deve essere commisurata alla specifica missione affidata alle imprese esercenti servizi di interesse generale, missione che attiene alla dimensione sociale del servizio.

La giurisprudenza in materia contribuisce a chiarire che le due regole dell'indispensabilità e della proporzionalità⁴²² si traducono nell'onere di provare che le esenzioni dal rispetto delle norme poste a tutela della concorrenza di cui gode l'impresa che gestisce il servizio, sono *“l'unico comprovato e possibile mezzo per conseguire le finalità”*⁴²³ di pubblico interesse, e che i risultati di gestione acquisiti mediante tale regime speciale non potrebbero essere viceversa realizzati osservando il canone dell'economicità.

⁴²² Sulla pacifica vigenza nel nostro ordinamento del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, che non solo impone la graduazione dell'invasività dell'intervento pubblico in rapporto all'interesse da proteggere e del risultato da raggiungere, ma che al contempo sembra pretendere una preventiva valutazione sulla generale giustificazione dell'intervento: cfr. A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998. Si veda anche quanto sancito dal Consiglio di Stato per cui *“il principio di proporzionalità, è principio generale dell'ordinamento ed implica che la pubblica amministrazione debba adottare la soluzione idonea ed adeguata, comportante il minor sacrificio possibile per gli interessi compresenti. Esso si risolve, in sostanza, nell'affermazione secondo cui le autorità comunitarie e nazionali non possono imporre, sia con atti normativi, sia con atti amministrativi, obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino, tutelate dal diritto comunitario, in misura superiore, cioè sproporzionata, a quella strettamente necessaria nel pubblico interesse per il raggiungimento dello scopo che l'autorità è tenuta a realizzare, in modo che il provvedimento emanato sia idoneo, cioè adeguato all'obiettivo da perseguire, e necessario, nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace, ma meno negativamente incidente, sia disponibile”* (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 14 aprile 2006, n. 2087; nello stesso senso Cons. Stato, Sez. VI, 1 aprile 2000, n. 1885).

⁴²³ Cfr. per tutte C.G.C.E., 30 aprile 1974, *Sacchi*, cit.

In questa prospettiva, acquista un imprescindibile rilievo l'eventuale presenza di operatori economici privati: l'applicazione del principio di sussidiarietà dispiega certamente effetti sinergici rispetto alla promozione del mercato nel medesimo ambito, tanto che, laddove il soggetto pubblico non possa o non voglia per ragioni di utilità sociale creare le condizioni di un reale mercato, favorisce comunque il pluralismo dei soggetti, mentre negli altri casi rappresenta una fase preliminare necessaria alla formazione stessa del mercato.

La sussidiarietà consente l'instaurazione di un regime di collaborazione fra soggetti pubblici e privati in vista del perseguimento di un interesse di carattere generale, e, nell'accezione piena del principio, anche alla riduzione del ruolo del pubblico nei limiti in cui il servizio o l'attività possano essere assicurati dai soggetti privati, sulla base della propria autonoma iniziativa, in modo efficiente e secondo gli interessi della comunità.

La promozione della sussidiarietà in ambito economico deve essere perseguita mediante la riduzione dei regimi di riserva pubblica e l'approntamento di un regime trasparente delle fonti di finanziamento che renda possibile l'erogazione del servizio in modo da garantire la più ampia accessibilità al pubblico: in tale contesto, tuttavia, l'erogazione di contribuzioni pubbliche non è volta alla conformazione del comportamento dei soggetti privati così intensa da tradursi in una funzionalizzazione od eterodirezione pubblica degli enti stessi.

Negli assetti di tipo sussidiario infatti i sistemi di collegamento pubblico - privato e di evidenza pubblica per l'ammissione in condizioni agevolate all'espletamento del servizio non tengono conto soltanto dell'elemento del prezzo del servizio (non determinabile nei casi di *market failure*) ma considerano anche altri elementi posti alla base delle ragioni di utilità sociale e che spesso determinano anche i fallimenti del mercato.

Il movimento verso la sussidiarietà si svolge in una direzione sinergica con quello verso la concorrenza, ponendosi anzi la promozione di assetti sussidiari in un rapporto di strumentalità rispetto all'instaurazione di un regime di piena concorrenza.

3.10. Principio di sussidiarietà e servizio pubblico.

Il panorama giuridico di riferimento dell'intervento pubblico nelle attività economiche appare innovato in maniera significativa alla luce del nuovo fondamentale canone costituzionale: quello dell'intervento pubblico in ambito economico rappresenta l'agone nel quale si dispiega appieno il principio di sussidiarietà, attuando un nuovo bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche.

Campo d'elezione di questo nuovo modo di concepire il fenomeno amministrativo sembra essere rappresentato dal settore dei servizi di pubblica utilità: il principio di sussidiarietà viene ad incidere profondamente proprio sull'organizzazione dei servizi pubblici locali, giacché i suoi effetti sono sia di tipo funzionale che di tipo organizzativo.

In primo luogo, colto nella sua valenza verticale, tale principio enfatizza massimamente l'autonomia degli enti locali rispetto agli altri soggetti pubblici, soprattutto per quanto concerne la loro capacità di adeguare autonomamente la propria organizzazione alle esigenze espresse dalle comunità di riferimento; mentre nella sua dimensione orizzontale, la sussidiarietà ridisegna lo spazio di intervento degli enti locali nei confronti dei soggetti privati.

Tra il principio di sussidiarietà orizzontale e l'istituto del servizio pubblico intercorre dunque uno stretto legame: l'intervento del soggetto pubblico viene infatti ad essere condizionato all'eventuale inadeguatezza dell'iniziativa privata a

soddisfare in modo adeguato i bisogni primari della collettività mediante l'espletamento di attività di interesse generale⁴²⁴.

A tal riguardo è stata proposta⁴²⁵ una ricostruzione che limita la stessa esistenza del servizio pubblico alle ipotesi di fallimento del mercato, elevando quest'ultimo a criterio definitorio del servizio pubblico.

In realtà non è il fallimento di mercato, ossia l'avverarsi della condizione che innesta il meccanismo della sussidiarietà verso l'alto, a determinare la qualificazione di un'attività economica come servizio pubblico, ma tale qualità è già immanente ad una data attività economica, anche prima del verificarsi della condizione legittimante l'intervento sussidiario del soggetto pubblico⁴²⁶.

⁴²⁴ Cfr. D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, cit., spec. p. 406 ss.; ID., *Servizi pubblici locali e iniziativa privata*, in *Econ. pubbl.*, 1993, p. 11 ss., ID., *Note sui servizi pubblici locali dalla prospettiva della libertà di iniziativa, economica e non, dei privati*, cit., p. 1141 ss.; G. CORSO, *La gestione dei servizi tra pubblico e privato*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, cit., p. 44 ss.; A. POLICE, *La nozione di servizio pubblico locale tra limiti territoriali e principio di sussidiarietà*, in *Pubblico - Privato: I pubblici servizi. Quaderni del pluralismo*, Torino, 1998, p. 69 ss.; M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 193 ss.

⁴²⁵ Tale posizione è espressa da M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, cit., p. 194, nella parte in cui afferma che la nozione di servizio pubblico “trova un'ambientazione specifica nelle situazioni di ‘fallimento di mercato’. Ha senso parlare di servizio pubblico infatti solo con riguardo a prestazioni e servizi che il mercato deregolamentato non è in grado di offrire in modo adeguato sotto il profilo della quantità, della qualità e delle condizioni di accessibilità a vaste fasce di utenti”. Cfr. anche F. TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici*, cit., p. 959, la quale sostiene che “l'area del servizio pubblico in senso proprio si apre là dove la risposta del mercato ancorché regolato — non è adeguata ai bisogni della collettività”.

⁴²⁶ Cfr. G. CORSO, *Le norme costituzionali sull'organizzazione*, cit., p. 49, premesso che la Costituzione non ammette “in via generale un monopolio pubblico dei servizi pubblici”, individua nel criterio del *market failure* lo strumento attraverso il quale

Una data attività economica può essere ricondotta all'ambito del servizio pubblico già prima e sulla base di criteri diversi dal fallimento del mercato, in quanto tale circostanza non è idonea *ex se* a far acquisire ad una qualsiasi attività economica la connotazione in termini di servizio pubblico: ciò, d'altra parte, emerge dal tenore del nuovo comma 4 dell'art. 118 Cost., il quale, nel prevedere l'obbligo per il pubblico di favorire la libera iniziativa dei privati nello svolgimento di attività di interesse generale, già presuppone la connotazione in tal senso delle medesime attività, indipendentemente dalla circostanza (successiva) dell'adeguatezza e capacità del privato ad erogare il servizio pubblico secondo determinate garanzie.

Emerge dunque l'intimo ed essenziale nesso che unisce il principio di concorrenza con quello di sussidiarietà nell'enucleazione dell'estensione del servizio pubblico.

Il principio di sussidiarietà si palesa quale fondamentale principio di organizzazione del servizio pubblico operando attraverso il criterio del fallimento del mercato: esso è quindi funzionalizzato alla piena realizzazione della concorrenza nell'ambito dei servizi pubblici.

Infatti, se l'ente locale fosse tenuto al rispetto del solo principio di concorrenza, esso potrebbe legittimamente assumere qualsiasi attività economica qualificandola quale servizio pubblico, a condizione che motivi sufficientemente la scelta compiuta e rispetti, laddove previsti, i canoni dell'evidenza pubblica con

distinguere in una prospettiva di sussidiarietà le condizioni legittimanti l'intervento pubblico diretto in economia, con l'obiettivo evidente di ridurre notevolmente "*lo spazio per la produzione pubblica dei servizi pubblici*". Si veda anche, dello stesso Autore: *La gestione dei servizi tra pubblico e privato, in Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, cit., p. 44 ss.. In senso conforme anche A. POLICE, *La nozione di servizio pubblico locale tra limiti territoriali e principio di sussidiarietà*, cit., p. 82 ss..

riguardo alla scelta del socio o del concessionario privato, senza peraltro che rilevi l'eventuale incidenza negativa sulla concorrenza nei confronti di operatori privati già presenti sul mercato ed in grado di fornire la medesima prestazione.

Viceversa, in forza del principio di sussidiarietà, l'eventuale presenza di operatori economici in grado di fornire la medesima prestazione impedisce all'ente locale di intervenire direttamente nell'erogazione del servizio, dal momento che in tal modo verrebbe attuata una scelta priva di un fondamento razionale.

In questo senso può ritenersi che l'art. 118 co. 4 Cost. non imponga alla Pubblica Amministrazione un criterio materiale, bensì un criterio procedurale, attraverso il quale determinare, rispetto ad ogni attività già d'interesse generale, quale soggetto, pubblico o privato, scegliere per il suo svolgimento⁴²⁷.

Emerge viepiù la portata innovatrice che il principio di sussidiarietà esplica anche nel settore dei servizi pubblici locali, ove il principio di tipicità che tradizionalmente ne caratterizzava l'organizzazione, viene inevitabilmente posto in secondo piano, perdendo quella valenza di garanzia che gli era propria: infatti i cittadini risultano maggiormente garantiti da una norma costituzionale che prescrive agli enti locali di intervenire in ambito economico solo in via sussidiaria, piuttosto che da una norma di rango ordinario che, nel tipizzare le forme dell'intervento, ne ammette un'applicazione discrezionale a qualsiasi attività di tipo economico.

Ciò, d'altra parte, costituisce applicazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa che non solo impone la graduazione dell'invasività dell'intervento pubblico in rapporto all'interesse da proteggere e del risultato da

⁴²⁷ In tal senso G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit., p. 47.

raggiungere, ma che al contempo sembra pretendere una preventiva valutazione sulla generale giustificazione dell'intervento⁴²⁸.

Il panorama giuridico di riferimento dell'intervento pubblico nelle attività economiche appare innovato in maniera significativa, stante la necessità per la Pubblica Amministrazione di motivare le proprie opzioni di intervento alla luce del nuovo canone costituzionale.

Lo stesso art. 43 Cost. può essere oggetto di una rilettura alla luce del principio di sussidiarietà: poiché le imprese o categorie di imprese erogatrici di servizi pubblici essenziali possono essere nazionalizzate o riservate per motivi di interesse pubblico, si presuppone che i servizi pubblici siano erogati da imprese nell'ambito di un mercato ed vi continuino ad essere erogati ove non intervenga la riserva o la nazionalizzazione, di tal che la disposizione in parola, astraendo della sua matrice dirigitica, pare ammettere l'intervento pubblico solo laddove il mercato non risulti adeguato, facultizzando lo Stato e gli altri enti pubblici ad intervenire nel mercato solo se manchi o sia insufficiente l'iniziativa privata ovvero sussistano motivi di utilità sociale⁴²⁹.

A proposito del profilo relativo all'assunzione dei servizi pubblici locali, si deve osservare che l'art. 35, comma 12 lett. c), legge n. 448/2001 ha abrogato il secondo alinea dell'art. 112 T.U.E.L., il quale prevedeva che "*i servizi riservati in via esclusiva ai comuni e alle province sono stabiliti dalla legge*", attribuendo

⁴²⁸ Sul punto, A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998.

⁴²⁹ Cfr. A. PACE, *Libertà del mercato e nel mercato*, in *Pol. Dir.*, 1993, 2, p. 331 ss.; A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in *Dir. soc.*, 1993, 3, p. 433 ss.

all'organo consiliare, in luogo della giunta, la competenza in ordine all'assunzione ed organizzazione del servizio⁴³⁰.

La citata disposizione evidenzia che l'organizzazione dell'erogazione del servizio pubblico locale di tipo imprenditoriale deve avvenire nel rispetto del principio di concorrenza e non può concretizzarsi nell'assunzione diretta da parte dell'ente locale attraverso una propria struttura, tranne alcune eccezioni previste per l'affidamento a società mista o a società *in house* e, come originariamente previsto espressamente dall'art. 113-bis, per i servizi di rilevanza non economica.

Diviene chiara, così, la *ratio* sottesa all'abrogazione comma 2, dell'art. 112, T.U.E.L., che non può certo essere rinvenuta nella volontà del Legislatore di far riespandere la potestà comunale di riserva esclusiva di servizi pubblici locali, bensì, come puntualizzato dalla giurisprudenza, "*letta nel contesto della complessiva riforma dei servizi pubblici locali, ivi introdotta, milita senz'altro nel senso della ulteriore e più ampia liberalizzazione di tali servizi*"⁴³¹.

Un'attività appare integrare il requisito dell'economicità nella misura in cui implichi l'offerta di beni a servizi su un dato mercato: la tendenza affermata

⁴³⁰ Sul potere discrezionale dell'ente locale nell'organizzazione del servizio pubblico: L. BENVENUTI, *Discrezionalità amministrativa e gestione dei servizi pubblici locali*, cit., p. 331 ss. Sul medesimo tema in giurisprudenza si veda Cons. Stato, Sez. V, 4 aprile 2002, n. 1874. Da ultimo Cons. Stato, Sez. V, 30 agosto 2004, n. 5643, ha affermato che la scelta del modulo organizzativo consiste in una "*scelta in funzione dell'organizzazione dei servizi pubblici di competenza comunale, riservata esclusivamente all'autonomia e alla responsabilità del Comune*".

⁴³¹ Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 26 giugno 2003, n. 7807. Per una ricostruzione del significato della riserva ex art. 112 co. 2 T.U.E.L., cfr. A. VIGNERI, *Servizi pubblici e interventi pubblici locali*, cit., p. 59 ss..

a livello comunitario (e ripresa dal Legislatore italiano) è evidentemente quella di valorizzare la naturale destinazione “al mercato” delle attività cd. economiche⁴³²:

Il primo elemento di complicazione della tendenziale dicotomia sociale - economico risiede nell'impossibilità, già segnalata, di escludere *a priori* che un servizio sociale venga gestito sulla base di criteri oggettivamente imprenditoriali che realizzino dunque un profitto: una considerazione siffatta impone di sussumere entro l'ambito di applicazione dell'art. 113 T.U.E.L. oltre ai servizi che, pur privi di rilevanza industriale siano organizzati secondo il canone dell'economicità, anche quelle fattispecie in cui il rilievo sociale dell'attività si concili con una gestione lucrativa⁴³³.

La riforma legislativa del 2003 ha attuato la sottrazione al mercato delle attività prive dei connotati fondamentali dell'imprenditorialità, prevedendo, per queste ultime, forme di assunzione diretta del servizio da parte dell'ente locale, a garanzia di una perfetta coincidenza fra i criteri di gestione del soggetto erogatore e le opzioni politico-discrezionali dell'ente locale.

Nell'ultima versione dell'art. 113 - *bis* T.U.E.L. il Legislatore aveva perseguito tale obiettivo, da un lato confermando l'esperibilità degli affidamenti

⁴³² La premessa teorica dalla quale muove il diritto comunitario è che solo le attività economiche vanno sottoposte in linea di principio alle norme relative al mercato interno ed alla concorrenza: in tal senso si esprime la Commissione nella Comunicazione, *I servizi di interesse generale in Europa*, del 20 settembre 2001, in G.U.C.E., 19 gennaio 2001, C-17/04, par. 28, ripresa sul punto dal *Libro Verde sui Servizi di Interesse Generale*, par. 43 ss. e dal Libro Bianco COM (2004) 374 del 12 maggio 2004, par. 4.2.

⁴³³ Questa conclusione appare in linea con l'orientamento recentemente emerso in sede comunitaria: cfr. Comunicazione della Commissione del 24 aprile 2006 - COM (2006) 177 - Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali di interesse generale dell'Unione europea, par. 2.1 si riconosce che “*la quasi totalità dei servizi prestati nel settore sociale deve essere ritenuta attività economica conformemente agli articoli 43 e 49 del Trattato*”.

diretti e, dall'altro, limitando l'ambito soggettivo dei soggetti erogatori ai soli organi indiretti e strumentali della Amministrazioni.

Viene istituito un collegamento diretto tra la natura economica dell'attività, modalità imprenditoriali di gestione e — sul piano formule di organizzazione del servizio — opzione a favore del mercato, senza aggiungere alcun ulteriore elemento che chiarisca il rapporto di reciproca interdipendenza tra tali fattori.

Per riempire di contenuto positivo la formula dell'economicità⁴³⁴, debbono individuarsi i parametri e le modalità che integrano il cd. metodo economico, per poi risalire all'entità delle eventuali deviazioni da tale regime, riscontrabili nella gestione dei servizi pubblici. In questa prospettiva acquisterebbero rilievo la capacità dell'impresa di remunerare integralmente i fattori produttivi con i proventi dell'attività svolta, di rendersi cioè autosufficiente, e l'orientamento dell'attività verso obiettivi di efficienza produttiva ed allocativa.

Il diritto comune delle imprese deve quindi essere rinvenuto nel complesso di regole condiviso dalla totalità degli operatori presenti nel mercato, nel quale confluiscono, in modo del tutto spontaneo, i tratti essenziali dell'agire economico descritti.

E rispetto al diritto così inteso che va misurata la complessità della fattispecie dell'impresa che gestisce i pubblici servizi, sulla base di un contratto stipulato con l'ente pubblico.

⁴³⁴ Sul concetto giuridico di economicità esiste una sterminata letteratura, basti segnalare G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 317 ss., ID., *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 591 ss.; E. LOFFREDO, *Economicità e Impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 62; G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, p. 225.

La prima importante deviazione del canone dell'economicità può rinvenirsi sin dal testo legislativo, in cui la funzione produttiva sottesa all'offerta di servizi pubblici viene accostata a quella affatto distinta della realizzazione di fini sociali: *“gli enti locali 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”*⁴³⁵.

Dall'idoneità delle prestazioni oggetto di pubblico servizio a soddisfare interessi di carattere generale, scaturisce l'esigenza di rivolgere la relativa offerta alla collettività in maniera indifferenziata, a prescindere dalla redditività (criterio generalmente seguito dall'impresa per dimensionare le condizioni di offerta).

All'autorità pubblica fanno capo in questo senso meccanismi decisionali politici talora irriducibili alla logica del mercato, al fine di realizzare una distribuzione delle risorse egualitaria ed ispirata ad una parità di trattamento sostanziale, tale da soddisfare le esigenze delle categorie di utenti più svantaggiati per le quali il consumo di determinati beni alle condizioni di mercato non sarebbe sostenibile. Tarare le condizioni di offerta di prestazioni e servizi in ragione dei bisogni di particolari fasce di consumatori, ridonda frequentemente nell'imposizione all'impresa di gestione dei servizi di vincoli remunerativi, e quindi di obiettivi addirittura anti-economici ed inefficienti.

In questo senso si delinea il ruolo della Pubblica Amministrazione nell'ambito di una nozione oggettivata di pubblico servizio: il potere di regolazione degli enti titolari dei servizi si fonda essenzialmente sul temperamento tra la necessaria funzionalizzazione dell'attività d'impresa ed il

⁴³⁵ Così recita il più volte citato art. 112 T.U.E.L..

rispetto del metodo economico e del diritto comune, la cui alterazione non sia resa indispensabile dal perseguimento dell'interesse generale⁴³⁶.

In altri termini, solo laddove venga a disvelarsi l'insufficienza del libero dispiegamento dell'iniziativa economica nel creare una distribuzione dei beni e dei servizi, i pubblici poteri sarebbero legittimati a condizionare positivamente l'attività stessa⁴³⁷.

Appare evidente che anche il Legislatore italiano, recependo gli indirizzi di matrice comunitaria, abbia operato una decisa scelta a favore del mercato concorrenziale, elevando la concorrenza la regola generale delle relazioni tra imprenditori⁴³⁸.

Ne deriva quindi che anche a voler attribuire al dettato costituzionale una posizione per così dire neutrale – estrinsecantesi nel mero riconoscimento dell'eguaglianza degli operatori nell'ambito di un regime concorrenziale di mercato – si dovrebbe comunque procedere ad una graduazione delle finalità rispetto alle quali gli interventi pubblici in ambito economico debbono tendere a conformarsi.

⁴³⁶ Sulla distinzione tra l'attività di programmazione di cui al comma terzo dell'art. 41 Cost. e l'attività di regolazione propriamente detta, F. TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui "nuovi" pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 948. Identifica, invece, la regolazione pubblica il regime di cui all'art. 41 co. 3 Cost. L. PERFETTI, *La riforma dei servizi pubblici locali a rilevanza industriale tra liberalizzazione e regolazione*, cit., p. 33.

⁴³⁷ Cfr. G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1993, p. 532; G. GHIDINI, voce *Monopolio concorrenza*, in *Enc. dir.*, 1976, 793; R. ALESSI – G. OLIVERI, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, Torino, 1991, p. 4.

⁴³⁸ Sulla differenza tra la libertà di iniziativa economica come figura verticale e la concorrenza come figura orizzontale, si veda N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, 2001, Roma - Bari, p. 95.

In primo luogo la libertà degli operatori di competere liberamente sul mercato potrebbe essere negativamente limitata nella misura in cui si svolgesse in modo da recare pregiudizio ad altri valori fondamentali condivisi dalla collettività, e, solo ove tale limitazione in nome dell'utilità sociale non fosse sufficiente a garantirne la compatibilità con i fini collettivi, si giustificerebbero forme più incisive di intervento e di interferenza sulla libera iniziativa economica⁴³⁹.

Con la funzionalizzazione dell'attività di impresa all'interesse generale si altera l'equilibrio che caratterizza il diritto comune in virtù dell'eguaglianza dei soggetti economici: nell'ambito dei settori economici connotati da rilevanti interessi di ordine generale, tale regime di equiordinazione degli operatori è suscettibile di essere alterato, in ragione della possibile limitazione dell'autonomia per effetto della programmazione predisposta dagli enti pubblici ovvero nel caso in cui il soggetto pubblico eserciti "*il più corposo potere del gestire economico*"⁴⁴⁰, ovvero determini, mediante l'assunzione pubblica diretta la totale sottrazione dell'attività in un dato settore alla libera iniziativa privata.

⁴³⁹ I differenti piani cui è possibile ricondurre l'intervento dei pubblici poteri sulla libera iniziativa economica privata, sono definiti dall'art. 41 Cost. che, dopo aver operato il riconoscimento di tale libertà al primo comma, prevede al comma 2 le limitazioni minime all'iniziativa economica privata: "*non può svolgersi in contrasto con la utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*" ed infine al comma 3 stabilisce che "*la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'iniziativa economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*". A questa gradualità di interventi corrisponde la distinzione tra regolazione economica che assieme agli interventi antitrust rientra nei limiti negativi di cui al secondo comma dell'art. 41 Cost., e regolazione sociale, rientrante nel modello previsto dal terzo comma della medesima disposizione.

⁴⁴⁰ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 96, che individua in tal modo un duplice titolo della presenza dello Stato in economia, quello di Stato gestore e quello di Stato regolatore.

CAPITOLO QUARTO

LIMITI E MODALITÀ DI INTERVENTO DELL'ENTE LOCALE TRA FUNZIONE REGOLATORIA E PROFILI GESTIONALI

SOMMARIO: 4.1. Il regime di doverosità del servizio pubblico. - 4.2. Il nuovo ruolo dell'ente locale. - 4.2.1 (*segue*) Il fallimento del mercato quale limite dell'intervento pubblico. - 4.3. La regolazione nella disciplina dei servizi pubblici locali. - 4.4. Regolazione ed autonomia privata. - 4.5. Il precetto condizionale. - 4.6. Neutralità ed indipendenza nella regolazione. - 4.7. Regolazione e libertà di impresa. - 4.8. Effetti giuridici della regolazione. - 4.9. Regolazione e concorrenza nei servizi pubblici locali. - 4.10. La regolazione come dialettica tra diritto ed economia. - 4.11. L'intensità della regolazione ed il principio di proporzionalità. - 4.12. La partecipazione procedimentale: dalla collaborazione amministrativa alla garanzia dei privati. - 4.13. Gli obblighi di servizio pubblico e libertà di impresa. - 4.14. Gli strumenti della funzione regolatoria. - 4.15. La convenzionalizzazione del servizio pubblico. - 4.15.1. Il contratto di servizio quale modulo dell'amministrazione consensuale. - 4.15.2. La doverosità del regime di fornitura del servizio: una necessaria alterazione dell'autonomia contrattuale?

4.1. Il regime di doverosità del servizio pubblico.

Nell'ambito del servizio pubblico, l'intervento dei pubblici poteri non può essere circoscritto all'introduzione di misure derogatorie al regime concorrenziale, ma va più ampiamente considerato come somma di interventi di natura e grado diversi, riconducibili all'utilizzo di strumenti di regolazione dell'attività privata in un determinato settore, in relazione al quale l'Amministrazione Pubblica assume la garanzia di determinati obblighi di risultato nei confronti degli utenti, strutturandosi tale garanzia, nei confronti dei privati operanti sul mercato, quale vincolo per gli stessi a svolgere l'attività in modo tale da soddisfare l'universalità della domanda.

Il servizio pubblico viene quindi ad essere connotato da un vincolo che non richiede solo il rispetto di determinate condizioni di funzionalità e di prezzo, ma anche l'impegno a soddisfare la totalità della domanda espressa dagli utenti,

anche in presenza di situazioni nelle quali il calcolo delle convenienze imprenditoriali condurrebbe invece a servire solo una parte del mercato⁴⁴¹.

Una siffatta connotazione permette di sceverare la funzione di *provider* da quella di *producer*⁴⁴² - vale a dire il dovere di garantire la fornitura del servizio, che è funzione propria dei pubblici poteri – dal compito di erogare lo stesso che, per le attività di natura economica, dovrebbe essere di norma affidato ad operatori privati⁴⁴³, salva la possibilità di un intervento pubblico sul mercato a mezzo di un'articolazione organizzativa delle stesse amministrazioni interessate.

Tale peculiare regime di doverosità⁴⁴⁴, che connota il regime del pubblico servizio, non può essere realizzato mediante l'imposizione unilaterale ad

⁴⁴¹ In questo senso R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, cit., p. 27.

⁴⁴² Osserva P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2002, p. 4, che "l'artificiosa struttura di uno Stato pianificatore ed imprenditore appare incompatibile, economicamente prima ancora che giuridicamente, con le esigenze poste dalla globalizzazione dei mercati".

⁴⁴³ D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, p. 58: "assicurare la fornitura del servizio è attività intrinsecamente diversa dalla sua produzione [...] Con specifico riferimento ai servizi pubblici locali si può ulteriormente osservare che la loro fornitura è compito istituzionale caratterizzante degli enti locali ed è pertanto attività squisitamente pubblicistica. Alla produzione del servizio è invece giuridicamente indifferente che provveda direttamente l'ente locale che si è assunto il compito di fornirlo o un altro soggetto". Più radicale è la posizione di N. RANGONE, *I Servizi pubblici*, cit., p. 28: "se il perseguimento dell'interesse generale è un fine esclusivo del servizio pubblico, il legame con l'autorità pubblica viene mantenuto esclusivamente nella fase della genesi del servizio stesso e non in quella della gestione; dal momento che sia la gestione diretta, sia la direzione devono essere sostituite da misure di semplice coordinamento".

⁴⁴⁴ Afferma R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, cit., Torino, 1998, p. 28, che l'interesse pubblico all'offerta di determinate prestazioni qualitativamente predeterminate può essere realizzato anche con strumenti

autoritativa di obblighi di servizio in capo alle singole imprese, rendendosi necessaria l'adozione di strumenti convenzionali o comunque di atti di consenso da parte degli operatori privati⁴⁴⁵.

In questo contesto si può effettivamente parlare di atti di affidamento del servizio che, nel nuovo modello di matrice comunitaria, dovrebbero realizzarsi mediante contratti di servizio, fattispecie nella quale la funzione di garanzia assolta dall'apparato pubblico finisce per assumere una valenza ulteriore, vale a dire quella di procedere alla selezione di determinati soggetti con i quali negoziare l'assunzione di specifici obblighi ritenuti necessari in vista dell'assolvimento della missione di pubblico servizio affidata.

Per includere una determinata attività nell'ambito del pubblico servizio risulta necessaria la compresenza di una serie di elementi, che assurgono ad indici essenziali per delimitare la discrezionalità dell'ente locale in ordine all'assunzione del servizio sulla base di un determinato modulo gestionale⁴⁴⁶.

diversi dall'assunzione di un pubblico servizio, ad esempio con sovvenzioni o certificazioni nonché con controlli sull'attività dei privati. Saggiunge inoltre l'Autore che in tali ipotesi non si potrebbe tuttavia disquisire di pubblici servizi, mancandone un dato essenziale rappresentato dal vincolo giuridico in ordine al soddisfacimento dell'intera domanda futura.

⁴⁴⁵ In tal senso D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 116, il quale ritiene che nell'ambito delle attività regolamentate dai pubblici poteri al fine di realizzare obiettivi di interesse generale (tradizionalmente riconducibili alla nozione di pubblico servizio, va individuata una sottocategoria, alla quale sola andrebbe riferita la qualificazione di pubblico servizio, caratterizzata da un intervento di pubblici poteri volto ad assicurare un più pregnante obbligo di continuità dell'erogazione, da realizzare mediante un vincolo contrattuale sulla base di standard prefissati dal soggetto titolare del servizio. Definisce tali ultime fattispecie quali ipotesi di "regolazione in senso forte" L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., p. 49.

⁴⁴⁶ Sui limiti della discrezionalità dell'ente locale nell'assunzione del servizio cfr. A. PIOGGIA, *Appunti per uno studio sulla nozione di pubblico servizio: i limiti e i requisiti dell'assunzione del servizio pubblico da parte dell'ente locale*, cit., p. 193 ss., ove si

In primo luogo dovrà essere operata una valutazione in ordine alla meritevolezza dei bisogni suscettibili di essere soddisfatti dalle prestazioni che costituiscono l'oggetto del servizio, cui corrisponderà una valutazione di fallimento del mercato⁴⁴⁷, ovvero la verifica dell'incapacità di quest'ultimo di fornire spontaneamente quelle prestazioni ritenute idonee a soddisfare gli interessi predefiniti come meritori⁴⁴⁸.

esamina la contrapposizione fra servizio obbligatorio e facoltativo, e relativamente a quest'ultimo, si sottolinea l'estrema latitudine dei limiti imposti dalla legislazione nazionale, polarizzati essenzialmente sulla necessità di una astratta attitudine dei servizi a servire da strumenti per il perseguimento delle finalità sociali o di sviluppo che l'ente si propone e quindi sulla necessità di integrare i limiti predetti con quelli provenienti da altre fonti, in primis quelle comunitarie.

⁴⁴⁷ Per la tesi del fallimento del mercato quale elemento basilare nella valutazione della legittimità dell'intervento pubblico nella vita economica cfr. G. CORSO, *Attività amministrativa e mercato*, in *Riv. giur. pubbl. serv.*, 1999, p. 7 ss.. La riconduzione del servizio pubblico alle ipotesi di fallimento del mercato sembra coniugarsi perfettamente con il principio di sussidiarietà introdotto all'art. 118 Cost dalla novella del 2001, che appare in grado di determinare un nuovo equilibrio tra diritti sociali e libertà economiche, subordinando l'intervento pubblico alla verifica che l'agire autonomo dei privati non è in grado di soddisfare i bisogni primari della collettività. In tal modo, una volta stabilito che una determinata attività risulta di interesse generale e che è concretamente e autonomamente svolta da soggetti privati, i pubblici poteri non potrebbero porre in essere interventi diretti sul mercato, a meno di non dimostrare che l'attività liberamente esercitata non è sufficiente e adeguata (per quantità, qualità o estensione) a raggiungere gli obiettivi reputati meritori: al riguardo chiara è la posizione di G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 5 ss.; In senso analogo M. DUGATO, *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. amm.*, 1/2002, p. 177; G. CORSO, *La gestione dei servizi pubblici fra pubblico e privato*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Milano, 1 p. 37; A. POLICE, *La nozione di servizio pubblico locale tra limiti territoriali e principio di sussidiarietà*, cit., p. 84.

⁴⁴⁸ A. BIANCASI, *L'autotrasporto di linea tra disciplina dell'attività economica e disciplina del servizio pubblico*, in *Il servizio pubblico fra attività economiche e non economiche*, 2001, p. 295; M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, cit., p. 194, per il quale il servizio pubblico

4.2. Il nuovo ruolo dell'ente locale.

Nell'assetto istituzionale delineato dalle più recenti riforme, il servizio pubblico non può più essere configurato alla stregua di un'attività economica sottratta al regime di mercato ad assoggettata ad una disciplina speciale fondata su una riserva di legge.

In altri termini, l'ambito dei servizi pubblici locali non risulta più sottratto alle regole della concorrenza: il comma 10 dell'art. 113 T.U.E.L., infatti, sancisce espressamente il divieto di ogni forma di differenziazione in relazione al trattamento dei soggetti gestori sotto il profilo del regime tributario e finanziario, con la conseguente equiordinazione tra pubblico e privato.

Nel nuovo assetto concorrenziale i gestori, ancorché si tratti di organismi a partecipazione pubblica, sono imprese che operano secondo il diritto comune senza discriminazioni o privilegi.

Se cioè in passato la soddisfazione degli interessi connessi al servizio pubblico veniva realizzata esclusivamente a mezzo di una gestione in esclusiva, l'irrompere dei principi concorrenziali implica che l'intervento dei pubblici poteri dovrà attuarsi, anche in ambito locale, sulla base di una gamma differenziata di interventi.

Il ruolo dell'ente locale nel mercato dei servizi deve conseguentemente essere esaminato sia dal punto di vista dell'ammissibilità degli interventi di regolazione, sia in riferimento all'intensità degli stessi, da rapportare alla

trova un'ambientazione specifica proprio nelle situazione di fallimento del mercato. Per tale aspetto si veda anche A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblico servizio*, cit., p. 472.

specificità del mercato di riferimento, senza però circoscrivere l'ambito del servizio pubblico alle attività svolte in deroga al regime concorrenziale.

Se infatti l'intervento pubblico ha come presupposto legittimante una situazione di insufficienza del mercato a fornire determinate prestazioni ai livelli qualitativi, quantitativi e tariffari reputati necessari in vista del soddisfacimento della collettività di riferimento, ciò non significa limitare l'area e la tipologia dell'intervento pubblico alla garanzia dell'erogazione di prestazioni antieconomiche, potendo l'interesse generale essere utilmente perseguito mediante un intervento di regolazione esplicantesi nella determinazione di precisi livelli e standard di prestazione.

È il principio di sussidiarietà, nella sua declinazione orizzontale, ad elevare l'iniziativa economica privata a canone regolare nell'allocazione delle risorse, astringendo quindi l'azione dei pubblici poteri a quegli ambiti di mercato che rimarrebbero esclusi dall'offerta concorrenziale di servizi.

La limitazione del numero degli operatori operanti in un determinato ambito economico risulterà giustificata solo laddove l'offerta dei servizi richieda l'utilizzo di risorse scarse o caratterizzate da limiti tecnici ed infrastrutturali: in tali ipotesi il soggetto pubblico potrà procedere ad una pianificazione dell'offerta di servizi mediante atti di assentimento emanati all'esito di un confronto concorrenziale secondo il modulo della *"concorrenza per il mercato"*.

In un contesto siffatto un fattore di complessità è rappresentato dalla potestà di auto-organizzazione della Pubblica Amministrazione, assunto a giustificazione teorica dei moduli gestionali di tipo a-concorrenziale contemplati dalla legislazione più risalente.

L'assunzione, diretta od indiretta, da parte dell'Amministrazione della gestione di un'attività di servizio pubblico, suscettibile di escludere la pluralità di

operatori in un dato ambito economico, rappresenta una delle possibili modalità per garantire l'erogazione del servizio a favore della collettività: tale opzione, tuttavia, in un mercato concorrenziale è da reputare legittima solo nella misura in cui risulti necessaria a garantire quelle prestazioni - nella loro componente quantitativa, qualitativa e tariffaria - che il mercato, in assenza dell'intervento da parte dei pubblici poteri, non offrirebbe.

Mutano dunque la configurazione e la latitudine dell'intervento pubblico, i cui *finis* risulteranno piuttosto angusti laddove il mercato di riferimento sia concorrenziale e permetta di per sé (o permetterebbe in un contesto di integrale liberalizzazione) di realizzare le prestazioni volte al soddisfacimento degli interessi meta-individuali⁴⁴⁹.

Viceversa, nei mercati non concorrenziali (*in primis* quelli caratterizzati dalla presenza di reti infrastrutturali non duplicabili), l'intervento degli enti locali dovrebbe mirare a ricreare mimeticamente le condizioni di un mercato concorrenziale mediante l'espletamento di procedura ad evidenza pubblica per

⁴⁴⁹ Il potere di intervento diretto sul mercato da parte dei pubblici poteri, che se valutato nell'ottica dell'autoorganizzazione amministrativa andrebbe configurato come sostanzialmente libero, potrebbe risultare limitato proprio dall'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità. D. SORACE, *Pubblico e privato*, cit., p. 57, ritiene che presupposto specifico per l'assunzione da parte dell'ente locale del servizio è che la domanda, laddove ritenuta idonea a realizzare il pubblico interesse, non possa essere soddisfatta da imprese operanti nel pieno rispetto delle regole e delle condizioni del mercato, soggiungendo che nell'opposta ipotesi — ossia nel caso in cui i servizi fossero già reperibili in base alle leggi concorrenziali alle condizioni reputate eque — l'intervento pubblico risulterebbe illegittimo prima ancora che per il diritto comunitario per lo stesso diritto interno, in quanto inutile e non giustificato in rapporto all'interesse pubblico da perseguire. Nello stesso senso M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale; evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, cit. p. 194, per il quale si è in presenza di un servizio pubblico in senso giuridico solo quando la domanda di determinati servizi non può essere soddisfatta da imprese private operanti sul libero mercato.

l'accesso alla produzione del servizio, in modo tale da garantire a tutte le imprese potenzialmente idonee la possibilità di competere per ottenere il conferimento del compito di gestione, pur in un contesto nel quale la peculiare struttura del mercato impone la selezione di un numero ristretto di operatori.

Deve dunque ritenersi che sia la peculiare struttura del mercato a determinare la specifica tipologia di intervento pubblico: un'iniziativa pubblica infatti, anche laddove si risolva in un'attività di natura imprenditoriale, deve trovare necessariamente fondamento in un interesse pubblico che, nella prospettiva della sussidiarietà, viceversa difetta laddove il mercato sia spontaneamente in grado di svolgere tale attività in maniera adeguata.

4.2.1 (segue) Il fallimento del mercato quale limite dell'intervento pubblico.

Si pone quindi l'esigenza di procedere all'enucleazione del concetto di "fallimento del mercato", il cui ambito non potrà essere fatto coincidere pedissequamente con quello delle attività non remunerative, dovendo viceversa essere valutato secondo una diversa prospettiva, correlata alle particolari modalità di erogazione delle prestazioni che vengano reputate necessarie, in un determinato momento storico, al soddisfacimento dei bisogni dell'associazione societaria⁴⁵⁰.

⁴⁵⁰ Sul concetto giuridico di economicità, *ex pluribus*: G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 317 ss., ID., *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 591 ss.; E. LOFFREDO, *Economicità e Impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 62; G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, p. 225. Per riempire di contenuto positivo la formula dell'economicità, debbono individuarsi i parametri e le modalità che integrano il metodo economico, per poi risalire all'entità delle eventuali deviazioni da tale regime, riscontrabili nella gestione dei servizi pubblici. In questa prospettiva acquisterebbero rilievo la

L'individuazione di una fattispecie di fallimento del mercato (e, quindi anche, della gravità di tale fallimento) dipende sia da una valutazione essenzialmente politica circa la rilevanza sociale dell'attività, sia dall'evoluzione tecnologica⁴⁵¹, che può consentire il raggiungimento dell'universalità del servizio per effetto del libero operare delle dinamiche del mercato, rendendo in tal modo ultronea la regolazione pubblica.

In tal senso l'ambito del servizio pubblico esorbita da quello delle semplici prestazioni antieconomiche, ricomprendendo viceversa tutte quelle misure dirette ad indirizzare una determinata attività a quel peculiare regime di doverosità che lo connota. E del pari non ogni attività così regolamentata può essere qualificata come pubblico servizio, posto che in tal caso si estenderebbe eccessivamente l'ambito operativo di tale nozione: elemento perspicuo della nozione di pubblico servizio dovrà piuttosto essere rinvenuto nelle modalità giuridico - operative in cui si esplica il regime di doverosità al quale il gestore dovrà eventualmente assoggettarsi.

capacità dell'impresa di remunerare integralmente i fattori produttivi con i proventi dell'attività svolta, di rendersi cioè autosufficiente, e l'orientamento dell'attività verso obiettivi di efficienza produttiva ed allocativa.

⁴⁵¹ F. TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 954 ss., ritiene che l'espressione "fallimento del mercato" sia ingannevole in quanto accomuna le ipotesi di inadeguatezza dipendenti dalla struttura non concorrenziale del mercato a quelle in cui l'inadeguatezza non presenta carattere oggettivo ma è conseguente ad una valutazione di carattere politico. In realtà sembra più corretto ritenere che proprio questa duplice valenza del fallimento del mercato sia una caratteristica intrinseca ed ineliminabile del pubblico servizio, ancorato ad obiettivi fattori economico-sociali ai quali si sovrappone una decisione politico - discrezionale dei pubblici poteri.

Se infatti il pubblico servizio si caratterizza per la posizione di garanzia che il soggetto pubblico assume⁴⁵² in relazione all'erogazione di determinate prestazioni ritenute di rilievo collettivo⁴⁵³, tale garanzia deve concretizzarsi in un particolare regime giuridico che consenta la tutela degli interessi sottesi e che sia ad essi proporzionato⁴⁵⁴: si debbono quindi distinguere le ipotesi nelle quali risulta necessario assicurare l'esercizio di attività antieconomiche che il mercato *ex se* non offrirebbe, da quelle nelle quali il mercato fornirebbe prestazioni idonee sotto il profilo quantitativo, qualitativo e tariffario. In tal caso, infatti, la funzione di garanzia si sostanzia essenzialmente nell'imposizione di un obbligo di continuità nell'erogazione del servizio⁴⁵⁵, risultando conseguentemente

⁴⁵² In tale contesto E. SCOTTI, *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, cit., p. 79, osserva che “*il servizio pubblico non può ritenersi attività di diritto comune, ma si rivela un'attività suscettibile di essere concepita solo a seguito di una puntuale previsione normativa che ponga in dati settori il dovere di soddisfare gli interessi dell'utenza secondo dati standards e che, nel contempo, imputi a determinate sfere soggettive (necessariamente pubbliche) il compito di garantire il raggiungimento di tale obiettivo*”.

⁴⁵³ Il riferimento all'interesse collettivo implica ovviamente una valutazione dello stesso quale interesse pubblico vero e proprio. Per una definizione di quest'ultimo e della relativa titolarità alla luce delle modificazioni del sistema amministrativo: cfr. F. G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Agg., 2002, vol. VI, p. 77, il quale osserva che “*tradizionalmente non si dubitava che l'interesse pubblico fosse l'interesse assunto come proprio dall'amministrazione (in senso soggettivo) [...] in modo più aggiornato la risposta può essere nel senso che gli interessi pubblici sono interessi di cui sono titolari le collettività di riferimento degli apparati amministrativi che li hanno in cura*”.

⁴⁵⁴ In tal senso anche R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione*, cit., p. 28, che sottolinea come dato basilare per la qualificazione di una determinata attività come pubblico servizio è la sussistenza di un vincolo giuridico dei terzi produttori di procedere a svolgere l'attività e a soddisfare la domanda futura.

⁴⁵⁵ Cfr. R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 1/2000, p. 67: “*si ritiene*

l'intervento dell'Amministrazione pienamente compatibile con la libertà di impresa⁴⁵⁶.

La continuità potrebbe infatti essere assicurata, perlomeno ad un livello minimo, da un semplice obbligo di preavviso⁴⁵⁷, certamente compatibile con la libertà di iniziativa economica⁴⁵⁸ intesa nella sua accezione negativa di libertà di interruzione dell'attività, purché adeguatamente circoscritto temporalmente, dal

comunemente che il servizio pubblico si distingue dall'analoga attività svolta dai privati per la continuità nel tempo e la sistematicità nell'offerta delle prestazioni, poiché è caratterizzato da un calcolo che non richiede solo il rispetto di talune condizioni di funzionalità e di prezzo, ma l'impegno a soddisfare tutta la domanda espressa dai consumatori, anche in presenza di situazioni in cui il calcolo delle convenienze imprenditoriali condurrebbe invece a servire solo parte del mercato".

⁴⁵⁶ Si può al riguardo fare riferimento, a livello di impostazione generale del problema dei limiti di conformazione dei diritti costituzionalmente riconosciuti, alle conclusioni cui è giunta la Corte Costituzionale in tema di imposizione normativa dei limiti alla proprietà privata e quindi alla necessità del rispetto della salvaguardia del nucleo essenziale del diritto e di adeguata delimitazione temporale dei vincoli: cfr. Corte Cost., sentenza 20 gennaio 1966; Corte Cost., sentenza 29 maggio 1968, n. 55. Applicando tali conclusioni al caso *de quo*, sembra possibile affermare che un obbligo di dell'attività per un periodo limitato, commisurato a quello ordinariamente necessario a garantire il subentro nell'attività di ulteriori imprese, non si pone in attrito con i principi costituzionali vigenti in materia.

⁴⁵⁷ Significativo al riguardo, nel settore dei trasporti terrestri di linea, il Regolamento 1893/1991 laddove impone alle imprese operanti nel settore di informare le competenti autorità con un preavviso almeno trimestrale, dell'intenzione di cessare l'attività o di apportarvi modifiche sostanziali in relazione a segmenti non coperti da obblighi di servizio pubblico o tratti di servizio; il medesimo Regolamento comunitario consente quindi ai pubblici potere di imporre agli esercenti la prosecuzione dell'attività, anche se per un periodo comunque non eccedente l'anno.

⁴⁵⁸ Sui rapporti fra normativa costituzionale e comunitaria in tema di limiti al diritto di iniziativa economica privata cfr. L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., p. 11 ss., il quale sottolinea la convergenza degli esiti interpretativi dei relativi plessi normativi.

momento che l'imposizione di vincoli più penetranti necessiterebbe del consenso del destinatario.

In via di prima approssimazione, si può pertanto concludere che per configurare un pubblico servizio è necessario che il regime di doverosità si traduca quantomeno in un dovere di garantire la continuità mediante misure volte a limitare la possibilità per l'impresa di ritirarsi dal mercato e di cessare l'attività: ciò verrà realizzato di norma mediante la deduzione in appositi strumenti convenzionali di obblighi di servizio, i quali andranno in tal modo a porsi come elemento caratterizzante e criterio di identificazione del servizio pubblico, distinguendolo dall'ambito delle attività conformate per esigenze esterne all'attività in sé considerata, come nel caso dei vincoli ambientali.

Gli stessi obblighi di servizio pubblico si porranno a loro volta come oggetto di un rapporto speciale intercorrente fra Amministrazione e gestore privato, in virtù del quale quest'ultimo viene incaricato dello svolgimento di un servizio che, a seguito dell'atto politico di assunzione, viene garantito dai pubblici poteri⁴⁵⁹.

4.3. La regolazione nella disciplina dei servizi pubblici locali.

Come lumeggiato in precedenza, le più recenti riforme legislative hanno profondamente inciso sulla configurazione stessa dell'azione pubblica in ambito economico, onde sarà necessario verificare se si possa parlare di regolazione con riferimento al ruolo svolto dalle autonomie territoriali, procedendo successivamente ad individuare gli strumenti con i quali tale intervento possa essere realizzato.

⁴⁵⁹ F. TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 962.

Tale mutamento è derivato essenzialmente dalla privatizzazione dei mezzi dell'attività amministrativa, con la correlata espansione dei moduli procedurali informati alla partecipazione ed all'adesione dei privati.

In tale contesto un ruolo primario è svolto dal contratto di servizio che disciplina l'affidamento dei servizi pubblici locali, il quale al nucleo sinallagmatico affianca un vero e proprio contenuto regolatorio, destinato ad incidere sulla sfera giuridica di soggetti terzi rispetto al contratto (gli utenti) e, in alcuni casi, a definire regole generali per l'intera collettività di riferimento, ovvero anche i nuovi strumenti della programmazione negoziata, in cui la natura di regolazione ed i meccanismi di partecipazione e consenso appaiono perfettamente compendiati.

La riforma del 2001 mirava a delineare un assetto parzialmente concorrenziale del mercato dei servizi ed a valorizzare la funzione regolatoria degli enti locali⁴⁶⁰, mediante la generalizzazione del ricorso alla gara per l'affidamento e la separazione tra assetto proprietario (ed eventualmente anche gestionale) delle reti e degli impianti rispetto alla fase di erogazione del servizio: tale opzione era essenzialmente volta ad adeguare anche il settore dei servizi pubblici locali all'evoluzione dell'ordinamento comunitario, nel quale il criterio funzionale ha soppiantato quello organico – formale in relazione alla qualificazione del servizio pubblico⁴⁶¹: coerentemente a tale assetto l'art. 113 co. 5 T.U.E.L. vietava agli enti locali di assumere il ruolo di diretti gestori, secondo un

⁴⁶⁰ Sottolinea come la regolazione, nell'ambito dei pubblici servizi, implica la tendenziale fuoriuscita del settore pubblico dalla sfera operativa e produttiva, con attribuzione della diversa funzione di garanzia della compatibilità del funzionamento del mercato con l'interesse pubblico, L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., p. 303. Analogamente C. VOLPE, *Le società miste nei servizi pubblici locali. Evoluzione o involuzione di un modello?*, cit., [p. 23](#).

principio di separazione fra funzione regolatoria e gestionale che, nelle fasi di parziale e completa liberalizzazione, costituisce una significativa alternativa al sistema della riserva-concessione al fine di assicurare quel coordinamento delle attività economiche a fini sociali previsto dall'art. 41 co. 3 Cost..

Tale schema, ancor prima della sua concreta attuazione, è stato sostanzialmente modificato dalla legge n. 326/2003 che alla funzione regolatoria ha giustapposto l'intervento degli enti locali sul mercato per il tramite di società a partecipazione pubblica, secondo i modelli - descritti nel secondo capitolo - della società mista e dell'*in house*, determinando talune inevitabili interferenze.

Non si tratta tuttavia della pedissequa riproposizione del previgente sistema fondato sulla riserva pubblica dei servizi pubblici locali: ciò è reso palese dall'abrogazione del secondo comma dell'art. 112 T.U.E.L., la quale "*se letta nel contesto della complessiva riforma dei servizi pubblici locali, ivi introdotta, milita senz'altro nel senso della ulteriore e più ampia liberalizzazione di tali servizi*"⁴⁶².

Risulta infatti profondamente mutato il complessivo assetto dei servizi pubblici in conseguenza dell'impingere nel nostro ordinamento dei principi di sussidiarietà e di concorrenza: l'organizzazione dell'erogazione del servizio pubblico locale di tipo imprenditoriale deve avvenire nel rispetto del principio di concorrenza e non può concretizzarsi nell'assunzione diretta del servizio da parte dell'ente locale attraverso una propria struttura, tranne alcune eccezioni previste per l'affidamento a società mista o a società *in house* e, come originariamente previsto espressamente dall'art. 113-bis, per i servizi di rilevanza non economica.

⁴⁶¹ N. RANGONE, *I Servizi pubblici*, Padova, 1999, p. 28.

La nuova disciplina dei servizi pubblici locali, da un lato, tende ad una parziale liberalizzazione dei mercati di riferimento⁴⁶³, dall'altro, amplia notevolmente il ruolo di regolazione spettante all'ente locale⁴⁶⁴.

L'ente locale è infatti divenuto titolare di poteri di regolazione, sia propri sia esercitabili in via sussidiaria: i primi sono previsti dall'art. 35, comma 14, 1. n. 448/2001, in base al quale gli enti locali, anche in forma associata, "*individuano gli standard di qualità delle prestazioni e determinano le modalità di vigilanza e controllo delle aziende esercenti i servizi pubblici, in un quadro di tutela prioritaria degli utenti e dei consumatori*"⁴⁶⁵; i secondi sono invece esercitabili in via sostitutiva nel caso di inerzia dell'Autorità di settore: è infatti espressamente

⁴⁶² Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 26 giugno 2003, n. 7807. Per una ricostruzione del significato della riserva ex art. 112 co. 2 T.U.E.L., cfr. A. VIGNERI, *Servizi pubblici e interventi pubblici locali*, cit., p. 59 ss..

⁴⁶³ Cfr., ad esempio, A. VIGNERI, *La liberalizzazione dei servizi pubblici locali*, cit., spec. p. 1104 ss., ma anche S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004, spec. p. 258 ss..

⁴⁶⁴ Deve segnalarsi che con riguardo all'art. 35, 1. n. 448/2001 si è addirittura parlato di una "*svolta epocale*" rispetto al ruolo svolto in materia dall'ente locale, il quale, se ancora nella logica della legge n. 142/1990 era chiamato a produrre il servizio, oggi nel sistema introdotto dalle ultime riforme svolge "*soprattutto compiti di indirizzo, vigilanza, regolazione, e controllo*": così G. VACIAGO, *Intervento*, in F. KOSTORIS PADOA SCHIOPPA (a cura di), *Le autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, Milano, 2002, p. 229. Ma negli stessi termini anche C. SAN MAURO, *Intervento*, ivi, p. 222.

⁴⁶⁵ In particolare, il problema degli strumenti più idonei per consentire agli enti locali e soprattutto ai loro organi consiliari di poter svolgere un effettivo ruolo di controllo sulle imprese incaricate dello svolgimento del servizio rappresenta un tema di grande interesse che per il momento non ha avuto un adeguato approfondimento da parte della dottrina giuspubblicistica. Cfr. gli studi di taglio economico di E. RONCORONI, *Il controllo delle imprese di servizio pubblico locale da parte dei Consigli comunali*, in *Amm.*, 2004, p. 241 ss., ed in termini più ampi E. RONCORONI - C. VACCARI, *Il controllo direzionale del comune sui servizi pubblici locali*, ivi, 2003, p. 5 ss.

previsto che, in mancanza di un intervento da parte dell'Autorità di settore, spetta all'ente locale non solo definire “*gli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza*”, necessari per poter indire la gara di cui all'art. 113 co. 7 T.U.E.L., ma anche determinare i canoni per la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni per la gestione del servizio di cui all'art. 113 co. 13 T.U.E.L..

Le disposizioni testé richiamate rappresentano indiscutibilmente una novità nell'ambito della disciplina dell'intervento delle autonomie territoriali in ambito economico: a tal riguardo non si possono non evidenziare taluni profili di criticità legati all'attribuzione di competenze regolative agli stessi enti locali che, attraverso il velo della partecipazione societaria, indirettamente vantano una posizione dominante nell'ambito del mercato regolato, influenzando il libero gioco della concorrenza in ragione della commistione dei due ruoli di soggetti regolatori e regolati⁴⁶⁶.

In altri termini, la valenza regolativa delle previsioni di cui all'art. 113 T.U.E.L. è per vero suscettibile di un affievolimento a cagione di taluni fattori riconducibili al medesimo quadro normativo, quali, ad esempio, la permanenza di

⁴⁶⁶ Oltre a ciò deve comunque evidenziarsi la circostanza per cui, nel settore dei servizi pubblici locali, tendenzialmente non sarebbe possibile introdurre una regolazione finalizzata alla creazione di un assetto concorrenziale per l'assenza di un mercato rilevante ove possano operare imprese in effettiva competizione fra loro: per diventare soggetto regolatore l'ente locale dovrebbe cioè riferirsi ad un mercato, ma le dimensioni di un mercato anche minimale superano di solito l'ambito di competenza territoriale degli enti pubblici in questione. Tali considerazioni, legate essenzialmente alla problematica dei limiti territoriali di operatività dei soggetti gestori, aiutano a comprendere come l'applicazione al settore oggetto della presente analisi delle regole proprie della dinamica concorrenziale necessiti di prodromici interventi diretti a creare un mercato rilevante, mediante la riforma della specifica dimensione di governo dei servizi ovvero la completa elisione del legame delle imprese a partecipazione pubblica con l'ente di riferimento.

numerosi elementi tipici di un sistema non concorrenziale ovvero la mancanza di una puntuale disciplina degli strumenti di regolazione utilizzabili⁴⁶⁷.

In dottrina è stata quindi teorizzata⁴⁶⁸ l'impossibilità di attribuire agli enti locali una nuova funzione regolatoria con riferimento ai mercati di servizi pubblici locali: tale conclusione appare tuttavia non del tutto conforme rispetto al complessivo quadro normativo vigente, ancorché debba riconoscersi che vi siano taluni elementi che ostano al pieno riconoscimento di un ruolo regolativo alle autonomie locali.

In ogni caso, non può non considerarsi che tanto l'art. 35 legge n. 448/2001 quanto l'art. 14 D.L. n. 269/2003 hanno espressamente previsto la facoltà per gli enti locali di procedere, anche in forma associata, all'esercizio dei compiti e degli interventi previsti dal comma 14 dell'art. 35⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷ In questo senso G. NAPOLITANO, *Regolazione o programmazione nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali?*, cit., p. 25 ss.. Così F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in ID., *Le leggi del mercato*, Bologna, 2002, p. 59 ss., il quale rileva che, se la regolazione va intesa come un potere ordinamentale per rendere effettiva la concorrenza in un mercato rilevante, allora non potrà configurarsi alcun fenomeno regolativo in senso proprio per i servizi pubblici locali, in quanto le ridotte dimensioni territoriali impedirebbero la possibilità che più imprese entrino in concorrenza tra di loro in relazione a determinate attività di servizio.

⁴⁶⁸ Così F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, cit., p. 123.

⁴⁶⁹ La coesistenza in capo all'ente locale di varie funzioni ha indotto alcuni comuni a rafforzare il ruolo di regolazione. La caratteristica comune è quella di operare come organi strumentali del Consiglio comunale nella attività di indirizzo e controllo. Per quanto riguarda le caratteristiche funzionali, le più rilevanti sono funzioni di ispezione, monitoraggio, relazione e quindi attività di supporto e consulenza in rapporto alla elaborazione ed eventualmente alla modifica del contratto di servizio e alla sua esecuzione. Le funzioni hanno in genere rilevanza interna, ad esclusione della funzione ispettiva che ha tipicamente rilevanza esterna e il cui esercizio è differente tra le varie agenzie. Questi soggetti esercitano prevalentemente un ruolo diretto ad acquisire

Deve quindi ritenersi pienamente legittima l'eventuale costituzione da parte di una o più amministrazioni territoriali di autorità od agenzie tecniche, operanti a livello locale ed in posizione di terzietà, alle quali affidare lo svolgimento dei compiti di regolazione introdotti dalla nuova disciplina dei servizi pubblici locali⁴⁷⁰.

Del resto, una tale opzione risulterebbe legittima alla luce del potere di auto-organizzazione spettante in generale all'ente locale, potendo concretamente rappresentare il risultato dell'esercizio della facoltà di scelta che la legge attribuisce agli enti locali con riferimento alla determinazione delle "*modalità di vigilanza e controllo delle aziende esercenti i servizi pubblici*", anche a non voler considerare che l'imputazione della funzione regolatoria ad un soggetto terzo,

informazioni e conoscenze nei vari settori, in quanto una tale attività riveste grande importanza per il rafforzamento del potere contrattuale dell'ente locale nei confronti dei gestori (possibilità di definire i termini del contratto come di verificare le attività e di proporre sanzioni) e per migliorare le capacità di scelta dello stesso ente.

Le difficoltà di funzionamento di soggetti di questo tipo si manifestano con chiarezza nella realizzazione delle attività inerenti la seconda fase, cioè quella relativa al monitoraggio sulla esecuzione del contratto e sul rispetto degli standard di fornitura del servizio. Alcune normative di settore hanno previsto direttamente o attraverso l'intervento regionale un diverso disegno regolatorio, che si rifà alla disciplina prevista per il settore idrico (legge 36/1994), per il quale è prevista l'aggregazione delle funzioni di pianificazione e regolazione in capo ad Autorità operanti all'interno dei cosiddetti Ambiti Territoriali Ottimali (A.T.O.). Lo strumento utilizzato dalle leggi regionali è la creazione di consorzi composti dagli enti locali inclusi nell'A.T.O. per l'esercizio associato delle funzioni (art. 31 T.U.E.L.). Ratio di un siffatto disegno istituzionale può rinvenirsi nell'obiettivo di una riorganizzazione più efficiente delle infrastrutture del settore (economie di scala e di scopo e riduzione di esternalità negative), configurandosi le Autorità di ambito alla stregua di delegati degli enti territoriali (comuni e province) che mantengono un certo grado di controllo sulla loro attività attraverso la partecipazione all'Assemblea.

⁴⁷⁰ Così opina anche G. NAPOLITANO, *Regolazione o programmazione nella nuova disciplina ei servizi pubblici locali?*, cit., p. 32 ss..

distinto dall'ente locale, valorizzerebbe massimamente la funzione di vigilanza e controllo.

Il Legislatore ha voluto consacrare enfaticamente il nuovo ruolo dell'ente locale, riferendo la titolarità del servizio pubblico locale non già all'Amministrazione Pubblica bensì alla società incaricata della gestione⁴⁷¹, la quale è dunque chiamata ad esercitare l'attività corrispondente al pubblico servizio come propria anziché in luogo dell'Amministrazione.

L'attribuzione della titolarità del servizio alle società affidatarie del servizio (unitamente all'esplicito richiamo alla concorrenza) marca, anche a livello legislativo, il passaggio dal servizio a titolarità pubblica al servizio in senso oggettivo, da attribuire necessariamente a soggetti privati ed esplicantesi in un mercato concorrenziale assoggettato a regolazione.

Se la Pubblica Amministrazione non è più titolare del servizio⁴⁷², essa dovrà limitarsi a svolgere una funzione di garanzia in relazione al peculiare regime di doverosità⁴⁷³ che connota il servizio pubblico anche sotto il profilo

⁴⁷¹ Il comma 5 dell'art. 113 T.U.E.L. dispone infatti 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”*.

⁴⁷² E. MENICHETTI, *Società per azioni multicomunale a partecipazione pubblica totalitaria e gestione di servizi pubblici locali*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 2002, 4, p. 179.

⁴⁷³ Cfr. A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, cit., p. 472; R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, cit., p. 33 ss. Secondo M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Rass. giur. en. elettr.*, 1998, p. 56, la doverosità va intesa in almeno due sensi: in primo luogo assume la natura di obbligazione politica, e consiste nell'impegno assunto dai pubblici poteri di assicurare la fornitura di servizi ritenuti indispensabili per il benessere della collettività. In un secondo senso ha una connotazione più propriamente giuridica e si sostanzia nel complesso degli obblighi aventi ad oggetto le

finalistico dei valori tutelati e che costituisce l'autentica cifra differenziale rispetto all'attività economica assoggettata a programmi e controlli.

In tale prospettiva, le imprese erogatrici di servizi sono infatti vincolate, tramite il contratto di servizio, ad erogare le prestazioni secondo determinati standard qualitativi e quantitativi e sulla base di tariffe prefissate dall'ente locale nell'atto di affidamento e nel parallelo schema di disciplina convenzionale⁴⁷⁴.

4.4. Regolazione ed autonomia privata.

Le trasformazioni dei servizi pubblici locali consentono quindi di rivisitare il problema fondamentale del rapporto e dell'interazione tra regole pubbliche⁴⁷⁵ ed autonomia privata⁴⁷⁶.

Laddove infatti si ricostruisca il regime del servizio pubblico quale strumento di governo pubblico dell'economia, inevitabilmente si legittima

condizioni di erogazione del servizio posti in capo al gestore per il tramite dei contratti di servizio.

⁴⁷⁴ Il programma di gestione assume infatti un rilievo giuridico già nel momento dell'indizione della gara, come confermato dal settimo comma dell'art. 113 T.U.E.L.: le gare per l'assegnazione della gestione del servizio sono infatti indette nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalle competenti Autorità di settore o, in mancanza di esse, dagli Enti locali. E quindi previsto che la relativa aggiudicazione debba avvenire sulla base del migliore livello di qualità e sicurezza, delle condizioni economiche e di prestazione, elementi tutti che, confluendo nel corpo del contratto di servizio, assumono carattere vincolante per l'esercente.

⁴⁷⁵ Si confrontino, in proposito, le prospettive di G. ALPA, *Strumenti privatistici ed esigenze economiche. Ipotesi sintomatiche di interventi correttivi, adesivi o distorsivi delle regole del mercato*, in *Contr. impr.*, 1989, p. 369 ss. e di N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, II ed., Roma - Bari, 2004, p. 3 ss..

⁴⁷⁶ Su queste relazioni, S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2000, p. 389 ss.; si veda anche M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, 1, p. 433 ss..

l'ingerenza pubblica in ambito economico e si riconduce conseguentemente l'esercizio della funzione regolatoria all'archetipo del potere amministrativo discrezionale ed autoritativo⁴⁷⁷.

Si deve invece considerare che la regolazione non è rivolta alla cura di un interesse pubblico di apparato: il suo tratto caratteristico appare, piuttosto, quello di conciliare principi e valori di sistema, in una prospettiva sempre più “*market oriented*”, con diritti e interessi contrapposti, ma equiordinati, dei privati⁴⁷⁸.

L'oggetto della regolazione è pertanto un interesse di composizione o, come anche potrebbe dirsi, un interesse mediato o riflesso quale sintesi paritaria ed equilibrata di una pluralità di interessi oggettivi e soggettivi, collettivi e individuali⁴⁷⁹.

Ne consegue che l'esercizio della funzione regolatoria è caratterizzato, ora, dalla ponderazione e dalla conciliazione policentrica tra interessi di sistema ed interessi privati, come nel caso delle determinazioni tariffarie; ora, dal semplice bilanciamento tra interessi privati contrapposti, come nel caso della

⁴⁷⁷ Per un'utilizzazione del paradigma del potere amministrativo discrezionale con riguardo all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998, p. 356 ss.; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001, p. 341 ss.; più in generale, F. MERUSI - M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, p. 177 ss..

⁴⁷⁸ Tale funzione, infatti, non è ontologicamente diretta al perseguimento di un interesse pubblico primario, come risulta dalle indicazioni contenute nella legge generale sulla regolazione, ove si fa riferimento ad una pluralità di interessi da temperare, quali “*la promozione della concorrenza e dell'efficienza*”, la “*fruibilità*” dei servizi e la loro “*diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale*”, la garanzia di “*condizioni di economicità e di redditività*” per gli operatori e la “*tutela degli interessi di utenti e consumatori*”.

⁴⁷⁹ Cfr. G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, pp. 659 ss. e S. CASSESE, *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Rass. Giur. Enel*, 1998, p. 233 ss..

determinazione dei livelli qualitativi e delle condizioni contrattuali; ora, dal puro giudizio, in funzione di controllo o risoluzione delle controversie.

L'autorità pubblica non è dunque chiamata ad operare una scelta tra gli interessi dei gestori del servizio e quelli degli utenti, né a valutare l'idoneità dei vincoli previsti a livello normativo a soddisfare gli uni o gli altri: l'attività regolatoria si risolve nella determinazione o nel controllo delle modalità di offerta e delle condizioni di fornitura⁴⁸⁰, in rapporto a quelle legislativamente predeterminate in via generale⁴⁸¹.

La regolazione è caratterizzata dalla neutralità rispetto agli interessi privati contrapposti, i quali sono composti o arbitrati sulla base dei criteri stabiliti dalla legge e dei diritti conferiti alle parti dal sistema regolatorio o dall'autonomia contrattuale.

Ciò non è contraddetto dal fatto che l'intervento regolatorio è suscettibile di tradursi in un condizionamento dell'autonomia imprenditoriale dell'impresa, dal momento che la ragione dell'intervento regolatorio risiede proprio nella disparità di potere di mercato tra il gestore del servizio e l'utente, disparità che i pubblici poteri mirano a correggere.

⁴⁸⁰ Si pensi, in proposito, ai riferimenti normativi alla trasparenza dell'offerta, all'orientamento dei costi, dei prezzi e delle tariffe, all'adeguatezza dei livelli qualitativi, all'equità delle procedure di risoluzione alternativa delle controversie. Per una conferma di tale ipotesi interpretativa alla luce della compresenza di regolazione economica e sociale nella nuova disciplina del settore elettrico, F. DI PORRO, *Le regolazioni di «prima» e «seconda» generazione. La liberalizzazione del mercato elettrico italiano*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2003, p. 201 ss..

⁴⁸¹ In senso conforme F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in *Dir. Ec.*, 2003, p. 585 ss., secondo cui la regolazione e le relative determinazioni avrebbero carattere sostitutivo di negozi giuridici privati conclusi in un contesto concorrenziale.

Analoghe considerazioni possono svolgersi con riguardo alla funzione di risoluzione degli eventuali conflitti tra imprese di gestione e cittadini: il riscontro in ordine al mancato rispetto dei livelli tariffari e qualitativi è attuato esclusivamente attraverso il raffronto tra la condotta concreta dell'esercente e gli obblighi su di esso gravanti nei confronti dell'utenza, onde il controllo si configura quale giudizio neutrale sulla corrispondenza dell'operato di un privato rispetto agli impegni assunti, sulla base di un vincolo regolatorio ovvero nell'esercizio dell'autonomia contrattuale, verso un altro privato.

La regolazione implica la rinuncia da parte del pubblico alla pretesa di guidare l'economia, vale a dire al modello della direzione amministrativa dell'economia, incorporando dunque la scelta politica a favore del mercato⁴⁸².

Ufficio principe dei poteri pubblici è pertanto divenuto quello di assicurare il corretto funzionamento dei mercati: non può dirsi che venga per ciò meno il primato della politica, la quale è chiamata a procedere al riconoscimento di quanto è necessario per la *res publica* e, quindi, per la vita integralmente

⁴⁸² S. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999, p. 93 ss., ha osservato che nell'attività di regolazione, a differenza di altri interventi pubblici nell'economia, non vi è volontà di sostituirsi al mercato: *“si intende piuttosto evitarne possibili distorsioni a tutela degli attori. In questa prospettiva lo Stato, che viene definito ‘regolatore’, non è uno Stato che indirizza, pianifica l'economia o uno Stato interventista ma nemmeno uno Stato che opta per il ‘lassair faire’ [...] è uno Stato che svolge per lo più attività regolativa: sceglie e bilancia beni e interessi per farne oggetto di tutela, individua e previene rischi, e a tali fini disegna, munisce di sanzioni, adotta, applica regole di condotta ai consociati”*. In altri termini, l'interesse pubblico, stante la sua natura, non scompare ma al contrario *“diventa complementare e concorrente con le altre fonti di regolazione che il sistema stesso autogenera e mantiene attive”*.

realizzata dei consociati⁴⁸³, predisponendo all'uopo regole chiare e trasparenti per favorire il retto funzionamento del mercato.

Viene meno invece l'indirizzo politico come strumento di disciplina amministrativa e di direzione dell'economia, mediante l'enucleazione delle finalità da raggiungere, l'imposizione di vincoli incompatibili con il corretto funzionamento dei mercati, nonché il ricorso ad incentivi alle imprese distorsivi del mercato.

È in questo quadro che si afferma il concetto di regolazione, alternativo a quello di indirizzo politico di regolazione economica, determinando una nuova concezione della stessa funzione amministrativa.

La funzionalità del nuovo modello istituzionale e, dunque, l'efficacia della regolazione che ne costituisce l'obiettivo, è strettamente legata ad una nuova concezione, che può essere definita regolativo-giustiziale delle funzioni amministrative.

⁴⁸³ L. FRANZESE, *Ordine economico e ordinamento giuridico. La sussidiarietà delle istituzioni*, II ed., Padova, 2006, p. 132, qualifica la politica come “*opera di orientamento della comunità verso quei fini che consentono ai suoi appartenenti di sviluppare la propria personalità: la funzione politica concerne, infatti, il riconoscimento di quanto è necessario per la res publica e, quindi, per la vita integralmente realizzata dei consociati. [...] Il problema dell'agire politico è quello di formalizzare la ragione dello stare insieme nell'associazione societaria. Si tratta cioè di individuare il principio aggregante la comunità e di rappresentarlo ai consociati che, qualora si riconoscano in esso, ne richiedono ai proponenti l'incarnazione nell'orientamento della vita comunitaria. Non vi è spazio per la logica contrattuale, postulante la ricerca delle reciproche convenienze dei contraenti che, in vista di ciò, si scambiano prestazioni e si impegnano a condotte future. L'attività politica si esplica dunque in un atto di mero accertamento, in quanto tale insuscettibile di essere negoziato, ma soltanto di essere articolato in un programma con riguardo ai singoli aspetti della vita associata*”.

La funzione regolatoria mira a garantire il confronto degli interessi, favorendo l'emersione di regole adeguate attraverso un processo trasparente e partecipativo, assicurandone un'applicazione rigorosamente imparziale.

Il modello regolativo-giustiziale è dunque caratterizzato da un processo partecipativo a partire dall'elaborazione delle regole mediante il coinvolgimento di tutti gli interessi in gioco e dall'esercizio dell'attività amministrativa di applicazione delle regole in forma contenziosa, ovvero informata ad un pieno e paritario contraddittorio tra le parti coinvolte.

La regolazione, intesa in senso ampio, comprende anche la generale funzione dello Stato di porre regole, in primo luogo mediante la funzione legislativa.

Il presupposto di essa nella disciplina dell'economia è che spesso porre regole generali a livello legislativo e lasciare libero gioco al mercato non è sufficiente a garantire né il funzionamento del mercato, né gli operatori, gli utenti ed i consumatori.

Da un canto, alcuni settori economici non sono in grado di produrre spontaneamente meccanismi idonei ad assicurare e mantenere il funzionamento del mercato, mentre dall'altro l'esigenza di garantire gli utenti ed i consumatori induce, anch'essa, a non abbandonare i settori economici alle forze del mercato o ai soli interessi degli operatori. In quest'ultimo caso può trovare applicazione un modello intermedio tra l'auto-regolazione⁴⁸⁴ e la regolazione amministrativa integrale, nel quale l'autorità pubblica agisce quale controllore di secondo grado rispetto alla regolazione affidata primariamente agli operatori privati.

⁴⁸⁴ In ciò si sostanzia la nozione classica di autonomia nell'accezione di regolarità, quale disposizione a darsi una regola, ma anche attitudine del singolo a darsi una regola: F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 37.

La regolazione deve assicurare con continuità l'interazione tra diritto e fatto, dovendo far evolvere le regole che applica per meglio seguire l'evoluzione delle autonome iniziative degli operatori economici e delle misure di autoregolazione da essi stesse posti in essere, procedendo, laddove occorra, alla correzione dei comportamenti devianti suscettibili di alterare l'equilibrio del sistema.

4.5. Il precetto condizionale.

La regolazione non potrà giammai esitare nella conformazione finalistica delle dinamiche del mercato, che eleva l'interesse pubblico ad obiettivo da raggiungere mediante l'esercizio di poteri finalistici e di direzione, cui si affiancano poteri di controllo preordinati a verificare l'uniformità tra comando ed esecuzione.

La norma regolatoria mira ad evitare conflitti tra situazioni giuridiche, non già attraverso la sovrapposizione della scelta pubblica rispetto alle posizioni private, bensì in modo da condizionarle, mantenendole in un determinato equilibrio, onde l'interesse pubblico si disvela quale sintesi tra una pluralità di interessi meritevoli di tutela.

Il diritto della regolazione è condizionale e non finalistico, negoziato e non imposto: ad esso non può quindi applicarsi il tradizionale stilema del conflitto tra autorità e libertà proprio del rapporto tra Amministrazione e cittadino, posto che esso interviene laddove fallisce l'ordine spontaneo del mercato. In tal modo si perviene alla rimodulazione rapporti tra interesse pubblico e privato, con il

conseguente superamento della correlazione tra atto amministrativo autoritativo ed effetto svantaggioso per il privato⁴⁸⁵.

Emergono quindi diverse tipologie di limiti derivanti dal comando amministrativo, taluni derivanti da un atto precettivo ed altri funzionali alla tutela di soggetti privati, rispetto ai quali l'Amministrazione di regolazione si pone come soggetto terzo ed imparziale.

Questa forma di regolazione avviene per il tramite di atti precettivi condizionanti la scelta privata: in tale ambito l'interesse pubblico si configura come un interesse riflesso e mediato, nel senso che la regola dettata al privato non indica un risultato da conseguire bensì una condotta da tenere in una determinata circostanza.

La norma persegue quindi la finalità di assicurare un determinato rapporto tra diverse situazioni giuridiche soggettive: l'obbligo tuttavia non opera nei confronti della Pubblica Amministrazione ma nei confronti di soggetti privati, i quali sono titolari di posizioni giuridiche soggettive, rispetto alle quali l'interesse pubblico resta esterno⁴⁸⁶.

Si delinea quindi una nuova configurazione dell'intervento pubblico nelle attività private che si attua attraverso la regolazione nella prospettiva di contemperamento tra interesse pubblico ed interesse privato, vale a dire la regolamentazione dell'attività dei soggetti privati per il tramite di regole condizionali⁴⁸⁷, disposte per la cura di interessi collettivi, imputabili cioè alla

⁴⁸⁵ Come evidenziato, tra i primi, da L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992, p. 428 ss..

⁴⁸⁶ In questi termini anche A. MASSERA, *Autonomia e indipendenza nell'amministrazione dello stato*, in *Scritti in onore di Giannini*, III, cit., p. 451 ss..

⁴⁸⁷ la regolazione si avvale prevalentemente di precetti condizionali, rispondenti allo schema "se vuoi x, fai (decidi) y". Anche in questo caso viene sottolineata la differenza tra

organizzazione politica, economica e sociale del Paese e non già, soggettivamente e formalisticamente, all'Amministrazione.

Tale regolamentazione avviene tramite precetti di natura condizionale, nel senso che mirano a fissare le condizioni procedurali e strutturali nell'ambito delle quali si deve svolgere la negoziazione, strumentali quindi alla configurazione di un dato assetto del mercato, nella misura in cui rafforzano le condizioni di esercizio dell'autonomia contrattuale.

In tal modo si creano dei rapporti di tipo tripolare tra l'Amministrazione regolatrice, i soggetti destinatari della norme e quelli beneficiari, prevenendo le condotte lesive degli interessi collettivi protetti dalla legge.

Emerge quindi la necessità di individuare apparati idonei a svolgere siffatte funzioni secondo modalità compatibili con i tempi economici del mercato, obliterando il vecchio strumento della programmazione.

Caratteristica perspicua della funzione regolatoria deve dunque essere individuata nell'assenza di poteri di indirizzo e comando, in quanto la stessa si concreta nell'emanazione di regole di condotta nonché nella cura di interessi oggettivi.

In chiave di sintesi, si può certamente ritenere che la regolazione non può essere ricondotta all'ambito della funzione amministrativa di tipo discrezionale, attesa l'assenza di un interesse pubblico, trattandosi invece di un potere assimilabile a quello giurisdizionale, estrinsecandosi in regole di relazione tra interessi pariordinati: sotto il profilo dei poteri esercitati, la funzione regolatoria si attua principalmente mediante attività di tipo regolamentare con finalità

il precetto finalistico, proprio dello *Zweckprogramme*, e il precetto condizionale, tipico del *Konditionalprogramme*, il quale pone le regole alle quali l'attività di negoziazione si deve attenere, senza tuttavia arrivare a definire lo scopo delle azioni dei privati.

essenzialmente arbitrari, le quali, unitamente alle altre competenze attribuite dalla legge, costituiscono una funzione unitaria.

4.6. Neutralità ed indipendenza nella regolazione.

L'assunto della neutralità della regolazione — del resto intimamente connesso con quello del precetto condizionale e della necessaria indipendenza delle amministrazioni di regolazione — non è coerente con una serie, estremamente ampia, di dati normativi e sistematici.

La funzione di regolazione non è infatti direttamente finalizzata alla cura di interessi pubblici ed è conseguentemente attività neutrale, in quanto caratterizzata dalla sostanziale estraneità ed indifferenza rispetto alla materia - agli interessi nei cui confronti viene ad operare⁴⁸⁸: l'Amministrazione svolge infatti un ruolo eminentemente giustiziale o di arbitraggio tra contrapposte situazioni giuridiche di libertà.

La neutralità dell'Amministrazione non è altro che una declinazione del principio costituzionale di imparzialità valevole per l'intero plesso della Pubblica Amministrazione.⁴⁸⁹

⁴⁸⁸ Sulla nozione di neutralità o imparzialità nel diritto amministrativo, si veda A. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. e proc.* 1964, 200 ss.; R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 115 ss..

⁴⁸⁹ Ancorché con riferimento al Presidente della Repubblica — ancora di recente richiamato da S. FREGO LUPPI, *L'Amministrazione regolatrice*, cit., 146 ss., per dimostrare la neutralità delle amministrazioni di regolazione — il Sandulli ebbe a osservare che si tratta di “neutralità operativa”, in quanto il suo agire è sempre finalizzato alla cura degli interessi supremi della nazione; nello stesso senso S. GALEOTTI – B. PEZZINI, voce *Presidente della repubblica nella costituzione italiana*, in *Dig. pubbl.*, XI, p. 417 ss..

La funzione regolatoria può dunque assimilarsi, proprio in virtù della sua neutralità, alla funzione giurisdizionale⁴⁹⁰: la previsione da parte della normativa in materia di procedimenti di tipo giustiziale volti a risolvere controversie tra operatori o tra operatori e utenti non può indurre a ritenere che tali poteri esauriscano l'ambito della regolazione né, tanto meno, che sia in presenza di un'Amministrazione neutrale.

In un certo senso può dirsi che le funzioni giustiziali risultano essere preordinate ad assicurare la funzionalità dei settori regolamentati più che la soluzione di una lite (e quindi alla tutela di situazioni giuridiche soggettive).

La regolazione, mirando alla ricomposizione dialettica tra posizioni giuridiche di libertà, si configura quale attività preordinata a garantire un determinato equilibrio tra le diverse situazioni giuridiche soggettive private, senza peraltro l'esclusivo riferimento ad uno specifico interesse pubblico, donde l'individuazione di un rapporto trilaterale tra Amministrazione e soggetti beneficiari dell'obbligo.

4.7. Regolazione e libertà di impresa.

I poteri di regolazione si estrinsecano necessariamente in relazione alle attività private, in modo che esse, nel conformarsi ai precetti emanati,

⁴⁹⁰ Sull'analogia tra attività di regolazione e attività giurisdizionale, si veda la *Relazione per la riforma dell'Amministrazione centrale* redatta dalla Commissione per la modernizzazione delle istituzioni, in *Rivista trim. soc. amm.*, 1985, p. 85 ss., ove si afferma espressamente che alcune delle amministrazioni indipendenti (CONSOB ed ISVAP) assumono una funzione assimilabile a quella giurisdizionale. Nello stesso senso G.

concretizzino taluni valori relativi al mercato: l'interesse pubblico (o il valore tutelato dalla norma) non è quindi soddisfatto dall'osservanza, da parte del singolo operatore, della condotta prescritta (ossia dalla conformazione dell'attività privata), in quanto l'ottemperanza al precetto è meramente strumentale al raggiungimento della piena funzionalità del settore, che connota finalisticamente la norma.

In sostanza, assunto che la funzionalità del mercato coincide con l'ordine dello stesso, la funzione della regolazione è quella di porre in essere le condizioni per le quali la libera azione degli operatori realizzi autonomamente tale ordine⁴⁹¹.

Questa modalità di intervento non si sostanzia in obblighi per gli operatori di perseguire obiettivi eteronomi né si riverbera negativamente sulla struttura del

SANTANIELLO, *Brevi note sui profili istituzionali della nuova Consob*, in *Foro amm.*, 1986, p. 1213 ss..

⁴⁹¹ A tal riguardo può richiamarsi la teoria dello Hayek sulla distinzione tra *cosmos* (ordine spontaneo che si autogenera, in quanto i componenti del gruppo seguono regole di mera condotta, atte, come detto, a delimitare i campi di azione dei singoli; nel mercato tale ordine assume il nome di *catallassi*) e *taxis* (ordine artificiale, costruito, in quanto esogeno diretto dall'alto come un'organizzazione, sulla base di norme particolari e rispondenti alle finalità di colui il quale ha posto la norma). Come è noto, l'Autore costruisce una relazione tra ordine spontaneo e regole di mera condotta (*nomos*: es. il *common law*) e tra ordine costruito e norme legislative (o di organizzazione: *thesis*). A parte, ogni osservazione sulla costruzione dello Hayek, si deve rilevare come le considerazioni svolte nel testo circa la regolazione inducono a ritenere che anche norme legislative o di origine non consuetudinaria possono essere finalizzate alla realizzazione di un ordine non completamente diverso da quello spontaneo (si vedano sul punto anche le osservazioni in parte critiche mosse da N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 45). Anzi, per accedere a questo ordine concettuale, si può affermare che la regolazione in senso debole, come qui intesa, stempera la contrapposizione tra *cosmos* e *taxis*, riuscendo, appunto, a far convivere le regole della concorrenza (e il relativo ordine: la *catallassi*) con altri valori che con essa non si pongono in contrasto.

mercato, in quanto non restringe l'ambito teleologico dell'attività svolta dagli operatori privati.

Ne consegue, ancora, che la regolazione presuppone necessariamente la sussistenza di un mercato concorrenziale, il quale, reagendo con i precetti che ne sono espressione, produce uno spontaneo assetto di interessi.

Anzi si può affermare che questi interventi si pongono in modo neutro rispetto al meccanismo concorrenziale⁴⁹², nel senso di non precluderne il suo pieno dispiegarsi, ma unicamente di consentire la vigenza di altri principi costituenti la funzionalità stessa del settore⁴⁹³.

A tal riguardo, l'art. 1 del d.d.l. n. 772 (nella vulgata corrente denominato "Lanzillotta"), in materia di liberalizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, pone come parametri, per un riordino legislativo del settore, della libertà di stabilimento, della libera prestazione, dell'accessibilità universale ai servizi pubblici locali secondo livelli essenziali delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere e) ed m), della Costituzione.

⁴⁹² G. OPPO, *Principi*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. BONOCORE, Torino, 2000, p. 52; in senso parzialmente analogo G. GUARINO, *Le Autorità garanti nel sistema giuridico*, in *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Padova, 1999, 41 ss., il quale tuttavia parla di mantenimento di un determinato ordine piuttosto che di raggiungimento di esso; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, cit., p. 9 ss., che parla di ordine come convivenza pluralistica di valori.

⁴⁹³ Parte della dottrina addirittura sostiene che si tratta di interventi finalizzati unicamente a mantenere l'efficiente funzionamento del mercato: cfr. S. CASSESE, *Stato e mercato*, cit.; G. CORSO, *Attività economica privata*, cit.. Per una diversa impostazione, si veda F. MERUSI, *Sul regime giuridico del trasporto su strada*, in *Scritti in memoria di Bachelet*, Milano, 1987, vol. III, p. 351 ss., il quale distingue il modello dell'ordinamento sezionale, nel quale le attività sono indirizzate e disciplinate secondo valutazioni che possono prescindere dagli interessi degli appartenenti al settore, dal modello del mercato regolamentato, nel quale si correggono gli esiti negativi della concorrenza nell'interesse degli esercenti l'attività.

Soggiunge inoltre il terzo comma del citato disegno di legge che gli interventi pubblici, in una prospettiva di economia concorrenziale, devono assolvere a funzioni di regolazione del sistema, con la contestuale applicazione dei principi di sussidiarietà orizzontale e di proporzionalità degli interventi, prevedendo altresì il quarto comma che, qualora le ragioni di servizio pubblico non consentano l'integrale copertura dei costi ed il raggiungimento dell'utile d'impresa, i poteri pubblici dovranno prevedere le necessarie misure compensative.

4.8. Effetti giuridici della regolazione.

Le finalità per il raggiungimento delle quali è possibile programmare l'attività od imporre, mediante uno strumento convenzionale, obblighi di servizio pubblico alle imprese debbono individuarsi nella necessità di garantire l'effettivo godimento di diritti e libertà dei consociati: si tratta in particolare di quelle fattispecie nelle quali il diritto o la libertà non possono essere goduti in modo eguale dalla generalità dei consociati, rendendosi necessaria l'erogazione di determinate prestazioni orientate ad assicurarne l'effettività.

Orbene, se in ciò può ravvisarsi la *ratio* del servizio pubblico, si deve ritenere che gli atti della regolazione non possono esplicarsi esclusivamente sul piano dei rapporti tra le amministrazioni di regolazione e le imprese affidatarie, ma debbono necessariamente porsi in modo direttamente strumentale rispetto alle situazioni giuridiche di cui si vuole assicurare l'effettivo godimento⁴⁹⁴.

⁴⁹⁴ Tale conclusione pare trovare conferma nelle finalità sociali cui fa riferimento il terzo comma dell'art. 41 Cost., il quale evidentemente richiama interessi che afferiscono alla collettività e ai suoi componenti e non già alla sola Pubblica Amministrazione. Il rapporto di strumentalità viene raggiunto proprio attraverso la costituzione di un diritto alla prestazione che accompagna il diritto e la libertà che si vuole garantire.

Ne deriva che gli atti di regolazione, pur potendo assumere diverse forme giuridiche (*in primis* il contratto di servizio), possono essere ricondotti ad unità sul piano dell'effetto giuridico, vale a dire la costituzione di rapporti giuridici tra soggetti privati, come appunto nel caso in cui si ponga a carico di un'impresa l'obbligo di erogare a favore dei beneficiari del servizio una prestazione avente determinati requisiti o di consentire l'interconnessione alla rete.

L'elemento teleologico del servizio pubblico comporta che, una volta completato l'assetto regolatorio attraverso l'imposizione di programmi ed obblighi di servizio pubblico a carico delle imprese, sorge in capo alle stesse l'obbligo attuare il programma, a cui corrisponde una pretesa giuridicamente attivabile da parte degli utenti.

In sostanza, anche l'attuazione di un programma di servizio è idoneo a costituire un duplice ordine di rapporti: il primo tra l'Amministrazione e le imprese gravate; il secondo tra le imprese erogatrici ed i cittadini – utenti nei cui confronti esse sono obbligate ad offrire o prestare dietro pagamento determinate prestazioni.

Il regime di liberalizzazione ed il conseguente affidamento a imprese private del compito di espletare l'attività di servizio affranca il rapporto tra soggetti erogatori e cittadini dalla marcata connotazione amministrativistica che caratterizzava il regime della riserva pubblica.

La connotazione teleologica del servizio pubblico attribuisce un immediato rilievo all'interesse dei beneficiari del servizio stesso, suscettibile di qualificazione in termini di diritto soggettivo: il programma dell'attività assume,

nei confronti dei destinatari, la funzione di presupposto condizionante per l'esercizio dei diritti stessi⁴⁹⁵.

L'interesse privato tutelato dal rapporto viene elevato al rango di interesse pubblico o, meglio, la costituzione del rapporto ed il suo regolare svolgimento costituiscono l'interesse pubblico perseguito dall'atto di regolazione.

4.9. Regolazione e concorrenza nei servizi pubblici locali.

La funzione di regolazione delle attività economiche, in generale, e dei servizi di pubblica utilità, in particolare, è informata a principi e regole di effettività ed è connotata da un proprio statuto disciplinare che prescinde da concreti profili organizzativi.

La regolazione dei servizi pubblici risponde ad un evidente criterio di razionalità, il quale ruota intorno a due poli, talora contrapposti, ma che debbono essere contemperati: da un lato, le regole della concorrenza e della funzionalità complessiva del sistema; dall'altro, le esigenze della collettività destinataria dei servizi, vale a dire, in altri termini, le ragioni dell'impresa e del mercato concorrenziale e quelle sociali.

Se la concorrenza costituisce il canone regolare che informa l'intero plesso dei servizi pubblici, le relative limitazioni non potranno che essere adottate in misura strettamente proporzionale agli obiettivi che le giustificano.

⁴⁹⁵ Si spiega in questo senso la duplice rilevanza, amministrativa e civilistica, dei rapporti instaurati: amministrativa perché l'instaurarsi di determinati rapporti tra soggetti privati costituisce l'interesse pubblico sottostante a questi atti di regolazione; civilistica perché, è pacifico, questi rapporti, a prescindere dalla loro fonte, hanno natura privata tanto è vero che l'art. 33 co. 2 lett. e) D. Lgs. n. 80/1998 devolve alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie relative ai rapporti individuali di utenza tra soggetti privati.

La funzione di regolazione deve essere riguardata entro la cornice della transizione da un servizio pubblico in senso soggettivo — tendenzialmente organizzato nella forma della riserva pubblica — ad uno in senso oggettivo, in cui non solo viene consentita l'assunzione del servizio da parte di soggetti imprenditoriali diversi dal monopolista in condizione di parità con le imprese a partecipazione pubblica ma viene addirittura incentivato l'accesso di nuovi operatori.

Ed è proprio la particolare forza economica dell'ex beneficiario della riserva che ha indotto il Legislatore, nazionale e comunitario, ad individuare una serie di misure, cosiddette asimmetriche, atte, tra l'altro, a prevenire e neutralizzare eventuali condotte predatorie (abusi di posizione dominante) del primo.

In questo ambito si pone anche il problema dell'accesso alle infrastrutture non duplicabili (monopoli naturali), strumentali all'erogazione del servizio: infatti questi complessi di beni, laddove non siano oggetto di una specifica disciplina, sono suscettibili di ostacolare il pieno dispiegarsi del meccanismo concorrenziale. Ne discende la necessità di individuare tecniche atte a scomporre un unico settore in diversi segmenti capaci di sostenere la concorrenza (ad esempio, mediante la separazione tra l'attività di gestione delle reti e quella di erogazione del servizio) ed altri meccanismi comunque in grado di promuovere la presenza di una pluralità di operatori.

Inoltre, nei casi in cui l'accesso al mercato è limitato a un ristretto numero di soggetti (o ad uno solo), l'obiettivo di promozione della concorrenza impone la scelta di procedure di selezione degli operatori improntate ai canoni della

obiettività, trasparenza e non discriminazione: è la cosiddetta “*concorrenza per il mercato*”⁴⁹⁶.

D'altra parte, l'imposizione alle imprese di programmi di attività non può pregiudicare l'economicità e la redditività dell'attività economica: emerge dunque un rilevante limite all'azione di regolazione, la quale deve comunque rispettare la natura imprenditoriale dei soggetti erogatori, non solo con riguardo alla singola impresa, ma anche in relazione all'intero mercato in termini di competitività ed efficienza.

Sul principio della libertà di impresa si fondano anche quegli obblighi di servizio pubblico a fini pro-concorrenziali, ossia a carico di una o più imprese a favore di altre, in quanto l'obiettivo delle norme che tali obblighi prevedono è quello di facilitare l'esercizio della libertà di impresa con riguardo ai soggetti economicamente più deboli, specialmente in contesti economici caratterizzati dalla presenza di ex monopolisti.

Ma la funzione regolatoria è altresì volta ad assicurare che il meccanismo concorrenziale in un dato mercato sia compatibile con il godimento dei diritti e delle libertà da parte dei soggetti destinatari del servizio, secondo quanto stabilito dalla legge, come del resto è fatto palese dall'art. 117 co. 2 lett. m) Cost.,

⁴⁹⁶ Laddove non sia possibile la realizzazione di una piena concorrenza, l'intervento pubblico può attuarsi attraverso l'assunzione del servizio da parte dell'ente pubblico e la successiva assegnazione ai privati, attraverso procedure competitive, del diritto di erogare il servizio. In tal modo, è assicurato un adeguato confronto concorrenziale nelle condizioni d'offerta del servizio, che tendono ad allinearsi a condizioni allocativamente efficienti⁴⁹⁶. La concorrenza per il mercato è destinata a trovare applicazione nei casi di monopoli naturali. Nei servizi locali si riscontrano monopoli naturali in tutti i casi in cui l'aggregazione territoriale delle aree servite non presenta un livello di utenza tale da giustificare. in termini economici, il pluralismo degli operatori, ovvero nella gestione delle reti infrastrutturali dei servizi pubblici locali.

a mente della quale la legge statale deve assicurare determinati livelli qualitativi e quantitativi di prestazioni strumentali a tale godimento.

In altri termini viene richiesto al Legislatore (ed in alcuni casi al regolatore, nell'ambito dei criteri stabiliti dall'art. 117 Cost.) di valutare se le prestazioni offerte sul mercato consentano di soddisfare le esigenze sociali in modo uniforme, individuando, in caso negativo, le prestazioni da assoggettare al regime della doverosità tramite imposizione di obblighi di servizio pubblico, in modo che il servizio possa assolvere alla propria funzione⁴⁹⁷.

I menzionati profili di doverosità possono presentare un contenuto piuttosto variegato, concernendo, ad esempio, l'uniforme diffusione territoriale del servizio, il divieto di discriminatorietà delle condizioni, anche di ordine economico, di accesso agli stessi; determinazione di tariffe e corrispettivi, i quali si ispirano a criteri di massima garanzia per gli utenti, oltre che al canone della tendenziale.

Il diretto coinvolgimento della sfera giuridica degli utenti (o, comunque, dei beneficiari dei servizi) nell'esercizio della funzione regolatoria ha imposto la previsione, a livello legislativo, di una serie di strumenti volti ad assicurare la partecipazione di questi o delle loro associazioni ai procedimenti di regolazione⁴⁹⁸.

⁴⁹⁷ Sul punto si veda A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, cit., p. 349 ss..

⁴⁹⁸ Si veda, a titolo esemplificativo, l'art. 4 della legge 30 luglio 1998, n. 281, istitutivo del Consiglio Nazionale dei consumatori e degli utenti: cfr. sul punto S. GATTAMELATA, *Il consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti: un primo significativo passo verso una nozione di "reciprocità" tra fornitori e utenti*, in A. BARBA (a cura di), *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, Napoli, 2000, p. 105 ss., il quale, tuttavia non affronta il problema delle relazioni tra il consiglio di cui alla legge n. 281/1998 e quello di cui alla legge n. 249/1997.

La libera concorrenza tra i diversi operatori è suscettibile di condurre a degli esiti allocativi incompatibili con le finalità stesse del servizio, tale da rendere necessaria una correzione del meccanismo concorrenziale per assicurare il raggiungimento di obiettivi sociali, i quali non possono compromettere integralmente la funzionalità concorrenziale del settore.

Gli interventi regolativi, laddove siano finalizzati ad assicurare la concorrenzialità del mercato, contemperando il raggiungimento delle esigenze sociali di esso, debbono necessariamente rivestire rilievo diretto e immediato per la collettività globalmente considerata, perché solo a questa condizione sono compatibili con il principio di sussidiarietà e proporzionalità.

Ne deriva che le menzionate finalità sono in ogni caso espressione di uno o più interessi pubblici ad un dato esito allocativo del mercato, tanto che la stessa concorrenza, può ben essere considerata alla stregua di un fine sociale, senza che tra i due ambiti vi sia separazione: a tal fine risulta giustificata l'imposizione di obblighi di servizio pubblico per rendere un mercato effettivamente concorrenziale, rendendolo in tal modo più funzionale rispetto al godimento di diritti e libertà, secondo gli orientamenti espressi dal legislatore comunitario e nazionale.

4.10. La regolazione come dialettica tra diritto ed economia.

Obliterata quindi l'azione conformativa statale degli scambi economici - tramite la legge e l'attività amministrativa con una finalità di controllo sociale - si consolida la funzione regolatoria in campo economico, ossia il suo svolgimento rispettoso della logica del mercato, delle sue modalità di funzionamento, non ritenendosi più che la legge susciti *ex nihilo* l'ordine nelle relazioni economiche.

Invero il riappropriarsi, da parte della società civile, di compiti e funzioni prima affidati alla sfera pubblicistica, implica necessariamente la necessità di individuare il quadro di riferimento in un complesso di regole e di principi, rinvenibili nella stessa società civile e nelle sue multiformi espressioni.

Non si tratta certo di rinnovare il mito di un ottocentesco “*diritto dei privati*”, bensì di ricollocare l'azione dei privati entro un quadro di riferimento che non sia posto *ab extrinseco*, ma che, viceversa, ridondi dall'interno della stessa esperienza nella quale essi agiscono⁴⁹⁹. Non impermeabile alle ragioni degli imprenditori e non sostitutivo delle loro decisioni, l'odierno intervento normativo dello Stato nell'economia tende, infatti, alla “*valorizzazione della capacità di autoregolamentazione degli imprenditori stessi*”⁵⁰⁰.

Laddove non si configuri più il mercato quale luogo dell'anomico appropriarsi di beni e servizi in forza del potere individuale, secondo lo stilema delle geometrie legali, al Legislatore non resta che prendere atto di una realtà economica fortemente strutturata, ove gli scambi si realizzano secondo una precisa trama di prassi e consuetudini commerciali, di modelli uniformi, di contratti atipici, rivelatori dell'attitudine del singolo a regolare da sé la propria condotta e ad assoggettarsi alle relative determinazioni⁵⁰¹.

⁴⁹⁹ Così A. DI MAJO, *I cinquant'anni del Libro delle obbligazioni*, in *Riv. dir. priv.*, 1992, p. 169.

⁵⁰⁰ V. ROPPO, *Privatizzazioni e ruolo del pubblico: lo Stato regolatore*, in *Pol. dir.*, 1997, p. 629.

⁵⁰¹ M. LIBERTINI, *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma - Bari, 1999, p. 100 afferma che non si può disconoscere che “*parti essenziali della disciplina giuridica del mercato, dal diritto commerciale della tradizione al moderno diritto del commercio internazionale, si sono sviluppate proprio sulla base degli usi e dell'autonomia privata (e quindi in modo spontaneo)*”.

È l'autonomia soggettiva a fondare i precetti negoziali con cui le parti dialetticamente⁵⁰², mediante cioè il riconoscimento in comune del proprio di ciascuno, provvedono a definire i loro rapporti economici. E la violazione dei patti comporta la lesione della *suitas* del singolo, ovverosia della sua capacità di relazionarsi, così come emersa per effetto dell'enucleazione con l'altro della comune regola di condotta.

In questa prospettiva, ufficio precipuo del Legislatore è quello di consentire che l'autoregolamentazione possa esercitarsi in condizioni di equilibrio fra gli operatori economici, agendo sulla correttezza e sulla trasparenza delle loro negoziazioni e sulla stabilità degli accordi da essi raggiunti.

Il Legislatore è chiamato a rafforzare regole e regolarità, stimolando la propensione del singolo a regolarsi da sé e a rispettare agli impegni assunti, ma anche eventualmente reprimendo l'esercizio arbitrario dell'autonomia soggettiva, e cioè la perpetrazione di abusi in danno della parte più debole.

Una configurazione siffatta dei rapporti tra ordinamento giuridico ed ordine del mercato è orientata alla valorizzazione dell'autonomia della sfera giuridica, ossia l'autodeterminazione di cui è capace la persona umana, ma con la consapevolezza delle possibili degenerazioni suscettibili di verificarsi per i condizionamenti esercitati dagli impulsi ed appetiti soggettivi.

⁵⁰² F. GENTILE, *Ordinamento giuridico. Tra virtualità e realtà*, II ed., (in appendice a U. PAGALLO, *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico*), Padova, 2001, p. 240, recupera il significato classico di dialettica, nel senso indicato da Platone nel *Politico*, vale a dire come "attitudine per la quale non si lascia di considerare un insieme di cose diverse prima di aver colto ciò che le accomuna in un genere e per la quale si è capaci di riconoscere le diversità e quindi si individua la specifica identità di cose o situazioni all'apparenza identiche".

Il non essere padrone di sé, “per l’assolutizzazione ad esempio della ricerca del profitto personale, conduce a non rispettare la parola data in caso di mutamento dei propri interessi e ad instaurare dei rapporti del tutto asimmetrici, dei patti leonini. Ciò giustifica, anzi impone, l’ortopedia degli stessi da parte della legge. Oltre ad emendare il regolamento di interessi, vulnerato dallo squilibrio tra le posizioni delle parti, si tratta di porre queste ultime in grado di riappropriarsi della conduzione autonoma della vita economica: il soggetto che ha subito l’atto sperequato, che non ha potuto liberamente determinarsi; colui che ha imposto la propria volontà, e così facendo non ha riconosciuto gli altrui interessi”⁵⁰³.

La concorrenza, svolgendosi secondo una logica che si potrebbe definire paraprocedurale, si disvela quale “*contraddittorio ad armi pari*”: tale parità non si estrinseca tuttavia nell’eguaglianza formale o sostanziale bensì nella garanzia della pari opportunità di contendere mediante l’eliminazione delle asimmetrie informative o delle barriere d’accesso al mercato.

Compito della regolazione è dunque quello di creare i presupposti del contraddittorio della concorrenza con gli opportuni interventi, di modo che tutti gli interessati ad un determinato mercato (imprese e utenti) possano ivi esercitare il contraddittorio ad armi pari: lo stesso atto di determinazione delle prestazioni costituenti il servizio pubblico si configura quale misura regolatoria volta alla correzione di un contraddittorio imperfettamente instaurato.

⁵⁰³ Siffatta concezione, poi, pare consentanea, come rileva, in una sorta di eterogenesi dei fini, W. CESARINI SFORZA, voce *Diritto (principio e concetti)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1972, p. 643, alla stessa etimologia della parola “*diritto*”, che deriva dal participio passato del verbo *dirigere*, inteso nel proprio significato attivo di “*porre in linea retta*” o “*raddrizzare*” cioè che è curvo, secondo la definizione di CASSIODORO (*In ps.* XXIV, 8): “*directus dicitur, qui de curvo rectus efficitur*”.

In sostanza, le misure regolatorie sono preordinate a garantire la concorrenza sul mercato: si è dunque in presenza di diritti sociali (*id est* diritti a prestazioni) rivolti non già verso l'ente pubblico, bensì verso soggetti privati, residuando in capo alla sfera pubblica la responsabilità (diversamente graduata, come detto, a seconda del grado di concorrenzialità del mercato) in ordine al funzionamento del servizio considerato nel suo complesso.

Vi corrisponde la creazione di un agone nel quale, in virtù dell'opera maieutica delle istituzioni, produttori, consumatori ed utenti di servizi esplicano l'autoregolamentazione degli interessi in gioco senza la previa determinazione pubblica dei risultati del loro agire, instaurando un dialogo tra regolatori e regolati che mima e completa la democrazia.

Il metodo dialettico rappresenta infatti il modulo di esercizio della funziona regolatoria, mediante il confronto tra le diverse rappresentazioni delle parti coinvolte proiettato verso la determinazione del bene comune, sul presupposto dell'attitudine dei singoli all'autodeterminazione, pur nella consapevolezza delle possibili deviazioni che possono verificarsi per effetto dei condizionamenti esercitati dagli impulsi ed appetiti soggettivi.

Ecco allora che il metodo dialettico può essere meglio compreso, ponendo mente all'insegnamento di Platone: *"nella stessa anima di ciascun uomo vi sono due aspetti, uno migliore, uno peggiore. E quando la parte per natura migliore ha il dominio sulla peggiore, ecco l'espressione essere signore di sé e suona lode; quando invece, per colpa di una cattiva educazione o di non buona compagnia, la parte migliore, ma più debole, è vinta dalla peggiore, più forte, allora chi si*

*trova in questa situazione è detto di sé schiavo e suona biasimo e rimprovero*⁵⁰⁴.

Di qui sorge la necessità di aiutare la parte migliore dell'uomo a prevalere su quella peggiore in modo che il singolo sia in grado di ordinare da sé le relazioni in cui è coinvolto.

L'intervento sussidiario delle istituzioni pubbliche deve mirare dunque alla regolazione dialettica degli interessi in gioco, mediante l'individuazione di ciò che accomuna e di ciò che diversifica le parti, in modo che la comunicazione intersoggettiva non pretermetta le specificità di ciascuna parte, stimolando altresì la regolarità degli operatori economici e correggendone le eventuali insufficienze dell'operato individuale. In altri termini, l'intervento sussidiario si innesta sull'autonoma regolarità dell'uomo, adiuvandola laddove questa non possa compiutamente dispiegarsi.

4.11. L'intensità della regolazione ed il principio di proporzionalità.

L'intensità della regolazione, e dunque il suo grado di pervasività rispetto all'attività economica privata, varia a seconda di come si configura, sotto il profilo teleologico, l'intervento pubblico in ambito socio – economico.

Laddove infatti l'intervento delle istituzioni pubbliche, nella prospettiva della sussidiarietà, risulti precipuamente diretto ad integrare l'inadeguato funzionamento dei meccanismi concorrenziali, l'esercizio del potere regolativo dovrà ritenersi sottoposto ad un penetrante regime vincolistico, posto che, in mancanza, le dinamiche reali di un sistema concorrenziale in cui le condizioni di offerta dei servizi sono determinate autonomamente dagli operatori,

⁵⁰⁴ PLATONE, *La Repubblica*, X, 431 a.

risulterebbero viceversa recessive in ragione della certezza del risultato raggiunto attraverso una conformazione organica dell'attività d'impresa.

L'emersione di una pluralità di interessi che vanno necessariamente conciliati impone il rispetto del principio di proporzionalità: ciò significa che l'autorità pubblica deve perseguire adeguatamente gli interessi affidati alla propria cura valutando preventivamente le alternative, scegliendo il mezzo che comporti il minore sacrificio ed impiegando il potere in misura adeguata.

Il principio di proporzionalità è destinato ad assolvere ad una funzione essenziale, laddove si consideri, da un lato, l'estrema varietà delle scelte rimesse all'autorità di regolazione e talora l'indeterminatezza dei relativi criteri; dall'altro, la rilevante portata dei poteri ad essa attribuiti.

La proporzionalità, poi, si connota come un criterio di azione e parametro di giudizio adeguato nel caso in cui il potere affidato all'autorità pubblica è orientato alla garanzia dell'equilibrio tra i contrapposti interessi dei privati.

Il principio, infatti, non si pone unicamente quale limite del potere autoritativo, a protezione del soggetto la cui autonomia è compressa, ma anche quale parametro per misurare l'adeguatezza dello stesso in ordine al raggiungimento dello scopo, a tutela del beneficiario dell'intervento regolativo.

Si colloca certamente in questa prospettiva l'introduzione dell'analisi dell'impatto della regolamentazione⁵⁰⁵: l'autorità di regolazione è così chiamata a verificare, innanzitutto, che l'autonomia privata non sia in grado di assicurare

⁵⁰⁵ Il riferimento è all'art. 12 legge 29 luglio 2003, n. 229, che estende alle Autorità indipendenti la previsione introdotta dall'art. 5 legge 8 marzo 1999, n. 50, in relazione all'attività normativa del governo. In argomento anche un saggio critico di R. PERNA, *Alla ricerca della regulation economicamente perfetta. Dalla teoria all'analisi dell'impatto della regolamentazione*, in *Mercato concorrenza regole*, 2003, pp. 49 ss.,

l'equo contemperamento tra gli interessi individuati dalla legge: si tratta quindi di promuovere delle forme di autoregolazione monitorata laddove si sviluppino condizioni di effettiva concorrenza sul mercato.

Qualsiasi ipotesi di intervento diretto, poi, è sottoposta ad un'analisi costi-benefici⁵⁰⁶, all'esito della quale può discendere l'adozione di livelli minimi di garanzia e non prescrizioni tassative e fisse.

In questo modo, il controllo successivo sull'autoconformazione ai vincoli è suscettibile di costituire uno strumento sufficiente ad assicurare il bilanciamento tra gli interessi dei privati⁵⁰⁷.

Infine, l'autorità è vincolata ad una revisione periodica degli atti di regolazione adottati al fine di adeguarli all'evoluzione delle condizioni di mercato e dei bisogni dei consumatori e degli utenti.

4.12. La partecipazione procedimentale: dalla collaborazione amministrativa alla garanzia dei privati.

La peculiare configurazione del potere regolativo si riverbera anche sul piano della partecipazione dei privati ai relativi procedimenti, evidenziando taluni limiti della disciplina generale del procedimento amministrativo contenuta dalla legge 8 agosto 1990 n. 241, la quale infatti, oltre a non prevedere la partecipazione dei privati in relazione all'adozione di atti di carattere generale, non garantisce l'instaurazione di un effettivo contraddittorio tra i privati e

nonché i contributi pubblicati in N. GRECO (a cura di), *Introduzione alla «analisi di impatto della regolamentazione»*, Roma, 2003.

⁵⁰⁶ Sul punto A. ARCURI - R. VAN DEN BERGH, *Metodologie di valutazione dell'impatto della regolamentazione: il ruolo dell'analisi costi-benefici*, in *Mercato concorrenza regole*, 2002, p. 223 ss..

l'autorità pubblica, riducendo l'apporto partecipativo alla presentazione di memorie e documenti.

Il consenso dei regolati, d'altra parte, sarebbe affidato ai meccanismi della rappresentanza democratica, anche grazie all'inserimento delle autorità di regolazione nel circuito della responsabilità politica⁵⁰⁸.

Le garanzie procedimentali, pertanto, possono essere adeguatamente rafforzate soltanto muovendo da una prospettiva diversa⁵⁰⁹, nella quale la regolazione si iscriva nel processo di apertura dei mercati⁵¹⁰.

A tal riguardo assume un rilievo pregnante la *ratio* dell'intervento regolativo, il quale è finalizzato ad ovviare alla disparità sussistente tra l'esercente una data attività di pubblico servizio e l'utente: la determinazione dell'autorità pubblica, tuttavia, si pone in posizione di terzietà rispetto agli interessi delle parti, equiordinati all'interno del sistema regolativo.

A non dissimili conclusioni può giungersi anche con riguardo al profilo giustiziale di risoluzione dei conflitti interprivati ricollegabile alla funzione

⁵⁰⁷ Cfr. G. DE NOVA, *Provvedimenti delle Autorità indipendenti e disciplina dei contratti*, in *Società*, 2001, p. 521 ss.

⁵⁰⁸ Si confrontino, in proposito, G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, ora in ID., *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, p. 165 ss.; F. MERUSI - M. PASSATO, *Autorità indipendenti*, cit., pp. 143 ss., spec. p. 182 ss. Sulla riconduzione della regolazione al paradigma delle funzioni amministrative si vedano anche L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., p. 297 ss., e L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002, p. 157 ss..

⁵⁰⁹ A tal riguardo non appare casuale che la partecipazione sia esplicitamente tutelata nelle direttive comunitarie che mirano ad una ulteriore liberalizzazione dei servizi a rete, come ad esempio l'art. 6 dir. n. 2002/21/CE del 7 marzo 2002.

⁵¹⁰ In tal senso S. CASSESE, *Negoziato e trasparenza nel procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino,

regolatoria: il riscontro in ordine al mancato rispetto dei livelli tariffari e qualitativi è infatti condotto esclusivamente attraverso il raffronto tra la condotta concreta dell' esercente e gli obblighi, contrattualmente assunti, nei confronti dell'utenza.

Il controllo si palesa dunque quale giudizio neutrale sulla corrispondenza della condotta di un privato agli impegni assunti, per vincolo regolativo o nell'esercizio dell'autonomia contrattuale verso un altro privato.

Si spiega così l'introduzione di procedure aperte alla partecipazione degli interessati, con la predisposizione di un documento per la consultazione, la fissazione di un termine per intervenire o l'eventuale convocazione di audizioni orali. Una più ampia garanzia di partecipazione può ipotizzarsi anche per i procedimenti in cui le autorità controllano le modalità di esecuzione dei contratti, valutano i reclami degli utenti e risolvono le relative controversie, ordinano la cessazione delle condotte lesive ed il pagamento di indennizzi.

La partecipazione dei privati ai procedimenti, poi, potrebbe trovare saldo fondamento ove si consideri che le autorità bilanciano interessi privati e operano per garantire l'esercizio della loro autonomia.

Gli atti generali emanati dalle autorità, infatti, intervengono sul contenuto dei contratti aventi ad oggetto l'accesso e l'interconnessione tra le reti e la fruizione dei servizi: essi operano, cioè, su una materia propria dell'autonomia privata attraverso la determinazione di condizioni e limiti al suo esercizio.

1999, p. 37 ss.; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000, pp. 83 ss..

Il condizionamento e la limitazione dell'attività contrattuale dei privati, dunque, devono essere bilanciati dal riconoscimento⁵¹¹ agli stessi, od ai loro rappresentanti, del diritto di concorrere alla definizione di tali vincoli⁵¹².

L'imposizione di limiti e condizioni all'autonomia privata e la determinazione del loro contenuto trovano nell'istruttoria partecipata una condizione fondamentale per rispettare i canoni di proporzionalità ed adeguatezza: solo in questa sede, infatti, si potrà verificare l'eventuale disponibilità delle parti a contrattare a livello collettivo le misure ipotizzate nell'intervento regolativo.

La previsione di moduli partecipativi attua dunque un nuovo modello di amministrazione pubblica, che contempla la co-amministrazione da parte dei privati anche in relazione all'enucleazione del bene comune: in virtù dello strumento partecipativo - consensuale si instaura infatti un'autentica relazione tra privato e pubblico, garantendo in tal modo la piena realizzazione del bene comune mediante la ricomposizione dialettica dei contrapposti interessi⁵¹³.

⁵¹¹ In una prospettiva simile, F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., p. 83-84; per ulteriori sviluppi ID., *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, cit., p. 669 ss..

⁵¹² Sul nesso tra intervento comunitario, principio di proporzionalità e riconoscimento del diritto di partecipazione, da ultimo, E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 705 ss..

⁵¹³ Scrive F. GENTILE, *Il Diverso e il Comune*, in *Politica aut/et statistica: Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento politico*, Milano, 2003, p. 186: "il bene comune, che non può essere inteso come entità attualmente o pienamente posseduta, esercita la funzione di principio regolatore del governo di ogni comunità, punto limite di per sé irraggiungibile e tuttavia orientante l'azione politica [...] Ecco, ad esempio, la definizione aristotelica della polis come 'comunanza nel vivere bene, il cui oggetto è un'esistenza piena mente realizzata e indipendente', che non si conclude in una formula determinata di costituzione bensì indica la struttura 'architettonica' di ogni tipo di costituzione, non solo perché il suo fine riassume, per così dire, il fine di ogni altra attività umana, ma soprattutto perché la sua vera funzione è quella di orientare l'uomo

Una volta quindi che si sia desoggettivata la nozione di interesse pubblico, il quale non è più riferibile alla persona pubblica ma alla società civile nel suo complesso, il bene comune non può essere mai inteso come entità attualmente e pienamente posseduta, cristallizzata in un determinato assetto di governo, ma oggetto di una diuturna tensione dialettica verso la giusta misura, disvelando in tal modo la impingenza del momento politico di enucleazione del pubblico interesse che precede ed informa l'azione dei pubblici poteri, stante il fondamentale canone della legalità⁵¹⁴.

4.13. Gli obblighi di servizio pubblico e libertà di impresa.

In determinati contesti, la mera regolazione economica delle attività qualificabili come servizi di interesse generale si rivela insufficiente rispetto ai bisogni della collettività intesa nella sua globalità poiché, pur replicando i criteri allocativi propri dei meccanismi decentrati di mercato, esistono categorie di utenti che rimarrebbero in ogni caso escluse dall'offerta delle relative prestazioni.

In tal modo il soggetto pubblico deve prevedere una serie di garanzie affinché la regolazione dell'attività d'impresa, da un lato, risulti compatibile con

alla virtù che sola è in grado di garantirgli una vita felice, cioè 'perfetta e autosufficiente'. Ecco, infine, perché il riconoscimento del bene comune coincide, al limite, con il riconoscimento in comune del Bene".

⁵¹⁴ Tale tensione dialettica eleva la stessa attività amministrativa connotandola diversamente rispetto a mera attuazione del *dictum* sovrano, conglobandola in quella prospettiva globale che la caratterizza. In questo senso F. GENTILE, *La politica come giusta misura*, in *Politica aut/et statistica, prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento politico*, Milano, 2003, p. 156 osserva che "la politica costituisce la condizione del formarsi di ogni società particolare: è garanzia dell'adeguatezza di ciascuna di esse alla ragione particolare in funzione della quale si è formata; è disciplina dei loro rapporti reciproci e quindi degli spazi a ciascuna convenienti; è fattore di equilibrio in vista del bene".

essa, individuando nel contempo un limite di liceità allo stesso esercizio del potere regolatorio.

La regolazione — intesa come orientamento dell'attività di impresa verso comportamenti devianti rispetto al canone dell'economicità — principia ad operare laddove il mercato concorrenziale rivela le sue inadeguatezze, e si concretizza nell'imposizione al gestore del pubblico servizio di prestazioni che in condizioni di concorrenza questi non erogherebbe, perché non remunerative, o erogherebbe a prezzi talmente elevati da non soddisfare le esigenze della collettività.

Gli obblighi di servizio possono inoltre includere la doverosa offerta di una serie di servizi complementari a quello principale, prevedendo la fissazione di un prezzo determinato dalle pubbliche autorità in grado di assicurare il soddisfacimento dell'universalità dell'offerta.

Gli obblighi di servizio, concretizzandosi inevitabilmente in un sacrificio per l'impresa di gestione del servizio, debbono essere compensati: ciò significa altresì che laddove il mercato presenti una struttura concorrenziale, l'imposizione di obblighi di servizio dovrà essere necessariamente preceduta dalla dimostrazione dell'insufficienza del mercato in ordine alla realizzazione di finalità di rilevanza sociale e la conseguente compensazione dovrà ristorare l'impresa dello svantaggio, così determinatosi, rispetto ai concorrenti.

Ciò evidentemente in applicazione del principio di sussidiarietà, che impone la proporzionalità degli interventi pubblici in ambito economico, tanto con riguardo all'individuazione, all'interno del mercato rilevante, delle prestazioni che l'impresa non offrirebbe spontaneamente (riducendo in tal modo l'estensione dei comportamenti che possono essere gravati da obblighi di

servizio); quanto in relazione alla determinazione delle misure compensative degli extra-costi a carico del gestore.

Indipendentemente dalla modalità prescelta per attuare la compensazione degli obblighi di servizio gravanti sull'attività d'impresa, il principio di sussidiarietà implica la necessità di replicare i meccanismi concorrenziali, assicurando *in primis* l'equilibrio economico - finanziario dall'attività mediante una gestione del servizio che assicuri la copertura dei costi di prestazione attraverso le entrate.

A garanzia di un sistema improntato all'eguaglianza degli operatori, il diritto comunitario prescrive che fondamento e contestuale limite di ammissibilità delle misure compensative debba essere costituito dall'obiettivo di consentire al gestore del servizio di operare in condizioni economicamente accettabili.

La compensazione degli obblighi di servizio si trasforma, da equa remunerazione dei maggiori oneri derivanti al privato da una gestione non integralmente economica dell'attività d'impresa, in limite per l'ente pubblico nella programmazione dell'attività di servizio pubblico.

In tale prospettiva, nell'ambito dell'erogazione dei servizi di pubblica utilità è ravvisabile, a carico della Pubblica Amministrazione e delle imprese private, un complesso di diritti ed obblighi reciproci, che lo strumento contrattuale è strutturalmente deputato a disciplinare⁵¹⁵.

I pubblici poteri debbono quindi ricercare forme di collaborazione con gli interessati che, da un lato, siano compatibili con la natura economica dell'attività,

⁵¹⁵ Secondo la nota definizione codicistica di cui all'art. 1321 *“il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare, o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale”*.

dall'altro, non snaturino la non economicità dell'interesse sotteso all'assunzione del servizio: il contratto di servizio diviene dunque la sede nella quale si compendiano le finalità di una regolazione di tipo sociale, la specialità degli obblighi di servizio e la *ratio* egualitaria della compensazione.

Il principio di sussidiarietà importa quindi la necessità di promuovere il massimo sviluppo della concorrenza nei mercati dei servizi quale più efficace strumento di realizzazione di un benessere sociale generalizzato: legittimi risulteranno quindi gli interventi pubblici di regolazione economica solo laddove il mercato non sia in grado di pervenire autonomamente ad equilibri distributivi, mentre gli interventi regolativi di carattere sociale, ovvero orientati a finalità di giustizia distributiva, saranno ammissibili solo in via residuale, vale a dire in favore di quei segmenti mercato che rimarrebbero del tutto esclusi da un'offerta di servizi di tipo concorrenziale⁵¹⁶.

Per configurare un pubblico servizio è necessario che il regime di doverosità imposto dalla Pubblica Amministrazione si traduca quantomeno in un dovere di garantire la continuità mediante misure volte a limitare la possibilità per l'impresa di ritirarsi dal mercato e di cessare l'attività: ciò verrà realizzato di norma mediante la deduzione in appositi strumenti convenzionali di obblighi di servizio, i quali andranno in tal modo a porsi come elemento caratterizzante e criterio di identificazione del servizio pubblico stesso, delimitandone l'ambito

⁵¹⁶ Sulla residualità degli interventi correttivi della libera concorrenza si rinvia a N. RANGONE, *La riforma della regolazione: criteri ed obiettivi*, in V. TERMINI (a cura di), *Dai municipi all'Europa. La trasformazione dei servizi pubblici locali*, Bologna, 2004, p. 255.

rispetto all'ipotesi di attività conformate per esigenze esterne all'attività in sé considerata ed allo scopo cui è direttamente preordinata⁵¹⁷.

Gli stessi obblighi di servizio pubblico si porranno a loro volta, come oggetto di un rapporto speciale intercorrente fra amministrazione e privato gestore, in virtù del quale quest'ultimo viene incaricato dello svolgimento di un servizio che, a seguito dell'atto politico di assunzione, viene garantito dai pubblici poteri⁵¹⁸.

4.14. Gli strumenti della funzione regolatoria.

Nell'esercizio della potestà regolatoria disciplinata dall'art. 113 co. 7 T.U.E.L. e dall'art. 35 co. 14 legge n. 448/2001, l'ente locale dispone di una gamma variegata⁵¹⁹ di strumenti, che si estende dalla determinazione di prezzi e

⁵¹⁷ Il contratto di servizio, in sostanza, rende vincolante per l'impresa quel determinato ritmo produttivo che è predeterminato dall'autorità pubblica nel programma di gestione: A. PERICU, *Impresa ed obblighi di servizio pubblico*, cit., p. 357.

⁵¹⁸ F. TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 962.

⁵¹⁹ Sull'esistenza di un ampio ventaglio di strumenti regolativi a disposizione dell'ente locale concordano M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, cit., p. 2630 ss., e F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, cit., p. 123. Cfr. anche F. BRUNETTI - F. SCANZANO, *L'ente pubblico come regolatore. L'evidenza pubblica, il contratto di servizio, le carte dei servizi*, in *Analisi economica e metodo giuridico. I servizi pubblici locali*, cit., p. 167 ss.. In particolare, sull'uso in chiave regolatoria del contratto di servizio si sofferma soprattutto G. NAPOLITANO, *Regolazione o programmazione nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali?*, cit., p. 28 ss. Infine A. MOZZATI, *Il contratto di servizio nell'ordinamento comunitario*, in *Econ. dir. terz.*, 2003, p. 729 ss., indica il contratto di servizio come l'istituto che meglio rappresenta la trasformazione delle amministrazioni da soggetti erogatori a regolatori dei servizi pubblici. Più cauta sul punto, invece, sembra essere M. LOTTINI, *Il contratto di servizio tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 2002, p. 53 ss., secondo la quale la disciplina italiana del contratto di servizio non ha ancora

tariffe all'adozione di carte dei servizi, dall'esperimento di procedure ad evidenza pubblica per la selezione del gestore alla stipulazione di contratti di servizio.

Le stesse missioni di interesse economico generale, che possono essere eventualmente imposte, divergono dai tradizionali obiettivi di politica economica, in quanto non sono dirette al perseguimento di fini macroeconomici, bensì alla promozione della concorrenza ed alla protezione dei consumatori.

Tale diversa connotazione teleologica involge gli stessi strumenti a disposizione del soggetto pubblico, mutandone le finalità, come nel caso delle determinazioni tariffarie, che non saranno più orientate verso politiche di sviluppo e di contenimento dell'inflazione, bensì verso la copertura dei costi di una gestione efficiente del servizio, secondo i principi di una regolazione mimetica del mercato⁵²⁰.

Tali strumenti presentano delle connotazioni del tutto eterogenee, quali estrinsecazione di potere pubblico come nel caso del regolamento di servizio, mentre altri, come il contratto di servizio, sembrano essere riconducibili a moduli privatistici di esercizio dell'azione amministrativa.

Il nuovo sistema legislativo di disciplina dei servizi pubblici locali affida agli enti locali un rilevante ruolo nell'esercizio della funzione di regolazione, senza però che vengano compiutamente indicati gli strumenti regolativi all'uopo utilizzabili, rimettendo all'autonoma determinazione dell'Amministrazione la scelta in ordine alla modalità di intervento.

fatto di tale istituto uno strumento di regolazione pro-concorrenziale sulla scorta di quanto previsto dalla disciplina europea.

⁵²⁰ In tal senso F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Annuario dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo – anno 2001*, Milano, 2002, p. 63 ss.. Cfr. altresì M. COSTICELLI, *I diritti di accesso e di interconnessione nel*

Tutto ruota, infatti, intorno alla nozione di tutela della concorrenza, espressamente richiamata nell'art. 113 co. 1 T.U.E.L., e utilizzata dal Legislatore come base legittimante la disciplina contenuta nel medesimo articolo, secondo la quale *“le disposizioni del presente articolo che disciplinano le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali concernono la tutela della concorrenza”*.

La tutela della concorrenza implica una serie di istituti, strumenti e azioni che andrebbero tenuti distinti da altri meccanismi che condizionano i processi economici, con particolare riguardo all'attività di promozione della concorrenza, che, come puntualizzato in dottrina, *“nella legislazione italiana ed europea tutela e promozione della concorrenza non sono sinonimi. Piuttosto sono concetti che realizzano forme diversificate d'intervento pubblico nell'economia”*⁵²¹.

Del resto, mentre normalmente la tutela della concorrenza si realizza mediante interventi *ex post*, attraverso autorità *antitrust* che esercitano poteri prevalentemente decisionali, la promozione della concorrenza implica viceversa la definizione puntuale *ex ante* di diritti e obblighi mediante l'esercizio di poteri regolativi⁵²².

nuova disciplina dei pubblici servizi a rete, in *Mercato concorrenza regole*, 2001, p. 369 ss..

⁵²¹ D. IELO, *La riforma di servizi pubblici locali: profili generali e aspetti di costituzionalità*, cit., p. 374. Per analoghe considerazioni si vedano: L. AMMANNATI, *Concorrenza e regolazione tra Stato e regioni, relazione al Convegno Stato e Regioni dopo la Legge Costituzionale n. 3/2001*, in <http://www.unisi.it/ricerca/statoeregioni.htm>; F. GALGANO, voce *Diritto dell'economia*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989.

⁵²² A titolo esemplificativo, si può affermare che certamente riconducibile ad una logica di tutela della concorrenza si pone la disciplina di cui alla legge 10 ottobre 1990 n. 287, in quanto essa, da un lato, fissa principi generali a valenza *antitrust* e, dall'altro, disciplina appositi meccanismi di controllo *ex post*, primo fra tutti l'istituzione di una autorità

A ben vedere, il nuovo regime dei servizi pubblici locali non tiene distinte le due diverse tipologie di intervento, ma preferisce farle convivere nel medesimo quadro ordinamentale: il contenuto dell'art. 113 T.U.E.L. sembra doversi ricondurre più ad una funzione di promozione della concorrenza che non ad un modello di intervento in chiave di tutela della concorrenza, come invece lascia intendere la locuzione utilizzata dal Legislatore nel comma 1 dell'articolo in questione⁵²³. La causa di ciò, del resto, può essere rinvenuta nella circostanza che la riforma si pone non tanto l'obiettivo della piena liberalizzazione del settore dei servizi pubblici locali, quanto quello di aprire parzialmente i mercati di riferimento ai privati attraverso meccanismi di natura regolatoria che, pur confermando situazioni di monopolio nella gestione, attivano dinamiche analoghe a quelle concorrenziali.

Le disposizioni contenute nel novellato art. 113 T.U.E.L. sono evidentemente informate a logiche promozionali della concorrenza, da attuare sulla base di strumenti tipicamente regolativi: in particolare, il terzo comma, nel prescrivere l'obbligo per i gestori ed i proprietari delle reti di garantire a tutti i soggetti legittimati all'erogazione dei servizi l'accesso alle reti stesse, è un

amministrativa indipendente dotata di poteri decisori con i quali imporre agli operatori economici comportamenti finalizzati a correggere distorsioni del mercato dagli stessi provocate.

⁵²³ Pertinentemente osserva D. IELO, *La riforma di servizi pubblici locali: profili generali e aspetti di costituzionalità*, cit., p. 375, a proposito delle disposizioni contenute nell'art. 113 T.U.E.L., che “*più che una disciplina di tutela della concorrenza, queste sembrano essere regole precettive preordinate a rimediare a situazioni strutturali di monopolio naturale*”.

esempio di intervento regolativo di definizione in maniera generalizzata di un obbligo a contrarre⁵²⁴.

Appartiene alle dinamiche promozionali della concorrenza quanto disposto dallo stesso comma nella parte in cui prevede l'obbligo di separazione delle reti dalla gestione del servizio se previsto dalle singole discipline di settore⁵²⁵. Di indubbia valenza regolatoria è il contenuto del comma 5 nella parte in cui definisce aprioristicamente le modalità attraverso le quali procedere all'organizzazione delle attività di erogazione del servizio. Ancora, alla stessa logica è riconducibile quanto previsto nel comma 10 a proposito del divieto di disparità di trattamento dei gestori del servizio con riferimento al regime tributario od all'erogazione di contribuzioni.

Il Legislatore predetermina analiticamente le regole e gli obblighi che tutti gli operatori economici pubblici o privati interessati al mercato dei servizi pubblici locali saranno chiamati a rispettare: obblighi di accesso ed interconnessione alle reti, obblighi di separazione della gestione delle reti dall'attività di erogazione dei servizi, divieti di discriminazione tra operatori, definizione puntuale delle opzioni organizzative e gestionali.

⁵²⁴ D. IELO, *La riforma di servizi pubblici locali: profili generali e aspetti di costituzionalità*, cit., Sul diritto all'accesso alle reti come misura tipica finalizzata alla liberalizzazione di un mercato e sulle sue concrete manifestazioni nell'ordinamento italiano e comunitario, M. CONTICELLI, *I diritti di accesso e di interconnessione nella nuova disciplina dei pubblici servizi a rete*, in *Mercato Concorrenza regole*, 2001, p. 369 ss. Sugli obblighi a contrarre: C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, 2004.

⁵²⁵ A tal riguardo H. CAROLI CASAVOLA, *Il principio di separazione contabile, societaria e proprietaria nei servizi pubblici*, cit., p. 490, osserva che il generale principio di separazione può operare rispetto ai servizi pubblici sia in chiave di tutela sia in chiave di promozione della concorrenza, essendo in astratto qualificabile da un lato “come misura di regolazione asimmetrica e dall'altro, come rimedio correttivo degli effetti distorsivi insiti nell'espansione della competizione”.

Eliminato:

Al Comune, infatti, spetta un ruolo fondamentale nella scelta di un modello organizzativo della gestione del servizio più o meno concorrenziale (art. 113, comma 5 T.U.E.L.) e dalla legittimazione ad occuparsi della tutela degli utenti e dei consumatori, in particolare nel momento della definizione degli standard del servizio e delle modalità di vigilanza e controllo sui gestori (art. 35 co. 14 legge n. 448/2001).

La tendenza manifestata dal Legislatore italiano in occasione della riforma dei servizi pubblici locali di ricondurre alla nozione di tutela della concorrenza anche gli strumenti promozionali di questa e di provvedere direttamente alla definizione degli stessi ha recentemente trovato una sanzione di legittimità nella giurisprudenza della Corte costituzionale successiva alla riforma del Titolo V della Costituzione. Con la sentenza 13 gennaio 2004 n. 14, il Giudice delle leggi, nel fissare i confini della nozione di *“tutela della concorrenza”* indicata dal nuovo art. 117 tra gli ambiti di intervento della potestà legislativa statale esclusiva, dopo aver chiarito che tale nozione riflette quella utilizzata a livello comunitario, ha affermato che essa non si limita a ricomprendere soltanto la disciplina *antitrust*, ma abbraccia anche tutti gli strumenti promozionali, in primo luogo gli interventi regolativi e le misure destinate a promuovere mercati concorrenziali.

Successivamente, la Corte Costituzionale ha riconosciuto la legittimità costituzionale all'art. 113 T.U.E.L., valorizzando quell'indirizzo giurisprudenziale che dà una lettura ampia della nozione di *“tutela della concorrenza”*, sul presupposto che, ancorché l'art. 113 T.U.E.L. contenga una disciplina promozionale della concorrenza, la *“configurazione della tutela della concorrenza ha una portata così ampia da legittimare interventi dello Stato volti sia a promuovere, sia a proteggere l'assetto concorrenziale del mercato”*.

Pertanto, l'intervento del legislatore statale che, sotto il titolo legittimante della tutela della concorrenza, introduca una puntuale disciplina promozionale in un settore economico è pienamente conforme al nuovo assetto costituzionale di riparto della competenza legislativa, a condizione però che gli interventi introdotti siano proporzionati ed adeguati al fine che si intende realizzare.

All'ente locale risulta attribuita una nuova funzione regolatoria⁵²⁶ quale emerge dalla complessiva regolamentazione della fattispecie: tale funzione, pretermessa dalla legislazione degli anni Novanta e valorizzata dalla riforma del 2001⁵²⁷,

⁵²⁶ Va ribadito che con la dizione "funzione" regolatoria ci si riferisce ad un ampio spettro di interventi del soggetto pubblico diretti a garantire il regime di doverosità del servizio e che possono spaziare dall'imposizione di un regime di concorrenza per il mercato strutturato sull'atto di affidamento all'adozione di più blande misure, dirette comunque ad assicurare l'erogazione di prestazioni secondo un determinato ritmo qualitativo, quantitativo e tariffario: ci si riferisce in sostanza alla più volte evidenziata contrapposizione fra *provider* e *producer*. Polarizzando l'attenzione su tali aspetti peculiari della regolazione nell'ambito dei pubblici servizi, che assume quindi una connotazione differente rispetto agli altri contesti ordinamentali, sembra possibile evitare il pericolo di quell'eccessiva dilatazione del concetto di pubblico servizio che è stata sottolineata da E. SCOTTI, *Il servizio pubblico. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, cit., p. 328: "il riferimento alla regolazione al fine di piegare l'intera metamorfosi dei tradizionali servizi pubblici finisce, come si è notato a proposito della nozione di servizio pubblico in senso oggettivo, per determinare l'eccessiva dilatazione del concetto e la perdita della sua rilevanza giuridica".

⁵²⁷ Come rilevato in dottrina G. NAPOLITANO, *Regolazione o programmazione nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Riv. giur. quad. pubbl. serv.*, 2002, p. 27) anche nel quadro della l. n. 448/2001 la funzione dell'ente locale non poteva comunque definirsi esclusivamente regolatoria: il nuovo ruolo disegnato per l'ente locale, per come era stato concretamente strutturato, era caratterizzato dalla presenza di rilevanti spazi gestionali riservati al soggetto pubblico, che manteneva un ruolo attivo tanto nella gestione delle reti quanto, almeno per tutto l'arco del periodo transitorio, nella fase erogativa in senso stretto. Sulla progressiva contrazione dell'estensione dell'ambito del "pubblico" come attività e la correlata implementazione della funzione di regolazione (soprattutto a livello di disciplina dei servizi a carattere nazionale), cfr. M. DUGATO, *La*

permane comunque elemento caratterizzante anche dell'attuale disciplina, ancorché quest'ultima riveli una certa commistione con forme di intervento pubblico sul mercato⁵²⁸.

4.15. La convenzionalizzazione del servizio pubblico.

L'apertura alla contendibilità del mercato dei servizi comporta la modifica dei rapporti tra pubblici poteri ed operatori privati, con particolare riguardo alla configurazione del contratto di servizio pubblico: le funzioni amministrative di direzione e programmazione tradizionalmente svolte dall'ente locale si trasformano in attività di diritto comune, volte come tali alla regolazione ed al controllo del corretto svolgimento delle transazioni economiche.

Ed infatti il contratto di servizio si configura quale strumento principe della funzione regolatoria nell'ambito della nuova disciplina dei servizi pubblici locali: il ricorso a tale strumento negoziale⁵²⁹, dapprima previsto soltanto per alcune categorie di servizi dalle normative di settore, risulta ora esteso, per

riduzione della sfera pubblica?, in *Dir. amm.*, 1/2002, p. 169 ss.; S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti fra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 393.

⁵²⁸ Un primo indice normativo può essere rinvenuto nel comma 14 dell'art. 35 legge n. 448/2001 (tuttora vigente) il quale stabilisce che, nell'esercizio delle proprie competenze, gli enti locali individuano gli standard di qualità e determinano le modalità di vigilanza e controllo delle aziende esercenti i servizi pubblici.

⁵²⁹ È prevista infatti la stipulazione di contratti di servizio non solo per regolamentare i rapporti tra ente locale e le società di gestione delle reti, degli impianti e delle dotazioni, e tra ente locale e le società di gestione del servizio (art. 113, co. 11 T.U.E.L.); ma anche tra le stesse parti (ente locale, soggetto proprietario e soggetto gestore), nel caso in cui le reti e gli impianti siano di proprietà di un soggetto diverso dall'ente locale (art. 113 co. 14 T.U.E.L.). Infine, tale strumento è chiamato anche a disciplinare i rapporti tra soggetto gestore del servizio e comuni con popolazione inferiore ai cinquemila abitanti, nel caso di

l'assolvimento di funzioni di tipo regolativo od organizzativo, alla generalità dei servizi pubblici locali, ivi compresi quelli privi di rilevanza economica⁵³⁰.

Nel contratto di servizio non si perpetua quindi il tradizionale istituto della concessione⁵³¹: nell'attuale contesto infatti l'ente locale svolge infatti una funzione di regolazione per garantire l'universalità e continuità dell'erogazione del servizio secondo condizioni – qualitative ed economiche – socialmente accettabili.

Ed un siffatto obiettivo, sulla scorta della *mens legis* emergente dal dato normativo, può essere realizzato sia per il tramite dell'intervento diretto sul mercato a mezzo di società partecipata, sia attraverso l'esternalizzazione della

gestione associata del servizio per ambiti territoriali di dimensione sovracomunale ai sensi dell'art. 35 co. 6 legge n. 448/2001.

⁵³⁰ Per i servizi privi di rilevanza economica, il comma quinto dell'art. 113 - bis T.U.E.L. - ora non più vigente per effetto della sentenza n. 272/2004 della Corte Costituzionale - riservava al contratto di servizio il compito di regolare i rapporti tra l'ente ed i soggetti erogatori del servizio privo di rilevanza economica.

⁵³¹ Cfr. D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 117; M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit, p. 113; G. CAIA – S. COLOMBARI, *Regolazione amministrativa e mercato interno del gas naturale*, cit., p. 363, ove la problematica è esaminata in specifico riferimento al contratto di servizio previsto nella fase di distribuzione del gas naturale. Per la tesi del contratto di servizio quale accordo ad oggetto pubblico disciplinato dall'art. 11 legge n. 241/1990, A. ROMANO TASSONE, *Il contratto di servizio*, in *Dir. trasp.*, 1998, p. 616. Secondo E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, cit., p. 197, nell'attuale contesto sarebbe la concessione stessa a dover essere qualificata quale vero e proprio contratto di servizio. Di contrario avviso è invece G. SEVERINI, *L'affidamento dei servizi pubblici locali, caratteri e procedure*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2003, p. 179 secondo il quale il conferimento andrebbe qualificato quale vero e proprio provvedimento amministrativo di concessione “cui solo accede a norma del comma 70 del nuovo art. 113 un contratto pubblicistico) di servizio, e le cui vicende successive sono quelle proprie del provvedimento amministrativo e non quelle del contratto, a partire dalla praticabilità

gestione del servizio; in quest'ultimo caso l'atto di affidamento andrà a costituire lo strumento per mezzo del quale l'ente pubblico investe un soggetto imprenditoriale della funzione allocativa, senza che si realizzi alcun trasferimento di compiti o funzioni di cui il primo sia titolare in via esclusiva⁵³².

È stato d'altronde sottolineato⁵³³ che nella novellata versione dell'art. 113 T.U.E.L. non è espressamente prevista alcuna intermediazione di atti autoritativi in relazione al conferimento della gestione del servizio né, d'altra parte, vengono contemplati veri e propri poteri pubblicistici di indirizzo e programmazione.

Le formule organizzative dell'amministrazione di prestazioni, nell'ambito della quale si registra la significativa presenza del contratto di servizio, si collocano tra le aree maggiormente interessate dalla tendenza alla contrattualizzazione, alveo naturale nel quale si innesta la complessità tipica dei procedimenti pubblicistici che si sovrappongono ed incidono su rapporti di diritto privato.

L'impiego del contratto di servizio riflette pertanto la tendenza a compendiare entro lo schema contrattuale i più pregnanti profili concernenti la gestione del pubblico servizio e parallelamente a far confluire nell'alveo dei rapporti paritari posizioni giuridiche talora profondamente differenziate⁵³⁴.

4.15.1. Il contratto di servizio quale modulo di amministrazione consensuale.

di atti unilaterali di secondo grado, cioè di autotutela, da parte dell'amministrazione conferente”.

⁵³² A. PERICU, *Impresa ed obblighi di servizio pubblico*, cit., p. 109.

⁵³³ M. MAZZARELLI, *Il nuovo assetto dei servizi pubblici locali*, cit., p. 30.

⁵³⁴ Cfr. S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, cit., p. 35.

Il contratto di servizio, quale accordo tra Pubblica Amministrazione ed i singoli operatori economici, rappresenta la più significativa concretizzazione del modulo amministrativo consensuale, in contrapposizione alle tradizionali forme di esercizio unilaterale dell'azione amministrativa⁵³⁵.

La natura giuridica del contratto di servizio risulta per vero tuttora incerta, oscillando tra i due estremi della concessione di pubblico servizio⁵³⁶ ed il contratto di diritto privato⁵³⁷.

Infatti, qualora si individuasse nel rapporto derivante dal contratto di servizio una preponderante componente pubblicistica o autoritativa, nel solco della tesi tradizionale relativa al fenomeno delle concessioni di pubblico servizio⁵³⁸, sarebbe coerente dedurne l'afferenza all'ambito dei poteri di vigilanza e controllo piuttosto che alla categoria del negozio accessivo all'atto

⁵³⁵ Come sottolineato da P. CERBO, *Modelli convenzionali nell'organizzazione amministrativa*, in E. FERRARI (a cura di), *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, Torino, 2003, p. 267 ss..

⁵³⁶ In questa prospettiva il contratto di servizio avrebbe natura di accordo amministrativo, in quanto si tratterebbe di un accordo sostitutivo di provvedimento destinato a seguire l'eventuale concessione contenente l'investitura alla gestione: posizione originariamente espressa da A. ROMANO TASSONE, *Il contratto di servizio*, cit., p. 613 ss., e successivamente ripresa da G. E. BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, cit., p. 140 ss..

⁵³⁷ Ricostruisce l'istituto in chiave di accordo amministrativo A. ROMANO TASSONE, *Il contratto di servizio*, in *Dir. trasp.*, cit., p. 613 ss.. *Contra*: M. CAMMELLI - A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, II ed., Rimini, 1999, p. 221; M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, cit., p. 2627 ss.; F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, cit., p. 119 ss.; A. MOZZATI, *Il contratto di servizio nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 739 ss.; G. NAPOLITANO, *Regolazione o programmazione nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali?*, cit., p. 29 ss.; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, p. 164 ss..

⁵³⁸ Per tutti, esaustivamente, R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998.

amministrativo-traslativo; laddove invece si collocasse l'istituto in esame nel solo ambito civilistico, tali poteri dovrebbero configurarsi alla stregua di mezzi di attuazione della causa contrattuale, ricollegandosi funzionalmente all'autonomia privata più che alla sovraordinata efficacia del provvedimento amministrativo.

La questione della natura giuridica del contratto di servizio ridonda anche sul piano delle modalità con cui la Pubblica Amministrazione potrà concretamente perfezionare ed implementare l'efficacia socio-economica di questo strumento di gestione e regolazione dei servizi pubblici locali, posto che il prediligere eventuali profili pubblicistici della fattispecie condurrà inevitabilmente a riconoscere un crescente peso all'attività provvedimentale, mentre un approccio sostanzialmente privatistico condurrà necessariamente, in linea con le moderne tendenze della scienza giusamministrativistica, a ricercare sul piano dell'autonomia privata i meccanismi di riequilibrio più opportuni⁵³⁹.

La consacrazione normativa - oltre che giurisprudenziale e dottrinale - della nozione oggettiva di servizio pubblico, in correlazione con la liberalizzazione delle attività economiche di interesse generale, si è progressivamente tradotta, sul piano dello strumentario giuridico, nel tramonto dell'istituto della concessione di pubblico servizio e correlativamente nell'affermazione del modulo negozial-privatistico⁵⁴⁰.

⁵³⁹ La fonte comunitaria della fattispecie in oggetto è riconosciuta in dottrina: M. RAMAJOLI, *Concessioni di pubblico servizio e diritto comunitario. Autonomia e responsabilità degli Stati membri nei confronti del disegno liberalizzatore comunitario*, in *Dir. amm.*, n. 4, 1993, p. 579 e ss..

⁵⁴⁰ Invero, attenta dottrina non ha mancato di sottolineare che già in precedenza il diritto dei servizi locali contemplava concessioni attribuite mediante la stipulazione di contratti senza il concorso di alcuna fattispecie provvedimentale: a tal riguardo cfr. P. PICONE, *I temi generali del diritto amministrativo*, cit., pp. 345 e 459.

Con riguardo al contratto di servizio si è parlato in particolare di contratto di diritto pubblico⁵⁴¹, sul presupposto che “*tutela degli interessi pubblici nei confronti delle società a vario titolo erogatrici di servizi di vitale importanza per la collettività non può essere affidata all’esclusivo esercizio di pubbliche potestà attraverso lo strumento autoritativo del provvedimento*”⁵⁴².

Sarà quindi la causa concreta del contratto ad attribuire rilevanza giuridica agli interessi generali connessi all’erogazione del servizio, fornendo nel contempo i parametri sulla base dei quali giudicare la conformità dei comportamenti attuati dalle parti in relazione al concordato programma negoziale: l’effettività della tutela dell’interesse pubblico dedotto nel contratto di servizio potrà allora essere meglio garantito attraverso la predisposizione di un contenuto negoziale il più possibile preciso ed univoco, risultando financo ultroneo il ricorso all’atto amministrativo in funzione integrativa.

L’attuazione degli interessi ricollegabili all’erogazione dei servizi pubblici si svolge quindi, eccettuata la fase dell’evidenza pubblica, interamente entro l’ambito del rapporto contrattuale privatistico.

⁵⁴¹A tal proposito si segnala in particolare S. MORELLI, *In tema di contratti e accordi tra il privato e la pubblica amministrazione, e di riparto della giurisdizione*, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1888 e ss., che delinea la distinzione tra i contratti di diritto pubblico ed accordi endoprocedimentali di cui all’art. 11 legge 7 agosto 1990, n. 241. In precedenza, sotto il precipuo profilo civilistico, L. V. MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988, p. 69 e ss..

⁵⁴² Così, incisivamente, A. CATRICALÀ, *La tutela privatistica degli interessi pubblici nei confronti delle public companies*, in *Rass. giur. en. el.*, 1999, p. 749 e ss., il quale tuttavia sembra prendere le distanze dalla teorizzazione del contratto di diritto pubblico e preferisce discorrere di contratto tra privati *tout court*.

La teorica⁵⁴³ dei contratti stipulati dalla Pubblica Amministrazione con i privati per l'adempimento dei compiti ad essa facenti capo in via istituzionale ha posto in luce con chiarezza che essi sono da iscriverne a pieno titolo nel paradigma normativo di cui all'art. 1321 cod. civ., pur riscontrandosi dei profili di peculiarità in relazione ai riflessi della patologia del prodromico provvedimento amministrativo, conclusivo della fase ad evidenza pubblica, sulla validità dell'atto negoziale, oppure in relazione ai poteri di cui è titolare il contraente istituzionale nella fase di esecuzione di questo⁵⁴⁴.

Il contratto di servizio, pertanto, può essere qualificato come un normale accordo⁵⁴⁵ con cui le parti costituiscono tra loro un rapporto giuridico patrimoniale, con la conseguente applicabilità dell'ordinaria disciplina di diritto comune⁵⁴⁶.

⁵⁴³ Tra i vari, A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1999, spec. p. 604; L. V. MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, cit., p. 76.

⁵⁴⁴ È il caso ad esempio del potere di recesso espressamente previsto dall'art. 21 - *sexies* della legge n. 241/1990.

⁵⁴⁵ A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001, p. 456, parla di "negozio di tipo contrattuale con il quale le parti, per la reciproca convenienza, realizzano uno scambio corrispettivo"; nello stesso senso anche A. PIEROBON, *Il contratto di servizio tra le amministrazioni e il soggetto gestore nei servizi pubblici locali*, in *Il diritto della Regione*, 2000, p. 857 e ss., ancorché solo implicitamente attraverso il richiamo dei concetti di inadempimento contrattuale, di penale e di corrispettivo.

⁵⁴⁶ A tal proposito non si ritiene di condividere la tesi dottrinale (da ultimo, I. FRANCO, *Gli strumenti di tutela nei confronti della Pubblica Amministrazione*, Padova, 2003, p. 609), che identifica il contratto di servizio con l'accordo previsto e disciplinato dagli artt. 11 e 15 della legge 241/1990: anche a prescindere dalla stessa controversa natura giuridica di questo strumento di partecipazione del privato al procedimento amministrativo, si ritiene che non si possa connotare il contratto di servizio quale accordo sostitutivo di provvedimento proprio sul presupposto della mancanza di un previo procedimento

Si può dire ancora che esso è un contratto consensuale a prestazioni corrispettive, in considerazione del fatto che ordinariamente a carico della Pubblica Amministrazione – quale altro elemento differenziale rispetto alla tradizionale concessione – è previsto un corrispettivo parametrato all'onerosità degli obblighi di servizio posti a carico dell'impresa erogatrice.

Il provvedimento autoritativo non rappresenta quindi più lo strumento esclusivo di realizzazione dell'interesse pubblico: l'art. 1 co. 1-*bis* legge n. 241/1990, introdotto dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15, sancisce infatti il principio per cui la Pubblica Amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente.

Tale disposizione riconosce alla Pubblica Amministrazione la facoltà di curare l'interesse pubblico instaurando rapporti di carattere privatistico con i soggetti interessati, in alternativa all'utilizzo dello strumento procedimentale e del provvedimento unilaterale, determinando l'assoggettamento della Pubblica Amministrazione alle norme civilistiche e riconoscendo alla stessa, altrettanto implicitamente, capacità negoziale⁵⁴⁷.

L'art. 1-*bis* della legge n. 241/1990 assimila il rapporto paritetico a quello di matrice autoritativa tra Amministrazione e privati, sancendo l'equivalenza, nell'esercizio della funzione pubblica, del negozio giudizio di diritto privato rispetto al provvedimento amministrativo. Il potere di autonomia privata affianca

amministrativo, difettando quindi il presupposto applicativo rappresentato dalla sussistenza di una fattispecie provvedimentale.

⁵⁴⁷ Ciò, però, con un duplice, naturale, limite, rappresentato dall'adozione degli atti di natura autoritativa – per i quali continuano a trovare applicazione le norme di diritto pubblico e dalle disposizioni di legge che precludono l'accesso allo strumento negoziale.

la potestà amministrativa tra gli strumenti generali di azione della Pubblica Amministrazione.

La norma, infatti, sembra ribaltare il principio in base al quale il modulo privatistico di esercizio dell'azione amministrativa avrebbe carattere meramente eccezionale, giacché essa preclude in via ordinaria il ricorso allo strumento paritetico nel solo caso di esercizio di poteri autoritativi e nelle ipotesi espressamente escluse dalla legge.

E laddove una scelta tra provvedimento e contratto non sia tecnicamente possibile, in quanto la produzione dell'effetto giuridico rientra nella esclusiva disponibilità dell'Amministrazione, la norma in esame consente comunque di reinterpretare gli istituti del diritto amministrativo in chiave privatistica, tanto da poter condurre a qualificare la determinazione amministrativa non più come atto o provvedimento amministrativo bensì, a seconda dei casi, come atto giuridico in senso stretto o come negozio giuridico.

In generale, può dirsi che la disposizione in parola consacra la cosiddetta l'attività amministrativa di diritto privato, ossia la possibilità di svolgere attività amministrativa in senso proprio, intesa come cura concreta di interessi pubblici, attraverso negozi giuridici, elevando l'autonomia privata a strumento ordinario dell'azione amministrativa.

L'agire secondo le norme del diritto privato implica una rinuncia, da parte del pubblico, alla funzione nella nota accezione benvenutiana⁵⁴⁸, non all'agire funzionale inteso come necessario perseguimento dei fini istituzionali indicati dalla legge anche nelle forme proprie dell'autonomia negoziale e come necessaria conformità del negozio all'interesse pubblico normativamente predeterminato.

⁵⁴⁸ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 20.

4.15.2. La doverosità del regime di fornitura del servizio: una necessaria alterazione dell'autonomia contrattuale?

Il contratto di servizio svolge un ruolo centrale nell'ambito dell'assetto organizzativo dei pubblici servizi, assurgendo a fondamentale strumento per la disciplina dei rapporti con le società di gestione con peculiare riguardo alla determinazione dei livelli dei servizi da garantire e delle modalità di verifica dei risultati raggiunti⁵⁴⁹.

Ne discende che il contratto di servizio presenterà un contenuto ulteriore e diverso rispetto alla mera definizione esecutiva di un rapporto negoziale: esso, infatti, tendenzialmente dovrà non solo disciplinare gli standard di servizio da garantire e la durata dell'affidamento, ma dovrà altresì specificare lo stesso oggetto del rapporto di servizio, da un lato pianificando le attività e gli interventi, dall'altro gli obblighi reciproci del gestore e dell'Amministrazione, con particolare attenzione anche ai profili economici del rapporto⁵⁵⁰.

⁵⁴⁹ Parimenti, in riferimento ai servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale, l'art. 113-bis prevede, al comma 5, che *"i rapporti tra gli enti locali ed i soggetti erogatori dei servizi di cui al presente articolo sono regolati da contratti di servizio"*. Con riguardo alle normative di settore è opportuno rilevare che in tema di trasporti pubblici locali gli artt. 17 e 19 del d.lg. 19 novembre 1997, n. 422 demandano ai contratti di servizio la determinazione delle compensazioni economiche previste a fronte dell'imposizione di obblighi di servizio, oltre alla fissazione delle caratteristiche qualitative quantitative e tariffarie delle prestazioni offerte e alla previsione di sanzioni in caso di inadempimento; di analogo tenore è l'art. 14 D. Lgs. 23 maggio 2000, n. 164 in materia di attività di distribuzione del gas naturale, così come in tema di servizio idrico la L. 5 gennaio 1994, n. 36 prevede all'art. 11 la disciplina di convenzioni fra ente locale e soggetto gestore, che, ancorché differentemente denominate, possono essere ricondotte, visti i relativi contenuti, al medesimo *genus* del contratto di servizio

⁵⁵⁰ Come espressamente previsto dal comma 11 dell'art. 113 T.U.E.L., il contenuto del contratto di servizio conterà necessariamente di una parte obbligatoria costituita dalla

Il contenuto indefettibile e perspicuo del contratto di servizio — in quanto diretta espressione del carattere essenziale delle prestazioni di cui è ritenuto necessaria l'erogazione a favore della collettività — è costituito da una serie di standard di fornitura del servizio: accanto al riferimento alla continuità e ad un'elevata qualità del servizio, all'accessibilità delle tariffe, alla tutela degli utenti e dei consumatori⁵⁵¹, la normative di settore individuano requisiti ulteriori, quali la sicurezza dell'approvvigionamento⁵⁵², la tutela ambientale, la regolarità, la capacità connessi alla specificità del mercato considerato.

In ciò si sostanzia quel peculiare regime di doverosità che connota l'attività di servizio pubblico e che risponde all'elementare esigenza di assicurare una fornitura di servizi di interesse generale senza interruzioni, con un livello qualitativo del servizio elevato e dinamicamente ancorato ai bisogni della collettività.

E tali esigenze di pubblico interesse, di tralucendosi concretamente in caratteristiche e modalità di fornitura del servizio, assurgono ad elemento causale del contratto, venendone ad esprimere obiettivamente la funzione⁵⁵³.

previsione dei livelli di servizio da garantire e dalla definizione degli strumenti di controllo sul rispetto di tali livelli.

⁵⁵¹ Cfr, per tutti il punto 49 del Libro Verde sui servizi di interesse generale, 2003, cit. ed i pi ti 55, 57, 60 e 62 che descrivono, rispettivamente, i concetti di continuità, qualità del servizio, accessibilità delle tariffe, tutela degli utenti e dei consumatori.

⁵⁵² Si veda la direttiva 2003/54/CE relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, la sicurezza dell'approvvigionamento e più in generale il requisito della sicurezza, compaiono altresì nella direttiva 2003/55/CE relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale.

⁵⁵³ Sul tema A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 509; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982; M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996.

La fornitura del servizio da parte del gestore secondo un regime di doverosità, assume nel sinallagma contrattuale rilievo corrispettivo rispetto all'affidamento dell'erogazione ed all'eventuale remunerazione da parte dell'Amministrazione.

La conseguenza è che la funzione economico-sociale del contratto di servizio non si esaurisce nell'ottenere che un operatore economico preli il servizio verso la corresponsione di un prezzo — versato direttamente dall'amministrazione o dall'utenza — ma include altresì il raggiungimento nella gestione di determinati elementi qualitativi e quantitativi.

La convenzionalizzazione del servizio pubblico marca patentemente la transizione del cittadino dalla condizione di amministrato, che è soggetto al potere altrui, a quella di co-amministrante, di partecipe all'enucleazione del bene comune: con lo strumento negoziale, infatti, l'amministrazione provvede alla cura degli interessi affidati, negoziandone l'attuazione con i cittadini coinvolti dalla sua azione.

Alla contrapposizione tra pubblico e privato, fatalmente destinata a risolversi con l'annichilimento del secondo in conseguenza della violenta sovrapposizione del primo, si sostituisce un autentico rapporto di interrelazione dialettica nella tensione verso il bene comune⁵⁵⁴.

Viceversa nella prospettiva geometrica, tra questi due ambiti non è postulata alcuna possibilità di relazione: il pubblico esercita il controllo del conflitto sociale — cagionato dall'ontologica anomia dei singoli — sovrapponendo meccanicamente ed artificialmente la propria volontà a quella dei singoli

⁵⁵⁴ L'interesse pubblico non è da intendersi quale interesse soggettivo dell'Amministrazione, e pertanto veicolo di disparità nei rapporti contrattuali tra le parti

individui, avviluppati entro se stessi ed incapaci di conformarsi ad una regola che non sia loro coattivamente imposta dal soggetto pubblico in forza del contratto sociale.

Tale anomia individuale rende infatti ineluttabile l'eteronoma regolamentazione delle relazioni sociali⁵⁵⁵, riducendo l'interesse pubblico una mera parusia della volontà sovrana, cui la Pubblica Amministrazione dà potestativamente attuazione.

Viceversa, l'adozione dello schema contrattuale, intrinsecamente bilaterale e paritario, consente l'instaurazione di un confronto dialettico tra la parte pubblica e quella privata in ordine alle modalità di raggiungimento degli obiettivi propri dell'associazione societaria, onde non pare che possa configurarsi alcuna specialità di regime a favore della Pubblica Amministrazione, la quale deve conseguentemente ritenersi assoggettata al diritto dei contratti, un diritto cioè comune a quanti si accordano per costituire modificare o estinguere un loro rapporto giuridico.

contraenti, quanto piuttosto interesse alieno rispetto alla stessa Amministrazione, poiché nella titolarità della collettività amministrata.

⁵⁵⁵ T. HOBBS, *Leviathan*, II: "il solo modo per dar vita alla costituzione di un potere comune capace di difendere gli uomini dalle invasioni degli altri popoli e dalle reciproche ingiurie, ed insomma di garantire la loro sicurezza [...] consiste nell'investire di tutto il proprio potere e di tutta la propria forza un uomo o assemblea di uomini che sia in grado di ridurre tutte le varie opinioni, per mezzo della pluralità di voti, ad una sola volontà; il che è come dire di dare incarico ad un uomo o assemblea di uomini di rappresentare la persona dei singoli cittadini e riconoscersi, ciascuno per quanto riguarda se stesso, come l'autore di qualsiasi cosa che colui che è stato eletto a rappresentarli farà, o farà in modo che venga fatta, in quelle cose che conservano la

CONCLUSIONI

VERSO UNA NUOVA DIMENSIONE DEL SERVIZIO PUBBLICO

Il complessivo assetto dei servizi pubblici locali è stato oggetto, negli anni recenti, di reiterati interventi di riforma che ne hanno mutato radicalmente la configurazione nell'ambito del più ampio processo di rifondazione delle istituzioni con particolare riguardo alle modalità ed ai limiti di intervento di queste ultime in ambito socio - economico.

Fattore propulsivo del complesso mutamento del complessivo quadro ordinamentale deve essere individuato nel processo di integrazione europea, che ha determinato il superamento del modello di matrice dirigitica del sistema economico delineato dalla Carta costituzionale, con la conseguente privatizzazione di molti settori dell'economia, in precedenza gestiti, direttamente od indirettamente, dall'autorità pubblica, anche nella veste di ente erogatore del servizio⁵⁵⁶.

È dunque nell'ambito di questa nuova valenza dell'intervento pubblico in ambito economico, estrinsecantesi nelle forme del diritto regolatorio e del diritto concorrenziale, che deve essere rimeditata la nozione stessa di servizio pubblico.

Anche all'esito delle più recenti novelle legislative, si è infatti affermata una nuova concezione di servizio pubblico locale quale attività economica svolta

pace e la sicurezza comune, ed in questo, ridurre le proprie volontà alla volontà di lui, ed i loro giudizi al giudizio di esso".

⁵⁵⁶ Nella prospettiva geometrica elaborata dal pensiero giuridico moderno, la compagine statale si configura alla stregua di "un gestore diretto, dispensatore di beni, ingegnere sociale", corollario della teorica della sovranità, la quale ha condotto alla creazione di una struttura per la redistribuzione del reddito nazionale.

da imprese di diritto comune che operano in regime di concorrenza: il venir meno del regime di riserva pubblica in ordine all'espletamento del servizio pubblico, anche in conseguenza dell'adozione di modelli privatistici di gestione, implica che il servizio pubblico non è più configurabile quale attività economica sottratta al regime di mercato, retta come tale da una disciplina speciale fondata su una riserva di legge.

Nel nuovo assetto concorrenziale, infatti, anche nel caso di affidamento del servizio ad una società controllata dall'ente pubblico, i gestori dei servizi pubblici sono comunque imprese che operano secondo il diritto comune, senza discriminazioni o privilegi.

In questo contesto, in cui pubblico e privato appaiono complementari, più che antagonisti, gli interessi generali possono essere efficacemente perseguiti anche senza l'intervento diretto della Pubblica Amministrazione: a fronte infatti del normale esplicarsi delle regole di mercato, l'ente locale può intervenire soltanto laddove l'autonomia privata non consenta di soddisfare adeguatamente gli interessi della collettività.

Un pubblico servizio organizzato ed espletato secondo le regole del mercato *“costituisce l'effetto sostanziale del necessario collegamento del servizio con la società, anzi della sua derivazione da questa sul filo della conoscenza dei bisogni sociali da soddisfare”*⁵⁵⁷, in una prospettiva di valorizzazione del profilo comunitario dell'ente locale a discapito di quello autoritario, in una logica di sussidiarietà delle funzioni che sospinge il servizio pubblico verso il definitivo superamento delle proprie origini.

Il principio di sussidiarietà appare dunque in grado di determinare un nuovo equilibrio tra diritti sociali e libertà economiche, subordinando l'intervento

pubblico alla verifica dell'insufficienza dell'agire autonomo dei privati rispetto al soddisfacimento dei bisogni primari della collettività.

La possibilità di intraprendere autonomamente un'attività corrispondente alle esigenze generali del consorzio sociale implica necessariamente la valorizzazione dell'intrapresa privata, liberando anche nella sfera civica quelle energie sociali rese sterili dall'esercizio autoritativo del potere sovrano.

La gestione dei servizi da parte del singolo rivela che questi non è più considerato, come accadeva nel regime della riserva pubblica, mero fruitore delle prestazioni erogate dagli apparati pubblici, da cui dipendeva la realizzazione delle istanze della società civile: il principio di sussidiarietà segna, infatti, il passaggio dalla concezione monadica a quella autonomistica del singolo, anche per quanto concerne la vita economica.

All'idea di un singolo incapace di instaurare relazioni economiche stabili e durevoli, in quanto dominato dai propri mutevoli interessi, per cui l'ordine del mercato sarebbe necessariamente eteronomo, subentra la consapevolezza dell'idoneità del singolo ad ordinare la propria condotta.

Tale nuova antropologia segna il discrimine tra l'intervento sovrano, diretto a creare un ordine virtuale, e quello sussidiario che suscita e rafforza l'autonoma regolazione delle forze economiche.

E la sussidiarietà è consentanea al fenomeno dell'auto-amministrazione, in quanto il singolo può predisporre da sé il regolamento dei propri interessi, spettando alle istituzioni il compito di valutarne la rispondenza alle effettive esigenze organizzative del consorzio civile.

L'azione delle istituzioni si pone come sussidiaria rispetto all'operato autonomo dei soggetti, potendosi dispiegare solo se e nella misura in cui

⁵⁵⁷ G. BERTI, *I pubblici servizi tra funzione e privatizzazione*, in *Jus*, 1999, p. 873.

l'autoregolamento individuale contrasti o sia insufficiente alla cura degli interessi gestionali dell'associazione societaria.

In questo contesto, l'intervento pubblico si pone come sussidiario rispetto all'autoregolamento predisposto dalle parti interessate, integrandolo *in primis* con quanto appartiene alla normalità dell'operazione economica in esso rappresentata, dando così rilievo all'intrinseca valenza del rapporto instaurato: la legge interviene soltanto per supplire alle eventuali deficienze del regolamento individuale e per predisporre un modello cui le parti possano riferirsi nell'esercizio dell'autodisciplina dei propri interessi.

Si dà quindi vita, mediante l'oggettivazione della nozione di servizio pubblico (stante anche il venire meno del riferimento soggettivo alla titolarità pubblica quale criterio definitorio) ad un'attività di co-amministrazione, ad un'attività cioè organizzativa posta in essere in attuazione di quanto è considerato buono, giusto, essenziale per la vita comunitaria secondo la valutazione effettuata a livello politico.

Conseguentemente, la sussidiarietà, che assume una valenza delimitatrice rispetto all'estensione dell'ambito dell'intervento pubblico, stimola i singoli ad autoregolarsi nell'ambito del disegno politico della comunità, finalizzato al perseguimento del bene comune in vista dello sviluppo equilibrato dell'associazione comunitaria.

Non è però il Legislatore a decidere quali siano gli interessi e i bisogni da soddisfare, dato che gli spazi di auto-amministrazione, liberati dall'affermarsi della sussidiarietà, valorizzano la capacità individuale di attivarsi per il soddisfacimento delle esigenze amministrative della collettività cui il singolo appartiene.

L'operare della sussidiarietà restituisce alla legge una funzione teleologica, consentendo ai singoli di riappropriarsi dell'identificazione dell'interesse generale.

Si disvela così appieno la “*politicalità dell'agire individuale*”⁵⁵⁸, la capacità cioè del singolo di individuare quanto è opportuno, conveniente e necessario per la vita della comunità: traducendolo concretamente nell'agire economico, mediante la configurazione dell'assetto produttivo alla società la migliore allocazione delle risorse disponibili.

La sussidiarietà fa sì che le decisioni essenziali per la comunità siano assunte da coloro la cui vita è direttamente coinvolta dalla loro attuazione, competendo agli organismi societari di coordinare le varie iniziative individuali, emendandole od integrandole qualora appaiano inadeguate rispetto agli interessi ed ai bisogni dell'intera associazione societaria.

Le istituzioni pubbliche, chiamate a supplire alle insufficienze dei regolamenti autonomamente predisposti, sono legittimate ad intervenire sussidiariamente nel rispetto dell'autonoma regolazione dei cittadini, esercitando un compito di orientamento verso il bene comune che, dialetticamente individuato, consente l'attribuzione del proprio a ciascuno, prevenendo ed eventualmente reprimendo eventuali deviazioni⁵⁵⁹: tale intervento non avrà

⁵⁵⁸ Cfr. F. GENTILE, *Politicalità e positività nell'opera del legislatore*, Catanzaro, 1998.

⁵⁵⁹ F. GENTILE, *Il Diverso e il Comune*, in *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento politico*, cit., p. 187, icasticamente scrive che “*per poter riconoscere nell'intervento della comunità volto a moderare le intemperanze dei suoi membri non solo, e soltanto, l'ordinamento formale delle interferenze tra le azioni dei singoli calato dal l'alto del potere sovrano, ma la liberazione di ciascuno di essi dal condizionamento immediato dell'istinto e dell'appetito individuale, è necessario ammettere la presenza dell'eticità, ossia della disposizione al Bene, nel singolo uomo in quanto tale; sicché anche quando essa si realizza nella comunità non ha altra fonte da*

dunque valore costitutivo dell'utile sociale, il quale appunto sarà già stato oggetto di riconoscimento da parte dei singoli.

Di qui, il pieno dispiegarsi del processo di ordinamento giuridico in cui l'ordine economico si perfeziona in *ius*, che si impone alle singole pattuizioni in quanto integrativo delle stesse e non perché espressione di un potere capace di farsi valere⁵⁶⁰.

E l'autonomia soggettiva si proietta anche nel campo dell'esercizio della funzione amministrativa, elevando i privati a co-amministranti, con l'assunzione da parte dei singoli della responsabilità di individuare essi stessi l'utile generale⁵⁶¹.

Il ruolo sussidiario delle istituzioni si estrinseca come un orientamento della capacità di autoregolazione individuale dialetticamente proiettata verso il bene comune, inteso come il riconoscimento in comune del suo di ciascuno attraverso il confronto dialettico tra le diverse istanze individuali.

L'oggettivizzazione dell'amministrazione, attuata mediante l'equiordinazione tra il privato e pubblico, porta a concepire l'interesse pubblico come criterio o regola arbitrare fra più interessi, non potendo più essere

cui scaturire né altra sorgente a cui alimentarsi se non quella vena, sia pure scarsa e povera, che è in ogni singolo suo membro".

⁵⁶⁰ Ecco allora inverarsi il senso autentico della nozione di autonomia, la quale si pone "all'origine dell'ordinamento giuridico delle relazioni intersoggettive, inteso come modalità della comunicazione interpersonale, attuantesi attraverso l'obbedienza alle leggi variamente poste nella comunità politica" (F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità realtà*, cit., p. 41 sub art. 42).

⁵⁶¹ Solo in tal modo è possibile cogliere il senso autentico della politica, attraverso un processo di desoggettivizzazione, da intendersi quale "intelligenza della giusta misura: intelligenza di ciò che conviene, che è opportuno, che è necessario alla convivenza umana. Intelligenza di ciò che consente una vita equilibrata nella comunità": F. GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di stato*, cit., p. 38.

formalisticamente individuato in quello imposto astrattamente dallo Stato alla società, ma un esito dello stesso processo di vita sociale.

La sussidiarietà esprime l'armonica confluenza della società nello Stato, fondandosi su di un concetto relazionale di autonomia, che accomuna tutti i soggetti, tanto pubblici quanto privati, nel perseguimento dell'interesse generale.

Il risultato è l'emersione del reticolo di rapporti fra soggetti autonomi, all'interno del quale interesse generale e interesse individuale si identificano: ogni soggetto riceve e dà qualcosa agli altri in uno scambio che consente di realizzare le proprie esigenze mediante la soddisfazione dell'interesse collettivo, instaurando un'autentica comunicazione intersoggettiva.

Sotto il profilo teleologico, lo Stato si limita ad assicurare la parità delle armi, mirando cioè all'instaurazione del retto contraddittorio tra i cittadini, in modo da porli effettivamente in condizione di poter esercitare l'autonoma regolazione di cui sono ontologicamente capaci.

Il processo di ordinamento delle relazioni economiche non può che radicarsi nell'inclinazione del singolo a darsi da sé delle regole⁵⁶² e, correlativamente, l'intervento delle istituzioni di *“ortopedia del mercato”* deve trovare la sua giusta misura, tenendo conto di dover *“innestarsi in un processo che, prima e dopo di esso, si regge e si compie sulla base della capacità personale dell'autonomia”*⁵⁶³.

Del tutto in antitesi si pone la prospettiva geometrica, nella quale l'esclusivo fattore di ordine risiede nella volontà del detentore del potere sovrano

⁵⁶² PLATONE, *La Repubblica*, X, 431 a, ove si tratteggia la virtù della temperanza; ID, *Le Leggi*, I, 626 e, ove si legge che *“il vincere se stessi è la prima e la più bella di tutte le vittorie”*, per la famiglia, per la città e lo Stato, oltretutto per il singolo stesso.

⁵⁶³ F. GENTILE, *Ordinamento giuridico. Tra virtualità e realtà*, cit., p. 64.

e l'interesse pubblico è meramente funzionale all'esercizio del controllo sociale da parte dello Stato, mediante il monopolio legale della forza rispetto all'anomica massa dei consociati. Tra questi due ambiti non può sussistere alcun rapporto che non si articoli in termini di mera violenza, creandosi uno iato⁵⁶⁴ tra l'operare dei singoli agenti economici, presupposti incapaci di disciplinarsi da sé, che conduce ad identificare l'ordine delle relazioni intersoggettive con la volontà del sovrano, quale unico modo per creare una regolarità - quella artificiale imposta dalla legge - laddove vi sarebbe soltanto anomia.

Ma il dispiegarsi della sussidiarietà evelle tale ordinamento a-relazionale, trasmutando la legge, da strumento dell'eteronomia sovrana sui singoli consociati, a un intervento *ad adiuvandum*, stimolatore della ontologica propensione dell'individuo alla regolarità sublimantesi nell'identità comunitaria.

Tale evoluzione ridonda sul piano ordinamentale nel passaggio da forme dirette di intervento pubblico nell'economia a forme in cui la Pubblica Amministrazione non si limita a concedere la gestione dell'attività ai privati, ma abdica dalla stessa titolarità del servizio, riservando in capo a sé esclusivamente funzioni di regolazione, indirizzo e controllo da esercitare in relazione all'assetto di interessi configurato autonomamente dagli operatori economici: l'intervento diretto da parte delle istituzioni pubblico potrà essere dispiegato solo nel caso di imperfezione dell'autonomo ordinamento delle relazioni intersoggettive, estrinsecandosi comunque nell'assunzione di misure limitative ed emendative, da esercitarsi in contraddittorio con gli interessati⁵⁶⁵.

⁵⁶⁴ Così L. FRANZESE, *Ordine economico e ordinamento giuridico*, cit., p. 13.

⁵⁶⁵ G. BERTI, *Interpretazione Costituzionale – Lezioni di diritto pubblico*, IV ed., Padova, 2001, pp. 174 – 175: “regolare il mercato non è mai un'attività esclusiva ed imperativa del potere politico: occorre in ogni caso, per definizione, la collaborazione dell'ambiente, vale a dire la contrattazione o l'accettazione delle regole politiche, rigenerate nella loro

Laddove quindi l'iniziativa economica privata sia in grado di intervenire nel settore, una volta stabilito che una determinata attività risulta di interesse generale e che è concretamente e autonomamente svolta da soggetti privati, i pubblici poteri non potrebbero porre in essere interventi diretti sul mercato, a meno di non dimostrare che l'attività liberamente esercitata non sia in grado di garantire la regolarità, la continuità, l'accessibilità, l'economicità e la qualità dell'erogazione.

D'altra parte, stante il carattere di doverosità che connota l'attività di servizio pubblico, l'intervento dei pubblici poteri non può essere circoscritto all'introduzione di misure derogatorie al regime concorrenziale, ma va più ampiamente considerato come somma di interventi di natura e grado diversi, riconducibili all'utilizzo di strumenti di regolazione e conformazione dell'attività privata in un determinato settore in relazione al quale il soggetto pubblico assume la garanzia di determinati obblighi di risultato nei confronti degli utenti (e tale garanzia si struttura, nei confronti dei privati operanti sul mercato, quale vincolo per gli stessi a svolgere l'attività e soddisfare la domanda futura).

Funzione della regolazione è dunque quella di orientare il libero gioco delle forze del mercato verso il bene comune, attraverso un processo dialettico di mediazione tra i contrapposti interessi, il quale necessariamente valorizza la capacità di autoregolazione degli operatori privati, segnando il passaggio dal tradizionale diritto pubblico dell'economia ad un emergente "*diritto sociale dell'economia*".

Sotto il profilo più strettamente operativo, ciò significa che in fase di qualificazione e di assunzione del servizio, l'ente locale non potrà limitarsi ad

efficacia dalla prassi effettiva del mercato, al punto che divengono anch'esse fattore di autodisciplina".

operare una valutazione in ordine alla sussistenza di un interesse generale, ma dovrà altresì rilevare l'insufficienza o l'inefficienza di certi servizi erogati dai privati ovvero la necessità di garantire tariffe o finalità sociali che l'impresa non potrebbe assicurare, estrinsecando le ragioni che giustificano la gestione dell'attività da parte dell'Ente.

Tale regime di doverosità imposto dai pubblici poteri non può essere realizzato mediante l'imposizione unilaterale di obblighi di servizio a carico delle imprese, ma rende necessaria l'adozione di strumenti convenzionali o comunque di atti di consenso da parte degli operatori privati.

In questo contesto viene a svolgere un ruolo fondamentale il contratto di servizio: fattispecie nella quale la funzione di garanzia assolta dall'apparato pubblico finisce per assumere una valenza ulteriore, andandosi a selezionare soggetti determinati cui affidare (o con i quali comunque contrattare) l'assunzione degli specifici obblighi ritenuti necessari all'assolvimento della missione affidata, solo eventualmente da compensare con misure di intensità e tipologia variabile, dagli aiuti di Stato alla concessione di diritti speciali od esclusivi.

In definitiva, quindi, pur a fronte di talune incongruenze conseguenti alla magmatica e cangiante produzione normativa, il servizio pubblico, in una prospettiva di co-amministrazione tra pubblico e privato, non si esplicherà più mediante un intervento pubblico in termini di pura sovranità, e quindi di assolutezza del soggetto pubblico, ma recependo i meccanismi autoregolativi messi in atto dalla società civile, pervenendo ad un effettivo equilibrio di interessi economici e coesione sociale.

BIBLIOGRAFIA

ABBAMONTE A., *Profili costituzionali della gestione dei servizi pubblici locali a mezzo di società per azioni*, in *Studi in onore di Elia*, tomo I, Milano, 1999

ACQUARONE G., *La scelta del socio privato di minoranza nelle società miste di gestione dei servizi pubblici locali*, e in *Rass. Giur. En. El.*, 1998, 2-3, p. 525 ss.

ALBERTI C., *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 495 ss.

ALBERTI C., *L'affidamento in house dei servizi pubblici locali*, in *Econ. dir. terz.*, 2003, p. 589 ss.

ALESSI R. - OLIVERI G., *La disciplina della concorrenza e del mercato*, Torino, 1991

ALESSI R., *Le prestazioni amministrative rese ai privati. Teoria generale*, Milano, 1956

ALLAMPRESE A., *Aiuti di Stato e Corte di giustizia: osservazioni a partire dal caso Ente poste italiane*, in *Riv. giur. lav.*, 1999, II, p. 499

ALPA G. - CARULLO A. - CLARIZIA A., *Le s.p.a. comunali e la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, 1998

ALPA G., *Diritto privato e diritto pubblico. Una questione aperta*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, I, Milano, 1998

ALPA G., *La cd. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 1999

ALPA G., *Strumenti privatistici cd esigenze economiche. Ipotesi sintomatiche di interventi correttivi, adesivi o distorsivi delle regole del mercato*, in *Contr. impr.*, 1989

AMATO G., *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997

AMATO G., *Il governo dell'industria in Italia*, Bologna, 1972

AMATO G., *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 1, p. 10

AMMANNATI L., *Concorrenza e regolazione tra Stato e regioni, relazione al Convegno Stato e Regioni dopo la Legge Costituzionale n. 3/2001*, in http://www.unisi.it/ricerca/dip/dir_eco/statoeregioni.htm

AMORTH A., *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938

ANGIOLINI V., *Organizzazione locale per servizi*, in *Pubblica amministrazione e modelli privatistici*, Bologna, 1993

ANTONIOLI M., *Appunti per uno studio sul diritto pubblico della concorrenza*, in *Dir. economia*, 2000, p. 321

APREA G., *I servizi pubblici verso il regime europeo di libera concorrenza*, in *La voce delle autonomie*, 1998

ARCURI A. - VAN DEN BERGH R., *Metodologie di valutazione dell'impatto della regolamentazione: il ruolo dell'analisi costi-benefici*, in *Mercato concorrenza regole*, 2002, p. 223 ss.;

ARENA G., *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 della Costituzione*, in www.astridonline.it

ARGENTATI A., *Diritti speciali ed esclusivi e regole comunitarie di concorrenza*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2002, p. 397 ss.

ARNAUDO L., *Costituzione e concorrenza: note a margine della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2005, p. 391

ARRIGONI R., *Regolazione e gestione nelle public utilities: principio di separazione e libera concorrenza nell'applicazione dei principi costituzionali e comunitari*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995

AZZENA A., *Amministrazione pubblica del diritto privato*, in *Dig. disc. pubbl. I*, p. 238 ss.

BACHELET V., *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, 1957

BALDASSARRE A., voce *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI,

BARATTA R., *Aiuti di Stato compatibili con il mercato comune e recupero di altri aiuti in contrasto con obblighi comunitari*, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 909;

BARCELLONA P., *Programmazione e soggetto privato*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica*, Milano, 1971

BARDUSCO A., *Cittadino e servizi locali nel nuovo ordinamento*, in *Econ.*

pubbl., 1994, n. 4-5, p. 179 ss.;

BARDUSCO A., *I servizi pubblici locali oggi*, in *Studi in onore di Benvenuti F.*, 1996,

BARDUSCO A., *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1974

BARIATTI S., *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario*, Milano, 1998;

BASSI F., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1998

BENVENUTI F., *Appunti di diritto amministrativo*, I, Padova, 1959, IV ed.

BENVENUTI F., *Evoluzione dello stato moderno*, in *Jus*, 1959, p. 177

BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952

BERLINGERIO G.E., *Studi sul pubblico servizio*, Milano, 2003

BERTI G., *La parabola della persona Stato (e dei suoi organi)*, in *Quaderni fiorentini*, 1982-83, p. 1009

BERTI G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968

BIANCASI A., *L'autotrasporto di linea tra disciplina dell'attività economica e disciplina del servizio pubblico*, in *Il servizio pubblico fra attività economiche e non economiche*, 2001

BOBBIO N., *Dalla struttura alla funzione – Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977

BOGNETTI G., *La costituzione economica italiana*, II ed., Milano, 1995

BOTTINO G., *Tutela, fruizione e valorizzazione dei beni culturali nelle forme di gestione diretta*, in P. BILANCIA (a cura di), *La valorizzazione dei beni culturali. Modelli giuridici di gestione integrata*, Milano, 2006

BOZZI G., voce *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Encicl. Dir.*, 1977, XXVII, p. 363 ss.

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*, 2, 2003

BUGGERI G., *La proprietà*, in V. ITALIA - A. ZUCCHETTI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, II ed., Milano, 2004

BURATTI C., *I servizi pubblici locali verso il mercato: strategie e risultati*, in *Dir. reg.*, 2002, p. 543;

CABIDDU M. A., *Pubblicità come attributo del servizio e non del soggetto gestore: i servizi essenziali ex art. 43 Costituzione e i servizi corrispondenti ai diritti sociali*, in *Jus*, 1999, p. 919 ss.

CAIA G. - NANNI L. (a cura di), *Commento al D.P.R. 16 settembre 1996, n. 533*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1997, p. 586 ss.

CAIA G., *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it/studiecontributi

CAIA G., *Gestione dei servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale*, in *Regione*, 1992, p. 18 ss.

CAIA G., *I servizi pubblici locali: evoluzione e prospettive*, Rimini, 1995;

CAIA G., *I servizi sociali degli enti locali e la loro gestione con affidamento a terzi. Premesse di inquadramento*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 2004, n. 4, p. 365 ss.

CAIA G., *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, III ed., Bologna, 2001

CAIA G., *Organizzazione dei servizi pubblici locali. Figure, regime e caratteristiche*, in *Foro amm.*, 1991, p. 3173

CAIA G., *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale: la scelta dei soci e delle procedure di affidamento del servizio*, in *Nuova Rass.*, 1995, p. 1082

CAIANIELLO V., *Attività bancarie e nozione di pubblico servizio*, in *Foro it.*, 1985, V, p. 130 ss.

CALDIROLA D., *La dimensione comunitaria del servizio pubblico, ovvero il servizio di interesse economico generale e il servizio universale*, in *Servizi pubblici, concorrenza diritti*, Milano, 2001, p. 135

CALDIROLA D., *Servizi, privatizzazioni e concorrenza*, in *Servizi pubblici, concorrenza e diritti*, Milano, 2001, p. 133

CAMMELLI M. - ZIROLDI A., *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Bologna, 1999

CAMMELLI M., *Comunità europea e servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo comunitario*, Rimini, 1994

CAMMELLI M., *Concorrenza, mercato e servizi pubblici: le due riforme*, in *Riv. trim. app.*, 2003, p. 513 ss.

CAMMELLI M., *Enti pubblici, società e istituzioni: modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, in V. CERULLI IRELLI - G. MORBIDELLI (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994

CAMMELLI M., *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Le regioni*, 1992, 1, p. 7 ss.

CAMMELLI M., *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2004

CAMMELLI M., *Le società a partecipazione pubblica: comuni, province, regioni*, Rimini, 1989

CANNADA BARTOLI E., *Servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Giur. It.*, 1996, I, p. 493

CAPACCIOLI E., *Programmazione e autonomia negoziale nel diritto pubblico italiano*, in *Dir. econ.*, 1966, p. 22 ss.;

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 ss.

CAPANTINI M., *Servizi di interesse generale ed aiuti di Stato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, p. 478 ss.

CAPUTI G., *Servizi pubblici e monopoli nella giurisprudenza comunitaria*, Torino, 2002

CAPUTO JAMBRENGHI V., *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario vivente*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 1998, p. 1259

CARBONE V., *I possibili contrasti, anche sincrotici, in tema di giurisdizione*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 604 ss.

CARETTI P., *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e sul piano dell'ordinamento nazionale*, in *Scritti per Alberto Predieri*, I, Milano, 1996

CARINGELLA F., *Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici: un difficile compromesso tra privatizzazione e garanzie*, in *Foro it.*, 1996, I, p. 1364 ss.

CAROLI CASAVOLA H., *Il principio di separazione contabile, societaria e proprietaria nei servizi pubblici*, in *Mercato, concorrenza regole*, 2001, p. 469

CAROSELLI A., *Gli effetti della sentenza della Corte Costituzionale 27/7/2004, n. 272 sul sistema normativo in materia di gestione dei servizi pubblici locali*, in www.dirittodeiservizipubblici.it

CAROSELLI A., *Il servizio pubblico: una categoria concettuale in continua evoluzione*, in *Trib. amm. reg.*, 2000, n. 1, p. 27 ss.

CASSETTA E., *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 3 ss.

CASOLINO E., *I servizi pubblici nella disciplina comunitaria: tendenze e prospettive*, in *Quaderni del pluralismo*, 2, Torino 1998, p. 23 ss.

CASSESE S., *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Rass. giur. en. elettr.*, 1998, p. 234

CASSESE S., *Il cittadino e l'amministrazione pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, p. 1015 ss.

CASSESE S., *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 602

CASSESE S., *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999

CASSESE S., *La Nuova Costituzione economica*, Bari, 1999

CASSESE S., *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, in *Economia pubbl.*, 1996, 5, p. 5 ss.

CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1991

CASSESE S., *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 583

CASSESE S., *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in MARASÀ (a cura di), *Profili giuridici delle privatizzazioni*, Torino, 1998

CASSESE S., *Negoziazione e trasparenza nel procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, 1999

CASSESE S., *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 389 ss.

CASTELLANI L., *Il servizio pubblico locale in Italia e in Europa*, in *Rivista Anci*, 1996, p. 25 ss.

CATRICALÀ A., *La tutela privatistica degli interessi pubblici nei confronti delle public companies*, in *Rass. Giur. En. El.*, 1999, p. 749 ss.

CATTANEO S., voce *Servizi pubblici*, in *Encicl. Dir.*, XLII, 1990

CAVALLARO F., *La disciplina giuridica dei trasporti nel trattato di Roma istitutivo della Cee*, in *Riv. giur. circolaz. trasp.*, 1985, p. 481

CAVALLO PERIN R., *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, I, Napoli, 1993

CAVALLO PERIN R., *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 1/2000, p. 67

CAVALLO PERIN R., *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998

CERBO P., *Modelli convenzionali nell'organizzazione amministrativa*, in E. FERRARI (a cura di) *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, Torino, 2003

CERULLI IRELLI V., *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997

CESARINI SFORZA W., voce *Diritto (principio e concetti)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1972

CHITI E., *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 679 ss.

CHITI E., *Monismo o dualismo indiretto amministrativo: vero o falso dilemma?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 301 ss.

CIRIELLO P., voce *Servizi pubblici*, in *Enc. giur.*, 1990, XXVIII

CLARICH M., *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Rass. giur. en. elettr.*, 1998, p. 56 ss.

COCOZZA F., *Profili di diritto costituzionale applicato all'economia tra libertà economiche ed integrazione sociale*, II, Torino, 2001

COLO S., *Organismo di diritto pubblico e delegazione interorganica tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Urb. app.*, 2003, p. 1151

CONTICELLI M., *I diritti di accesso e di interconnessione nella nuova disciplina dei pubblici servizi a rete*, in *Mercato Concorrenza regole*, 2001

CORSO G., *Attività amministrativa e mercato*, in *Riv. giur. pubbl. serv.*, 1999

CORSO G., *Attività economica privata e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, p. 629;

CORSO G., *I servizi pubblici locali*, in *Riv. giur. quad. pubbl. serv.*, 2003, p. 7

CORSO G., *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur. quad. pubbl. serv.*, 1999, p. 1 ss.

CORSO G., *L'attività amministrativa*, Torino, 1999

CORSO G., *La gestione dei servizi locali fra pubblico e privato*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, *Atti del XLI convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna 21-23 settembre 1995, Milano, 1997

CORSO G., *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Riv. quad. serv. pubbl.*, 12, 2002, p. 9

CORSO G., *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa delle Regioni e dello Stato*, in *Dir. pubb.*, 3, 2002, p. 985

COSSU F. - CALVISI L. - GINI B. - PISAPIA A., *Nozione di servizio pubblico*, in *I servizi pubblici degli enti locali, La gestione mediante società di capitali*, a cura di R. GRACILI, in *Nuova Rassegna*, Firenze, 1997, p. 1889

COSTICELLI M., *I diritti di accesso e di interconnessione nel nuova disciplina dei pubblici servizi a rete*, in *Mercato concorrenza regole*, 2001, p. 369 ss.

COTTINO G., *Diritto commerciale*, I, Padova, 1994

COTTURRI G., *Potere sussidiario*, Roma, 2001

D'AGOSTINO F., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 82 ss.;

D'ATENA A., *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2001, p. 13 ss.;

DE LEONARDIS F., *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000, p. 321 ss.;

DE LUCIA L., *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002, *passim*;

DE MARCO P., *Il servizio universale nell'ordinamento italiano*, in *Rass. giur. en. elettr.*, 1998, p. 71 ss.;

DE NOVA G., *Provvedimenti delle Autorità indipendenti e disciplina dei contratti*, in *Società*, 2001, p. 521 ss.;

DE ROSE C., *Le società miste ed lavori in house tra norme comunitarie e norme nazionali: spunti da un convegno dell'IGI*, in *Cons. Stato*, 2003, p. 1611 ss.;

DE VALLES A., *I servizi pubblici*, in *Primo trattato completo del diritto amministrativo italiano*, vol. IV, I, Milano, 1924, p. 6 ss.;

DE VINCENTI C. - SPADONI B., *La costruzione del mercato dei servizi pubblici locali - Note al margine del Ddl 7042*, in *Mercato concorrenza regole*, 2000, p. 655;

DI GASPARE G., *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2003, pp. 84 ss.;

DI MAJO A., *I cinquant'anni del Libro delle obbligazioni*, in *Riv. dir. priv.*, 1992, p. 169

DI PORRO F., *Le regolazioni di «prima» e «seconda» generazione. La liberalizzazione del mercato elettrico italiano*, in *Mercato concorrenza regole*, 2003, p. 201 ss.

DI PORTO F., *Concorrenza e intervento pubblico nell'economia*, in G. GHIDINI (a cura di), *L'antitrust italiano*, Milano, 2003

DI VIA L., *Brevi note sul criterio di economicità e l'impresa rilevante per il diritto della concorrenza nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Foro It.*, 1994, IV, p. 297

DI VIA L., *Considerazioni sulle mobili frontiere del diritto della concorrenza*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2000, p. 3

DONATIVI V., *Concorrenza e mercato nel prisma dell'ordinamento giuridico: appunti per una ricostruzione storica*, in *Riv. dir. ind.*, 1992, 3-4, p. 335 ss.

DRAGHI M., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma - Bari, 1999

DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996

DUGATO M., *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. amm.*, 1/2002, p. 169 ss.

DUGATO M., *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Quaderni del Giornale di dir. amm.*, n. 3/2001, p. 55

DUGATO M., *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici essenziali*, in *Riv. trim. Appalti*, 2003, p. 522 ss.

DUGATO M., *Sul tema delle società a partecipazione pubblica per la gestione dei servizi locali. Costituzione della società, dismissioni, affidamento del servizio, rapporto tra ente e società*, in *Riv. trim. app.*, 1996, p. 229

DURANTE D. - MOGLIA G., *La nozione di essential facility tra regolamentazione e antitrust - La costruzione di un test*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2001, p. 257 ss.

DURET P., *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004

FALCON G., *Autonomia amministrativa e principio di sussidiarietà*, in *Dir. soc.*, 1998, p. 279 ss.

FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1993

FERRI G., voce *Concorrenza*, in *Enc. Dir.*, VIII, 1961

FIORAVANTI M., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, I, Milano, 2001

FONTANA F., *Utilities, i nuovi modelli di governance*, in *Guida agli enti locali*, Milano, 2001, p. 15 ss.

FRANCHI SCARSELLI G., *Le banche sono imprese e non servizi pubblici: un'inversione di tendenza giurisprudenziale dopo l'attuazione della direttiva Cee n. 77/80*, in *Rass. giur. en. elettr.*, 1987, p. 732 ss.

FRANCO I., *Gli strumenti di tutela nei confronti della Pubblica Amministrazione*, Padova, 2003

FRANZESE L., *Ordine economico e ordinamento giuridico. La sussidiarietà delle istituzioni*, II ed., Padova, 2006

FREGO LUPPI S., *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999

GALEOTTI S. – PEZZINI B., voce *Presidente della repubblica nella costituzione italiana*, in *Dig. pubbl.*, XI, p. 417 ss.

GALESI M., *In house providing: verso una concreta definizione del controllo analogo?*, in *Urb. app.*, 2004, p. 931 ss.

GALETTA U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998

GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, III, t. I, Padova, 1990

GALGANO F., *Rapporti economici – Art. 41, 44*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1982

GALGANO F., voce *Diritto dell'economia*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989

GAMBINO A., *Dal monopolio alla liberalizzazione: regolamentazione normativa delle asimmetrie nel mercato delle telecomunicazioni*, in *Giur. comm.*, 1996,1, p. 5 ss.

GAROFOLI R., *L'art. 33 D.Lgs. n. 80/1998 al vaglio della Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Urb. appalti*, 2000, p. 603

GAROFOLI R., *Le privatizzazioni degli Enti dell'economia. Profili giuridici*, Milano, 1998, p. 472 ss.

GASPARINI CASARI V., *Il servizio universale*, in *Dir. econ.*, 2000, p. 263

GENTILE F., *Sovranità e sussidiarietà nella prospettiva della riforma delle istituzioni italiane*, in *Non profit*, 1999/5, p. 309

GENTILE F., *Il diritto pubblico dell'economia tra controllo e mediazione*, in S. ARMELLINI e A. DI GIANDOMENICO, *Ripensare la premialità - Le prospettive giuridiche, politiche e filosofiche della premialità*, Torino, p. 123;

GENTILE F., *Intelligenza politica e Ragion di Stato*, II ed., Milano, 1984

GENTILE F., *La politica come giusta misura*, in *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento politico*, Milano, 2003

GENTILE F., *Ordinamento giuridico, tra virtualità e realtà*, II ed. integrata da tre codicilli, Padova, 2001

GHELARDUCCI F., *Commento agli artt. 22 e 23*, in *La riforma delle autonomie locali, Prime note*, Roma, 1990, p. 88 ss.

GHELARDUCCI F., *Privatizzazioni e servizi pubblici locali*, in *Foro amm.*, 1996, p. 1741 ss.

GHELARDUCCI S., *I diritti speciali od esclusivi nell'ordinamento comunitario: problemi definitivi e tendenze evolutive*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2001, p. 815 ss.

GHIDINI G., *Monopolio e concorrenza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976

GHIDINI G., *Slealtà della concorrenza e costituzione economica*, Padova, 1978

GHIDINI G., voce *Monopolio concorrenza*, in *Enc. dir.*, 1976, p. 793

GIACCHETTI S., *Appalti di pubblici servizi e/o appalti pubblici di servizi? La l. n. 205/2000 gioca a dadi*, in *Riv. giur. quad. pubbl. serv.*, 3/2001, p. 186

GIANI L., *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002, p. 157 ss.

GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1993

GIANNINI M. S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1993

GIANNINI M. S., *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. amm.*, 1953, p. 612

GIANNINI M. S., *Stato sociale: una nozione inutile*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Studi in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, I, p. 139 ss.;

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1964

GIANNINI M.S., *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986

GIANNINI M.S., *Il riassetto dei poteri locali*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1971, p. 45

GIANNINI M.S., *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. ammin.*, 1953, p. 611

GIANNINI M. S., *Servizi di credito e istituti di interesse pubblico*, in *Mon. cred.*, 1949, p. 111 ss.

GIANNINI M. S., *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, I, p. 313 ss.

GIGLIONI F., *Osservazioni sulla evoluzione della nozione di servizio pubblico*, in *Foro Amm.*, 1998, p. 2264 ss.

GIRELLO M., *L'affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, p. 938

GIUBBONI S., *Solidarietà e concorrenza: conflitto o concorso?*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2004, I, p. 75 ss.

GOISIS F., *Rapporto di controllo, scelta del gestore di servizio pubblico, principi del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 586 ss.

GOZI S., *Prime riflessioni sul Trattato di Amsterdam*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, p. 924

GRACILI R. - BENELLI F. - COSSU F., *Enti locali e servizi pubblici*, in *Nuova rassegna*, 1999, n. 11

GRECO G., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003

GRECO G., *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2000, p. 1461 ss.

GRECO G., *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, p. 23

GROSSI P., *Epicedio per l'assolutismo giuridico*, in *Quaderni Fiorentini*, 1988, p. 17

GUARINO G., *Le Autorità garanti nel sistema giuridico*, in *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Padova, 1999, p. 41 ss.

GUARINO G., *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità della Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quaderni costituzionali*, 1992, p. 5

GUARINO G., *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, II, Milano, 1970

IEVA L., *La teoria del servizio pubblico nell'evoluzione normativa, dottrinale e giurisprudenziale*, in *T.A.R.*, 2001, p. 529 ss.

IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, II ed., Roma - Bari, 2004, p. 3 ss.

JORDANA V., *Il concetto di servizio universale nella normativa Comunitaria*, in *Rass. giur ener. elettr.*, 1998, p. 63

KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, (traduzione italiana), Torino, 1966

LA ROCCA P., *Il potere di scelta dell'ente locale nella gestione dei pubblici servizi*, in *Nuova rassegna*, Firenze, 1992, n. 17, p. 1850 ss.

LAMANDINI M., *La nuova disciplina sui servizi pubblici locali. La gestione dei servizi: profili di diritto commerciale*, in *Riv. trim. appalti*, 2003, p. 541

LANDOLFI F., *I servizi pubblici locali*, in *Nuova rassegna*, 1999, n. 2

LAZZARO P., *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2002

LIBERTINI M., *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, 1, p. 433 ss.

[LIBERTINI M., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma - Bari, 1999, p. 100](#)

LIBONATI B., *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in *Riv. soc.*, 1998, I, p. 1560

LIGUORI F., *Attività liberalizzate e compiti dell'Amministrazione*, Napoli, 2000

LIGUORI F., *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007

LIGUORI F., *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, 2004, p. 89 ss.

LO RUSSO S., *Servizi pubblici e organismi di diritto pubblico*, in *Riv. trim. app.*, 2000, n. 4, p. 685 ss.

LOFFREDO E., *Economicità e Impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 62

LOTTINI M., *I servizi di interesse economico generale: una nozione contro*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 1351 ss.

LOTTINI M., *Il contratto di servizio tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 2002, p. 53 ss

LUCARELLI F., *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, p. 85

LUCIANI F., *La gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Dir. Amm.*, 1995, p. 275

MALFERRARI L., *Aiuti di Stato, vantaggi fiscali e servizi pubblici*, in *Dir. ind.*, 2002, p. 163 ss.

MALINCONICO C., *Tutela della concorrenza ed aiuti di Stato nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, p. 431

MAMELI B., *Servizio pubblico e concessione*, Milano, 1998

MANDRIOLI C., *Corso di diritto processuale civile*, I, Torino, 2001

MANFREDI SELVAGGI C. A., *I servizi pubblici locali*, in *Nuove autonomie*, 1996, n. 4, p. 619 ss.

MANINI G., *Gestione dei servizi pubblici da parte degli enti locali*, in *Nuova rassegna di legislazione*, Firenze, 1995, n. 2, p. 155 ss.

MARCOU G., *Il servizio pubblico tra attività economiche e non economiche*, in A. BRANCASI (a cura di), *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, Bologna, 2003, p. 325 ss.

MARENGHI E. M., *Sottosistema dei servizi e sistema delle autonomie locali nel quadro della riforma*, in *Studi in onore di Ottaviano V.*, Milano, 1993

MARONGIU G., *Il riordinamento dell'amministrazione pubblica*, Milano, 1974

MARTELLI V., *Servizi pubblici locali e società per azioni*, Milano, 1997

MARZUOLI C., *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982

MASSARO R., *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1-2/2003, p. 30 ss.

MASSARUTTO A., *Una valutazione economica della riforma dei servizi pubblici locali*, in *Dir. regione*, 2002, p. 613

MAZZAMUTO L., *L'escatologia e il caos delle tutele*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 2001

MAZZAMUTO M., *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in *Dir. Ue*, 2001, p. 537 ss.

MAZZAMUTO M., *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000, p. 39

MENGONI L., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa titoli di credito*, 1997, I, p. 3

MENGONI L., *Persona e iniziativa economica nella Costituzione*, in G. VETTORI (a cura di) *Persona e mercato*, Padova, 1996, p. 36 ss.

MENGONI L., *Programmazione e diritto*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milano, 1968, III, p. 1249 ss.

MENICHETTI E., *Società per azioni multicomunale a partecipazione pubblica totalitaria e gestione di servizi pubblici locali*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 2002, 4, p. 179

MERLONI F., *Funzioni comunali e principio di sussidiarietà*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, p. 1162

MERLONI F., *La disciplina statale dei servizi pubblici locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Riv. quadr. serv. pub.*, 2002, n. 2-3, p. 17 ss.

MERUSI F. - PASSARO M., *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, p. 177 ss.

MERUSI F., *Cent'anni di municipalizzazione*, in *Dir. Amm.*, 2004, p. 37;

MERUSI F., *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in F. BASSI - F. MERUSI (a cura di), *Mercati ed amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, p. 157 ss.

MERUSI F., *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000

MERUSI F., *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in *Dir. Ec.*, 2003, p. 585 ss.

MERUSI F., *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, p. 39 ss.

MERUSI F., *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Annuario dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo – anno 2001*, Milano, 2002, p. 63 ss.

MERUSI F., *Le leggi del mercato, innovazione comunitaria ed autarchia nazionale*, 2002, p. 68

MERUSI F., *Sul regime giuridico del trasporto su strada*, in *Scritti in memoria di Bachelet*, Milano, 1987, vol. III, p. 351 ss.

MERUSI F., voce *Servizio pubblico*, in *Nuoviss. Dig. ital.*, 1970, XVII, p. 215 ss.

MICCO L., *Lavoro ed utilità sociale nella Costituzione*, Torino, 1966, pp. 183, p. 241 ss.

MIELE G., *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Arch. Giur.*, 1933, p. 172 ss. (ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1987, p. 135 ss.

MINERVINI G., *Contro la funzionalizzazione dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 618 ss.;

MINERVINI G., *Nuovi mezzi di intervento pubblico nell'economia*, in *Dir. econ.*, 1966, p. 455 ss.

MORBIDELLI G., *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001

MORELLI S., *In tema di contratti e accordi tra il privato e la pubblica amministrazione, e di riparto della giurisdizione*, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1888 ss.

MOSCARINI A., *Sussidiarietà e libertà economiche*, in *Dir. soc.*, 1999, p. 433 ss.

MOSCARINI L. V., *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988, p. 69 ss.

MOZZATI A., *Il contratto di servizio nell'ordinamento comunitario*, in *Econ. dir. terz.*, 2003, p. 729 ss.

MUNARI F., *La disciplina dei servizi essenziali fra diritto comunitario, prerogative degli Stati membri e interesse generale*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2002, p. 74

NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003

NAPOLITANO G., *Regolazione o programmazione nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Riv. giur. quad. pubbl. serv.*, 2002, p. 27

NIGRO M., *L'edilizia popolare ed economica*, in *I lavori pubblici*, Vicenza, 1967

NIGRO M., *Energia e servizio pubblico*, *Atti del convegno di studi sul tema. Atti del Convegno di studi sul tema 'I servizi pubblici essenziali fra interesse generale e diritto dell'utente'*, in *Quad. Rass. giur. en elettr.*, Milano, 1989, p. 194 ss.

NIGRO M., *Il ruolo del giurista nello stato liberale*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. II, Milano, 1988, p. 334 ss.

NIGRO M., *L'edilizia economica come servizio pubblico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1957

OGUS A., *La regolazione dei servizi privatizzati*, in *I servizi a rete in Europa*, p. 33

OPPO G., *L'iniziativa economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 317 ss.

OPPO G., *Principi*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. BUONOCORE, Torino, 2000

OPPO G., *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 591 ss.

ORLANDO V.E., *Introduzione al diritto amministrativo*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Milano, 1900

OSTI C., *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, 2004

OTTAVIANO V., *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988

PACE A., *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche*, in *Giur. cost.*, 1979, p. 1629

PACE A., *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, in *Pol. Dir.*, 1993, p. 327

PAJNO A., *Servizi pubblici e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 574 ss.

PARISIO V., *La gestione dei servizi pubblici locali negli statuti comunali*, in *Trib. amm. reg.*, 1994, n. 2, II, p. 31 ss.

PARISIO V., *Pubblici servizi e funzione di garanzia del giudice amministrativo*, 2003

PASTORI G., *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, 1993

PASTORI G., *Servizi pubblici nazionali e modelli di gestione fra pubblico e*

privato, in *Quaderni regionali*, 1991, n. 4, p. 941 ss.

PEREZ R., *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, p. 115 ss.

PERFETTI L., *Contributo ad una teoria dei servizi pubblici*, Padova, 2001

PERFETTI L., *L'affidamento diretto di servizi pubblici locali a società partecipate dai Comuni, tra amministrazione indiretta e privilegi extra legem*, in *Foro amm. – Cons. Stato*, 2004, p. 1161 ss.

PERFETTI L., *La riforma dei servizi pubblici locali a rilevanza industriale tra liberalizzazione e regolazione*, in *Analisi economica e metodo giuridico. I servizi pubblici locali*, Padova, 2003

PERFETTI L., *Pubblico Servizio, capacità di diritto privato e tutela della concorrenza. Il caso del Facilities management*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 194

PERFETTI L., *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 479 ss.

PERICU A., *Fattispecie e regime della gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale*, in *Aedon*, 1, 2002

PERICU A., *Impresa ed obblighi di servizio pubblico. L'impresa di gestione di servizi pubblici locali*, Milano, 2001

PERICU A., *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, I, Milano, 1963

PERICU A., *Privatizzazione e servizio pubblico*, in AA. VV., *Privatizzazione e liberalizzazione nel settore elettrico. L'evoluzione della normativa*, Milano, 1995

PERLINGIERI P., *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 103

PERNA R., *Alla ricerca della regulation economicamente perfetta. Dalla teoria all'analisi dell'impatto della regolamentazione*, in *Mercato concorrenza regole*, 2003, p. 49 ss.

PICOZZA E., *Diritto dell'economia: disciplina pubblica*, Padova, 2005

PIEROBON A., *Il contratto di servizio tra le amministrazioni e il soggetto gestore nei servizi pubblici locali*, in *Il diritto della Regione*, 2000, p. 857 ss.

PIGA E., *Funzione pubblica - Servizio pubblico - Impresa bancaria*, in *Foro ammin.*, 1982, I, p. 20 ss.

PILLITTERI R., *La Corte di Giustizia circoscrive rigorosamente i confini li applicazione della c.d. essential facilities doctrine nella repressione dell'abuso di posizione dominante*, in *Dir. comm. internaz.*, 1999, p. 1024

PINI R., *Sussidiarietà ed essenzialità nei servizi pubblici*, in *Dir. econ.*, 1997, p. 47 ss.

PIOGGIA A., *Appunti per uno studio sulla nozione di pubblico servizio*, in *Quaderni del pluralismo*, 1998, p. 175 ss.

PIOGGIA A., *La concessione di pubblico servizio come provvedimento a contenuto convenzionalmente determinato. Un nuovo modello per uno strumento antico*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 595

PIPERATA G., *Tipicità ed autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005

PIRAS P., *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Milano, 1994

PLATONE, *La Repubblica*, X, 431 a.

POLICE A., *La nozione di servizio pubblico locale tra limiti territoriali e principio di sussidiarietà*, in *Pubblico - Privato: I pubblici servizi. Quaderni del pluralismo*, Torino, 1998

POTOTSCHNIG U., *I pubblici servizi*, Padova, 1964

POTOTSCHNIG U., *Poteri pubblici e attività produttive*, Padova, 1999

POTOTSCHNIG U., *Pubblici servizi essenziali: profili generali*, in *Rass. Giur. en. elettr.*, 1992, p. 269

PREDIERI A., *Mercati e concorrenza: asimmetria e diseconomia nello Stato prefederativo*, in *Nuova Antologia*, 1993, fasc. 2186, p. 8

PUGLIATTI S., voce *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. dir.*, XII, 16, Milano, 1962

PURCARO A., *La riforma dei servizi pubblici locali: appunti a margine dell'art. 14 del decreto legge n. 269/2003*, in www.lexitalia.it, 2003

RACCA G., *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 1994, p. 222

RAMAJOLI M., *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998

RAMAJOLI M., *Concessioni di pubblico servizio e diritto comunitario. Autonomia e responsabilità degli Stati membri nei confronti del disegno liberalizzatore comunitario*, in *Dir. amm.*, n. 4, 1993, p. 579 ss.

RANDELLI L. - MASTRAGOSTINO F., *I comuni e le province*, Bologna, 1998

RANELLETTI O., *Il concetto di pubblico nel diritto*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1905, p. 350 ss.

RANGONE N., *I servizi pubblici: nozioni e regole*, Milano, 1999, p. 13 ss.

RANGONE N., *La riforma della regolazione: criteri ed obiettivi*, in V. TERMINI (a cura di), *Dai municipi all'Europa. La trasformazione dei servizi pubblici locali*, Bologna, 2004, p. 255

REDANÒ U., voce *Servizio pubblico*, in *Nuovo Digesto ital.*, 1940, XII, p. 231 ss.

RENNA M., *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004

RESCIGNO G. U., *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubb.*, 2002, p. 5

ROLLA G., *Manuale di diritto degli enti locali*, Rimini, 1997

ROMAGNOLI G., *Società, impresa e servizi pubblici locali alla luce dell'art. 35 della legge finanziaria per il 2002*, in *Società*, 2002, p. 1217

ROMANO A., *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. Amm.*, 1994, p. 460

ROMANO S., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969, p. 3 ss.

ROMANO S., *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1912

ROMANO TASSONE A., *Il contratto di servizio*, in *Dir. trasp.*, 1998, p. 613 ss.

ROMANO TASSONE A., *Monopoli pubblici e abuso di posizione dominante*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, p. 1329

RONCORONI E. - VACCARI C., *Il controllo direzionale del comune sui servizi pubblici locali*, *ivi*, 2003, p. 5 ss.

RONCORONI E., *Il controllo delle imprese di servizio pubblico locale da parte dei Consigli comunali*, in *Amm.*, 2004, p. 241 ss.

[ROPPO V., Privatizzazioni e ruolo del pubblico: lo Stato regolatore, in Pol. dir., 1997, p. 629](#)

ROSSI G., *I criteri di economicità nella gestione delle imprese pubbliche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, p. 250

ROVERSI MONACO F., *Gli enti di gestione: struttura, funzioni, limiti*, Milano, 1967, p. 204 ss.

ROVERSI MONACO F., *L'attività economica pubblica*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da E Galgano, I, Padova, 1977

SALVATORE V., *I servizi pubblici dei comuni*, Firenze, 1994

SALVIA F., *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa*, in *Dir. pubbl.*, 2000, n. 2, p. 535 ss.

SANDULLI A., *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. e proc.* 1964, p. 200 ss.

SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998

SANTANIELLO G., *Brevi note sui profili istituzionali della nuova Consob*, in *Foro amm.*, 1986, p. 1213 ss.

SCIULLO G., *La gestione dei servizi culturali delle autonomie dopo la pronuncia 272 del 2004 della Corte costituzionale*, in *Aedon*, 3, 2004

SCIULLO G., *Stato, Regioni e servizi pubblici locali nella pronuncia 272/2004*, in www.lexitalia.it, n.7-8/2004

SCOCA F.G., voce *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Agg., 2002, vol. VI, p. 77

SCOTTI E., *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003, p. 15 ss.

SCUDIERO L., *La nozione di impresa nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Foro It.*, 1994, IV, p. 1113

SELVAGGI C., *Abuso di posizione dominante*, in *Giur. It.*, 1992, IV, p. 128

SENA G., *Problemi del cosiddetto azionariato di Stato: l'interesse pubblico come interesse extrasociale*, in *Riv. Soc.*, 1958, p. 57

SERAFINI V., *Esercizio privato di funzioni e servizi pubblici amministrativi*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 1997, p. 1825 ss.

SERRANI D., *Lo Stato finanziatore*, Milano, 1971

SEVERINI G., *L'affidamento dei servizi pubblici locali, caratteri e procedure*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2003, p. 179

SORACE D., *Servizi pubblici e servizi economici di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 391

SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, II ed., Bologna, 2002

SORACE D., *Note sui servizi pubblici locali dalla prospettiva della libertà di iniziativa, economica e non, dei privati*, in AA.VV., *Studi in onore di Ottaviano*, Milano, 1993, p. 1141 ss.

SORACE D., *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, p. 51

SORACE D., *Servizi pubblici e servizi economici di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 389

SORACE D., *Servizi pubblici locali e iniziativa privata*, in *Econ. pubbl.*, 1993, p. 11 ss.

SOTTILI V., *L'art. 86 del Trattato CE*, in *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino, 2000, p. 50 ss.

SOTTILI V., *Servizio pubblico e diritto comunitario*, in *Appunti essenziali e diritto comunitario*, Torino, 1999

SPAGNUOLO VIGORITA V., *Attività economica privata e potere amministrativo*, in *Opere giuridiche*, Napoli, 2001

STADERINI F., *Diritto degli enti locali*, Padova, 2006

STUMPO G., *L'appalto di servizi, la concessione di servizi e l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali a società miste*, in *Riv. Trim. App.*, 2002, p. 827

TELESE G., *Servizio di interesse economico generale e servizio universale nella giurisprudenza e nella normativa comunitaria*, in *Jus*, 1999, p. 947

TESSAROLO C., *Il nuovo ordinamento dei servizi pubblici locali*, entrambi in wivw.dirittodeiservizipubblici.it

TORCHIA L., *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992

TRIMARCHI BANFI F., *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 954 ss.

TROCCOLI A., voce *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Nuoviss. Dig. ital.*, 1957, X, p. 988 ss.

V. FRANCESCHELLI, *Concorrenza e antitrust; profili generali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1998

VACIAGO G., *Intervento*, in F. KOSTORIS PADOA SCHIOPPA (a cura di), *Le autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, Milano, 2002

VALLERGA M., *Società esiste per la gestione dei pubblici servizi: certezze e prospettive di riforma*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 633

VANDELLI L., *Il principio di sussidiarietà nel riparto di competenze tra diversi livelli territoriali: a proposito dell'art. 3 B del Trattato sull'Unione europea*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 1993, p. 378 ss.

VANDELLI L., *Ordinamento delle autonomie locali, commento alla Legge 8 giugno 1990, n. 142*, Rimini, 1991

VARONE S., *L'invalidità contrattuale nella dialettica tra atto e negozio nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica*, in *Foro amm. - Cons. Stato*, 2003, p. 1648 ss.

VARONE S., *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004, p. 258 ss.

VASQUEZ L., *Essential facilities doctrine: dalla giurisprudenza statunitense alle norme comunitarie e nazionali sull'abuso di posizione dominante*, in *Concorrenza e mercato*, 1998, p. 407 ss.

VELLA F., *L'autoregolamentazione nella disciplina dei mercati mobiliari: il modello italiano*, in *Banca, impresa, società*, 1997

VIGNERI A., *Brevi osservazioni sul nuovo art. 113 del testo unico sull'ordinamento degli enti locali in materia di disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.astridonline.it.

VILLATA R., *Considerazioni in tema di pubblici servizi e di riparto di giurisdizione*, in *Riv. giur. quad. pubbl. serv.*, 3/2001, p. 13

VILLATA R., *Pubblici servizi*, Milano, 1999

VILLATA R., *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, Milano, 2000

VIRGA P., *L'amministrazione locale in Sicilia*, Milano, 1998

ZANOBINI G., *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, vol. II, parte III, Milano, 1920

ZANOBINI G., *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1918

ZAVATTONI G., *La direttiva gas e l'accesso dei terzi alla rete*, in *Rass. Giur. En. El.*, p. 759

ZITO A., *I servizi pubblici nel sistema giuridico tra continuità ed innovazione*, in *Qualità dei servizi pubblici all'impresa e dei servizi sociali nel contesto europeo*, Cenform, 1996, p. 406

ZUCCHETTI A., *I servizi pubblici: introduzione ed inquadramento generale*, in *I servizi pubblici locali*, Milano, 2002

ZUELLI F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriali*, Milano, 1973

INDICE

CAPITOLO PRIMO

L'EVOLUZIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

pag.

1.1. Linee evolutive degli aspetti definatori di pubblico servizio	1
1.2. La concezione soggettiva	4
1.3. La concezione oggettiva	13
1.4. La nozione di servizio pubblico nell'ordinamento delle autonomie locali	25
1.5. L'evoluzione storico - normativa in materia di servizi pubblici locali	
1.5.1. Le origini del sistema dei servizi pubblici locali	38
1.5.2. La legge 8 giugno 1990 n. 142	42
1.5.3. L'art. 35 legge 28 dicembre 2001 n. 448	45
1.5.4. La vigente disciplina	47
1.6. I servizi pubblici locali nel diritto comunitario: principio di concorrenza ed interessi generali	50
1.7. Servizi pubblici e servizi di interesse generale in Europa	58
1.8. Evoluzione del diritto comunitario dei servizi pubblici locali	67

CAPITOLO SECONDO

LA DISCIPLINA GENERALE

pag.

2.1. Dalla rilevanza industriale alla rilevanza economica quale parametro normativo per l'individuazione della disciplina applicabile	91
2.2. Il principio di separazione tra proprietà, gestione ed erogazione	106
2.3. Il regime dominicale di impianti, reti e altre dotazioni patrimoniali destinati all'esercizio di servizi pubblici locali di rilevanza economica	107
2.3.1. (<i>segue</i>) La proprietà in capo agli enti locali	109
2.3.2. (<i>segue</i>) La proprietà in capo a società a capitale interamente pubblico	112
2.3.3. (<i>segue</i>) La proprietà in capo ad altri soggetti	114
2.3.4. Profili critici	116
2.4. L'attività di gestione della rete	119
2.5. Il principio di separazione della gestione delle reti e degli impianti dalla gestione dell'attività di erogazione dei servizi pubblici locali	122
2.6. L'affidamento della gestione della rete	125
2.6.1. (<i>segue</i>) Le società totalitariamente pubbliche di gestione delle reti	127
2.6.2. Il diritto di accesso	129
2.7. La formula societaria per la gestione dei servizi a rilevanza economica	134
2.8. La gestione del servizio	136
2.8.1. Il modello a concorsualità pura: l'affidamento mediante gara	140
2.8.2. Il modello a concorsualità mediata: l'affidamento a società mista	141
2.8.3. Il ruolo del privato nella società mista	149
2.8.4. La procedura di selezione del socio privato nella società mista	157
2.8.5. I rapporti tra legge ed autonomia privata nelle società partecipate dal settore pubblico tra interesse pubblico ed interesse sociale	164
2.8.6. L'autonomia statutaria in funzione del rafforzamento della tutela dell'interesse pubblico	167
2.8.7. L'attività extraterritoriale delle società miste	170
2.9. Il modello alternativo di gestione attraverso affidamento diretto ad una società a capitale interamente pubblico	171

2.9.1. (segue) Il requisito del controllo analogo	175
2.9.2. (segue) Il requisito della partecipazione totalitaria di capitale pubblico . . .	184
2.9.3. (segue) Il requisito del “soggetto dedicato”	187
2.10. L’organizzazione e la gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica	189

CAPITOLO TERZO

IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ TRA MERCATO ED INTERVENTO PUBBLICO

	pag.
3.1. Premessa introduttiva	197
3.2. L’ingerenza pubblica in ambito economico	202
3.2.1. Il modello economico costituzionale	204
3.2.2. Aporie della concezione geometrica dell’ordinamento giuridico	213
3.3. Il carattere pregiuridico del mercato	216
3.4. Il principio di sussidiarietà	229
3.4.1. Funzioni amministrative e dimensione degli interessi: la sussidiarietà verticale	234
3.4.2. La dimensione orizzontale del principio di sussidiarietà	238
3.4.3. Verso un modello di amministrazione condivisa	247
3.5. Iniziativa privata autonoma ed attività di interesse generale	254
3.6. L’autonomia privata in funzione del rafforzamento della tutela dell’interesse pubblico	257
3.7. Attività private di interesse generale ed intervento pubblico	259
3.8. La tutela della concorrenza nella Costituzione riformata: costituzionalizzazione di un principio o criterio di riparto legislativo?	263
3.9. Nessi tra promozione del mercato e sussidiarietà	271

3.10.	Principio di sussidiarietà e servizio pubblico	276
-------	--	-----

Capitolo Quarto

LIMITI E MODALITÀ DI INTERVENTO DELL'ENTE LOCALE TRA FUNZIONE REGOLATORIA E PROFILI GESTIONALI

		pag.
4.1.	Il regime di doverosità del servizio pubblico	289
4.2.	Il nuovo ruolo dell'ente locale	293
	4.2.1 (<i>segue</i>) Il fallimento del mercato quale limite dell'intervento pubblico ..	297
4.3.	La regolazione nella disciplina dei servizi pubblici locali	301
4.4.	Regolazione ed autonomia privata	310
4.5.	Il precetto condizionale	316
4.6.	Neutralità ed indipendenza nella regolazione	319
4.7.	Regolazione e libertà di impresa	321
4.8.	Effetti giuridici della regolazione	323
4.9.	Regolazione e concorrenza nei servizi pubblici locali	325
4.10.	La regolazione come dialettica tra diritto ed economia	330
4.11.	L'intensità della regolazione ed il principio di proporzionalità	335
4.12.	La partecipazione procedimentale: dalla collaborazione amministrativa alla garanzia dei privati	337
4.13.	Gli obblighi di servizio pubblico e libertà di impresa	341
4.14.	Gli strumenti della funzione regolatoria	345
4.15.	La convenzionalizzazione del servizio pubblico	352
	4.15.1. Il contratto di servizio quale modulo dell'amministrazione consensuale	355
	4.15.2. La doverosità del regime di fornitura del servizio: una necessaria alterazione dell'autonomia contrattuale?	362

CONCLUSIONI..... 367

BIBLIOGRAFIA 379