



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI GENOVA**

SCUOLA DI SCIENZE SOCIALI

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Dottorato di ricerca in Diritto

Curriculum di Sistemi costituzionali comparati

XXX Ciclo

Tesi di dottorato di ricerca

**IL SERVIZIO PUBBLICO
NELLA COSTITUZIONE ECONOMICA
ITALIANA ED EUROPEA**

Coordinatore e relatore: Chiar.mo Prof. Pasquale Costanzo

Dottorando: Dott. Francesco Gallarati

INDICE

Introduzione	5
I. Genesi ed evoluzione della nozione di servizio pubblico.....	13
1. Alle origini della nozione di servizio pubblico.....	13
2. L'emersione della nozione di <i>service public</i> in Francia	20
3. Il <i>service public</i> nella teoria dello Stato di Leon Duguit	24
4. La nozione di <i>service public</i> nell'elaborazione dell' <i>École de Bordeaux</i>	30
5. La circolazione del concetto di servizio pubblico in Europa.....	33
6. Il recepimento della nozione di servizio pubblico nell'ordinamento italiano.....	38
7. Funzioni e servizi pubblici.....	46
8. Concezione soggettiva e oggettiva del servizio pubblico	53
II. Il servizio pubblico nella costituzione economica italiana	61
1. Introduzione	61
2. Una premessa metodologica	63
3. La costituzione economica nella prima metà del Novecento.....	68
4. L'opera incompiuta: i diritti sociali nei lavori della Costituente	71
5. La garanzia effettiva dei diritti sociali tra norme programmatiche ed efficacia diretta	77
6. La correlazione tra servizi e prestazioni costituzionali.....	84
7. I servizi pubblici essenziali.....	89
8. L'elemento soggettivo del servizio pubblico costituzionale.....	93
9. L'ultimo miglio: gli strumenti per la garanzia effettiva dei diritti.....	100
III. Il servizio pubblico nell'ordinamento europeo.....	109
1. Introduzione	109
2. Il concetto di servizio pubblico nel diritto europeo	115
3. La questione definitoria: sul carattere economico del servizio.....	119
4. (segue) Sull'interesse generale del servizio.....	123
5. Servizio pubblico e servizio di interesse generale	126
6. La «chiara oscurità» dell'art. 106 TFUE	130
7. <i>Pars destruens</i> : la fine dei monopoli nazionali.....	133

8. La riscoperta dell'art. 106, par. 2 TFUE nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea.....	138
9. La nuova prospettiva dei SIEG dopo Amsterdam	146
10. La portata applicativa degli articoli 14 TFUE e 36 della Carta di Nizza.....	149
11. <i>Pars costruens</i> : la dimensione positiva del servizio di interesse generale ...	154
Conclusioni	161
Bibliografia	167
Indice delle sentenze	179

Introduzione

Quella di “servizio pubblico” è senza dubbio una delle nozioni più controverse e sfuggenti del panorama giuridico, e del diritto pubblico in particolare¹. Gli autori che, nel corso degli anni, hanno tentato di inquadrare giuridicamente questo istituto, sono giunti a conclusioni differenti tra loro e, per molti versi, insoddisfacenti². A questo proposito, è stato osservato come vi siano tante definizioni di servizio pubblico quanti sono gli autori che se ne sono occupati³. Di qui l’affermarsi di un orientamento, molto diffuso negli ultimi decenni, volto a negare una consistenza giuridica autonoma alla nozione di

¹ Cfr. in questo senso F. BASSI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1955, 33, per cui la nozione di servizio pubblico «è quella dai più incerti confini nell’ambito della disciplina del diritto amministrativo». In senso analogo, v. P. CIRIELLO, *Servizi pubblici (voce)*, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, 1992, secondo cui tale nozione è «una fra quelle dai confini più incerti e fluidi dell’intero diritto pubblico». Cfr. altresì C. IANNELLO, *L’“idea” di servizio pubblico nella nuova disciplina interna e comunitaria*, Napoli, 2005, 51.

² La nozione di servizio pubblico è stata oggetto di numerosi tentativi di ricostruzione teorica. Senza pretesa di esaustività, si v. in particolare A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. VI, Milano, 1930, 377 ss.; M. NIGRO, *L’edilizia popolare come servizio pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 118 ss.; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. V, Milano, 1959, 345 ss.; U. POTOTSCHNIG, *I servizi pubblici*, Padova, 1964; G. GUARINO, *Pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio*, in ID. *Scritti di diritto pubblico dell’economia*, Milano, 1970; C. FRESA, *Servizio pubblico (voce)*, in G. GUARINO (a cura di), *Dizionario amministrativo* vol. II, 1983, 1343 ss.; S. CATTANEO, *Servizi pubblici (voce)*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, 1990, 355 ss.; F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990; P. CIRIELLO, *Servizi pubblici (voce)*, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, 1992; G. CAIA, *Funzione pubblica e servizio pubblico*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, tomo I, Bologna, 1998, 893 ss.; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, n. 2, 1999, 371 ss.; R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 1999; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2000, 46 ss.; L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001.

³ Così R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, 1956, 2.

“servizio pubblico”, da alcuni considerata alla stregua di un concetto sociologico, o al più proprio delle scienze economiche, più che di un istituto giuridico⁴.

Le ragioni di questa difficoltà definitoria sono molteplici. Tra queste, ha avuto un peso decisivo la mancanza di un ancoraggio normativo tale da dotare le ricostruzioni dottrinali di un solido fondamento positivo. Il legislatore, infatti, pur facendo ampio uso dell’espressione “servizio pubblico”, non ne ha mai dato una definizione univoca; anzi, tale espressione assume significati e connotati differenti a seconda del contesto in cui è utilizzata, tanto da far dubitare l’interprete della possibilità di enucleare una nozione di servizio pubblico capace di ricomprendere tutte le accezioni ricorrenti nel diritto positivo, che non sia così generica da risultare inutilizzabile⁵.

Alla mancanza di un ancoraggio normativo si aggiunge la reticenza mostrata dalla giurisprudenza, la quale – salvo rari casi – si è astenuta dall’elaborare una ricostruzione teorica complessiva dell’istituto in esame, preferendo limitarsi a risolvere le questioni che, di volta in volta, le sono state sottoposte. Tale approccio si spiega, con riferimento alla giurisprudenza italiana, per il rilievo pratico tutto sommato marginale che la nozione di “servizio pubblico”, in quanto tale, ha assunto in questo ordinamento, a differenza di quanto avvenuto ad esempio in Francia, dove il *service public* ha avuto, e in parte mantiene tuttora, un ruolo determinante quale criterio di riparto tra giurisdizione ordinaria e amministrativa, nonché, di conseguenza, per la delimitazione stessa del campo di applicazione del diritto pubblico⁶. Ma anche nell’ordinamento d’oltralpe, le impalcature dogmatiche costruite negli anni dalla giurisprudenza sono a più riprese entrate in crisi, e

⁴ Cfr. *ex multis*, M. NIGRO, *Lineamenti generali*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, vol. III, Bologna, 1997, 7 ss., il quale considera il servizio pubblico una nozione dai «caratteri sfuggenti», a cui possa attribuirsi al massimo «un valore descrittivo di cui servirsi con molta cautela».

⁵ Cfr. sul punto S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, cit., 355, secondo cui quella di servizio pubblico è una delle nozioni che «hanno corso, e forse corrono ancora, il rischio di venire ridotte ad espressioni solo approssimativamente descrittive di certe realtà della vita amministrativa o di essere usate con significati mutevoli in relazione agli ordini concettuali nel cui contesto sono collocate». Analogamente, per R. VILLATA, *Pubblici servizi*, cit., 56-57, è assai complicato individuare «un significato giuridico unitario di servizio pubblico; la nozione muta con il variare della disciplina normativa di riferimento ed ogni generalizzazione appare foriera di opzioni ermeneutiche non corrette».

⁶ R. LE MESTRE, *Droit du service public*, Parigi, 2005, 22.

la nozione di *service public* ha progressivamente perso la propria posizione centrale in favore di altre nozioni, ritenute più affidabili da un punto di vista dogmatico.

A ben vedere, tuttavia, la ragione ultima della fragilità concettuale della nozione di “servizio pubblico”, e quindi della sua inidoneità a fondare una teoria generale dello Stato e del diritto pubblico, risiede nella sua collocazione al crocevia tra le discipline giuridiche, quali in particolare il diritto amministrativo, e le scienze sociologiche, politiche ed economiche. La disciplina dei servizi pubblici, in qualunque accezione si adotti tale espressione, infatti, riguarda l’interazione tra diritto pubblico ed economia⁷. Di qui la tensione tra la ricerca di istituti giuridici concettualmente stabili e una realtà economica e sociale in continua evoluzione, che tende a sfuggire agli sforzi ricostruttivi della dottrina giuridica. Così, una nozione di “servizio pubblico” generalmente accolta (o quasi) agli inizi del secolo scorso risulterebbe inadeguata a spiegare il mutato ruolo assunto dallo Stato rispetto all’economia nel corso del Novecento. Analogamente, i modelli elaborati dalla dottrina a partire dagli anni ’90 per descrivere l’evoluzione dei servizi pubblici a seguito delle riforme “liberiste”⁸, sono spesso rimasti sulla carta, scontrandosi con una trama di rapporti economici e politici, che tende a non farsi inquadrare, ma anzi cerca di plasmare essa stessa gli istituti giuridici. In modo non molto dissimile, infine, le stesse disposizioni costituzionali che regolano i rapporti economici, le quali formano la cd. “costituzione economica”, suonano oggi obsolete, se non addirittura superate, alla luce dei mutamenti che hanno riguardato la struttura economica e sociale del Paese⁹.

Non deve sorprendere, quindi, il sentimento di rassegnazione con cui Vittorio Emanuele Orlando, nella prefazione al *Trattato di diritto amministrativo* del 1897, prendeva atto del «fatto materiale e innegabile, dell’immane moltiplicazione di servizi pubblici», i quali per il solo esistere divenivano parte della «scienza amministrativa»¹⁰. Analogamente, non stupisce il fatto che la legge giolittiana del 1903 sulle

⁷ Sul rapporto tra diritto pubblico ed economia, v. *ex multis* G. MIELE, *Il problema dell’adeguamento della norma giuridica al fatto economico. Tecnica giuridica e fatto economico*, in *Dir. economia*, 1956, 5 ss.; N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998; N. IRTI (a cura di), *Diritto ed economia, problemi e orientamenti teorici*, Padova, 1999.

⁸ Su cui v. in particolare G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005.

⁹ V. *infra* cap. II.

¹⁰ V.E. ORLANDO, *Prefazione al Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, 1897, p. XII.

municipalizzazioni¹¹, convenzionalmente considerata l'atto d'inizio dello studio del diritto dei servizi pubblici in Italia, si limitasse in realtà a regolare un fenomeno che era già ampiamente diffuso tra i Comuni italiani, recependo istituti affermatasi in via di prassi¹².

Invero in questo ambito, così come in altri settori del diritto pubblico dell'economia, il diritto positivo e la scienza giuridica si trovano spesso a inseguire le variazioni degli equilibri politici, economici e sociali, al fine di indirizzarli, di disciplinarli, o anche solo di descriverli. L'elaborazione di modelli teorici, dunque, risente della fragilità degli istituti giuridici esaminati, i quali, anche una volta cristallizzati dal legislatore, sono continuamente sottoposti a tensioni politiche ed economiche, con la conseguenza che le costruzioni dogmatiche, anche se sul piano teorico corrette nel momento in cui sono formulate, finiscono ben presto per sgretolarsi di fronte alla constatazione di "fatti materiali e innegabili"¹³, che si pongono in antitesi rispetto ad esse.

In definitiva, di fronte a istituti giuridici così esposti a influenze di ordine politico-economico, l'interprete si trova dinanzi al rischio da un lato di elaborare modelli dotati di reale utilità pratica, suscettibili però di essere presto sconfessati dai fatti; dall'altro, proprio al fine di sfuggire a tale pericolo, di costruire nozioni così generiche da risultare, in fin dei conti, inutili.

Le considerazioni che precedono circa la fluidità degli istituti in esame, tuttavia, non fanno venire meno l'utilità dello studio della nozione di "servizio pubblico" e dei principi costituzionali che ad essa sono ricollegati. Infatti, proprio in virtù della propria collocazione peculiare, al crocevia tra diritto ed economia, politica e sociologia, il servizio pubblico offre un punto di osservazione privilegiato per lo studio dell'evoluzione dello Stato e dei suoi fini con riguardo alla sfera economica. Invero, ripercorrendo l'evoluzione della nozione di servizio pubblico, attraverso le ricostruzioni che gli autori

¹¹ Legge 29 marzo 1903, n. 103.

¹² Sul fenomeno della municipalizzazione dei servizi pubblici, v. *ex multis* A. TROCCOLI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi (voce)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. X, Torino, 1957, 988 ss.; G. BOZZI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi (voce)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977, 363 ss. Per una riflessione più recente, v. F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. amm.*, 2004, 37 ss..

¹³ Cfr. V.E. ORLANDO, *Prefazione al Primo Trattato*, cit., XII.

ne hanno dato nel corso dei decenni, è possibile cogliere i mutamenti di prospettiva degli interpreti circa l'idea di Stato e dei rapporti tra azione pubblica e mercato. Analogamente, cercare di definire quale sia oggi il concetto di "servizio pubblico" nel nostro ordinamento, significa interrogarsi sul ruolo che gli enti pubblici sono venuti assumendo, o dovrebbero in prospettiva assumere, nell'economia contemporanea.

Questa doppia dimensione – dell'essere e del dover essere – è peraltro un elemento ineliminabile della riflessione sul "servizio pubblico". Data la fluidità degli istituti in esame e la mancanza di riferimenti positivi certi e stabili, gli autori che se ne sono occupati hanno svolto un'analisi al contempo ricostruttiva e propositiva dell'idea di servizio pubblico, cercando talora, per mezzo di tale istituto, di limitare l'intervento pubblico nell'economia, qualificando il servizio pubblico quale un'ipotesi eccezionale rispetto al normale gioco del mercato; talaltra tentando invece di ampliare il raggio di azione del potere pubblico in ambito economico, assumendo per esempio la prospettiva della necessità di attuare il principio di uguaglianza sostanziale. Come si vedrà, dunque, le riflessioni dottrinali in materia risentono dell'impronta ideologica impressa dagli autori, nonché dell'approccio – restrittivo o estensivo – diffuso nella società in un dato momento storico rispetto all'intervento pubblico in economia.

In definitiva, la riflessione sul servizio pubblico consente di affrontare tre temi centrali del diritto pubblico.

Innanzitutto, l'analisi dello statuto costituzionale del servizio pubblico implica una riflessione sui fini dello Stato¹⁴. L'assunzione di servizi da parte degli enti pubblici, infatti, corrisponde all'attribuzione a questi ultimi, in un certo momento storico, di determinati obiettivi, per effetto delle spinte politiche e ideologiche prevalenti in un dato periodo¹⁵. La definizione, sul piano politico, degli obiettivi che gli enti pubblici devono

¹⁴ Sui rapporti tra il concetto di servizio pubblico e l'evoluzione dei fini dello Stato, cfr. F. ROVERSI MONACO, *Compiti e servizi. Profili generali*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, tomo II, Bologna, 2005, 1 ss.; C. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit. 1; V. DE FALCO, *Il servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni*, Padova, 2003, 1 ss.; M. NIGRO, *L'edilizia popolare*, cit., 186 ss.

¹⁵ Sull'evoluzione dell'intervento dello Stato in economia, v. *ex multis* M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, 7 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1989, 28 ss.; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, 128 ss.

perseguire si traduce, quindi, nella predisposizione di mezzi e risorse per il loro raggiungimento. Così, mentre nello Stato monoclasse borghese, i compiti dello Stato erano limitati ai «fini essenziali» del mantenimento dell'ordine interno e della difesa esterna, secondo l'ideologia liberale¹⁶ allora dominante, con il passaggio allo Stato pluriclasse¹⁷, a seguito dell'affacciarsi sulla scena politica di partiti portatori delle istanze delle classi sociali fino ad allora escluse dal suffragio, gli obiettivi dell'azione pubblica si moltiplicano, estendendosi al progresso materiale e spirituale della popolazione¹⁸. Si assiste così alla proliferazione dei servizi pubblici, la quale conosce il proprio apice nei «Trenta gloriosi», prima di incorrere nella crisi – ideologica, ancor prima che economica – dello Stato sociale¹⁹.

In secondo luogo, lo studio dei servizi pubblici impone di interrogarsi sulla legittimazione dell'attività dei pubblici poteri. Com'è stato rilevato dalla dottrina francese, infatti, a partire dall'inizio del Novecento la nozione di servizio pubblico trascende i confini del diritto per divenire una sorta di «mito», un principio assiologico sul quale è fondata l'azione pubblica²⁰, che in essa trova il proprio fondamento e limite²¹. Questo secondo aspetto, a ben vedere, è strettamente legato al primo, dal momento che, se il fine dell'azione pubblica è favorire il progresso materiale e spirituale dei cittadini, tale attività sarà considerata legittima se e nella misura in cui si dimostri capace di raggiungere quegli obiettivi. L'efficacia dell'azione pubblica, dunque, diviene condizione di legittimità dell'azione medesima.

¹⁶ Sull'ideologia politica ed economica del liberalismo, v. *ex multis*, V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica*, cit., 152 ss.

¹⁷ Sullo Stato pluriclasse, v. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 1991; M.S. GIANNINI, *I pubblici poteri nello Stato pluriclasse*, in *Studi in memoria di S. Satta*, vol. I, Milano, 1972; ID., *L'amministrazione pubblica nello Stato contemporaneo*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1988.

¹⁸ Il passaggio dalla concezione liberale a quella propria dello Stato pluriclasse è descritto tra gli altri da M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico*, cit., 26 ss.

¹⁹ Cfr. F. ROVERSI MONACO, *Compiti e servizi*, cit., 5 ss.

²⁰ J. CHEVALLIER, *Le service public*, *Que sais-je?*, Parigi, 2015, 3.

²¹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Parigi, 1913, 100: «*Le service public est le fondement et la limite du pouvoir gouvernemental*».

Infine, un aspetto centrale per definire il ruolo del servizio pubblico nella costituzione economica, riguarda il rapporto intercorrente tra questo e i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalla Costituzione. Come si dirà, infatti, l'erogazione di servizi pubblici – qualunque sia l'accezione, soggettiva o oggettiva, utilizzata – è funzionale, e in alcuni casi essenziale, per rendere effettivi i diritti sanciti a livello costituzionale. Allo stesso tempo, il riconoscimento di diritti in capo ai cittadini è strettamente correlato all'estensione dei fini dello Stato, dal momento che all'aumento dei primi corrisponde la moltiplicazione dei compiti che gli enti pubblici assumono su di sé per rendere effettivi i diritti medesimi. In quest'ottica, quindi, la nozione di servizio pubblico diviene la chiave di volta della costituzione economica, costituendo lo strumento di cui i poteri pubblici dispongono per raggiungere gli obiettivi che ad essi sono assegnati, i quali corrispondono essenzialmente all'attuazione dei diritti riconosciuti dall'ordinamento in capo ai cittadini²².

In conclusione, dunque, lo studio della nozione di servizio pubblico e dei principi costituzionali ad essa connessi offre un punto di osservazione privilegiato per analizzare le ragioni, le condizioni e i limiti dell'intervento pubblico nell'economia.

Ai fini di tale studio, nel primo capitolo si cercherà di analizzare l'emersione e lo sviluppo del concetto di “servizio pubblico”, evidenziandone le relazioni con la parallela evoluzione dell'idea di Stato e dei fini dell'azione pubblica.

Nel secondo capitolo, quindi, partendo dall'analisi della Costituzione repubblicana, nonché soprattutto dell'interpretazione che ne è stata data dalla giurisprudenza costituzionale, si analizzerà il ruolo assunto dall'istituto del servizio pubblico nella costituzione economica italiana.

Le conclusioni raggiunte nei primi due capitoli, infine, verranno messe a confronto con la disciplina dettata dai Trattati dell'UE in materia di servizi di interesse generale, come interpretata dalla Corte di Giustizia, per comprendere se ed in che misura l'accezione di servizio pubblico fatta propria dall'ordinamento costituzionale italiano sia compatibile con il diritto europeo.

²² V. *infra*, cap. II.

I. Genesi ed evoluzione della nozione di servizio pubblico

1. Alle origini della nozione di servizio pubblico

Benché la nozione di servizio pubblico sia emersa nel linguaggio giuridico solamente a partire dalla seconda metà dell'Ottocento, i concetti ad essa sottostanti affondano le radici nei secoli precedenti¹.

Secondo alcuni autori, come Leon Duguit, tale nozione è sempre stata presente nelle società umane, dal momento in cui si è affermata la distinzione tra governanti e governati. A partire dal quel momento, infatti, si è compreso che certe obbligazioni gravavano sui governanti nei confronti dei governati e che l'adempimento di questi doveri era al contempo conseguenza e giustificazione del loro potere².

Più nel dettaglio, l'idea che vi siano delle attività il cui interesse trascende la dimensione privata, per abbracciare l'intera collettività, era già presente nelle società greca e romana³. In queste civiltà si sviluppò, infatti, la distinzione tra utilità privata e utilità pubblica (*utilitas publica*). In esse, inoltre, non era sconosciuta l'idea che la responsabilità di quest'ultima gravasse sui soggetti detentori del potere, che in questo modo venivano gravati del compito di vigilare sulla cosa pubblica. Le città romane, in effetti, si dotarono di un complesso di servizi di utilità pubblica, comportanti in alcuni

¹ Alcuni riferimenti per la ricostruzione storica dell'evoluzione del concetto di servizio pubblico si trovano in A.S. MESCHERIAKOFF, *Droits des services publics*, Parigi, 1997, Capitolo preliminare; J. CHEVALLIER, *Service public: regards sur une évolution*, in *AJDA*, 1997, 11 ss.; G.J. GUGLIELMI (a cura di), *Histoire et service public*, Parigi, 2004; P. JOURDAN, *La formation du concept de service public*, in *RDP*, 1987, 89 ss.

² L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Parigi, 1913, 33, afferma che «*du jour même où sous l'action de causes très diverses, dont l'étude n'est point à faire ici, s'est formée la distinction entre gouvernants et gouvernés, la notion de service public est née dans l'esprit des hommes. En effet, dès ce moment on a compris que certaines obligations s'imposaient aux gouvernants envers les gouvernés et que l'accomplissement de ces devoirs était à la fois la conséquence et la justification de leur plus grande force. Cela est essentiellement la notion de service public*».

³ Per un'analisi delle influenze del pensiero antico sulla teoria di servizio pubblico, v. G.J. GUGLIELMI, G. KOUBI, M. LONG, *Droit du service public*, Parigi, 2016, 37-38. Nel ricostruire le origini filosofiche della concezione di servizio pubblico, gli Autori fanno riferimento a *La Repubblica* di Platone e a *La Politica* di Aristotele, da cui emergerebbe l'idea che l'interesse collettivo debba prevalere sugli interessi particolari.

casi la costruzione e la gestione di importanti infrastrutture, quali acquedotti, fognature, ecc. Inoltre, era presente l'idea che vi fossero delle attività "sociali", quali l'assistenza ai malati e ai bisognosi, di cui la collettività doveva farsi carico⁴.

Nel Medioevo⁵, la struttura patrimoniale del regime feudale fece sfumare la distinzione tra attività pubbliche e attività private. Il signore medievale, infatti, amministrava la propria signoria alla stregua di una proprietà privata. Di conseguenza, su di esso non gravava alcun obbligo giuridico nei confronti dei propri sudditi, né alcun onere di buona amministrazione riguardo ai propri possedimenti. Cionondimeno, era interesse del signore dotare la propria signoria delle strutture e dei servizi necessari per aumentare il proprio potere, o anche semplicemente per incrementare i propri introiti. A questo fine vennero istituite, in epoca medievale, le bannalità, per effetto delle quali il signore si riservava in regime di monopolio l'esercizio di determinate attività considerate essenziali per la comunità (quali, ad esempio, la gestione di mulini, forni e torchi). I sudditi, quindi, erano tenuti ad usufruire dei servizi forniti dal signore a fronte di una controprestazione più onerosa, e quindi più vantaggiosa per il signore, rispetto ai valori di mercato. In cambio, essi ottenevano la garanzia della continuità del servizio, dal momento che il signore si obbligava a mantenere in funzione i servizi oggetto del banno. Questi, inoltre, dovevano essere aperti a tutti, a parità di condizioni⁶. Così venivano a delinearsi, secondo J.L. Mestre, «*les grands traits d'un régime juridique des services d'intérêt collectif: le monopole, assorti du paiement d'une redevance, d'un côté; la garantie de la continuité du service et de l'égalité de traitement des usagers, de l'autre*»⁷.

Il concetto di interesse collettivo distinto dall'interesse privato riemerge nelle esperienze comunali, dove vennero organizzati, seppure in forma elementare, servizi di

⁴ Sui servizi pubblici nell'Impero romano, v. L. DE SALVO, *Economia privata e pubblici servizi nell'impero romano. I Corpora naviculariorum*, Messina, 1992.

⁵ Sulle origini medievali del concetto di servizio pubblico, v. J.L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, Parigi, 1989; ID., *Les racines seigneuriales du droit administratif français*, in *Annuaire européen d'histoire de l'Administration publique*, n. 4, 1981, 783 ss.; X. BEZANÇON, *Les services publics en France du Moyen Age à la Révolution*, Parigi, 1995.

⁶ Cfr. G.J. GUGLIELMI, G. KOUBI, M. LONG, *Droit du service public*, cit., 38-39.

⁷ J.L. MESTRE, *Introduction historique*, cit., 36.

utilità pubblica, quali la pulizia delle strade, la raccolta dei rifiuti, ecc., finalizzati in molti casi al corretto svolgimento di manifestazioni quali le fiere e i mercati⁸.

Per quanto riguarda, invece, i servizi appartenenti alla sfera sociale, quali l'assistenza ai malati, ai poveri e l'istruzione, questi erano presi in carico dalla Chiesa, su cui gravava l'obbligo morale di perseguire il "bene comune", secondo gli insegnamenti di San Tommaso d'Aquino.

È in questo contesto che riemerge la nozione romanistica di *utilitas publica*, riletta in chiave cristiana alla luce delle tesi tomiste, e idonea a fondare una nuova legittimazione del potere pubblico⁹. Quest'ultimo, infatti, viene investito della missione di perseguire il bene comune e risulta legittimo se e nella misura in cui riesca a perseguirlo. L'affermarsi dei concetti di bene comune e utilità pubblica consente quindi di giustificare l'attribuzione a determinati soggetti del potere di prevalere sugli altri, in quanto portatori di un interesse superiore, il quale diviene fondamento e limite del potere pubblico¹⁰.

Con l'affermazione della monarchia assoluta e la costruzione dell'idea di "Stato" attorno alla figura del re, quest'ultimo comincia a farsi carico della predisposizione di alcuni servizi "nazionali", i quali, nati per facilitare le comunicazioni del re o per agevolare la riscossione dei tributi, sono ben presto resi a favore del pubblico, sebbene limitatamente ad un numero ristretto di privilegiati. Ne è un esempio l'istituzione, in regime di monopolio, del servizio della posta dei cavalli e della posta delle lettere¹¹. Secondo la concezione dello Stato proprio di quest'epoca, tuttavia, l'interesse pubblico coincideva con l'interesse del sovrano e l'organizzazione di servizi di utilità pubblica, quali appunto la posta, lungi dal costituire un'obbligazione del re nei confronti dei propri sudditi, rappresentava piuttosto il frutto di una concessione del sovrano¹².

⁸ Cfr. G.J. GUGLIELMI, G. KOUBI, M. LONG, *Droit du service public*, cit. 38-39.

⁹ J.L. MESTRE, *Introduction historique*, cit., 98 ss.

¹⁰ Sui rapporti intercorrenti tra la nozione tomistica di bene comune e quella più recente di interesse generale, v. J. CHEVALLIER, *Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général*, in CURAPP, *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, Parigi, 1978, 5s.

¹¹ Cfr. X. BEZANÇON, *Une approche historique du partenariat public-privé*, in *Revue d'économie financière*, 1995, 27 ss.

¹² Sull'utilizzo del termine *service public* prima della Rivoluzione francese, v. J.L. MESTRE, *L'emploi de l'expression "service public" sous l'Ancien Régime*, in G.J. GUGLIELMI (a cura di), *Histoire et service public*, cit., 21s.

L'idea di potere pubblico propria dell'*Ancien Régime* venne stravolta dalla Rivoluzione francese. I rivoluzionari, infatti, basandosi sulle teorie di autori come Rousseau, elevarono a scopo della società la felicità comune («*bonheur commun*») e affermarono che il *gouvernement* è istituito per garantire all'uomo il godimento dei suoi diritti naturali e imprescrittibili¹³. Si fece strada quindi una nuova concezione di Stato, dove, superata la confusione tra interesse pubblico e interesse privato (del sovrano) propria del regime precedente, l'«interesse generale», inteso come interesse della Nazione, diviene la missione dei governanti e la giustificazione del potere di cui essi dispongono¹⁴. Dall'analisi dei dibattiti dell'Assemblea nazionale del 1789¹⁵, emerge come i rivoluzionari fossero convinti che il nuovo Stato, generato dalla Rivoluzione, dovesse mettersi al servizio della felicità comune, attraverso tra l'altro l'erogazione di servizi di pubblica utilità¹⁶. Tra questi, venivano ricompresi alcuni servizi di solidarietà sociale quali il soccorso ai bambini abbandonati, l'assistenza dei poveri e degli infermi, l'istruzione elementare, che quindi avrebbero dovuto essere sottratti alla sfera della carità, per entrare a fare parte dei compiti del potere civile¹⁷.

¹³ L'art. 1 della *Declaration des droits de l'homme et du citoyen* allegata alla Costituzione francese del 1793 recita infatti: «*Le but de la société est le bonheur commun. - Le gouvernement est institué pour garantir à l'homme la jouissance de ses droits naturels et imprescriptibles*».

¹⁴ In questo senso v. J. CHEVALLIER, *Regards sur une évolution*, in *AJDA*, 1997, 11 ss.

¹⁵ Per un'analisi del contributo dei dibattiti in Assemblée Nationale alla formazione del concetto di servizio pubblico, v. J.L. MESTRE, *La notion de service public d'après les débats de l'Assemblée nationale constituante*, in *EDCE*, 1998, 187 ss.

¹⁶ Cfr. J.L. MESTRE, *La notion de service public*, cit., 208, il quale osserva che i rivoluzionari «*croyaient sincèrement que l'Etat régénéré devait se mettre au service du bonheur de tous*».

¹⁷ In questo senso, v. l'art. 21 della *Declaration des droits de l'homme et du citoyen* allegata alla Costituzione francese del 1793: «*Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler*». A questo proposito, è stato osservato da M. BORGETTO, *Secours publics et service public*, in G.J. GUGLIELMI, *Histoire et service public*, cit., 50, che «*cette promotion eut alors deux grandes conséquences: d'une part, la sécularisation de l'assistance, puisque celle-ci relève désormais non plus de l'église et de la charité privée mais de la société tout entière, laquelle accomplit sa mission via la mise en place d'un grand service public. Et d'autre part sa nationalisation [...], le service public nouveau qu'il convenait de créer devait revêtir, en effet, le caractère d'un service public national*». Un processo analogo si è verificato con riguardo all'istruzione pubblica, in merito alla quale l'art. 22 della *Declaration* stabilisce che «*L'instruction est le besoin de tous. La société doit favoriser de tout son pouvoir les progrès*

I riferimenti al *bonheur commun*, alla solidarietà sociale e all'obbligo dello Stato di elargire servizi di pubblica utilità scomparvero dai dibattiti parlamentari e dai testi costituzionali a partire dalla costituzione dell'Anno III, per poi riaffiorare solamente a partire dal 1848¹⁸. Lo Stato liberale, affermatosi in Europa nella prima metà dell'Ottocento, infatti, pur conservando l'idea che il potere pubblico dovesse avere di mira l'interesse generale, era caratterizzato da un approccio astensionista nei confronti dell'economia e delle questioni sociali¹⁹. Si riteneva cioè che, sul piano amministrativo, lo Stato dovesse limitarsi ad esercitare le funzioni minime, essenziali alla sopravvivenza dello Stato stesso, ovvero la cura dell'ordine interno e la difesa dei confini esterni²⁰. La sfera economica, invece, doveva essere lasciata all'ordine naturale del mercato, considerato capace di autoregolarsi e di garantire la più efficiente allocazione di beni e servizi. Che questo "ordine naturale" conducesse a profonde disuguaglianze sociali non era motivo di preoccupazione per la classe borghese dominante, dal momento che ciò non contrastava con il principio di uguaglianza formale, posto a fondamento di questa forma di Stato. In osservanza dell'ideologia liberista, lo Stato monoclasse smantellò gran parte delle strutture pubbliche costruite nei periodi precedenti, in quanto considerate un ostacolo al pieno esplicarsi della libera iniziativa economica. Vennero così liquidati gli ingenti patrimoni terrieri appresi dagli Stati nei secoli precedenti e furono dismesse

de la raison publique, et mettre l'instruction à la portée de tous les citoyens». Su questa evoluzione, più in generale, v. G.J. GUGLIELMI, G. KOUBI, M. LONG, *Droit du service public*, cit., 54-55.

¹⁸ Cfr. G.J. GUGLIELMI, G. KOUBI, M. LONG, *Droit du service public*, cit., 56.

¹⁹ Cfr. M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, 40, il quale afferma: «L'ideologia che dominava la classe di potere nello Stato ottocentesco era nel senso, infinite volte chiarito e analizzato dalla letteratura, dell'assolutizzazione del principio di libera iniziativa. Quasi sempre principio di sola costituzione materiale (non lo si trova enunciato nelle carte costituzionali: si disse, perché lo si considerava ovvio), esso aveva valore in positivo, ossia come garanzia della libertà d'impresa, e in negativo, ossia come rimozione di ostacoli all'esplicazione libera dell'iniziativa economica, e quindi come "astensione" dei pubblici poteri da interventi limitativi della medesima».

²⁰ Cfr. sul punto V.E. ORLANDO, *Primo trattato*, cit., il quale distingue tra l'attività giuridica dello Stato (difesa, giustizia e sicurezza), espressione della sovranità dello Stato, senza la quale cadrebbe nell'anarchia, e l'attività sociale, «diretta a promuovere la civiltà del popolo nelle sue varie manifestazioni di benessere fisico, economico ed intellettuale».

pressoché tutte le imprese in mano pubblica che esercitassero attività remunerative²¹. Le poche eccezioni che vennero mantenute furono giustificate, sul piano teorico, per l'importanza strategico-militare ricoperta da taluni beni e servizi.

Questa concezione dello Stato cominciò ad entrare in crisi attorno alla metà del XIX Secolo, sotto la pressione di nuove spinte di ordine economico, sociale e politico²². Sotto il profilo economico, la crescente industrializzazione, in assenza di una regolamentazione pubblica del mercato, ebbe come conseguenza l'accentramento in capo a pochi capitalisti privati, in regime di monopolio o di oligopolio, di settori strategici per l'economia nazionale, con conseguente aumento dei prezzi e, più in generale, inefficiente allocazione delle risorse economiche²³. L'industrializzazione comportò altresì, sul piano sociale, il depauperamento di ampi strati della popolazione, che persero il proprio lavoro, e l'emersione di nuove problematiche sociali e sanitarie, in gran parte legate ai disagi conseguenti alle migrazioni della popolazione contadina dalle campagne alle città (urbanesimo). In questo contesto, si affermarono a livello politico le nuove ideologie socialista e solidarista²⁴, che propugnavano, tra le altre cose, un ruolo più attivo dello Stato nella sfera economica e sociale, la nazionalizzazione delle imprese nei settori strategici e l'assunzione da parte dei Comuni dei servizi di pubblica utilità di dimensione locale.

Alla luce di queste trasformazioni della realtà politica, economica e sociale, si può comprendere come il passaggio ad una nuova concezione dello Stato e dei fini dell'azione pubblica si sia compiuto con il progressivo ampliamento del suffragio (che, seppure con tempi diversi, si realizzò in tutti i principali Paesi europei a partire dalla seconda metà

²¹ Cfr. M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, 40-41, il quale osserva che, in applicazione del principio di libera iniziativa economica, «lo Stato monoclasse distrusse grandissima parte di ciò che avevano costruito gli Stati dei precedenti periodi, in particolare lo Stato dell'assolutismo. Quindi: a) furono liquidati i grandissimi patrimoni terrieri che gli Stati avevano appreso come patrimoni non privati delle Corone [...] b) furono dismesse tutte le imprese in mano pubblica, statali o locali». Sull'argomento, v. altresì S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma, 2012, 10-11.

²² J. CHEVALLIER, *Le service public*, cit., 10-11.

²³ Cfr. sul punto V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica*, cit., 155 ss.

²⁴ Il legame tra l'interventismo statale in campo economico della fine del XIX secolo e la diffusione dell'ideologia solidarista è affermato da J. CHEVALLIER, *Le service public*, cit., 11, il quale definisce il *solidarisme* «la véritable idéologie de la Troisième République de cette fin de XIX siècle».

dell'Ottocento) ed il conseguente passaggio dallo Stato borghese allo Stato pluriclasse. L'ingresso nell'arena politica di nuovi soggetti, portatori delle istanze delle classi sociali che fino ad allora ne erano state escluse, portò infatti ad una graduale estensione dei compiti dello Stato. Quest'ultimo, invero, contraddicendo il dogma astensionista fino a quel momento rigorosamente osservato (seppure con qualche eccezione), cominciò ad assumere su di sé lo svolgimento di un numero crescente di attività economiche, sottraendole alla libera iniziativa economica privata²⁵.

In un primo tempo, il rinnovato attivismo dei poteri pubblici in ambito economico venne giustificato, sul piano teorico, in ragione ad esempio della presenza di fallimenti del mercato o dell'importanza strategico-militare di determinati beni e servizi. In questo modo, si cercava di ricondurre a coerenza i nuovi fenomeni constatati in via di fatto con l'impostazione teorico-dogmatica sulla quale era stato eretto lo Stato liberale²⁶. La tensione tra i principi teorici e la realtà sottostante divenne tuttavia ben presto evidente, e la frattura insanabile. In particolare, dal momento in cui si constatò che l'attività dello Stato consisteva ormai più nello svolgimento di attività pratiche, che nell'esercizio di poteri autoritativi²⁷, il principio di sovranità, fino ad allora posto a fondamento dell'azione dello Stato, non risultò più sufficiente per spiegare l'estensione dei compiti dei poteri pubblici, così come il criterio della *puissance publique* si rivelò non più idoneo a delimitare il campo di applicazione del diritto pubblico²⁸. Si rese dunque necessario elaborare una nuova nozione, capace di costituire al contempo fondamento e fine dell'azione dello Stato. Questa nozione venne individuata dalla giurisprudenza e dalla dottrina francese nel *service public*²⁹.

²⁵ Su questa evoluzione, cfr. V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica*, cit., 157 ss.

²⁶ In questo senso cfr. M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, 40 ss.; G.J. GUGLIELMI, G. KOUBI, M. LONG, *Droit du service public*, cit., 71-73.

²⁷ In questo senso, v. L. DUGUIT, *Les transformations*, cit., 37, il quale afferma che «*ce qui apparaît au premier plan, ce n'est plus le pouvoir de commander, c'est l'obligation d'agir pratiquement*». Sul punto, cfr. P. CIRIELLO, *Servizi pubblici*, cit., 1.

²⁸ R. LE MESTRE, *Droit du service public*, Parigi, 2005, 24; G.J. GUGLIELMI, G. KOUBI, M. LONG, *Droit du service public*, cit., 63.

²⁹ Cfr. J. CHEVALLIER, *Le service public*, cit., 10, il quale osserva che «*Cet Etat interventionniste et garant de la solidarité sociale se démarque profondément de l'Etat libéral classique: quittant sa position d'extériorité et de supériorité, l'Etat n'hésite plus à se jeter dans l'arène et à intervenir activement dans le*

2. L'emersione della nozione di *service public* in Francia

Il crescente interventismo pubblico in campo economico si manifesta in Francia a partire dai primi anni della III Repubblica (1870-1940)³⁰. A questo periodo risalgono infatti l'istituzione del servizio di istruzione pubblica (1880) e di assistenza medica gratuita (1893), nonché i programmi pubblici in materia di igiene e salute (1902). La legge 18 maggio 1878, inoltre, procede alla nazionalizzazione di parte della rete ferroviaria francese e all'istituzione di un'amministrazione deputata alla relativa gestione. Tale gestione, peraltro, viene subito qualificata come *service public* dal Conseil d'État³¹. A livello locale, a seguito dell'adozione della legge 10 agosto 1871 sull'organizzazione dei dipartimenti e della legge 5 aprile 1884 sui municipi, le autorità locali assumono la gestione di un numero crescente di servizi di interesse generale, resi possibili grazie al progresso tecnologico, quali la distribuzione dell'acqua potabile, del gas e dell'elettricità, nonché di diversi servizi di rilievo sociale. Questo attivismo delle autorità locali, finalizzato a soddisfare i bisogni dei propri cittadini, ha fatto parlare, a questo proposito, di "socialismo municipale", ed è da ricondurre, come anticipato, all'esigenza dei governanti di assecondare le istanze provenienti dal proprio elettorato³².

Più in generale, si assiste in questo periodo al graduale passaggio da una concezione dello Stato come *État-Gendarme*, che si limita a vigilare sull'osservanza delle regole e a risolvere le controversie insorte tra gli attori del libero mercato, all'idea di *État-Providence*, il quale prende in carico l'erogazione, in nome dell'interesse generale, di

jeu social; son intervention est perçue aussi bien comme un facteur de développement que comme un moyen de préserver la paix civile. La théorie traditionnelle de l'Etat, fondée sur l'idée de «puissance», de «souveraineté» est évidemment incapable de rendre compte de cette évolution: l'Etat se présente en effet, désormais, moins sous la forme de manifestations d'autorité que comme un prestataire de services, dont l'objectif est de satisfaire le mieux possible les besoins du public; la doctrine du service public va venir colmater ces brèches, en reconstruisant la théorie de l'Etat sur des bases nouvelles, qui répondent parallèlement au besoin de fondation du droit public».

³⁰ G.J. GUGLIELMI, G. KOUBI, M. LONG, *Droit du service public*, cit., 71.

³¹ Conseil d'État, 20 febbraio 1891, *Chemin de fer du Midi c/ Epoux Salles*.

³² G.J. GUGLIELMI, G. KOUBI, M. LONG, *Droit du service public*, cit., 71-72; R. LE MESTRE, *Droit du service public*, cit., 24-25.

prestazioni volte al soddisfacimento di bisogni collettivi, e quindi diviene esso stesso un attore economico³³.

Questa trasformazione si scontra, sul piano teorico, con l'impostazione dogmatica accolta fino a quel momento dalla scienza giuridica, sotto l'impronta dell'ideologia liberale. Il senso di disorientamento provato dalla dottrina giuridica dell'epoca emerge chiaramente dall'opera di uno dei più autorevoli giuristi francesi di fine Ottocento, Maurice Hauriou, il quale, in uno scritto del 1899, afferma: «*L'État n'est pas une association pour travailler ensemble à la production des richesses, il est seulement pour les hommes une certaine manière d'être ensemble, de vivre ensemble, ce qui est essentiellement le fait politique*». Sulla base di queste premesse, egli conclude che, se lo Stato intraprende attività volte a soddisfare non già interesse politici, di cui è responsabile "per natura", bensì interessi di ordine economico, e se delle imprese agricole e industriali divengono organi dello Stato, «*nous disons que c'est grave, parce qu'on nous change notre État*»³⁴.

Accanto alle questioni di teoria generale dello Stato, sulle quali si tornerà in seguito, sul piano pratico, si pone il problema di individuare un nuovo criterio idoneo a delimitare il campo di applicazione del diritto pubblico, nonché per ripartire la giurisdizione tra giudici ordinari e giudici amministrativi, alla luce dei nuovi compiti assunti dall'Amministrazione³⁵. Fino a quel momento, infatti, il criterio adottato dalla giurisprudenza e dalla dottrina prevalente era quello della *puissance publique*. Si riteneva, cioè, che l'attività amministrativa dovesse essere sottoposta ad un regime derogatorio rispetto al diritto comune e, quindi, ad una giurisdizione speciale, solo laddove l'atto amministrativo fosse espressione dell'esercizio della *puissance publique*. In base a tale criterio, si distingueva quindi tra *actes d'autorité*, manifestazioni della sovranità del potere pubblico e pertanto sottoposti ad un regime speciale, e *actes de gestion*, adottati

³³ Su questa evoluzione v. R. LE MESTRE, *Droit du service public*, cit., 23-24; M. LONG, *Service public et réalités économiques su XIX siècle au droit communautaire*, in *RFDA*, 2001, 1161.

³⁴ M. HAURIOU, Nota alla decisione del Tribunal des Conflits del 9 dicembre 1899, *Association syndicale du canal de Gignac*. Cfr. altresì M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Parigi, 1930. Sul contributo di Hauriou all'evoluzione della dottrina del servizio pubblico, v. J. RIVERO, *Hauriou et l'avènement de la notion de service public*, Parigi, 1956.

³⁵ J. CHEVALLIER, *Le service public*, cit., 13.

dall'Amministrazione con le stesse facoltà dei soggetti privati e dunque assoggettati al diritto comune. A fronte dell'aumento delle attività economiche svolte dai pubblici poteri, tuttavia, l'applicazione del criterio della *puissance publique* avrebbe comportato la sottrazione dall'ambito del diritto pubblico degli atti compiuti dall'Amministrazione nell'esercizio dell'attività ormai prevalente, ovvero nell'erogazione di servizi pubblici.

In controtendenza rispetto all'orientamento prevalente in dottrina e in giurisprudenza si pose il Tribunal des Conflits con la sentenza *Blanco* dell'8 febbraio 1873³⁶. Chiamato a pronunciarsi sul riparto di giurisdizione in merito ad un'azione di responsabilità extracontrattuale avanzata dai genitori di una bambina investita da un vagone di un'industria di tabacco gestita dallo Stato, il Tribunal des Conflits ha affermato che «*la responsabilité, qui peut incomber à l'État pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code Civil, pour les rapports de particulier à particulier*». Tale responsabilità, infatti, è sottoposta a «*des règles spéciales, qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés*». Di conseguenza – conclusero i giudici - «*l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître*»³⁷.

L'orientamento dell'*Arrêt Blanco* non venne tuttavia subito recepito dalla giurisprudenza e dalla dottrina prevalente dell'epoca, che continuarono per molto tempo a fare riferimento alla distinzione classica tra *actes d'autorité* e *actes de gestion*. È stato peraltro notato come in realtà la sentenza *Blanco* non si proponesse di individuare un nuovo criterio per il riparto di giurisdizione, sostitutivo rispetto a quello della *puissance publique*, ma più semplicemente intendesse affermare che, nell'esercizio di un *service public*, l'Amministrazione deve conciliare l'interesse pubblico all'erogazione del servizio con i confliggenti diritti dei privati, e che pertanto in questi casi si è in presenza dell'esercizio di un'attività di *puissance publique*, tale da giustificare l'applicazione di un regime processuale e sostanziale speciale³⁸.

³⁶ Tribunal des Conflits, 8 febbraio 1873, *Blanco*.

³⁷ Sulla sentenza *Blanco*, v. R. LE MESTRE, *Droit du service public*, cit., 28-29.

³⁸ Cfr. R. LE MESTRE, *Droit du service public*, cit., 29, il quale osserva: «*On le voit, le Tribunal des conflits, dans la décision Blanco, n'érige absolument pas, comme l'Ecole du même nom, tentera, trente ans plus tard, de le faire croire, la notion de service public en critère déterminant de délimitation de la compétence*

L'elevazione dell'*Arrêt Blanco* a punto di riferimento ai fini del riparto tra giurisdizione ordinaria e amministrativa è quindi il frutto di un'elaborazione successiva, iniziata nei primi anni del Novecento da alcuni *commissaires du gouvernement* e quindi recepita da Tribunal des Conflits e Conseil d'État, nei *grands arrêts Terrier*³⁹, *Freutry*⁴⁰ e *Thérond*⁴¹. Queste pronunce riflettono un cambio di prospettiva con riguardo al tema del fondamento e della delimitazione del diritto pubblico⁴². Da esse emerge, infatti, che la specificità dell'azione amministrativa non risiede nella natura dei mezzi utilizzati (*actes d'organisation*, espressione della *puissance publique*), bensì nei fini perseguiti. Secondo l'impostazione accolta nelle sentenze citate, infatti, si è in presenza di un *service public* ogniqualvolta l'Amministrazione agisca nel perseguimento dell'interesse generale. Tale finalità giustifica, quindi, l'applicazione di un regime derogatorio rispetto al diritto comune, e l'assegnazione delle relative controversie a una giurisdizione speciale⁴³. Si comprende quindi come la nozione di *service public*, intesa come attività assunta dai poteri pubblici ai fini del perseguimento dell'interesse generale, sia divenuta così la nozione centrale, la «*pierre angulaire*»⁴⁴ di tutto il diritto pubblico.

Attorno a tale nozione, nei decenni successivi, l'*École du service public* costruirà una nuova teoria dello Stato⁴⁵.

du juge administratif et partant, la compétence suivant le fond, du champ d'application du droit administratif. Il affirme seulement qu'un acte accompli dans un tel but est administratif, dès lors qu'en principe il révèle la mise en oeuvre d'une prérogative de puissance publique».

³⁹ Conseil d'Etat, 6 febbraio 1903, *Terrier*.

⁴⁰ Tribunal des Conflits, 29 febbraio 1908, *Feutry*.

⁴¹ Conseil d'Etat, 4 marzo 1910, *Thérond*.

⁴² Su queste sentenze, v. J.C. VÉNÉZIA, *La naissance de la notion de service public*, in G. J. GUGLIELMI, *Histoire et service public*, cit., 163 ss.; R. LE MESTRE, *Droit du service public*, cit., 30 ss.

⁴³ In questo senso R. LE MESTRE, *Droit du service public*, cit., 33, il quale, a proposito dell'*Arrêt Thérond*, osserva come il Conseil d'Etat abbia affermato il «*principe que tout acte fait dans un but d'intérêt général, c'est-à-dire dans le cadre d'un service public, est soumis à un régime de droit administratif et relève de la compétence du juge administratif*».

⁴⁴ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, Préface, Parigi, 1925, 15.

⁴⁵ Su questa scuola, v. F. MELLERAY, *Ecole de Bordeaux, école du service public et école du guiste*, in RDP, 2001, 1887 ss.

3. Il *service public* nella teoria dello Stato di Leon Duguit

L'autore che più di tutti ha valorizzato la nozione di *service public*, ponendola al centro della propria teoria generale dello Stato, è Leon Duguit⁴⁶, il quale, a partire dal 1911, ne ha fatto la "nozione fondamentale del diritto pubblico moderno"⁴⁷.

Nell'illustrare la propria teoria, Duguit muove dalla critica dell'impostazione tradizionale, secondo la quale il fondamento del potere dello Stato sarebbe la sovranità, e l'attività dello Stato consisterebbe nell'esercizio della *puissance publique*. Tale critica si spiega alla luce del rigetto, da parte dell'autore, dell'idea di *Herrschaft*, elaborata dalla dottrina tedesca dell'epoca, per la quale lo Stato sarebbe un soggetto del diritto, titolare di un «*droit subjectif de puissance publique*». Per Duguit, infatti, lo Stato è un fenomeno sociale, e più esattamente una «*coopération des services publics organisés et contrôlés par des gouvernants*»⁴⁸.

Alla base di questa nuova concezione di Stato, vi è un mutamento radicale di prospettiva: secondo Duguit, infatti, per comprendere natura e limiti del potere pubblico, bisogna abbandonare l'analisi del soggetto statale e dei suoi diritti, per concentrarsi invece sui doveri che incombono sui governanti, ovvero su coloro che, in ogni società umana, detengono un potere di fatto sul resto dei consociati. Tali doveri consistono nell'assicurare ai governati quelle prestazioni che, in un dato momento storico, la coscienza sociale ritiene essenziali, in quanto indispensabili all'interdipendenza sociale. Per Duguit, dunque, i servizi pubblici sono quelle attività «*dont l'accomplissement doit être réglé, assuré et contrôlé par le gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être assurée complètement que par l'intervention de la force gouvernante*»⁴⁹.

Occorre precisare che per Duguit l'obbligo dei governanti di fornire un servizio pubblico ai governati non integra soltanto un dovere morale, bensì una vera e propria obbligazione giuridica, il cui inadempimento è suscettibile di ricevere una sanzione

⁴⁶ Sulla teoria dello Stato di Leon Duguit, v. R. LE MESTRE, *Droit du service public*, cit., 36 ss., e i riferimenti bibliografici ivi indicati.

⁴⁷ L. DUGUIT, *Les transformations*, cit., XIX.

⁴⁸ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, I, Parigi, 1911, 99.

⁴⁹ L. DUGUIT, *Traité*, cit., 99-100.

giuridica⁵⁰. L'adempimento di questa obbligazione costituisce il fondamento del potere dei governanti, dal momento che l'esercizio della *puissance publique* trova giustificazione nell'esigenza di assicurare l'erogazione delle attività costituenti *service public*, ma ne è al contempo altresì il limite, poiché «*tout acte des gouvernants est sans valeur quand il poursuit un but autre qu'un but de service public*»⁵¹.

Nella nozione di *service public*, dunque, Leon Duguit rinviene un nuovo fondamento del potere dello Stato, capace di giustificare l'attribuzione a determinati soggetti del potere di comando sugli altri consociati. Si tratta, tuttavia, non di una giustificazione a priori, bensì di una legittimazione *ex post*, fondata sull'attitudine del potere pubblico a soddisfare i bisogni dei cittadini. Allo stesso tempo, egli individua nell'adempimento dei doveri di servizio pubblico un limite oggettivo ed esterno all'azione pubblica, idoneo a fungere da parametro di legittimità dell'azione medesima.

Date queste premesse, la questione centrale diviene comprendere quali siano le attività il cui adempimento costituisce un'obbligazione per lo Stato, ovvero quali siano le prestazioni qualificabili come *service public*⁵².

A questo proposito, l'autore sostiene che tali attività non siano fisse, ma al contrario varino nel tempo, a seconda del grado di civilizzazione raggiunto da una determinata società. Infatti, secondo Duguit, di pari passo con il progresso della civilizzazione, aumenta il numero di bisogni che richiedono di essere soddisfatti e, conseguentemente, l'intervento dello Stato diviene più frequente. Così, se per lungo tempo si è creduto che i poteri pubblici dovessero limitarsi ad assicurare la difesa, l'ordine interno e la giustizia («*la guerre, la police et la justice*»⁵³), e disinteressarsi di tutti gli altri ambiti, nella convinzione che il gioco naturale della concorrenza avrebbe assicurato il soddisfacimento di tutti i bisogni sociali, l'autore constata che, nel momento storico in cui scrive, i fatti si

⁵⁰ Cfr. L. DUGUIT, *Les transformations*, cit., 43, dove l'autore afferma che «*ce n'est plus seulement une obligation morale qui s'impose aux gouvernants, c'est une obligation d'ordre juridique susceptible de recevoir une sanction positivement organisée. Si nous constatons que dans un pays donné cette sanction positive existe, nous serons en droit d'en conclure que cette obligation juridique des gouvernants est une réalité*».

⁵¹ L. DUGUIT, *Traité*, cit., 100.

⁵² L. DUGUIT, *Traité*, cit., 100. Analogamente, L. DUGUIT, *Les transformations*, cit., 47.

⁵³ L. DUGUIT, *Les transformations*, cit., 48.

sono imposti sulla teoria, e «*la conscience moderne veut autre chose*»⁵⁴. In particolare, egli rileva che non sarebbe ormai ammissibile che lo Stato si disinteressasse dell'istruzione o dei servizi di assistenza. Analogamente, egli osserva come lo sviluppo economico e tecnologico abbiano fatto aumentare i bisogni e, quindi, i doveri dello Stato, rendendo necessario ad esempio assicurare il servizio del telegrafo, del trasporto pubblico e dell'illuminazione pubblica, che invece fino a qualche tempo prima non erano considerati oneri dei poteri pubblici⁵⁵.

Alla luce di quanto sopra, è possibile svolgere alcune considerazioni sul pensiero di Leon Duguit.

Innanzitutto, si può rilevare come, dalla ricostruzione sopra analizzata, emerga chiaramente il collegamento tra *service public* e fini dello Stato che, come detto⁵⁶, costituisce uno dei punti chiave di ogni teoria del servizio pubblico. Più precisamente, dal momento che per Duguit *les gouvernants* sono coloro che devono impiegare la forza peculiare che detengono in una certa società per «*organiser et contrôler le fonctionnement des services publics*»⁵⁷, ovvero di quelle prestazioni che, in un dato momento storico, sono considerate essenziali dalla coscienza sociale, ne consegue che l'efficace erogazione di queste prestazioni diviene il fine dei pubblici poteri e, al contempo, il presupposto di legittimità della loro azione⁵⁸.

Più incerta è l'individuazione della fonte dei doveri che incombono sui governanti e, di conseguenza, del parametro alla luce del quale valutare la legittimità dell'esercizio dei loro poteri. Come detto, dopo avere affermato in via di principio che il funzionamento dei servizi pubblici costituisce il fine ultimo dello Stato, l'autore si pone il problema di

⁵⁴ L. DUGUIT, *Les transformations*, cit., 48. L'A. critica l'impostazione tradizionale secondo la quale lo Stato dovrebbe limitarsi alle funzioni della difesa, della polizia e della giustizia, e afferma: «*Aujourd'hui on ne se contente plus de ces services. Quelques économistes attardés peuvent bien, du fond de leur cabinet d'étude, déclarer que l'Etat n'a pas d'autre chose à faire qu'à procurer la sécurité à l'extérieur, l'ordre et la tranquillité à l'intérieur, qu'il doit se désintéresser de tout le reste et laisser liberté entière à l'action et à la concurrence individuelles, dont le jeu naturel assurera normalement la satisfaction de tous les besoins sociaux. Les faits sont plus forts que toutes les théories; et la conscience sociale veut autre chose*».

⁵⁵ Cfr. L. DUGUIT, *Les transformations*, cit., 49.

⁵⁶ V. *supra*, Introduzione.

⁵⁷ L. DUGUIT, *Traité*, cit., 100.

⁵⁸ Cfr. L. DUGUIT, *Traité*, cit., 100.

comprendere quali prestazioni siano da qualificare come *service public*. Evidentemente, Duguit non potrebbe rimettere ai governanti la decisione di quali siano tali prestazioni, poiché altrimenti verrebbe meno la funzione del *service public* quale limite all'esercizio dei pubblici poteri, che invece, come detto, è uno dei tratti caratterizzanti il suo pensiero. Occorre dunque individuare un riferimento oggettivo, esterno rispetto alle valutazioni contingenti delle persone munite di *puissance publique*.

L'autore rinviene tale riferimento nella coscienza sociale. Egli muove dalla convinzione che il fondamento ultimo del diritto sia la credenza, radicata in profondità nella coscienza degli uomini, in un certo luogo e ad una data epoca, che una regola giuridica sia imperativa e che quindi debba essere rispettata. In altre parole, il diritto «*est avant tout une création psychologique de la société, déterminée par les besoins d'ordre matériel, intellectuel et moral*»⁵⁹. Ora, così come la creazione del diritto si fonda sui bisogni degli uomini, analogamente il diritto cambia a mano a mano che, con il progresso della civilizzazione, emergono nuovi bisogni e, parallelamente, aumentano i compiti dei pubblici poteri.

La teoria appena esposta può senz'altro essere condivisa, nella parte in cui rinviene il fondamento ultimo del diritto, e dell'azione dei pubblici poteri che su questo si fonda, nella credenza diffusa nella società circa la sua legittimazione. È altresì da condividere il collegamento effettuato dall'autore tra i compiti dello Stato e i bisogni dei cittadini; collegamento che, peraltro, come si è detto, non era sconosciuto alla cultura giuridica europea precedente, ed emergeva tra l'altro dalle dichiarazioni dei primi documenti costituzionali post-rivoluzionari.

La ricostruzione di Duguit pare invece maggiormente criticabile, laddove riconosce nella «*conscience sociale*» l'unico riferimento in base al quale individuare i compiti dei poteri pubblici. Se da un lato infatti è apprezzabile il tentativo di sottrarre la determinazione dei fini dell'azione pubblica ai detentori dei pubblici poteri, individuando un riferimento oggettivo ed esterno, dall'altro lato, tuttavia, ancorare tale determinazione a un parametro meramente sociologico rischia di privare di valore giuridico il riferimento medesimo. Emerge qui la difficoltà di individuare una componente oggettiva del “servizio pubblico”, senza ricorrere a formule, quali l'interesse generale o, appunto, la

⁵⁹ L. DUGUIT, *Les transformations*, cit., 45.

coscienza sociale, le quali di fatto, lungi dall'offrire una soluzione al problema, spostano solamente la questione definitoria.

Un altro aspetto che Duguit tratta soltanto incidentalmente, anticipando il dibattito svoltosi nel corso dei decenni successivi tra sostenitori delle concezioni oggettiva e soggettiva dei servizi pubblici⁶⁰, è il rapporto tra poteri pubblici e società civile nella soddisfazione dei bisogni delle persone. In poche parole, la questione è se, perché si sia in presenza di un servizio pubblico, sia necessaria l'assunzione del servizio medesimo da parte di un ente pubblico, oppure se possa darsi un servizio pubblico in assenza di tale assunzione. A questo proposito, l'autore rileva da un lato che *«le caractère de service public n'implique pas le monopole au profit des gouvernants et de leurs agents»*⁶¹, potendo alcune attività essere svolte liberamente da privati. In particolare, egli fa l'esempio dell'istruzione e dell'assistenza, che storicamente sono state appannaggio di istituzioni private ispirate da finalità caritatevoli. Dall'altro lato, tuttavia, egli afferma che queste attività *«sont l'objet de services publics dans la mesure où elles sont exercées par les gouvernants ou leurs agents»*⁶².

In altre parole, dunque, per Duguit in ogni epoca vi sono delle attività che la coscienza sociale richiede ai governanti, il cui svolgimento costituisce fondamento e limite del potere di questi. Tali attività possono essere legittimamente svolte da soggetti privati, ma laddove i governanti se ne assumono la gestione, esse divengono oggetto di un servizio pubblico. Come si può vedere, vi è in Duguit una tensione tra una concezione più estesa, si potrebbe dire "oggettiva", di servizio pubblico (sono servizi pubblici tutte le attività che in una data epoca la coscienza sociale richiede ai governanti), ed una concezione più ristretta, "soggettiva" (sono servizi pubblici le attività di cui i governanti si assumono la gestione).

Si noti, tuttavia, che la seconda concezione non svuota di contenuto e non priva di funzione la prima: nella misura in cui, infatti, vi sono delle attività che oggettivamente incombono sui soggetti pubblici, questi, per legittimare il proprio potere, dovranno assumersi lo svolgimento delle attività medesime. Non solo: a ben vedere, i governanti non potranno assumersi l'esercizio di attività ulteriori e diverse rispetto a quelle che

⁶⁰ Sul dibattito tra concezione soggettiva e oggettiva nella dottrina italiana, v. *infra*, § 8.

⁶¹ L. DUGUIT, *Traité*, cit., 101.

⁶² L. DUGUIT, *Traité*, cit., 101.

costituiscono la nozione oggettiva di *service public*. Ecco, quindi, ritornare la concezione del *service public* come fondamento e limite dell'attività dei pubblici poteri⁶³.

Infine, un'ultima considerazione s'impone. Come si è visto, Duguit prende a prestito dalla pratica giuridica dell'epoca una nozione che la giurisprudenza aveva assunto come criterio di riparto tra giurisdizione ordinaria e amministrativa, nonché come limite del campo di applicazione del diritto pubblico, e la pone al centro della propria teoria dello Stato. Egli tuttavia non si sofferma, se non incidentalmente, sulle conseguenze processuali e sostanziali che derivano dalla qualificazione di una data attività come "servizio pubblico", al punto che è lecito dubitare che la nozione di *service public* che egli pone al centro della propria idea di Stato sia la medesima in uso nella prassi e nella dottrina giuridica del tempo.

L'autore tuttavia individua alcuni caratteri propri delle attività di servizio pubblico, che saranno poi ripresi e sviluppati dalla dottrina successiva. In particolare, egli identifica, nell'ambito dei bisogni materiali, morali e intellettuali, alcuni «*besoins élémentaires*», i quali devono essere garantiti a ciascuno e in ogni tempo⁶⁴. In ciò, in effetti, consiste precisamente l'obbligazione giuridica che si impone ai governanti: laddove vi siano dei bisogni elementari, o meglio potremmo dire essenziali, «*il faut que l'activité qui est chargée d'y répondre ne puisse pas être interrompue. Les gouvernants doivent donc intervenir pour que cette activité s'exerce d'une manière permanente*»⁶⁵. L'intervento dei poteri pubblici, peraltro, nell'ottica di Duguit non implica necessariamente una gestione diretta del servizio, dovendo quest'ultimo in principio essere «*réglé, assuré et contrôlé*»⁶⁶ dallo Stato.

Duguit quindi identifica l'accessibilità e la continuità come caratteri propri di un servizio pubblico, tanto che, quando si pone il problema di individuare un criterio formale

⁶³ Cfr. L. DUGUIT, *Traité*, cit., 100.

⁶⁴ V. L. DUGUIT, *Les transformations*, cit., 50, ove l'A. scrive: «*et comme il y a là un besoin élémentaire au premier chef, voilà un nouvel objet de service public*».

⁶⁵ L. DUGUIT, *Les transformations*, cit., 49.

⁶⁶ L. DUGUIT, *Les transformations*, cit., 51.

per qualificare un'attività come servizio pubblico, lo rinviene nel disordine sociale causato dalla sospensione, anche temporanea, di quell'attività⁶⁷.

Questi elementi saranno ripresi dall'*École de Bordeaux*⁶⁸, che li porrà al centro della propria ricostruzione dello statuto giuridico del *service public*.

4. La nozione di *service public* nell'elaborazione dell'*École de Bordeaux*

Gli insegnamenti di Leon Duguit sono ripresi e sviluppati negli anni seguenti dagli esponenti dell'*École de Bordeaux*, o *École du service public*, i quali tuttavia, pur conservando alcuni degli assunti del caposcuola, se ne discostano sotto molti punti di vista, arrivando ad elaborare una nozione di *service public* di stampo prevalentemente soggettivista.

Il più importante di questi autori è Gaston Jèze, nella cui opera la nozione di *service public* viene elevata a «*pierre angulaire*»⁶⁹ del diritto pubblico. Al pari di Duguit, Jèze rifiuta la teoria della personalità morale dello Stato e ritiene che la giustificazione del potere pubblico risieda nella distinzione tra l'amministrazione – a cui è attribuita la «*mission de satisfaire aux besoins d'intérêt général*»⁷⁰ – e i *particuliers*⁷¹. Non tutti i bisogni di interesse generale, tuttavia, devono essere soddisfatti dall'Amministrazione. Secondo l'autore, infatti, occorre tenere distinte da un lato le attività di servizio pubblico, nell'esercizio delle quali gli agenti pubblici possono ricorrere al «*procédé du droit*

⁶⁷ V. L. DUGUIT, *Les transformations*, cit., 51, dove l'Autore afferma: «*S'il était besoin d'un critérium formel pour reconnaître les activités devant servir de support à l'organisation d'un service public, nous dirons qu'il se trouve dans le désordre social produit par la suspension, même pendant un temps très court, de cette activité*». L'Autore, in particolare, fa riferimento agli scioperi delle ferrovie francesi del 1910, che avevano avuto un forte eco nell'opinione pubblica dell'epoca. Il disagio provocato da questo sciopero, sebbene di breve durata, «*a montré d'une façon évidente que les transports par chemins de fer constituaient au premier chef les éléments d'un service public*».

⁶⁸ In generale, sul contributo dell'*École de Bordeaux* alla costruzione della dottrina del servizio pubblico francese, v. L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria*, cit., 12 ss.

⁶⁹ G. JÈZE, *Les principes généraux*, cit., 15.

⁷⁰ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, II, Parigi, 1930, 1.

⁷¹ Si noti che, al pari di Duguit, Jèze ritiene che «*Le but de l'État est d'organiser et de faire fonctionner des services publics*» (G. JÈZE, *Les principes*, cit., V, 1).

public», ovvero ad un regime giuridico derogatorio⁷² e, dall'altro, le attività che, pur essendo funzionali al soddisfacimento di bisogni di interesse generale, non costituiscono un servizio pubblico, con la conseguenza che i soggetti pubblici o privati che le esercitano sono sottoposti alla disciplina di diritto comune. In altre parole, per Jèze il *service public* è soltanto una delle modalità attraverso le quali possono essere soddisfatti i bisogni di interesse generale.

Il punto sul quale Jèze si discosta maggiormente da Duguit riguarda l'individuazione delle attività che costituiscono *service public*⁷³. Gaston Jèze, muovendo da un approccio di tipo positivista, ritiene non soddisfacente la concezione di Duguit, secondo cui l'identificazione dei servizi pubblici deve farsi alla luce del diritto oggettivo, da ricercare nella coscienza diffusa nella società in un dato momento storico. Per lui, al contrario, «*sont uniquement, exclusivement, services publics les besoins d'intérêt général que les gouvernants, dans un pays donné, à une époque donnée, ont décidé de satisfaire par le procédé du service public*»⁷⁴. Di conseguenza, l'unico modo per comprendere quali attività costituiscano un servizio pubblico è ricercare la volontà dei governanti.

Occorre notare, tuttavia, come questo non significhi che, perché vi sia un servizio pubblico, vi debba essere un atto di assunzione da parte dell'amministrazione pubblica. Il criterio discriminante, in effetti, non è tanto il soggetto che si assume la gestione o l'organizzazione di un servizio, quanto il regime giuridico che si applica alla relativa attività: se si applica un regime derogatorio – il *procédé du droit public* – si è in presenza di un servizio pubblico; diversamente, anche qualora l'attività sia svolta da un soggetto pubblico, si tratterà al più di una gestione amministrativa.

Per quanto riguarda il contenuto del regime speciale applicabile ai servizi pubblici, questo può variare a seconda dei casi, ma, secondo Jèze, ha sempre l'obiettivo di facilitare il funzionamento regolare e continuato del servizio pubblico, nonché di soddisfare nella

⁷² Cfr. G. JÈZE, *Les principes*, cit., 2: «Dire que, dans telle hypothèse, il y a un service public, c'est dire que, pour donner satisfaction régulière et continue à telle catégorie de besoins d'intérêt général, les agents publics peuvent appliquer les procédés du droit public, c'est-à-dire un régime juridique spécial et que l'organisation du service public peut être modifié à tout instant par les lois et règlements sans qu'aucun obstacle insurmontable d'ordre juridique puisse s'y opposer».

⁷³ Sul punto, si vedano le risposte di Jèze alle critiche di Duguit, in G. JÈZE, *Le principes*, cit., 16-17.

⁷⁴ G. JÈZE, *Le principes*, cit., 16.

maniera più rapida e completa possibile i bisogni di interesse generale ad esso sottesi⁷⁵. In particolare, tale regime si contraddistingue dal diritto comune essenzialmente sotto due profili: in primo luogo, il *procédé du droit public* si fonda sulla disparità degli interessi in conflitto, dal momento che «*l'intérêt public doit l'emporter sur l'intérêt privé*»⁷⁶. In secondo luogo, l'organizzazione dei servizi pubblici deve poter essere modificata in qualsiasi momento, per essere adattata alle trasformazioni economiche, politiche e sociali, senza che nessun ostacolo giuridico possa impedirlo⁷⁷.

In conclusione, l'elaborazione di Gaston Jèze occupa un posto importante per la teoria del servizio pubblico essenzialmente per due motivi. In primo luogo, egli ha il merito di costruire la nozione di *service public* su due livelli, uno oggettivo e uno soggettivo. Egli infatti ritiene che siano servizi pubblici quelle attività rivolte al soddisfacimento di un interesse generale (profilo oggettivo) che siano assunte dallo Stato (profilo soggettivo) ed eseguite mediante un *procédé du droit public*. In questo modo, egli evita di incorrere negli eccessi propri tanto delle teorie oggettivistiche che di quelle soggettivistiche, consistenti nel ricomprendere nella categoria di servizio pubblico nell'un caso tutti i servizi di interesse generale, nell'altro caso tutte le attività pubbliche a prescindere dalle finalità perseguite.

In secondo luogo, dato il rifiuto di qualsiasi ricostruzione metagiuridica della nozione di *service public*, e l'importanza centrale attribuita al *procédé du droit public*, Jèze ha il merito di concentrare l'analisi sullo statuto giuridico del servizio pubblico, ovvero sulle conseguenze che discendono dalla qualificazione di una data attività come *service public*.

Entrambi tali apporti della teoria di Jèze saranno sviluppati dagli esponenti successivi dell'*École de Bordeaux*, i quali elaboreranno tre criteri, destinati ad avere grande seguito

⁷⁵ Scrive infatti Jèze che «*toutes les fois qu'on est en présence d'un service public proprement dit, on constate l'existence de règles juridiques spéciales, de théories juridiques spéciales, qui, toutes, ont pour objet de faciliter le fonctionnement régulier et continu du service public, de donner le plus rapidement et le plus complètement possible satisfaction aux besoins d'intérêt général*» (G. JÈZE, *Le principes*, cit., 2).

⁷⁶ G. JÈZE, *Le principes*, cit., 4.

⁷⁷ Cfr. G. JÈZE, *Le principes*, cit., 5, dove l'A. afferma che «*cette possibilité de modification résulte de l'obligation qui incombe aux agents publics de faire fonctionner le mieux possible le service public. Il faut pouvoir toujours apporter les changements nécessités par les transformations économiques, sociales politiques, par les nouveaux idéals politiques et sociaux. Aucun obstacle juridique ne peut empêcher cette modification*».

nella dottrina e nella pratica giuridica francese, in base ai quali riconoscere un'attività di *service public*: la titolarità del servizio in capo ad un soggetto pubblico (criterio organico), la destinazione al soddisfacimento di un interesse generale (criterio funzionale) e la sottoposizione ad un regime giuridico speciale (criterio materiale)⁷⁸.

Per quanto riguarda il regime giuridico applicabile alle attività di *service public*, è merito di uno degli esponenti dell'*École de Bordeaux*, Louis Rolland⁷⁹, la formulazione dei tre principi (per questo detti anche *lois de Rolland*) che, ancora oggi, grazie soprattutto all'opera sistematrice della giurisprudenza amministrativa, rappresentano il cuore della disciplina francese dei servizi pubblici: la continuità, l'adattabilità e l'accessibilità⁸⁰. In virtù di questi principi, i servizi pubblici, in quanto preposti al soddisfacimento di interessi generali, devono funzionare in maniera regolare e continuata (senza interruzioni o sospensioni), a condizioni uguali per tutti e le loro regole di funzionamento devono poter essere modificate in ogni momento⁸¹. Queste *lois*, come si dirà, hanno influenzato profondamente anche la disciplina comunitaria in materia di servizi di interesse generale e, per tale via, sono entrati a fare parte degli ordinamenti giuridici di tutti i Paesi europei.

5. La circolazione del concetto di servizio pubblico in Europa

Prima di procedere con l'analisi del processo di emersione del servizio pubblico nell'ordinamento italiano, e dei rapporti intercorrenti tra la nozione italiana e quella di derivazione francese, è bene soffermarsi brevemente sui diversi significati che questa assume negli ordinamenti giuridici dei principali Paesi europei⁸².

⁷⁸ Su questi criteri, v. R. LE MESTRE, *Droit du service public*, cit., 127 ss.

⁷⁹ L. ROLLAND, *Précis de droit administratif*, Parigi, 1966.

⁸⁰ Sulle *lois du service public*, v. R. LE MESTRE, *Droit du service public*, cit., 351.

⁸¹ Cfr. sul punto J. CHEVALLIER, *Le service public*, cit., 20.

⁸² Per un'analisi comparata del concetto di servizio pubblico nei principali ordinamenti europei, v. C. STOFFAES (a cura di), *Services publics comparés en Europe: exceptions française, exigence européenne*, in *La doc. française*, 1997; F. MODERNE, G. MARCOU (a cura di), *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*, Parigi, 2001; V. DE FALCO, *Il servizio pubblico*, cit., 85 ss.; F. MODERNE, *Analyse comparative des notions de service public dans les États membres*, in C. STOFFAES (a cura di), *L'Europe à l'épreuve de l'intérêt général*, Parigi, 1994, 57 ss.

Innanzitutto, occorre precisare che non tutti gli ordinamenti europei attribuiscono all'espressione servizio pubblico un significato giuridico. Tale nozione, infatti, si è affermata e diffusa nei Paesi aventi un'organizzazione amministrativa d'impronta napoleonica, in cui l'attività amministrativa si esplica mediante l'esercizio di poteri di imperio ed è sottoposta ad una disciplina sostanziale e ad una giurisdizione speciali. In questi ordinamenti, infatti, come detto la nozione di servizio pubblico è servita a spiegare l'estensione dei compiti dell'amministrazione e il ricorso di questa a moduli privatistici nel perseguimento dei propri fini. A questo modello appartengono, oltre alla Francia, i Paesi ad essa più vicini per cultura e tradizioni giuridiche (quantomeno nel diritto pubblico), ovvero l'Italia, la Spagna e il Belgio.

Diversamente, il concetto giuridico di servizio pubblico non è presente negli ordinamenti a tradizione giuridica inglese⁸³ o germanica⁸⁴. In questi Paesi, infatti, l'espressione "servizio pubblico" assume al più un significato politico o sociologico, ma ad essa non sono ricollegati effetti giuridici specifici. Ciò non toglie che vi siano delle attività sottoposte a discipline derogatorie, in ragione della particolare rilevanza degli interessi coinvolti. La sottoposizione di queste attività ad un diritto speciale, tuttavia, non è la conseguenza dell'inquadramento di queste all'interno di categorie concettuali generali, ma il risultato dell'applicazione di discipline di settore. Cionondimeno, anche in questi Paesi è possibile individuare alcuni istituti, di elaborazione normativa o giurisprudenziale, propri a tutte le attività di interesse generale, i quali circolando negli

⁸³ Per un'analisi della nozione inglese di servizio pubblico, cfr. *ex multis*, G. MARCOU, *I servizi pubblici tra regolazione e liberizzazione: l'esperienza francese, inglese e tedesca*, in *Riv. it. dir. com.*, 2000, 125 ss.; V. DE FALCO, *Il servizio pubblico*, cit., 148 ss.; J. BELL, *L'expérience britannique*, in *AJDA*, 1997, 130 ss.; F. MAC GOWAN, *Le modèle britannique*, in C. STOFFAES (a cura di), *L'Europe à l'épreuve*, cit., 71 ss.; AA.VV., *La municipalizzazione in alcuni grandi Paesi: (la municipalizzazione in Gran Bretagna e negli Stati Uniti. Brevi cenni sulla municipalizzazione in Francia)*, Roma, 1954.

⁸⁴ Sull'idea di servizio pubblico in Germania, v. G. MARCOU, *I servizi pubblici*, cit., 131 ss.; V. DE FALCO, *Il servizio pubblico*, cit., 140 ss. Per un confronto tra l'idea di servizio pubblico nei sistemi giuridici francese, inglese e tedesco, v. G. MARCOU, *I servizi pubblici*, cit., 125 ss. Per un'analisi della nozione di servizio pubblico negli Stati Uniti, v. *ex multis*, D. SORACE, *Servizi pubblici*, cit., 379 ss.

altri ordinamenti, anche per effetto dell'opera armonizzatrice dell'Unione europea, hanno contribuito a formare il nucleo duro del diritto europeo dei servizi di interesse generale⁸⁵.

Un caso particolare è rappresentato dal Regno Unito, dove non esiste un concetto giuridico assimilabile a quello di servizio pubblico. Se infatti vi sono nella lingua inglese alcune espressioni che sembrano richiamare la nozione propria delle tradizioni giuridiche d'ispirazione francese, come ad esempio quella di “*public service*”, in realtà si tratta di espressioni meramente descrittive, prive di implicazioni giuridiche. La mancata elaborazione di una nozione equiparabile a quella di servizio pubblico è dovuta in gran parte all'assenza, nell'ordinamento inglese, di una teoria giuridica dello Stato e dei suoi fini. Inoltre, occorre considerare che, almeno fino a tempi recenti, il diritto britannico non conosceva un vero e proprio diritto amministrativo, ovvero un corpo di norme giuridiche speciali applicabili all'attività della Pubblica Amministrazione, dal momento che in linea di principio tutte le attività sono sottoposte alla *common law*, a prescindere dal fatto che siano esercitate da soggetti pubblici o privati. In altre parole, non vi è nel diritto britannico una teoria giuridica generale capace di inserire in un quadro unitario tutte le attività svolte nel perseguimento di un interesse generale⁸⁶.

Ciò non toglie che, come anticipato, fin dal Medioevo la *common law* britannica abbia imposto alcuni obblighi speciali in capo a coloro che esercitavano determinati mestieri (locandieri, *common carriers*), i quali erano tenuti ad esempio a contrarre con chiunque, in ragione della natura degli interessi sottesi all'attività prestata. Analogamente, il diritto inglese oggi impone ai soggetti, pubblici o privati, che erogano determinati servizi di interesse generale a rete (*public utilities*) – quali il trasporto pubblico, le poste e le telecomunicazioni, la distribuzione dell'acqua, del gas, della luce, ecc. – l'adempimento di alcune obbligazioni volte ad assicurare la continuità del servizio e l'uguaglianza degli utenti. Si tratta tuttavia di regole puntuali che si trovano affermate con riguardo ai singoli ambiti considerati, senza essere inquadrate all'interno di teorie generali o di ricostruzioni dogmatiche fondate sulla natura dei servizi resi o degli interessi coinvolti⁸⁷.

⁸⁵ Per una ricognizione dei principi del servizio pubblico e delle relative origini nelle tradizioni giuridiche nazionali, v. N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 23 ss. Sugli elementi comuni alle diverse concezioni di servizio pubblico, v. V. DE FALCO, *Il servizio pubblico*, cit., 153 ss.

⁸⁶ Cfr. G. MARCOU, *I servizi pubblici*, cit., 136.

⁸⁷ Cfr. G. MARCOU, *I servizi pubblici*, cit., 136.

Per quanto riguarda invece i Paesi che, sul modello della Francia, hanno accolto il concetto giuridico di servizio pubblico, si può notare come tale nozione, inizialmente concepita come mera trasposizione di quella francese di *service public*, abbia nel tempo subito una profonda trasformazione, venendo ad assumere un contenuto giuridico alquanto diverso da quello originario. La ragione ultima di tale trasformazione risiede nel fatto che solo in Francia il servizio pubblico è stato elevato a “pietra angolare” del diritto pubblico, ed assunto a criterio di riparto della giurisdizione, mentre negli altri ordinamenti la nozione è stata utilizzata prevalentemente per designare una sottocategoria dell’attività amministrativa, spesso in contrapposizione con altre nozioni contigue, quali la funzione pubblica.

A questo proposito, oltre a quanto si dirà nel prossimo paragrafo in merito al recepimento che la nozione di servizio pubblico ha avuto nell’ordinamento italiano, è interessante soffermarsi sul caso spagnolo⁸⁸. Qui la nozione di *servicio publico* è stata introdotta all’inizio del XX secolo ad opera di autori quali Posada⁸⁹ e Garcia Oviedo⁹⁰, sotto l’influenza delle teorie francesi. Tale influenza ha fatto sì che nel primo periodo la nozione fosse utilizzata per indicare l’attività amministrativa nel suo complesso, senza che da ciò derivasse l’applicazione di un regime giuridico particolare. A differenza della Francia, infatti, in Spagna la nozione di *servicio publico* non ha mai assunto un ruolo centrale ai fini del riparto di giurisdizione o della delimitazione del campo di applicazione del diritto pubblico. Ciò spiega anche lo scarso interesse mostrato dalla dottrina giuridica della prima metà del Novecento verso l’approfondimento della questione definitoria.

Lo studio della nozione di servizio pubblico ha acquistato invece nuovo vigore nel corso degli anni Cinquanta e Sessanta, anche in considerazione del contesto politico-

⁸⁸ Sui servizi pubblici in Spagna, v. F. MODERNE, *La notion de service public (servicio publico) en Espagne*, in F. MODERNE, G. MARCOU (a cura di), *L’idée de service public*, cit., 313 ss.; V. DE FALCO, *Il servizio pubblico*, cit., 129 ss.; E. BAYE, *L’Espagne*, in M. LE DUC, *Service publics de réseau et Europe. Les exemples de l’Allemagne, de l’Espagne, de l’Italie et du Royaume-Uni*, Parigi, 1995, 41 ss.; F. GARRIDO FALLA, *Le concept de service public en droit espagnol*, in L. GRARD, J. VANDAMME, F. MENSBRUGGHE, *Vers un service public européen*, Parigi, 1996, 81 ss.; E. MALARET GARCIA, *L’expérience espagnole*, in *AJDA*, 1997, 136 ss.

⁸⁹ A. POSADA, *Tratado de derecho administrativo según las teorías filosóficas y la legislación positiva*, Madrid, 1923.

⁹⁰ C. GARCIA OVIEDO, *La teoría del servicio público*, Madrid, 1923.

sociale dell'epoca⁹¹. L'esigenza di giustificare l'assunzione di attività economiche da parte del regime, infatti, ha portato la dottrina spagnola a rileggere la nozione di *servicio publico* in chiave marcatamente soggettiva. In questi anni, sotto l'influenza di alcuni autori italiani della prima metà del secolo, quali in particolare Zanobini e Alessi⁹², la dottrina spagnola ha quindi introdotto in primo luogo la distinzione tra funzione e servizio e, in secondo luogo, è giunta alla conclusione che si potesse considerare servizio pubblico soltanto l'attività assunta su di sé dalla pubblica amministrazione⁹³.

Più di recente, la concezione soggettiva è entrata in crisi a seguito della caduta del regime e della successiva approvazione della Costituzione del 1978, che in diversi articoli contiene riferimenti ai servizi pubblici⁹⁴. Tra questi, merita di essere ricordato l'art. 128, c. 2, che, similmente all'art. 43 della Costituzione italiana, prevede che la legge possa riservare al settore pubblico mezzi o servizi pubblici essenziali, in particolare in caso di monopolio⁹⁵. La dottrina ha quindi spostato la propria attenzione sul carattere essenziale del servizio, presupposto per l'applicazione del regime di riserva, dividendosi tra sostenitori di una concezione soggettiva ed oggettiva, secondo argomentazioni in gran parte sovrapponibili a quelle che si esamineranno a proposito dell'Italia⁹⁶.

⁹¹ Su questa evoluzione, v. E. MALARET GARCIA, *L'expérience espagnole*, cit., 138 ss.

⁹² Su cui v. *infra*, § 6-8.

⁹³ Cfr. in questo senso L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria*, cit. 115-116.

⁹⁴ Oltre all'art. 128, contengono riferimenti ai servizi pubblici anche l'art. 28.2 («*Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad*»), l'art. 106.2 («*Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*») e l'art. 158.1 («*En los Presupuestos Generales del Estado podrá establecerse una asignación a las Comunidades Autónomas en función del volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido y de la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español*»).

⁹⁵ Su questo articolo, cfr. V. DE FALCO, *Il servizio pubblico*, cit., 129.

⁹⁶ Cfr. E. MALARET GARCIA, *L'expérience espagnole*, cit. 139 ss.

6. Il recepimento della nozione di servizio pubblico nell'ordinamento italiano

Le prime riflessioni della dottrina italiana in merito alla nozione di servizio pubblico sono state senz'altro fortemente influenzate dalle teorizzazioni elaborate dalla scienza giuridica d'oltralpe⁹⁷. L'espressione stessa "servizio pubblico", entrata nel linguaggio comune italiano per indicare il fenomeno, comune a tutti i Paesi europei di fine XIX e inizio XX secolo, di crescente interventismo dello Stato e degli enti territoriali in ambito economico, è stata mutuata da quella francese di *service public*.

Dapprima utilizzata perlopiù in ambito economico e politico, l'espressione è divenuta oggetto di studi giuridici a partire dai primi anni del Novecento, a seguito soprattutto dell'adozione di alcuni atti normativi che vi hanno fatto espresso riferimento. Tra questi, il più rilevante è senza dubbio la legge n. 103 del 1903 sulle municipalizzazioni⁹⁸, che come noto, ha attribuito ai Comuni la facoltà di assumere l'esercizio diretto di determinati servizi pubblici, all'esito di un complesso *iter* procedurale. In particolare, l'art. 1 della legge conteneva un elenco non tassativo di attività, tra loro eterogenee, suscettibili di assunzione da parte dei municipi. Tale legge tuttavia non dettava una definizione di servizio pubblico, né indicava alcun criterio utile per stabilire quali attività, diverse da quelle elencate all'art. 1, potessero essere assunte dai Comuni. A ben vedere, anche dall'analisi dei lavori preparatori, si può osservare come, alla base del dibattito parlamentare sfociato nell'adozione della legge 103, non vi fosse un'idea condivisa di cosa dovesse intendersi per servizio pubblico, quanto l'esigenza, percepita da più parti politiche, di regolamentare un fenomeno già affermatosi in via di prassi amministrativa negli anni precedenti. L'elencazione di cui all'art. 1, dunque, riflettendo tale impostazione, si risolveva di fatto in una rassegna dei servizi di cui i Comuni erano soliti riservarsi la gestione, senza che vi fosse alle spalle una riflessione sui caratteri comuni a tutte queste attività.

⁹⁷ Sull'influenza che il modello francese ha esercitato sulla nozione italiana di servizio pubblico, v. D. SORACE, *Servizi pubblici*, cit., 402 ss.

⁹⁸ Su cui v. in particolare i commenti di C. MEZZANOTTE, *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, Milano, 1905; G. MONTEMARTINI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, Milano, 1902; C. CAMERA, A. MAGNANI, *Commento alla L. 29 marzo 1903 n. 103 sulla assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni*, Rocca San Casciano, 1903; G. FARAGGIANA, *La municipalizzazione dei pubblici servizi. Studio economico sociale*, Torino, 1906.

Sul piano politico, la disciplina dettata dalla legge 103 era il frutto di un compromesso tra le concezioni liberale e socialista di Stato, nonché il tentativo di Giolitti di ampliare la base di consenso dello Stato liberale, portando questo ad alleviare le conseguenze del processo di industrializzazione, mediante l'assunzione di servizi di pubblica utilità⁹⁹. Di qui la tensione, emergente dal testo della legge, tra spinte ideologiche opposte, le quali, pur condividendo l'esigenza di dare un fondamento normativo al fenomeno delle municipalizzazioni, cercavano per tale via le une di ampliare il raggio dell'intervento pubblico in economia, le altre di limitarlo mediante la predisposizione di un rigido sistema di controlli e di complessi oneri procedimentali.

Come anticipato, proprio la mancanza di un solido riferimento normativo è una delle cause della difficoltà, percepita fin dall'inizio dalla dottrina, di elaborare una nozione giuridicamente rilevante di "servizio pubblico". In tal senso si esprimeva ad esempio De Valles, il quale, nell'*incipit* della propria trattazione sui servizi pubblici, osservava che «pubblico servizio è una frase che, pur correndo sulla bocca di tutti, è stata usata raramente dal diritto positivo, il quale quindi può portare scarso sussidio ad una determinazione giuridica»¹⁰⁰.

Appare pertanto naturale che i primi autori che, in Italia, cercarono di elaborare una nozione di giuridica di "servizio pubblico" prendessero ampia ispirazione dalle teorie elaborate dalla dottrina francese, dove tale concetto aveva già ricevuto una sistematizzazione più avanzata, sia dal punto di vista teorico che pratico. Così ad esempio Santi Romano, rifacendosi espressamente all'elaborazione di Leon Duguit, definì pubblico servizio «il complesso degli scopi sociali che gli enti amministrativi debbono proporsi» e ritenne che esso costituisse il «fine ultimo dell'intera attività amministrativa, che si appalesa in ogni ramo di essa»¹⁰¹. Analogamente, Cammeo definì il servizio pubblico, «in senso lato e subiettivo, il soddisfacimento di bisogni collettivi mediante esplicazione di attività dello Stato»¹⁰². Infine, secondo Ranelletti per servizio pubblico

⁹⁹ Cfr. G.E. BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, Milano, 2003, 29 ss.; B. SPADONI, *I servizi pubblici locali dalla municipalizzazione alla liberalizzazione*, in *Dirittodeiservizipubblici.it*, 3 febbraio 2003.

¹⁰⁰ A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. VI, parte I, Milano, 1930, 379.

¹⁰¹ SANTI ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, Milano, 1913, 357.

¹⁰² F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1901, 204.

doveva intendersi «tutta la serie delle azioni e prestazioni, che lo Stato, o altro ente pubblico compie per soddisfare un dato bisogno collettivo»¹⁰³.

Questa impostazione, inizialmente prevalente, venne tuttavia ben presto superata dalla dottrina maggioritaria, che ne criticò l'estrema genericità. Fu infatti osservato come, aderendo a queste teorie, di fatto la nozione di servizio pubblico venisse a coincidere con l'intera attività amministrativa¹⁰⁴, con conseguente inutilità della nozione medesima. Di qui il tentativo di isolare, all'interno del complesso dell'attività amministrativa, le prestazioni qualificabili come servizio pubblico, ricorrendo a criteri distintivi diversi a seconda degli autori.

Per inciso, si può osservare come l'approccio più restrittivo adottato dalla dottrina italiana con riferimento alla ricostruzione della nozione di servizio pubblico, rispetto a quello proprio della dottrina francese, sia probabilmente da ricondurre alla diversa rilevanza assunta dalla nozione medesima nei due ordinamenti. Mentre infatti per gli autori francesi sposare una concezione più o meno estesa di *service public* significava ampliare o restringere l'ambito di competenza del giudice amministrativo e, di conseguenza, il campo di applicazione del diritto pubblico, la nozione italiana di "servizio pubblico" era priva di tali implicazioni. Gli autori italiani, quindi, passata una prima fase caratterizzata dall'adesione, più o meno piena, all'orientamento proveniente da oltralpe, ben presto se ne discostarono per tentare di elaborare una nozione dotata di rilevanza giuridica autonoma.

Ciò contribuisce inoltre a spiegare come mai la ricerca della nozione giuridica di servizio pubblico non sia stata condotta dagli autori italiani attraverso riflessioni sistematiche, volte a stabilire in astratto cosa dovesse intendersi per servizio pubblico, bensì mediante distinzioni e contrapposizioni con altre nozioni già in uso nel diritto pubblico¹⁰⁵, con il risultato di elaborare una nozione più concreta e per certi versi "residuale"¹⁰⁶.

¹⁰³ O. RANELLETTI, *Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1916, I, 345.

¹⁰⁴ A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, cit., 381.

¹⁰⁵ Cfr. E. SCOTTI, *Il pubblico servizio: tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003, 19.

¹⁰⁶ In questo senso v. C. FRESA, *Servizio pubblico*, cit., 1344.

Il ribaltamento di prospettiva della dottrina italiana rispetto a quella francese si esplica principalmente nel diverso rapporto intercorrente tra servizio pubblico e attività dello Stato. Mentre infatti per gli studiosi d'oltralpe, la nozione di *service public* serve a delimitare il campo d'azione dei poteri pubblici, di cui rappresenta fondamento e limite, al contrario per gli autori italiani è l'attività dello Stato che definisce l'estensione dei servizi pubblici. È comune infatti agli autori italiani l'affermazione per cui di servizio pubblico si può parlare «solo quando lo Stato o altro ente pubblico li ha dichiarati tali e li ha inclusi nelle proprie finalità»¹⁰⁷.

Questa impostazione si lega all'idea, molto diffusa nella dottrina italiana dell'epoca e in quella successiva, secondo la quale l'attività dello Stato e degli enti pubblici si compone di funzioni e servizi pubblici, dove le prime «rappresentano attività indirizzate ai fini essenziali dello Stato, quali la giustizia, la sicurezza pubblica, la difesa dai nemici esterni», mentre il servizio pubblico «si riferisce a quei fini che lo Stato, nel suo compito di civiltà e di benessere sociale, è venuto via via assumendo per soddisfare bisogni fisici, economici e intellettuali dei singoli»¹⁰⁸. Così, mentre le prime sono rimaste pressoché immutate nel tempo, gli autori dell'epoca constatavano un progressivo e continuo aumento dei secondi, dovuto a fattori di ordine pratico e morale, che «hanno indotto gli enti pubblici a intervenire in campi prima riservati al potere di disposizione degli individui, con l'intento di sostituire i loro sforzi dannosi o insufficienti oppure d'integrare le loro iniziative con il concorso di mezzi più adeguati»¹⁰⁹. Ma allora, se è vero che lo Stato persegue da un lato fini essenziali – ovvero «fini senza i quali lo Stato non potrebbe esistere»¹¹⁰ – e dall'altro fini non essenziali – ovvero fini che, pur non appartenendo “per natura” allo Stato, questo assume su di sé per scopi di benessere e progresso sociale –, e che i servizi pubblici corrispondono a quelle attività che lo Stato compie nel perseguimento di questi ultimi, è conclusione pressoché obbligata che i servizi pubblici siano tali solo se e nella misura in cui lo Stato abbia assunto su di sé il perseguimento delle corrispondenti finalità.

¹⁰⁷ C. ZANOBINI, *L'esercizio privato di pubbliche funzioni*, cit., 198.

¹⁰⁸ G. MIELE, C. GRILLI, *Servizi pubblici*, in *Enc. it.*, 1936.

¹⁰⁹ G. MIELE, C. GRILLI, *Servizi pubblici*, cit.

¹¹⁰ C. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 2.

Ne deriva una concezione rigidamente soggettiva di servizio pubblico, dal quale vengono escluse le attività di interesse generale svolte da privati, salvo ovviamente che questi agiscano per conto dell'Amministrazione (per esempio, in forza di un atto di concessione).

Questa concezione, a ben vedere, riflette l'impostazione ideologica degli autori, di matrice liberale, riguardo ai fini dello Stato e all'intervento pubblico nella sfera economica. Adottando una concezione soggettiva di servizio pubblico, infatti, la dottrina italiana salvaguarda innanzitutto la costruzione dogmatica dello Stato amministrativo, mediante la distinzione tra da un lato le funzioni amministrative, nell'esercizio delle quali l'Amministrazione esercita poteri autoritativi, e dall'altro i servizi pubblici, che gli enti pubblici espletano in regime privatistico. In quest'ottica, dunque, i servizi pubblici costituiscono un'eccezione, che ricorre nei soli casi in cui lo Stato abbia deciso di assumersi l'esercizio di determinate attività economiche, per sopperire alla mancanza di iniziativa privata o per correggerla. Al di fuori di questi ambiti eccezionali, quindi, il principio generale dell'iniziativa economica privata è libero di riespandersi pienamente¹¹¹.

Inoltre, l'impostazione soggettivistica consente di rimettere alla discrezionalità del legislatore la decisione circa quali attività debbano qualificarsi come servizio pubblico. In questo modo viene rigettata implicitamente l'idea, presente ad esempio nell'opera di Duguit, secondo la quale sui governanti incomberebbe l'obbligo giuridico di erogare i servizi necessari per soddisfare i bisogni essenziali dei cittadini. Viceversa, per la concezione adottata dalla dottrina italiana dell'epoca, l'assunzione di un servizio pubblico da parte dello Stato non costituisce l'adempimento di un'obbligazione, ma il frutto di una

¹¹¹ Cfr. L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria*, cit. 55-56, secondo cui la concezione sopra descritta di servizio pubblico era finalizzata a garantire tre elementi decisivi: «in primo luogo la purezza e la coerenza della costruzione dogmatica dello Stato amministrativo, modello perdurante nonostante le riscritture con nomenclature differenti, separando funzione pubblica e servizio, attraendo alla competenza dello Stato ciò che altrimenti la libertà dei privati avrebbe potuto porre mettendo in dubbio il monopolio del potere; in secondo luogo la riserva alla libera determinazione del legislatore quanto a quali servizi garantire, con quali modalità, estensione, garanzie, lasciando che i segmenti bisognosi di popolazione ottenessero servizi se ed in quanto la decisione politica della maggioranza lo ritenesse; infine (ma non in ordine di importanza) si lasciava l'iniziativa economica privata del tutto libera di svolgere la propria attività al di fuori di controlli e programmi che avrebbero potuto mettere in dubbio il dogma della libertà dell'imprenditore».

libera scelta politica. Sullo sfondo vi è l'idea – che, come si dirà, resisterà anche in seguito all'adozione della Costituzione – della necessaria interposizione del legislatore per rendere effettivi i diritti, in particolare i diritti sociali, dei cittadini¹¹².

Una posizione più articolata e complessa è adottata da De Valles¹¹³, il quale, pur aderendo alla corrente soggettivistica, della quale rappresenta uno dei principali esponenti, non rinuncia a ricercare un fondamento oggettivo dei servizi pubblici, idoneo a distinguere questi ultimi dalle «attività degli enti pubblici di natura privata, nel campo industriale»¹¹⁴.

Nella propria trattazione sui servizi pubblici, l'autore muove dalla critica delle definizioni di servizio pubblico provenienti dalla dottrina francese e recepite dagli autori italiani di inizio secolo, che giudica insoddisfacenti¹¹⁵, «in quanto non danno una nozione precisa e delimitata, ed in base ad esse si stenterebbe trovare qualche figura di attività pubblica che non sia un pubblico servizio»¹¹⁶. Egli quindi, dopo avere constatato la grande confusione che circonda tale nozione sia nella dottrina sia nella prassi, si interroga sulla possibilità di ricavarne un concetto scientifico e giuridico. A tal fine, l'autore analizza il significato con cui l'espressione “servizio pubblico” viene utilizzata nella pratica, e conclude che «quando si parla di pubblico servizio non si deriva l'attributo dalla persona che esercita l'attività, ma piuttosto dal criterio che quel servizio è diretto al “pubblico” come tale». In altre parole, «quando si parla di “pubblici servizi”, si usa la qualificazione di “pubblici” non in vista dell'ente, che del servizio è soggetto, ma in considerazione dei destinatari, cui è diretto; onde l'attributo di “pubblico”, così come venne sempre usato dal linguaggio comune, dal quale l'espressione è tolta, stabilisce precisamente quella qualità che hanno i servizi pubblici, obiettivamente considerati, che serve a distinguerli da altre forme di attività dello Stato»¹¹⁷.

¹¹² Cfr. L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria*, cit. 55-56.

¹¹³ Sul contributo di De Valles all'evoluzione della concezione italiana di servizio pubblico, v. L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria*, cit., 39 ss.

¹¹⁴ A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, cit., 383.

¹¹⁵ Per una rassegna critica degli orientamenti dottrinali, italiani e francesi, di inizio secolo riguardo alla definizione di servizio pubblico, v. A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, cit., 381 ss.

¹¹⁶ A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, cit., 383.

¹¹⁷ A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, cit., 382.

In definitiva, secondo De Valles, l'espressione "servizio pubblico", nella sua dimensione oggettiva, significa essenzialmente "servizio per il pubblico"¹¹⁸. Tale affermazione da un lato porta ad escludere dai confini della nozione di servizio pubblico quelle attività, svolte da soggetti pubblici o privati, che non siano rivolte al pubblico. Dall'altro lato, si ammette così che vi possano essere servizi pubblici, intesi come servizi *per il pubblico*, svolti da soggetti privati. Ed invero l'autore rileva come storicamente i servizi pubblici siano stati esercitati prevalentemente da soggetti privati, «in corrispondenza ai principi del liberismo economico e della libertà politica», mentre solo nei tempi più recenti, «in gran parte per l'influenza delle idee socialiste, la proporzione si è invertita nei principali paesi civili, e gli enti pubblici si sono impossessati dei più importanti servizi pubblici»¹¹⁹.

Ora, data questa nozione ampia e "volgare" di servizio pubblico, al fine di elaborare una nozione dotata di rilevanza scientifica e giuridica, l'autore ritiene di dover distinguere tra da un lato i "servizi pubblici in senso proprio", i quali «sono pubblici anche dal lato subbiiettivo, perché questo è l'elemento che determina il carattere pubblico dei vari istituti»; e, dall'altro, i "servizi pubblici in senso improprio", i quali «dall'aspetto subbiiettivo sono attività private, e attingono il *nome, non la qualità*¹²⁰, di pubblici dalla tradizione e dall'uso comune, in vista della loro funzione, ma che, tuttavia, come attività private, sono soggette ad un particolare regime pubblicistico, perché dal diritto pubblico possono essere retti molti dei rapporti tra i loro soggetti e le persone giuridiche pubbliche da un lato, i privati destinatari del servizio dall'altro»¹²¹.

Si noti che il fondamento oggettivo rinvenuto da De Valles differisce da quello posto da Jèze a fondamento della propria teoria. Entrambi gli autori, invero, costruiscono la nozione di servizio pubblico su due livelli, riconoscendone un profilo oggettivo ed uno soggettivo. Tuttavia, mentre per Jèze la dimensione oggettiva del servizio pubblico consiste nell'essere questo rivolto al soddisfacimento di interessi generali, per De Valles sono servizi pubblici solo quelli destinati al pubblico, indipendentemente dalla natura dell'interesse che sono volti a soddisfare.

¹¹⁸ A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, cit., 385.

¹¹⁹ A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, cit., 396.

¹²⁰ Corsivo nel testo.

¹²¹ A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, cit., 396.

La natura dell'interesse, invece, per De Valles rileva al fine di delimitare la categoria dei servizi pubblici sotto il profilo soggettivo: egli ritiene infatti che il criterio primario per discernere i pubblici servizi in senso proprio da altre forme di attività «è che lo scopo al quale tendono sia uno scopo pubblico»¹²². Per tale autore tuttavia uno scopo è pubblico nella misura in cui sia riconosciuto come tale dallo Stato, mediante l'assunzione diretta o l'affidamento ad enti minori, con la conseguenza che «sono pubblici quei servizi dei quali un ente pubblico sia soggetto»¹²³. Ciò non esclude che soggetti privati possano svolgere «un'attività simile a quella svolta dagli enti pubblici, mirando allo stesso intento», ad esempio perché mossi da scopi di beneficenza. Tuttavia, l'autore ritiene che «finché lo Stato non assuma questa attività o non la riconosca come pubblica affidandola ad enti pubblici già esistenti, od anche creando o riconoscendo gli enti che ne hanno la cura, si tratta sempre di attività che, per quanto molteplici siano gli interessi che vi si collegano, per quanto possa anche, in vista dei rapporti tra chi la svolge e chi se ne serve, essere sottoposta a norme speciali che in modo più intenso del consueto garantiscono gli interessi del pubblico, rimane sempre privata e come tale disciplinata dalle norme del diritto privato»¹²⁴.

In conclusione, si può notare come la dottrina italiana della prima metà del Novecento si sia negli anni progressivamente distaccata dalla teoria propria della dottrina francese, per arrivare ad elaborare una nozione autonoma, imperniata attorno a due criteri discretivi: in primo luogo, il criterio dell'assunzione dell'attività da parte dello Stato; in secondo luogo, il criterio della distinzione tra funzioni pubbliche, implicanti l'esercizio di poteri autoritativi, e servizi pubblici, nell'esercizio dei quali l'Amministrazione agisce *iure privatorum*.

Come si dirà, entrambi questi criteri sono stati messi in discussione a seguito dell'adozione della Costituzione, nonché soprattutto in conseguenza dei mutamenti di ordine economico, politico e sociale intervenuti nella seconda metà del Novecento. In un primo momento, infatti, l'estensione dei confini dell'azione statale ha evidenziato l'insufficienza di tali criteri distintivi per giustificare i nuovi compiti assunti dai poteri pubblici. In un secondo momento, le riforme liberiste e l'emersione di nuovi concetti

¹²² A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, cit., 408.

¹²³ A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, cit., 409.

¹²⁴ A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, cit., 409.

provenienti dal diritto europeo hanno fatto dubitare dell'utilità pratica della nozione stessa di "servizio pubblico".

7. Funzioni e servizi pubblici

Si è visto come, a partire dai primi anni successivi all'emersione della nozione di servizio pubblico nell'ordinamento italiano, la dottrina abbia elaborato la distinzione, che invece non era presente nella dottrina francese, tra funzioni pubbliche e servizi pubblici¹²⁵.

Questa distinzione affonda le proprie radici nella costruzione dogmatica dello Stato, elaborata nel corso dell'Ottocento per descrivere i caratteri propri dell'azione dello Stato liberale. Si riteneva, infatti, che l'attività propria dello Stato fosse l'esercizio di funzioni pubbliche, diretta espressione del potere sovrano ed esprimentesi in atti autoritativi, quali ad esempio l'attività di polizia, la giustizia e la difesa¹²⁶. Viceversa, secondo questa impostazione, le attività dirette «alla tutela economica, alla cura fisica degli individui, al loro sviluppo intellettuale»¹²⁷, non rientravano tra le funzioni attribuite ai pubblici poteri, essendo in principio riservate all'iniziativa privata¹²⁸.

¹²⁵ Su tale distinzione cfr. *ex multis*, C. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 13 ss.; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, 13 ss.; O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, 267 ss. Per una rassegna delle varie interpretazioni adottate dalla dottrina, v. V. DE FALCO, *Il servizio pubblico*, cit., 64 ss.

¹²⁶ V. DE FALCO, *Il servizio pubblico*, cit., 65.

¹²⁷ V.E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1903, 275, che osserva «l'amministrazione può essere attuazione della sovranità dello Stato, può essere mezzo al fine della tutela del diritto; ed in tal caso essenzialmente giuridico è il contenuto. Ma quando l'amministrazione si applica alla tutela economica, alla cura fisica degli individui, al loro sviluppo intellettuale, il presupposto della sua attività è, non più lo Stato, ma bensì la società che non è un organismo giuridico».

¹²⁸ Cfr. M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, 69, secondo cui «La distinzione fra funzioni pubbliche e servizi pubblici risale alla prima metà del secolo scorso, quando si ebbero le ricordate statizzazioni dei servizi postali, delle ferrovie, della pubblica istruzione. In dottrina si partiva dall'idea che lo Stato svolgesse pubbliche funzioni; qualche pubblico servizio lo potevano gestire i comuni [...]. Le attività dello Stato erano invece funzioni, perché o coinvolte nel potere sovrano, come la potestà estera, la difesa, la gestione della

All'inizio del Novecento, di fronte alla moltiplicazione delle attività economiche e sociali assunte dallo Stato e dagli enti pubblici per rispondere alle istanze provenienti dalla società, si pose il problema di dare una collocazione sistematica a tali attività, che fosse coerente con l'impianto teorico sopra descritto¹²⁹. A questo fine venne elaborata, appunto, la distinzione tra funzioni e servizi pubblici, secondo la quale dovevano considerarsi servizi pubblici tutte le attività assunte dallo Stato, che non fossero riconducibili a funzioni pubbliche¹³⁰.

Più precisamente, la distinzione tra servizi e funzioni è stata strutturata dalla dottrina attorno a tre criteri fondamentali¹³¹.

Un primo criterio riguarda la classificazione dei fini perseguiti dallo Stato. Come anticipato, secondo un autorevole orientamento dottrinale, la distinzione tra funzioni e servizi consisterebbe nel fatto che, mentre le prime sono dirette al perseguimento dei fini essenziali dello Stato, ovvero di quei fini necessari per l'esistenza stessa dello Stato, quali la giustizia, la sicurezza e la difesa, i servizi pubblici si riferiscono invece ai fini non essenziali, che lo Stato assume per soddisfare esigenze di benessere e progresso sociale dei cittadini¹³². Di conseguenza, secondo questa teoria, per comprendere se un'attività debba qualificarsi come funzione o servizio pubblico, occorre avere riguardo al fine, essenziale o non essenziale, a cui essa è preordinata¹³³.

cittadinanza, oppure perché esprimendosi in atti fortemente autoritativi (la giustizia, le varie funzioni di polizia, i tributi)».

¹²⁹ Cfr. M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, 69, il quale osserva che «Il fatto che le nuove attività assunte dagli Stati non fossero classificabili tra le “funzioni” costrinse i teorici a dire che anche lo Stato oramai gestiva “istituzionalmente” dei pubblici servizi». Sul punto, cfr. altresì M.A. STEFANELLI, *La tutela*, cit., 64 ss.

¹³⁰ Cfr. in questo senso G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO, *Primo trattato completo*, cit., 233 ss.; ID., *Corso di diritto amministrativo*, I, *Principi generali*, Milano, 1958, 14; G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Archivio giuridico*, 1993, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1987, 135 ss.; F. MERUSI, *Servizi pubblici*, cit., 218 ss.

¹³¹ Per un'analisi critica degli elementi di differenziazione individuati dalla dottrina italiana, v. V. DE FALCO, *Il servizio pubblico*, cit., 71 ss.

¹³² Cfr. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 14 ss.; G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, cit., 218 ss.

¹³³ Cfr. E. SCOTTI, *Il pubblico servizio*, cit., 24.

A questo primo criterio è strettamente collegato il secondo, fondato sul requisito della necessaria inerenza di un'attività ad un pubblico potere¹³⁴. Alla base di questo criterio vi è la convinzione che vi siano delle attività necessariamente pubbliche, che “per natura” solo lo Stato può esercitare¹³⁵. A queste attività corrispondono altrettante funzioni pubbliche, mentre al contrario i servizi pubblici ricorrono nell'ipotesi in cui lo Stato svolga un'attività che potrebbe essere esercitata anche da soggetti privati, ma che il potere pubblico abbia deciso di assumere su di sé per motivi politici, economici o sociali.

Infine, un ultimo criterio riguarda la tipologia di strumenti di cui lo Stato si avvale nell'esercizio delle proprie attività. Secondo questo criterio, mentre per l'esercizio delle funzioni pubbliche lo Stato adotta dei provvedimenti idonei a tradurre le potestà pubbliche in atti giuridici, per l'organizzazione, la gestione e l'erogazione dei servizi pubblici, esso ricorre invece a moduli di diritto comune, mutuati dalle scienze tecnico-aziendalistiche¹³⁶.

Occorre precisare che i suddetti criteri sono usati spesso promiscuamente dalla dottrina. In questo senso, ad esempio, Zanobini ritiene che la distinzione tra funzioni e servizi consista nel fatto che, mentre le prime rappresentano «l'esercizio di una potestà pubblica, intesa questa come una sfera della capacità specifica dello Stato, ossia della sua sovranità», i secondi invece «rappresentano altrettante attività materiali, tecniche, spesso di produzione industriale, poste a disposizione dei singoli per aiutarli nel compimento delle loro finalità»¹³⁷.

In definitiva, è possibile osservare come dall'applicazione di questi criteri scaturisca una concezione di servizio pubblico di tipo soggettivo, in quanto il servizio pubblico si estrinseca sempre in un'attività propria degli enti pubblici, e residuale, dal momento che la definizione di servizio pubblico non è riempita di alcun elemento caratterizzante, se non quello di essere altro rispetto alla funzione pubblica¹³⁸.

La distinzione tra funzioni e servizi pubblici, che, come detto, si reggeva sull'impianto dogmatico proprio dello Stato liberale, è entrata in crisi con il progressivo superamento

¹³⁴ Cfr. M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 540.

¹³⁵ Cfr. M.S. GIANNINI, *Istituzioni*, cit. 539.

¹³⁶ Cfr. sul punto, R. GALLI, *Nuovo corso di diritto amministrativo*, Padova, 2016, 997.

¹³⁷ C. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 1 ss.

¹³⁸ Cfr. M.S. GIANNINI, *Istituzioni*, cit. 541.

di quest'ultimo ed il conseguente passaggio allo Stato sociale. Infatti, via via che lo Stato ha assunto sempre nuovi compiti e che questi, con l'adozione della Costituzione repubblicana, sono divenuti fini essenziali dei poteri pubblici, al pari di quelli tradizionali, gli elementi distintivi individuati dalla dottrina per tenere separate le attività spurie da quelle proprie dello Stato sono progressivamente sfumati¹³⁹.

In particolare, la crescente commistione tra strumenti pubblicistici e moduli di diritto comune utilizzati nell'esercizio delle attività statuali ha reso sempre più arduo distinguere nettamente, all'interno delle attività pubbliche, tra funzioni e servizi¹⁴⁰. Si è riscontrato, infatti, che il perseguimento delle finalità pubbliche avviene sempre attraverso un complesso di attività di diversa natura, espressione tanto della potestà pubblica quanto della capacità generale di diritto privato dell'Amministrazione. In questi casi, anche il criterio della prevalenza si è rivelato insoddisfacente, dal momento che si fonda su una valutazione meramente quantitativa, e non consente di cogliere l'essenza della distinzione¹⁴¹.

Inoltre, la dicotomia funzione-servizio si è rivelata non esauriente, poiché non permette di distinguere tra l'attività degli enti pubblici costituente un servizio pubblico e l'attività imprenditoriale svolta da questi in regime di concorrenza con i soggetti privati¹⁴².

Alla luce di queste considerazioni, si rende necessario capovolgere la prospettiva, focalizzando l'attenzione, più che su ciò che differenzia le funzioni dai servizi,

¹³⁹ Cfr. in questo senso M. NIGRO, *L'edilizia popolare*, cit., 184, il quale rilevava quanto segue: «La nozione ristretta di servizio pubblico non può però più reggere oggi che dalla fase di semplice modifica dell'equilibrio interno dello Stato liberale si è passati ad una fase di profonda e diffusa trasformazione di esso. Si sono, infatti, moltiplicati i casi di interessamento dello Stato ad attività e fini ad esso prima estranei, e si è precisato che tale interessamento corrisponde altrettanto direttamente e permanentemente alle ragioni essenziali dell'ordinamento, quanto vi corrispondeva l'adempimento delle funzioni tradizionali».

¹⁴⁰ Cfr. M. NIGRO, *L'edilizia popolare*, cit., 184, il quale osserva che «si sono raffinate e complicate le forme in cui l'interessamento si sviluppa; attività pubbliche e private si sono venute intrecciando in guise via via più complesse ed inestricabili; e si è fatto sempre più chiaro che oggi non è pensabile una distinzione tra la sfera giuridica pubblica e quella privata che non prenda in considerazione e non cerchi di qualificare le strutture "miste" in cui si sta lentamente coagulando la tumultuosa attività dello Stato moderno».

¹⁴¹ V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 46.

¹⁴² Per una critica alla distinzione tra funzioni e servizi pubblici, v. L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria*, cit., 37 ss.

sull'unitarietà teleologica dell'attività amministrativa. Ciò che caratterizza l'attività amministrativa, e la contraddistingue rispetto all'attività imprenditoriale degli enti pubblici, infatti, è la finalità di interesse generale che essa persegue¹⁴³. Ebbene, ai fini del raggiungimento di tale finalità, l'Amministrazione pone in essere un complesso di attività, giuridiche e materiali, le quali corrispondono essenzialmente a funzioni e servizi pubblici. Viste in quest'ottica, dunque, funzione e servizio pubblico non appaiono più come due nozioni contrapposte, due modalità alternative utilizzate per perseguire rispettivamente fini essenziali e non essenziali dei poteri pubblici. Al contrario, essi sono due diversi «angoli visuali dell'Amministrazione pubblica»¹⁴⁴. Più precisamente, secondo la ricostruzione che qui si propone, l'attività amministrativa si compone da un lato di un momento statico (funzione pubblica), consistente nell'esercizio da parte dell'Amministrazione di un complesso di poteri di cui essa dispone per il perseguimento di una finalità di interesse generale e, dall'altro, di un momento dinamico (servizio pubblico), rappresentato dall'erogazione delle prestazioni necessarie per il raggiungimento del fine perseguito. In altre parole, funzioni e servizi pubblici costituiscono due momenti concettualmente distinti dell'attività amministrativa, i quali

¹⁴³ In questo senso cfr. V. DE FALCO, *Il servizio pubblico*, cit., 80 ss., il quale mette in relazione la crisi della distinzione tra servizi e funzioni pubbliche con l'affermazione della nozione di europea di servizio di interesse generale. Osserva l'autore, infatti, che «se si aderisce, allora, all'orientamento comunitario che ritiene il servizio pubblico esclusivamente come una funzione di cura di un interesse generale alla prestazione, si riducono notevolmente gli spazi di differenziazione tra lo stesso e le altre funzioni pubbliche». Egli tuttavia individua il criterio distintivo tra le due nozioni nella tipologia di interesse, che nel caso del servizio pubblico «è rivolto ad ottenere delle prestazioni, piuttosto che la regolamentazione di un settore» (p. 84).

¹⁴⁴ G. CAIA, *I servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, tomo II, Bologna, 2005, 143. Secondo l'A. la distinzione tra funzioni e servizi pubblici «non riguarda due tipi di attività, ma due angoli di visuale dell'Amministrazione pubblica nel relativo momento dinamico (dell'azione e delle prestazioni). In sostanza, per il diritto amministrativo la «funzione amministrativa» ed il «servizio pubblico» non sono due nozioni contrapposte, ma due nozioni differenti che esprimono momenti diversi e non coincidenti (e tuttavia integrabili e combinabili tra di loro) dell'attività amministrativa nel suo complesso».

tuttavia sono ricondotti ad unità alla luce della comune finalità di interesse generale, che ne costituisce fondamento e limite¹⁴⁵.

A conferma di ciò, è agevole constatare che ogni attività amministrativa presenta entrambe queste dimensioni, seppure in taluni casi vi sia una prevalenza (almeno nella percezione comune) dell'una o dell'altra¹⁴⁶. Così, ad esempio, la stessa giustizia, considerata tradizionalmente una funzione dello Stato, si compone tanto dell'esercizio di un potere, estrinsecantesi nell'adozione di provvedimenti autoritativi, quanto dell'erogazione di un servizio al pubblico. Tuttavia, data la rilevanza sociale e costituzionale che la funzione giurisdizionale ricopre, si è portati a connotare l'intera attività per il suo momento autoritativo, lasciando in secondo piano la sua dimensione dinamica. Ciò non toglie, però, che questa dimensione di servizio pubblico sia presente, ed anzi sia essenziale per il corretto svolgimento della funzione.

All'estremo opposto, si può notare come per esempio l'istruzione scolastica e il servizio sanitario si compongano tanto di un'attività autoritativa (rilascio di diplomi, di certificati, ecc.), quanto di un'attività materiale (l'attività didattica, la somministrazione di cure, ecc.). Ciò nonostante, data la particolare rilevanza sociale propria di queste ultime attività, si è portati nel linguaggio comune a definire queste attività come "servizi", tralasciandone la dimensione autoritativa. Ma si tratta soltanto di una denominazione

¹⁴⁵ Cfr. G. CAIA, *I servizi pubblici*, cit., 143 ss., il quale però ritiene che sia la funzione che il servizio pubblico appartengano al momento dinamico dell'Amministrazione. L'A. inoltre sostiene che «le nozioni di "funzione amministrativa" di "servizio pubblico" sono certamente diverse ma non per questo contrapposte: la prima è propria di un tipo di attività dell'Amministrazione espressiva di potere (anche certificativo) e che è esclusiva di essa, la seconda identifica una serie di attività tipologicamente eterogenee e coordinate (sulla scorta della disciplina legislativa) nell'ambito, appunto, del servizio pubblico. In sostanza, il servizio pubblico è un modello più o meno composito di attività amministrativa, distinguibile soprattutto per i connotati organizzativi. Così, per una distinzione figurativa delle due nozioni, sembra possibile dire che quella di "funzione amministrativa" ha valenza verticale, mentre quella di "servizio pubblico" – come già detto – riveste valenza orizzontale».

¹⁴⁶ Cfr. M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, 72-73, il quale tuttavia osserva: «Occorre però che sia chiaro che la qualificazione di una certa attività di un pubblico potere come servizio pubblico si fonda su una valutazione di prevalenza: non è che, di un'attività o di un pubblico potere, tutto sia interamente funzione o tutto sia servizio pubblico».

descrittiva, priva di rilevanza tecnica, che non fa venire meno il fatto che all'esercizio di queste attività concorrano entrambi i momenti, statico e dinamico¹⁴⁷.

Dalla distinzione qui proposta tra funzioni e servizi discendono due conseguenze principali.

In primo luogo, si può osservare che la titolarità delle funzioni è necessariamente pubblica. Con ciò non si vuole dire che il loro esercizio sia “per natura” riservato alle amministrazioni pubbliche, essendo innegabile che in passato attività simili siano state esercitate da soggetti privati. Quel che si intende dire è, più semplicemente, che nell'attuale ordinamento costituzionale la funzione giurisdizionale e, ad esempio, il rilascio di diplomi scolastici siano potestà esclusivamente pubbliche. Ciò non toglie che queste attività possano essere svolte anche da soggetti privati, qualora la legge attribuisca loro questo potere¹⁴⁸, i quali per l'effetto divengono privati esercenti una funzione pubblica. Ma la titolarità della funzione rimane necessariamente ed essenzialmente pubblica.

Diversamente, l'attività materiale finalizzata al perseguimento di un interesse generale è un'attività che, in principio, potrebbe appartenere tanto a un soggetto pubblico quanto a un soggetto privato, non essendovi alcun ostacolo di carattere logico o giuridico a che un privato, per esempio, presti assistenza ai malati o a che due soggetti si rivolgano ad un privato affinché dirima una controversia insorta tra loro¹⁴⁹. La questione che si pone, sotto questo profilo, è se possa qualificarsi come servizio pubblico solo l'attività assunta dall'Amministrazione, ed eventualmente esercitata dal privato per conto di questa, o se sia piuttosto la finalizzazione al perseguimento dell'interesse generale a connotare come “pubblico” il servizio, a prescindere dall'assunzione in mano pubblica. Attorno a tale quesito si è articolato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale tra sostenitori della concezione soggettiva e oggettiva del servizio pubblico¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Cfr. M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, 73, il quale a proposito dell'istruzione afferma: «L'istruzione pubblica è certamente servizio pubblico, ma quando l'insegnante diviene esaminatore, è pubblico ufficiale – dice la giurisprudenza – ed esercita pubblica funzione».

¹⁴⁸ M.S. GIANNINI, *Istituzioni*, 549.

¹⁴⁹ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 47-48; G. CAIA, *I servizi pubblici*, cit., 147.

¹⁵⁰ Per una ricostruzione del dibattito tra concezione soggettiva e oggettiva di servizio pubblico, v. *ex multis* G.E. BERLINGERIO, *Studi*, cit., 64 ss.; L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria*, cit., 31 ss.; F. FIGORILLI, *I servizi pubblici*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2016, 655.

8. Concezione soggettiva e oggettiva del servizio pubblico

Si è detto che la nozione di servizio pubblico accolta inizialmente dalla dottrina italiana era soggettiva e residuale, nel senso che ogni attività svolta da pubbliche amministrazioni che non fosse pubblica funzione, era considerata servizio pubblico¹⁵¹. Tale concezione si sposava con l'idea secondo la quale lo Stato è l'unica fonte della giuridicità¹⁵² e che pertanto il carattere "pubblico" del servizio non può che derivare da un atto dello Stato. Questa impostazione, che si trova riflessa nella celebre affermazione orlandiana per cui «l'idea del pubblico servizio non precede, ma segue quella di pubblica amministrazione»¹⁵³, era altresì coerente con l'ideologia politico-economica posta alla base dello Stato liberale, come già più volte evidenziato¹⁵⁴. L'approccio soggettivista, infatti, consentiva di riservare a una decisione politica discrezionale la definizione dei confini e dell'intensità dell'intervento pubblico nella sfera economica. Allo stesso tempo, in questo modo si limitava l'attività economica dello Stato ad alcuni ambiti determinati, lasciando in tutti gli altri settori i privati liberi di agire al riparo dalle ingerenze dei poteri pubblici¹⁵⁵.

La concezione nominalista, benché autorevolmente sostenuta, si prestava però a diverse critiche. Innanzitutto, essa conduceva a qualificare come servizio pubblico ogni attività dello Stato che non fosse funzione pubblica. Non era quindi possibile distinguere, in base ad essa, l'attività imprenditoriale dello Stato dalle prestazioni rese nel perseguimento di finalità di interesse generale. In secondo luogo, il principio nominalistico offriva un criterio identificativo valido *ex post*, per il quale era possibile qualificare un servizio come pubblico solamente quando fosse intervenuto un

¹⁵¹ Cfr. M.S. GIANNINI, *Istituzioni*, 541.

¹⁵² Cfr. in questo senso, F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2017, 1042.

¹⁵³ V.E. ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., 58.

¹⁵⁴ Cfr. in questo senso M.A. STEFANELLI, *La tutela dell'utente di pubblici servizi*, Padova, 1994, 66, la quale osserva che la concezione soggettiva consentiva di risolvere «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». Cfr. altresì V. DE FALCO, *Il servizio pubblico*, cit. 36.

¹⁵⁵ Cfr. L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria*, cit. 55-56.

provvedimento di assunzione, mentre invece non offriva alcun ausilio per stabilire *ex ante* quali attività potessero formare oggetto di assunzione¹⁵⁶.

Queste criticità, già emerse a seguito dell'adozione della legge 103 del 1903, come detto, spinsero De Valles a ricercare, accanto al criterio formale dell'assunzione da parte dello Stato, che pure rimaneva il criterio fondamentale, anche un riferimento sostanziale, che questi rinvenne nella destinazione del servizio "al pubblico", ovvero nell'essere questo rivolto al soddisfacimento di un interesse collettivo, di cui lo Stato avesse assunto su di sé il compito.

Ma furono soprattutto le trasformazioni economiche del secondo dopoguerra, contraddistinto dall'intervento onnipervasivo dello Stato nella sfera economica, attraverso strumenti variegati e spesso in collaborazione con soggetti privati, nonché la mutata percezione dei fini dello Stato, a determinare la crisi della concezione soggettiva ed a condurre alla rilettura in chiave oggettiva delle disposizioni costituzionali riguardanti i servizi pubblici¹⁵⁷, nonostante a ben vedere i costituenti non avessero inteso esprimere una preferenza per l'una o per l'altra concezione¹⁵⁸.

Il principale artefice di questa rielaborazione, come noto, fu Umberto Pototschnig¹⁵⁹. In estrema sintesi, Pototschnig riteneva che la teoria nominalistica dovesse essere abbandonata, e con essa la concezione dello Stato che ne costituiva il fondamento. Egli infatti auspicava il superamento dello «schema tendenzialmente onnicomprensivo dello Stato e la sua sostituzione con un pluralismo istituzionale atto a permettere, nell'ambito comune dell'ordinamento statale, la convivenza di altri organismi ugualmente orientati al soddisfacimento di insopprimibili esigenze sociali»¹⁶⁰. Tale mutamento di prospettiva, secondo l'autore, si era verificato con la Costituzione repubblicana e ciò emergeva, per

¹⁵⁶ Cfr. F. FIGORILLI, *I servizi pubblici*, cit., 654-655.

¹⁵⁷ Cfr. L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria*, cit. 56. Secondo l'autore, tra i fattori che influenzarono il dibattito sui servizi pubblici nel secondo dopoguerra vi furono «il superamento della dicotomia tra società e Stato, tra libertà e autorità, il fondamento della legittimità del potere pubblico nella sovranità del popolo, il differente orientamento complessivo nel disegno della teoria dello Stato in sede costituzionale, il riconoscimento del pluralismo sociale ed istituzionale».

¹⁵⁸ Sul punto, si rinvia al cap. II.

¹⁵⁹ U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit. Per un'analisi del contributo di Pototschnig alla formazione del concetto di servizio pubblico, v. *ex multis* L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria*, cit., 57 ss.

¹⁶⁰ U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., 143-144.

quanto riguardava specificamente i servizi pubblici, dalla stessa portata testuale delle norme costituzionali¹⁶¹.

In questo senso avrebbe dovuto leggersi l'art. 43 Cost., laddove qualifica la riserva o il trasferimento allo Stato delle imprese che si riferiscono a servizi pubblici essenziali come una facoltà e non come un obbligo («la legge *può* riservare originariamente o trasferire»), con ciò ammettendo che possano darsi servizi pubblici essenziali non riservati allo Stato. A favore di questa tesi, inoltre, egli adduceva altresì il fatto che l'art. 43 Cost. preveda la possibilità di riservare e trasferire le medesime imprese non solo allo Stato e ad enti pubblici, ma anche «a comunità di lavoratori o di utenti», in questo modo riconoscendo «la possibilità di un servizio *pubblico*¹⁶² svolto in nome proprio da organismi non di pubblica amministrazione»¹⁶³.

In definitiva, sulla base di una lettura congiunta degli articoli 43 e 41 Cost., l'autore giunse a formulare una definizione oggettiva di servizio pubblico, inteso come l'attività economica, pubblica o privata, sottoposta a programmi e controlli per «essere indirizzata e coordinata a fini sociali», ai sensi dell'art. 41, comma 3, Cost.¹⁶⁴

Anche questa teoria, tuttavia, se aveva il merito di superare l'impostazione nominalista, è stata giudicata per molti aspetti insoddisfacente, dal momento che, comprendendo nella definizione praticamente qualsiasi attività privata sottoposta a regolamentazione pubblicistica, privava di rilievo giuridico autonomo la nozione di servizio pubblico, la quale veniva di fatto a coincidere con l'intera disciplina pubblica dell'economia¹⁶⁵.

¹⁶¹ U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., 144.

¹⁶² Corsivo nel testo.

¹⁶³ U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., 151.

¹⁶⁴ U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., 155.

¹⁶⁵ In questo senso, v. R. VILLATA, *Pubblici servizi*, cit., 7-8, il quale, criticando la teoria oggettiva di Pototschnig, afferma che siffatta impostazione deve essere «risolutamente disattesa», in quanto «appare troppo generica, fa perdere qualsiasi specificità al concetto e lo risolve nella disciplina pubblica dell'iniziativa economica, praticamente funzionalizzando qualsiasi attività privata non sprovvista di aspetti ritenuti meritevoli di regolamentazione pubblicistica e quindi fatalmente estendendo a dismisura l'ambito di operatività della categoria». In senso critico nei confronti della concezione oggettiva elaborata da Pototschnig, v. altresì F. CATTANEO, *Servizi pubblici*, cit., 370; P. CIRIELLO, *Servizio pubblico*, cit., 4; C. FRESA, *Servizio pubblico*, cit., 1351.

D'altra parte, se la rilettura in chiave oggettiva della teoria dei servizi pubblici era motivata dall'esigenza di giustificare ed inquadrare giuridicamente il crescente interventismo dei poteri pubblici in economia, nonché dal mutato approccio ideologico degli autori del secondo dopoguerra rispetto all'ingerenza pubblica nella sfera economica, la situazione nei decenni successivi è profondamente mutata in conseguenza della crisi ideologica, ancor prima che finanziaria, dello Stato del benessere.

In questo contesto si collocano le profonde trasformazioni che, a partire dalla fine degli anni Ottanta¹⁶⁶, sotto l'influenza delle politiche comunitarie, hanno riguardato le discipline di alcuni tra i principali servizi pubblici di rilievo nazionale (gas, elettricità, telecomunicazioni, trasporti ecc.), interessati da un intenso processo di liberalizzazione, con conseguente privatizzazione¹⁶⁷ (totale o parziale) delle imprese ex monopoliste e la ritrazione dello Stato dal ruolo di gestore a quello di regolatore¹⁶⁸.

Alla luce di queste trasformazioni, negli anni Novanta la nozione di "servizio pubblico", come elaborata dalla dottrina dei decenni precedenti, è entrata in profonda crisi, tanto da far dubitare dell'utilità di ricercarne il significato giuridico¹⁶⁹. Ad alimentare l'incertezza ha contribuito, poi, l'ingresso nell'ordinamento italiano di espressioni provenienti dal diritto europeo, come quelle di "servizio di interesse generale" o di "servizio universale", per le quali si è posto un problema di coordinamento con la nozione interna di "servizio pubblico"¹⁷⁰. Infine, il quadro è reso ancora più frastagliato

¹⁶⁶ Sulle trasformazioni della disciplina dei servizi pubblici a partire dagli anni Ottanta, v. F. MERUSI, *I servizi pubblici negli anni '80*, in *Quad. reg.*, 1985, 39 ss.; ID., *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in AA.VV., *Annuario 2001, Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, 2002, 63 ss.

¹⁶⁷ Sulle liberalizzazioni e privatizzazioni, v. *ex multis*, S. CASSESE, *Le privatizzazioni in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, 235 ss.; ID., *Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 378 ss.; R. GAROFOLI, *La privatizzazione degli Enti dell'economia*, Milano, 1998; F. BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, 1996; F. BONELLI, M. ROLI, *Privatizzazioni*, in *Enc. dir.*, Milano, 2000, 994 ss.; M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 1995, 519 ss.; G.E. BERLINGERIO, *Studi*, cit., 87 ss.

¹⁶⁸ Sullo Stato regolatore, v. *ex multis* A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000; G. TESAURO, M. D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000; A. PISANESCHI, *Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore: e ritorno?*, Torino, 2009.

¹⁶⁹ Per un'analisi di questa trasformazione del concetto di servizio pubblico, v. N. RANGONE, *I servizi pubblici*, cit., 9 ss.

¹⁷⁰ Sul punto si rinvia al cap. III.

dal fatto che il legislatore ha utilizzato l'espressione "servizio pubblico" con significati profondamente diversi, a seconda ad esempio che si trattasse di disciplinare il diritto di sciopero nell'ambito dei servizi pubblici essenziali¹⁷¹, oppure di stabilire le modalità di gestione dei servizi pubblici locali¹⁷².

I cambiamenti radicali che hanno riguardato la disciplina dei servizi pubblici a partire dagli anni Novanta, peraltro, affondano le proprie radici nella mutata percezione diffusa nella società rispetto all'intervento pubblico in economia. Le riforme liberiste dei servizi pubblici, infatti, sono state attuate in un clima di crescente sfiducia nelle istituzioni pubbliche, ed in particolare nella capacità di queste di erogare prestazioni in maniera economica, efficiente ed efficace. Per converso, nel medesimo periodo una grande forza attrattiva sull'opinione pubblica è stata esercitata dai moduli aziendalistici, ritenuti non solo più adatti allo svolgimento delle attività economiche, ma estendibili anche all'attività delle amministrazioni pubbliche. In quegli anni, inoltre, è (ri)emersa l'idea che la concorrenza sia un valore in sé, addirittura di rango costituzionale, e che la sottoposizione dei servizi pubblici alle regole del mercato avrebbe consentito di ridurre gli sprechi e le inefficienze propri dello Stato imprenditore¹⁷³.

Tuttavia l'approccio liberista non è stato portato fino alle sue estreme conseguenze, nella consapevolezza che taluni servizi, se lasciati al libero gioco del mercato, non sarebbero stati erogati in maniera soddisfacente, nel rispetto dei principi di solidarietà sociale ormai diffusi nella coscienza sociale e sanciti dalla Costituzione. Anche nei settori liberalizzati, quindi, è stata mantenuta una regolazione pubblicistica, con la funzione di ovviare ai fallimenti del mercato, mediante l'imposizione di obblighi "di servizio pubblico" – secondo la terminologia comunitaria – in capo agli operatori privati¹⁷⁴.

In virtù dei sopravvenuti mutamenti normativi, economici e politico-sociali, alcuni autori hanno ritenuto che la nozione italiana di "servizio pubblico" avesse perso qualsiasi rilievo giuridico, preferendo quindi concentrare l'attenzione sulle nozioni di derivazione

¹⁷¹ Legge 12 giugno 1990, n. 146.

¹⁷² Cfr. ad es. la Legge 8 giugno 1990, n. 142, di pochi giorni precedente la legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali.

¹⁷³ Su questo aspetto, v. *infra*, cap. II.

¹⁷⁴ Sulla regolazione adottata nell'ambito dei servizi pubblici nazionali, v. soprattutto G. NAPOLITANO, *Regole e mercato*, cit.

europea. Altri autori, invece, hanno tentato di inquadrare i “nuovi” servizi pubblici all’interno delle impalcature concettuali tradizionali, rivedendo e aggiornando le teorie soggettive e oggettive, nonché in molti casi avanzando ricostruzioni miste o eclettiche, che riprendevano elementi propri di entrambe le concezioni¹⁷⁵. Ovviamente non è possibile esaminare in questa sede tutte le ricostruzioni dottrinali che sono state proposte; ci si concentrerà, quindi, su quelle teorie che forse meglio sono riuscite a cogliere gli elementi caratterizzanti oggi la nozione di servizio pubblico.

In particolare, secondo una delle ricostruzioni più recenti il carattere pubblico del servizio non deriva tanto dall’imputabilità dello stesso alla pubblica amministrazione, quanto dall’essere questo destinato a soddisfare un interesse della collettività, che ne usufruisce, a seconda dei casi, *uti singuli* o *uti universi*. La titolarità pubblica del servizio è, invece, considerata una conseguenza della funzionalizzazione dello stesso al soddisfacimento di esigenze della collettività, data la «corrispondenza biunivoca» esistente tra queste ed i compiti dell’Amministrazione pubblica¹⁷⁶. In altre parole, poiché è carattere proprio dei servizi pubblici quello di essere funzionale al perseguimento di un interesse della collettività, e il soddisfacimento di interessi siffatti è un compito che incombe sugli enti pubblici in virtù della posizione da questi ricoperta nell’ordinamento¹⁷⁷, di conseguenza la titolarità dei servizi pubblici appartiene all’amministrazione pubblica incaricata di soddisfare gli interessi ad essi sottesi. Ciò non toglie, tuttavia, che tali servizi possano essere gestiti da soggetti privati, a condizione però che la relativa attività «si inserisca istituzionalmente nel novero delle misure attuative dei compiti dell’Amministrazione, sulla scorta di appositi strumenti organizzatori dettati dalla legge ovvero adottati dall’Amministrazione pubblica in base ad essa»¹⁷⁸.

In definitiva, secondo questa concezione, la nozione di servizio pubblico è quell’«attività che il soggetto pubblico, attraverso l’uso dei poteri di cui dispone,

¹⁷⁵ Cfr. tra gli altri, G. GUARINO, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 1957, 3 ss., ora in G. GUARINO, *Scritti di diritto pubblico dell’economia*, seconda serie, Milano 1970, p. 207 ss.; F. MERUSI, *Servizio pubblico (voce)*, in *Novissimo digesto it.*, vol. XVII, Torino, 1970, 215 ss.; I. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1987; A. ROMANO, *La concessione di un pubblico servizio*, in AA.VV., *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995.

¹⁷⁶ G. CAIA, *I servizi pubblici*, cit., 157. Analogamente, cfr. F. FIGORILLI, *I servizi pubblici*, cit., 655.

¹⁷⁷ Cfr. G. CAIA, *I servizi pubblici*, cit., 157.

¹⁷⁸ G. CAIA, *I servizi pubblici*, cit., 156-157.

legislativi o amministrativi, assume o considera proprie, nell'ambito dei compiti istituzionali perché connesse ad esigenze di benessere e di sviluppo socio-economico delle comunità rappresentate; queste attività, peraltro, devono essere organizzate in un certo modo perché l'interesse pubblico consiste nella relativa, specifica gestione, con la conseguenza che le modalità organizzative di essa divengono determinanti»¹⁷⁹.

Con riferimento a queste teorie, si può osservare come esse abbiano avuto il merito di coniugare alcuni aspetti delle teorie soggettive e oggettive tradizionali, con il proposito di distinguere il servizio pubblico da un lato dalle attività economiche private sottoposte a programmi e controlli *ex art. 41 Cost.* e, dall'altro, dalle attività imprenditoriali dei soggetti pubblici¹⁸⁰.

È possibile inoltre notare come questa impostazione presenti diversi punti di contatto con quella adottata da De Valles, secondo cui, come detto, la componente oggettiva della nozione di servizio pubblico consisteva nella destinazione al soddisfacimento di un interesse collettivo (servizio "per il pubblico"). La principale differenza tra le due ricostruzioni, tuttavia, a parere di chi scrive, risiede nel fatto che, mentre per De Valles la destinazione al pubblico è condizione necessaria, ma non sufficiente per configurare un servizio pubblico, essendo sempre necessario un atto politico-discrezionale di assunzione del servizio, la teoria sopra esposta invece afferma l'esistenza di una «corrispondenza biunivoca» tra la soddisfazione di esigenze della collettività e l'assunzione tra i compiti dell'amministrazione pubblica. Questa concezione, quindi, sembrerebbe presupporre l'esistenza di compiti che gravano sull'Amministrazione, a prescindere dalla decisione di quest'ultima di farsi carico dei compiti medesimi. Vi è, quindi, alla base di questa concezione un elemento di carattere oggettivo, tale per cui, sovvertendo l'assunto di Vittorio Emanuele Orlando, l'idea di servizio pubblico non segue, ma precede quella di pubblica amministrazione¹⁸¹.

Se questi aspetti meritano di essere condivisi, tuttavia, le ricostruzioni sopra sintetizzate lasciano aperte alcune questioni problematiche.

In particolare, non è chiaro in base a quali criteri debbano individuarsi quei fini dell'azione pubblica che costituiscono il fondamento oggettivo del servizio pubblico.

¹⁷⁹ G. CAIA, *I servizi pubblici*, cit., 155-156.

¹⁸⁰ Cfr. G. CAIA, *I servizi pubblici*, cit., 156.

¹⁸¹ V. nota 153.

Questi, evidentemente, non possono coincidere con il complesso delle attività volte al soddisfacimento di esigenze della collettività, né con le sole prestazioni erogate dai poteri pubblici. Altrimenti, infatti, si riproporrebbero le medesime criticità già manifestatesi in relazione alle concezioni oggettive e soggettive tradizionali. Si ripropone quindi il problema, comune a tutti i tentativi di delimitare la nozione di servizio pubblico mediante il riferimento ad un elemento oggettivo ed esterno, di definire tale elemento, evitando così di spostare la questione definitoria su altri concetti indeterminati quali l'interesse generale e le esigenze della collettività.

Le elaborazioni sopra descritte, inoltre, non spiegano quali siano i rapporti tra il soggetto pubblico titolare del servizio ed i privati che esercitano il servizio medesimo. Esse infatti si limitano ad affermare che deve esservi un vincolo, un collegamento organizzativo tra il gestore e l'Amministrazione pubblica. Tuttavia non è chiaro quale sia la natura di questo vincolo e quali «specifiche modalità gestorie»¹⁸² debbano essere assicurate con riferimento alle attività di servizio pubblico.

All'approfondimento di questi profili problematici sarà dedicato il capitolo seguente. Partendo dall'inquadramento del ruolo dei servizi pubblici all'interno della "costituzione economica" italiana, si cercheranno quindi di mettere a fuoco, sulla base dell'analisi della giurisprudenza costituzionale, le finalità al cui perseguimento sono preordinati i servizi pubblici, i rapporti intercorrenti tra autonomia privata e azione pubblica e, infine, i principi costituzionali che regolano l'esercizio delle attività di servizio pubblico.

¹⁸² G. CAIA, *I servizi pubblici*, cit., 157.

II. Il servizio pubblico nella costituzione economica italiana

1. Introduzione

Nel capitolo precedente, è stato analizzato il processo storico che ha portato all'emersione della nozione di "servizio pubblico". Si è visto, in particolare, come questo concetto, presente *in nuce* nelle società umane sin dall'antichità, abbia assunto una consistenza giuridica autonoma nella seconda metà dell'Ottocento, quando lo Stato liberale, sotto la spinta delle classi sociali che accedevano allora per la prima volta all'arena politica, ha cominciato ad erogare prestazioni che fino a quel momento erano state rimesse all'iniziativa economica privata.

È stato messo in luce, inoltre, il collegamento esistente tra l'affermazione del concetto di servizio pubblico e il progressivo ampliamento dei fini dello Stato. Quando, infatti, l'azione dei pubblici poteri si è estesa al di là dei confini entro i quali l'ideologia liberale l'aveva costretta, la dottrina giuridica dell'epoca ha fatto ricorso all'espressione "servizio pubblico" per descrivere le attività non essenziali dello Stato, ovvero quelle attività che lo Stato svolge non in quanto vi sia tenuto, ma sulla base di una decisione politica contingente e discrezionale che, così come è stata adottata, può essere revocata in ogni tempo.

In definitiva, quindi, la nozione di servizio pubblico è servita per delimitare l'attività dei pubblici poteri su due fronti. Da un lato, essa è stata utilizzata per distinguere l'attività economico-sociale dello Stato, che questi esercita in virtù di una libera scelta politica, dalle funzioni pubbliche, ovvero dall'attività autoritativa che appartiene "per natura" allo Stato, non potendo essere svolta da nessun altro soggetto. Dall'altro lato, l'adozione di una nozione soggettiva di servizio pubblico ha consentito di separare l'attività economica svolta dai soggetti pubblici da quella resa dai privati, anche se ispirata da obiettivi di interesse generale.

Entrambe queste distinzioni sono entrate in crisi nel corso del Novecento, per effetto del progressivo passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale. Come si vedrà, infatti, in questa forma di Stato è caduta la distinzione tra fini essenziali e non essenziali e, al contempo, è divenuta meno nitida la linea di confine tra dimensione pubblica e privata.

Una tappa fondamentale di questo percorso è rappresentata senza dubbio dall'adozione della Costituzione del 1948. Questa, infatti, ha fatto propria una diversa concezione dello Stato, dove il pieno sviluppo della persona e dei suoi diritti è stato elevato a fine essenziale a cui deve tendere l'azione dei pubblici poteri. Ma un ruolo ancora più determinante è stato svolto dalla Corte costituzionale la quale, attraverso un'interpretazione evolutiva della Carta, ha portato a compimento il processo di trasformazione che i costituenti avevano impresso nel codice genetico del nascente Stato repubblicano.

A fronte di questa evoluzione della forma di Stato, la nozione di servizio pubblico ha perso i riferimenti concettuali attorno ai quali era stata costruita, ed è divenuta una nozione indefinibile, dai contorni indeterminabili: un vero e proprio "rompicapo" giuridico.

Invero oggi non pare più possibile addivenire ad una definizione giuridica unitaria di servizio pubblico, la quale sia capace di ricomprendere tutti i significati che sono attribuiti a tale espressione nel diritto positivo e nella prassi giuridica.

Inoltre, come anticipato nel capitolo precedente, anche le tradizionali distinzioni tra servizi e funzioni pubbliche, nonché tra teoria soggettiva e oggettiva, tendono a perdere di attualità, in favore di concezioni miste o di ricostruzioni del servizio pubblico "a geometria variabile", le quali cioè attribuiscono all'espressione un significato diverso a seconda dell'ambito di volta in volta considerato.

Date queste premesse, e alla luce del quadro frammentato sopra delineato, il presente capitolo si propone di analizzare lo statuto costituzionale del servizio pubblico, al fine di individuare quei principi fondamentali che, in ogni ambito e ad ogni livello normativo, devono costituire il comune denominatore della disciplina di questo istituto.

Lungi dal volere ricercare una definizione utile ad ogni fine di legge, quindi, si cercherà di individuare, sulla base della Costituzione e della giurisprudenza della Consulta, una nozione costituzionale di servizio pubblico o, se si preferisce, di "servizio pubblico costituzionale".

2. Una premessa metodologica

Generalmente, lo studio dello statuto costituzionale del servizio pubblico muove dall'analisi dell'art. 43 Cost., in combinato con i tre commi dell'art. 41 Cost.¹.

Infatti in questi articoli, che rappresentano il cuore della “costituzione economica” italiana, si è soliti ricercare i principi costituzionali in materia di attività economiche. Effettivamente, l'art. 43 Cost. contiene l'unica menzione esplicita dei “servizi pubblici”, accompagnata dal problematico attributo «essenziali»². Inoltre nei «programmi e controlli» di cui all'art. 41, c. 3, Cost., molti hanno rinvenuto il fondamento costituzionale dell'intervento, diretto o indiretto, dello Stato nell'economia³.

Tale approccio, sebbene formalmente corretto, rischia tuttavia di dar luogo ad una visione parziale, incentrata solamente sul dato testuale, e pertanto incapace di cogliere appieno il ruolo che la nozione di servizio pubblico, come ricostruita nel capitolo precedente, è venuta a ricoprire nell'ordinamento costituzionale italiano.

Inoltre, concentrando l'analisi esclusivamente sugli articoli dedicati ai rapporti economici, si può incorrere nell'errore di considerare quella parte di Costituzione in maniera isolata e indipendente dal resto della Carta, a discapito dell'adozione di un approccio sistematico.

Pertanto, prima di esaminare la disciplina costituzionale del servizio pubblico, è bene premettere alcune considerazioni sulla natura della costituzione economica e sui rapporti che questa intrattiene con le altre parti della Costituzione⁴.

¹ Per i riferimenti dei principali studi sulla nozione di servizio pubblico, si rinvia alle considerazioni svolte nel Capitolo I. Per uno studio monografico dedicato allo statuto costituzionale del servizio pubblico, si v. in particolare U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, nonché recentemente L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001. V. anche F. MONCERI, *Servizi pubblici e istanze sociali nella costituzione economica europea*, Pisa, 2011.

² Sull'analisi del significato dell'espressione «servizi pubblici» e del relativo attributo «essenziali» all'interno dell'art. 43 Cost., il riferimento principale è U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., 45 ss.

³ In generale, sull'iniziativa economica nella Costituzione e sull'interpretazione dell'art. 41 Cost., v. su tutti V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959. V. altresì U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., 79 ss.

⁴ Sulla nozione di “costituzione economica” e sui vari significati attribuiti a questa espressione, v. *ex multis*, S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2000; N. IRTI, *L'ordine giuridico de mercato*, Roma-Bari, 1998; M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, Torino,

Innanzitutto, occorre chiarire che con l'espressione "costituzione economica" non si intende qui fare riferimento soltanto alle disposizioni contenute nel Titolo III della Prima Parte della Costituzione, ma al complesso di norme, di rango costituzionale o primario, che regolano i rapporti economici ed il modo in cui i poteri pubblici possono incidere su questi.

Nello studio degli istituti che compongono la costituzione economica, inoltre, non ci si soffermerà soltanto sull'aspetto formale, ma si cercherà di coglierne l'evoluzione alla luce dei mutamenti dell'opinione pubblica rispetto al dato economico, delle istanze ideologiche e sociali che hanno determinato tali mutamenti, nonché degli indirizzi di politica economica che, nelle diverse fasi storiche, ne sono scaturiti⁵.

In altre parole, ai fini della presente analisi, si intende adoperare una nozione di costituzione economica ampia e materiale, nella convinzione che, sotto l'apparente immobilismo del testo costituzionale, agiscano perennemente spinte di natura politica, economica e sociale, capaci di provocare, nell'arco di qualche anno, un mutamento radicale del contenuto degli istituti esaminati, o quantomeno dell'interpretazione che di questi viene data⁶.

Lo studio del servizio pubblico nel quadro della costituzione economica non può dunque prescindere da un'analisi che oltrepassi la superficie del dato formale, indagando i fattori che hanno contribuito alle trasformazioni di questo istituto.

Ma anche tale livello di analisi potrebbe rivelarsi insufficiente. Il rischio, infatti, è di svolgere una ricostruzione storico-giuridica, destinata a divenire obsoleta non appena le forze in gioco avranno determinato un nuovo mutamento degli equilibri politici e sociali sottostanti la costituzione materiale. In altre parole, un'analisi che si fermasse a questo

1990, 374 ss; F. COCOZZA, *Riflessioni sulla nozione di "Costituzione economica"*, in *Il diritto dell'economia*, 1/1992. Più di recente, v. C. PINELLI-T. TREU (a cura di), *La Costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna, 2010; G. DI GASPARO, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2017, 46 ss.

⁵ Per questa concezione di costituzione economica, v. S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2012, 3-4.

⁶ Sul rapporto tra l'evoluzione del fatto economico e l'interpretazione degli istituti giuridici, v. G. MIELE, *Tecnica giuridica e fatto economico*, in *Il diritto dell'economia*, 1956; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit.

livello di approfondimento rischierebbe di non cogliere quei punti fermi che, anche al variare della costituzione economica, rimangono stabili.

Occorre dunque scendere ancora più in profondità, per ricercare il nucleo essenziale della disciplina costituzionale dei rapporti economici, ovvero quell'insieme di regole e principi così centrali per la costituzione economica italiana, da non poter essere toccati senza mettere in discussione la tenuta stessa dell'ordinamento costituzionale.

Questa esigenza è tanto più stringente in un periodo storico, quale quello attuale, in cui la “nuova” costituzione economica, immaginata a partire dagli anni Novanta sulla base di una rilettura in senso neoliberale delle disposizioni costituzionali, sembra essere entrata in crisi⁷. Infatti, il crollo della fiducia nelle virtù del mercato in conseguenza della crisi finanziaria del 2007, le incertezze che circondano il processo di integrazione europea, nonché le istanze di equità e protezione provenienti dagli strati sociali che hanno risentito maggiormente della globalizzazione, impongono un ripensamento delle categorie concettuali che si è stati abituati ad usare negli ultimi decenni. Se le spinte sociali proseguiranno in questa direzione, occorrerà dunque rileggere le norme costituzionali con lenti diverse, per cercare di dare risposta alle nuove istanze rivolte ai poteri pubblici e quindi, indirettamente, alla Costituzione. Nella consapevolezza che la soluzione non potrà consistere nella riproposizione di quel modello di costituzione economica, verso cui oggi molti tornano a voltarsi con sguardo nostalgico, ma a cui non è possibile, e forse neanche auspicabile, ritornare.

Ecco quindi perché, oggi più che mai, l'analisi della costituzione economica e, per quel che qui interessa, del servizio pubblico, non può prescindere dalla ricerca del nucleo

⁷ Sul dibattito svoltosi nel corso degli anni Novanta sulla “nuova costituzione economica”, v. soprattutto gli atti del Convegno AIC svoltosi a Ferrara, l'11 e il 12 ottobre 1991, pubblicati in AA.VV., *La Costituzione economica*, Padova, 1997, e ivi in particolare i contributi di G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, 7 ss.; G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra costituzione ed istituzioni comunitarie*, 21 ss.; G. BOGNETTI, *La costituzione economica tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, 69 ss. V. altresì G. BOGNETTI, *La Costituzione economica italiana*, Milano, 1995; L. TORCHIA, *La nuova Costituzione economica*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana*, Bologna, 1994; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, cit. Sulle iniziative volte alla riforma dei relativi articoli della Costituzione, v. G. DELLA CANANEA-G. NAPOLITANO (a cura di), *Per una nuova costituzione economica*, Bologna, 1998.

immutabile di regole e principi che informano i rapporti economici nell'ordinamento costituzionale italiano.

Questo studio, pertanto, non può che partire da un'analisi d'insieme della Costituzione. Le diverse parti che compongono la Carta, infatti, non sono tra loro isolate ed indipendenti, ma al contrario si integrano e completano in un disegno unitario, costruito attorno ai principi immutabili che ispirano l'ordinamento, alla luce dei quali devono essere lette e applicate le restanti disposizioni costituzionali.

Per cui, ad esempio, non potrebbe leggersi la parte riguardante i diritti sociali separatamente da quella relativa ai rapporti economici, e viceversa. In altre parole, non vi è, all'interno della Carta, un corpo di norme che possa essere "asportato" perché ritenuto superato o obsoleto, senza che ciò vada a minare l'unitarietà e la coerenza dell'impianto costituzionale.

Certo, il disegno realizzato dai costituenti, soprattutto in alcune parti, è formulato in maniera abbastanza ampia da poter essere declinato in modo diverso a seconda delle condizioni economico-sociali e delle opinioni politiche prevalenti in un dato periodo. È legittimo, inoltre, che alcune disposizioni costituzionali subiscano una profonda evoluzione interpretativa, in conseguenza per esempio del processo di integrazione europea. Tuttavia, si tratterà pur sempre di una diversa interpretazione delle disposizioni costituzionali, e non di una loro abrogazione implicita.

Le diverse possibili declinazioni del disegno costituzionale, in altre parole, non possono intaccare lo spirito informatore della Carta, ovvero quei principi essenziali che innervano l'intero ordinamento costituzionale, garantendone unitarietà e coerenza.

Ciò vale, a maggior ragione, per la costituzione economica.

Quest'ultima, infatti, non è una parte a sé stante della Costituzione, ma al contrario si pone in rapporto di fini a mezzi rispetto alla prima parte della Carta. Essa, in altre parole, si occupa di predisporre i *mezzi* che possono essere utilizzati per perseguire i *fini* che la Costituzione assegna all'ordinamento.

Più precisamente, la Costituzione, oltre a indicare gli strumenti a disposizione degli attori economici, pubblici e privati – quali l'iniziativa economica (art. 41, c. 1), i programmi e controlli (art. 41, c. 3) e la riserva (art. 43)⁸ – stabilisce altresì la direzione

⁸ Sull'istituto della riserva di cui all'art. 43 Cost., v. *ex multis*, S. CASSESE, *Legge di riserva e articolo 43 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960, 1332 ss; S. FOIS, "Riserva originaria" e "riserva di legge" nei

verso la quale l'attività di questi soggetti deve tendere. Peraltro, il legame tra la prima parte della Carta e la costituzione economica emerge chiaramente dai rinvii in essa contenuti, ad esempio, ai «fini sociali» verso i quali può essere indirizzata e coordinata l'attività economica (art. 41, c. 3), ai «fini di utilità generale» che possono giustificare la riserva o il trasferimento allo Stato di determinate imprese (art. 43), oppure al limite dell'«utilità sociale» (art. 41, c. 2).

D'altra parte, la natura strumentale della costituzione economica rispetto ai fini dell'ordinamento è coerente con il carattere proprio dell'attività economica, che è per natura uno strumento al servizio delle esigenze, individuali o collettive, che essa è volta a soddisfare⁹.

Si noti, infine, che tra fini e mezzi costituzionali intercorre un rapporto di gerarchia assiologica, dal momento che il perseguimento delle finalità indicate dalla Costituzione rappresenta il fondamento e il limite dell'utilizzo degli strumenti predisposti dalla costituzione economica.

In definitiva, vi è quindi nella Costituzione italiana una distinzione logica tra, da un lato, i fini costituzionali e, dall'altro, i mezzi che la Carta predispone per il perseguimento dei medesimi, i quali dunque sono in una posizione servente rispetto ai primi.

Da quanto detto sopra, deriva un'ulteriore conseguenza anche per quanto riguarda i rapporti tra la costituzione economica italiana e il diritto dell'Unione europea¹⁰. Se è innegabile, infatti, che la parte della Costituzione dedicata ai rapporti economici è quella maggiormente esposta all'influenza del diritto europeo, al punto che oggi non potrebbe essere letta indipendentemente da quello, occorre tuttavia considerare che, come sopra rilevato, le norme in essa contenute si pongono in posizione servente rispetto ai fini che la Costituzione assegna all'ordinamento. Ne consegue che una rilettura della costituzione

“*principi economici*” della Costituzione, in *Giur. cost.*, 1960, 476; G. VAILATI, *La nazionalizzazione delle imprese*, Torino, 1971; F. GALGANO, *Commento all'articolo 43*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1982, 193; A. DI MAJO, *L'avocazione delle attività economiche alla gestione pubblica o sociale*, in F. GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale. La Costituzione economica*, Padova, 1977, 338 ss.

⁹ Cfr. V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica*, cit., 50 ss.

¹⁰ A questo tema è dedicato il Capitolo III, a cui si rinvia. Si v. a questo proposito C. PINELLI, *I rapporti economico-sociali tra Costituzione e Trattati europei*, in C. PINELLI-T. TREU, *La costituzione economica*, cit., 23 ss.

economica orientata alla luce del diritto europeo non potrebbe spingersi fino a negare quei principi che informano la disciplina costituzionale dei rapporti economici, pena l'attivazione dei controlimiti.

Date queste premesse, al fine di inquadrare correttamente il servizio pubblico nella Costituzione italiana, occorre innanzitutto interrogarsi su quali siano i fini che questa assegna all'ordinamento e, successivamente, analizzare gli strumenti che la stessa predispone per il loro raggiungimento.

Per fare questo, è opportuno riprendere la ricostruzione storica dell'evoluzione dell'idea di Stato là dove la si è lasciata nel capitolo precedente, al fine di comprendere quale concezione sia stata fatta propria dall'Assemblea Costituente e da questa cristallizzata nella Carta costituzionale.

3. La costituzione economica nella prima metà del Novecento

Si è visto come, tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, vi sia stato in tutta Europa un aumento dei compiti attribuiti ai poteri pubblici in campo economico¹¹. Questo ampliamento della sfera di intervento statale era dovuto a diversi fattori di ordine politico, economico e sociale. Decisiva, in questo senso, fu la progressiva estensione del suffragio, a cui seguirono le prime affermazioni elettorali dei partiti di massa, d'ispirazione socialista e cristiano-sociale, portatori delle istanze delle classi popolari fino ad allora escluse dalla vita politica.

Dal punto di vista teorico, come detto, l'ampliamento delle attività economiche in mano pubblica inizialmente non determinò una cesura rispetto alla concezione dello Stato condivisa dalla classe dirigente dell'epoca. Il crescente interventismo statale, infatti, si innestava su un impianto teorico-dogmatico di matrice fondamentalmente liberale.

¹¹ Per un'analisi dell'evoluzione storica della costituzione economica italiana, v. S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, cit., 7 ss., il quale distingue quattro periodi storici: il primo è quello che va dal 1861 alla fine del secolo XIX; il secondo è quello che giunge fino agli anni '20 del secolo XX; il terzo è quello che arriva fino alla metà del secolo XX; il quarto è quello che va dalla metà del secolo XX al 1970. A partire, quindi, da questa data si è assistito secondo l'A. all'affermazione della "nuova costituzione economica", la cui premessa fondamentale è la nascita della Comunità europea.

Sulla scorta di questa impostazione ideologica, con il duplice scopo di giustificare e delimitare l'intervento statale, venne pertanto elaborata la distinzione dottrinale tra fini essenziali e fini non essenziali dello Stato. In quest'ultima categoria, in particolare, furono ricomprese le finalità di benessere, al cui perseguimento erano finalizzate le attività economiche dei poteri pubblici, le quali, a loro volta, erano considerate ipotesi eccezionali, a cui lo Stato poteva ricorrere per fare fronte, ad esempio, a fallimenti del mercato.

Dunque, la struttura fondamentale della costituzione economica di quest'epoca consisteva, sul piano dei fini, nella distinzione tra finalità essenziali (polizia, difesa e giustizia) e finalità eventuali (benessere economico, sociale e culturale dei cittadini); sul piano dei mezzi, nel principio di costituzione materiale della libera iniziativa economica privata¹², suscettibile di subire limitazioni solo in casi eccezionali, rimessi alla discrezionalità del legislatore.

Questo impianto entrò in crisi, in tutta Europa, nel corso della prima metà del Novecento.

Nello specifico, per quanto riguarda la situazione italiana, a partire dagli anni '20 si assistette alla nazionalizzazione di interi settori dell'economia, sottratti alla libera iniziativa privata mediante lo strumento della "riserva originaria"¹³. Questo processo riguardò ad esempio il servizio di trasporto marittimo (1922), il trasporto aereo (1923), la radiodiffusione (1927) e la gestione delle acque (1933). Al contempo, negli stessi anni, molte attività economiche passarono da un regime di libero accesso ad uno di accesso controllato, sottoposto ad autorizzazione pubblica¹⁴.

Dunque, per effetto della sottoposizione di interi settori economici al controllo, diretto o indiretto, dello Stato, risultò profondamente incrinato l'assioma, fino ad allora intoccabile, del libero mercato, dal momento che l'intervento pubblico nell'economia da eccezione si trasformò progressivamente in regola, divenendo il principio cardine della costituzione economica.

¹² M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, 40.

¹³ Cfr. S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, cit., 15.

¹⁴ *Ibidem*.

Parallelamente, l'ampliamento dei fini dello Stato ricevette un riconoscimento formale nella Costituzione di Weimar del 1919¹⁵, dove accanto ai tradizionali compiti dei poteri pubblici, venne sancito espressamente l'obbligo per il *Reich* di organizzare un sistema assicurativo volto a tutelare la salute e la capacità di lavoro, di proteggere la maternità e di prevenire le conseguenze economiche della vecchiaia, delle malattie e degli incidenti della vita (art. 161), di provvedere al sostentamento dei cittadini disoccupati (art. 163) e di assicurare all'intera classe dei lavoratori un minimo di diritti sociali comuni a tutti (art. 162).

Ma, ancor più che nel rapporto tra fini e mezzi costituzionali, le principali trasformazioni si manifestarono sul piano ideologico.

Il liberismo, che costituiva il fondamento dogmatico della forma di Stato ottocentesca, venne infatti progressivamente sostituito da ideologie di stampo sociale, sia pure con varie declinazioni a seconda delle diverse forze politiche in campo.

Un contributo determinante in questo senso provenne dalla crisi economica del 1929, che minò profondamente la fiducia dell'opinione pubblica nel mercato e nelle imprese private, specialmente se poste in regime di monopolio. Di conseguenza si cominciò a predicare un intervento imponente dello Stato nell'economia per correggere le storture del mercato, o perfino per sostituirsi ad esso, mediante la riserva in mano pubblica di attività economiche, quando la libera iniziativa privata si dimostrasse incapace di perseguire quelle finalità sociali a cui, secondo la nuova ideologia, essa era "funzionalizzata"¹⁶.

Il "nuovo corso" si tradusse nell'adozione di politiche pubbliche di stampo keynesiano, che determinarono l'espansione della presenza statale in tutti i settori economici.

In Italia, in particolare, questo indirizzo di politica economica ebbe la propria espressione principale nell'istituzione dell'IRI e nell'avvio del sistema delle

¹⁵ Sull'importanza assunta dalla Costituzione di Weimar, e dalla proclamazione dei diritti sociali in essa contenuta, rispetto all'evoluzione della forma di Stato, v. in particolare C. MORTATI, *Introduzione alla Costituzione di Weimar*, ora in ID., *Raccolta di scritti*, Milano, 1972, IV, 293 ss. Più di recente, un'analisi comparata è svolta da S. GAMBINO, *Dai diritti naturali ai diritti sociali. Un approccio storico-costituzionale nella prospettiva comparatistica*, in *DPCE* 1/2002.

¹⁶ Cfr. C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Riv. dir. lav.*, 1954, 149 ss.

partecipazioni statali, iniziato nel ventennio fascista e proseguito, in continuità con la precedente costituzione economica materiale, nella Prima Repubblica¹⁷.

Proprio in questa fase di trasformazione della forma di Stato, caratterizzata da un clima di sfiducia nei confronti del mercato e dell'impresa privata, si svolsero i lavori dell'Assemblea Costituente.

È pertanto alla luce di queste considerazioni che ci si deve accostare alla lettura dei dibattiti svoltisi in seno all'Assemblea.

4. L'opera incompiuta: i diritti sociali nei lavori della Costituente

Dall'analisi dei lavori preparatori della Costituzione¹⁸ emerge come i padri costituenti fossero consapevoli di trovarsi dinanzi ad una «svolta storica», ovvero di vivere in un momento di passaggio tra «due mondi costituzionali: il vecchio ed il nuovo»¹⁹. Da un lato il costituzionalismo ottocentesco, di stampo liberale, le cui strutture economiche e sociali erano rimaste in piedi nonostante il crollo delle relative istituzioni politiche. Dall'altro lato, un costituzionalismo moderno, «adeguato allo spirito dei tempi», già radicato nella coscienza sociale, ma ancora privo di riscontro nella realtà economica e sociale italiana. Di qui, la consapevolezza di trovarsi davanti al difficile compito «di gettare le fondamenta d'un ordine nuovo, anche dal punto di vista sociale ed economico, e di farlo, anche se sappiamo che su queste fondamenta non ci sarà possibile elevare subito le mura della nuova casa»²⁰.

Proprio la distanza esistente tra quanto proclamato nel testo costituzionale e la situazione reale del Paese fu al centro di un importante dibattito in sede di discussione generale del progetto di Carta fondamentale.

¹⁷ Cfr. S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, cit., 15 ss.

¹⁸ Le considerazioni di questo paragrafo si basano principalmente sulla discussione generale del progetto di Costituzione (4-13 marzo 1947). Per un'analisi dei lavori delle commissioni e dell'Assemblea, con particolare riferimento alla parte della Costituzione dedicata ai rapporti economici, v. G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, n. 1/1992, 7 ss.; L. GIANNITI, *Note sul dibattito alla Costituente sulla "costituzione economica"*, in *Dir. pubbl.*, 2000.

¹⁹ Così l'On. Ruini, Presidente della Commissione per la Costituzione, nella seduta del 12 marzo 1947.

²⁰ On. Saragat, seduta del 6 marzo 1947.

Da una parte alcuni costituenti, guidati da Calamandrei, ritenevano che inserire nella Costituzione delle norme volte a garantire, ad esempio, il diritto alla salute e all'istruzione gratuita – pur sapendo che ciò non sarebbe stato concretamente possibile per diversi decenni – avrebbe privato di credibilità, agli occhi dei cittadini, l'intero testo costituzionale. Essi, di conseguenza, proponevano di collocare queste disposizioni «in un preambolo, con una dichiarazione esplicita del loro carattere non attuale, ma preparatore del futuro; in modo che anche l'uomo semplice che leggerà, avverta che non si tratta di concessione di diritti attuali, che si tratta di propositi, di programmi e che bisogna tutti duramente lavorare per riuscire a far sì che questi programmi si trasformino in realtà»²¹.

A queste eccezioni, sollevate da Calamandrei, veniva opposta la necessità di tracciare nella Costituzione la strada di rinnovamento economico e sociale lungo la quale il Parlamento repubblicano avrebbe dovuto muoversi²², per rendere realtà ciò che allora appariva come «l'ombra di un sogno»²³. Si trattava, in altre parole, di plasmare lo «spirito della Costituzione»²⁴, di fissare la «missione storica» del nascente Stato repubblicano²⁵.

Si riteneva fosse in gioco la legittimità sostanziale del nuovo ordinamento costituzionale, la quale risiedeva «nel fatto che la Repubblica affronti e risolva quei problemi di trasformazione economica e sociale che il popolo ritiene debbano essere risolti dal regime repubblicano e che sono maturi per una soluzione»²⁶.

Questa diversità di vedute si basava, in ultima analisi, su una differente concezione del ruolo che la Costituzione avrebbe dovuto assumere rispetto al nascente Stato repubblicano.

A chi riteneva, infatti, che la Carta dovesse limitarsi a fissare in modo irreversibile le conquiste già realizzate, senza fare promesse che, in quel momento, lo Stato non era in grado di mantenere, si contrapponevano coloro che invece sostenevano che la

²¹ On. Calamandrei, nella prima seduta della discussione generale al progetto di Costituzione, 4 marzo 1947.

²² On. Togliatti, seduta dell'11 marzo 1947.

²³ On. Lucifero, seduta del 4 marzo 1947.

²⁴ On. Lucifero, seduta del 4 marzo 1947.

²⁵ On. Fanfani, seduta del 22 marzo 1947.

²⁶ On. Togliatti, seduta dell'11 marzo 1947.

Costituzione dovesse contenere un programma rivolto al legislatore futuro, nel quale fossero indicati i fini che questo avrebbe dovuto perseguire.

Al centro di questo contrasto teleologico generale si collocavano, in particolare, le disposizioni riguardanti i diritti sociali²⁷.

Sulla scorta delle considerazioni sopra menzionate, infatti, alcuni costituenti, conformemente all'ideologia liberale, ritenevano che la Costituzione dovesse limitarsi a sancire i diritti effettivi, ovvero quelli che era possibile mantenere fin da subito. In altre parole, secondo l'opinione dei liberali si sarebbe dovuto prima «stabilire i mezzi adeguati, e poi affermare un diritto»²⁸.

Prevalse tuttavia l'impostazione delle forze politiche «progressive», che proponevano di inserire direttamente nella Costituzione le norme di carattere programmatico riguardanti i diritti sociali, proprio al fine di guidare e limitare l'azione futura del legislatore²⁹.

Su questo punto vi era una convergenza di fondo tra democristiani, socialisti e comunisti: essi ritenevano infatti che l'introduzione dei diritti sociali, accanto ai tradizionali diritti di libertà, fosse l'elemento caratterizzante la nuova Costituzione, ciò che la rendeva moderna e coerente con il processo di transizione del Paese verso quella «rivoluzione promessa» che il nuovo ordinamento repubblicano avrebbe dovuto realizzare.

I diritti sociali, invero, erano considerati dall'orientamento maggioritario la parte più viva e dinamica della Carta, al punto che, senza di essi, questa avrebbe perso «ogni sua

²⁷ Sul ruolo che la proclamazione costituzionale dei diritti sociali ha avuto rispetto all'evoluzione della forma di Stato nel corso del Novecento, v. A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999, 1 ss.

²⁸ On. Rubilli, seduta del 6 marzo 1947.

²⁹ Cfr. l'intervento dell'On. Calamandrei del 4 marzo 1947, in cui viene riportato un dialogo dello stesso con Togliatti, riguardo all'utilità o inutilità di inserire disposizioni programmatiche in Costituzione: «Togliatti mi disse che noi preparatori della Costituzione, dobbiamo fare «come quei che va di notte, — che porta il lume dietro e a sé non giova, — ma dopo sé fa le persone dotte». Non dobbiamo curarci della attuazione immediata di queste pseudo norme giuridiche contenute in questo progetto: dobbiamo pensare ai posteri, ai nipoti, e consacrare quei principi che saranno oggi soltanto velleità e desideri, ma che tra venti, trenta, cinquanta anni diventeranno leggi. Dobbiamo così illuminare la strada a quelli che verranno».

ragione storica, ogni sua giustificazione sociale»); sarebbe stata, in altre parole, «una cosa morta»³⁰.

Se su questo aspetto vi era un sostanziale accordo tra le principali forze politiche, esse invece avevano opinioni diverse circa quali garanzie dovessero essere apprestate per rendere effettivi i diritti sociali. La questione, in altre parole, era come assicurare che i diritti sanciti dalla Costituzione fossero attuati concretamente. Si trattava, come venne osservato, di «un problema di vita o di morte della democrazia politica»³¹, di credibilità delle istituzioni democratiche.

Da una parte, Saragat riteneva che l'attuazione effettiva di questi diritti dovesse essere affidata, oltre che ad istituti formali, «al senso di civismo del popolo italiano ed all'azione dei partiti»³². Dall'altra parte, Togliatti giudicava insufficienti tali garanzie³³, ritenendo al contrario che la Costituzione dovesse, se non scrivere i mezzi concreti per realizzare tali diritti (come era avvenuto nella costituzione sovietica), quantomeno indicare «il metodo generale che deve essere seguito dal nuovo Stato democratico repubblicano per riuscire a garantire questi nuovi diritti». Più precisamente, egli osservò che, mentre quando in passato si era trattato di rendere effettivi diritti di natura politica, la garanzia era stata trovata in una organizzazione dello Stato che limitasse l'arbitrio dei governanti, la garanzia di una effettiva traduzione in pratica dei diritti sociali avrebbe richiesto invece

³⁰ On. Saragat, seduta del 6 marzo 1947.

³¹ On. Saragat, seduta del 6 marzo 1947.

³² On. Saragat, seduta del 6 marzo 1947.

³³ Togliatti, infatti, nella seduta dell'11 marzo 1947, afferma: «Infine, avendo chiesto e chiedendo che venga inserita in modo preciso nel testo costituzionale l'affermazione del diritto al lavoro, del diritto al riposo, del diritto alla assicurazione sociale e all'assistenza e così via, dobbiamo dare una chiara risposta alla grave questione, che molti hanno sollevato, delle garanzie per l'attuazione e la realizzazione di questi diritti. L'onorevole Saragat, trovatosi di fronte a questa questione, ha risposto che la garanzia di questi diritti sta nel senso sociale e nel senso di civismo degli italiani. No, questo non basta! Mi auguro che il senso sociale degli italiani sia sempre ricco, ricchissimo, e permetta di risolvere bene e a tempo e nell'interesse delle classi lavoratrici tutte le questioni di organizzazione economica e sociale che si presenteranno nel futuro. Ma questo augurio è poca cosa, anzi, è cosa nettamente insufficiente. Occorre qualche cosa di più e di diverso; occorre cioè che, se anche non siamo in grado di scrivere quello che è scritto nella Costituzione staliniana, cioè i mezzi concreti con cui si garantiscono il lavoro, il riposo, le assicurazioni, l'istruzione di tutti i lavoratori, indichiamo però il metodo generale che deve essere seguito dal nuovo Stato democratico repubblicano per riuscire a garantire questi nuovi diritti».

un particolare indirizzo dell'attività economica del Paese. In quest'ottica, dunque, egli proponeva di introdurre la possibilità per lo Stato di coordinare e dirigere le attività produttive, mediante dei piani economici, nonché di nazionalizzare «quelle imprese che per il loro carattere di servizio pubblico oppure monopolistico debbono essere sottratte alla iniziativa privata»³⁴.

Su una posizione intermedia si assestò infine la Democrazia Cristiana, la quale proponeva un'integrazione reciproca tra l'attività dello Stato organizzata come servizio pubblico e l'iniziativa privata. Se da un lato, infatti, i democristiani riconoscevano che «servizio pubblico non equivale a monopolio», ben potendosi ammettere la coesistenza dell'iniziativa privata con quella pubblica, dall'altro lato, tuttavia, essi ritenevano che allo Stato non dovesse attribuirsi soltanto una funzione suppletiva rispetto all'attività privata. Lo Stato, cioè, non doveva entrare in gioco solo laddove l'iniziativa privata non potesse giungere, ma doveva intervenire per garantire una «completa ed organica soddisfazione dell'interesse collettivo». In altre parole, come affermato da Aldo Moro a proposito dell'educazione, l'attività dei poteri pubblici «non supplisce, ma integra l'iniziativa privata, così come l'iniziativa privata integra quella pubblica». Le due dimensioni, dunque, dovevano convergere verso il medesimo risultato, fondendosi armonicamente per l'assolvimento di quella «missione storica» assegnata dalla Costituzione all'ordinamento repubblicano³⁵.

In definitiva, alla luce del quadro storico delineato all'inizio del presente paragrafo e della lettura dei lavori dell'Assemblea, si comprendono le ragioni storiche della svolta impressa dai costituenti alla forma di Stato, nonché la portata epocale di tale scelta.

L'abbandono della forma di Stato propria dell'epoca liberale, in favore di una nuova concezione dello Stato, comportò infatti il superamento della distinzione tra fini essenziali e fini eventuali ed elevò il pieno sviluppo della persona e dei suoi diritti ad obiettivo ultimo dell'azione dei pubblici poteri³⁶. In quest'ottica, l'inserimento in Costituzione dei diritti sociali costituì l'elemento caratterizzante del nuovo corso, nonché il cuore pulsante del nascente ordinamento.

³⁴ On. Togliatti, seduta dell'11 marzo 1947.

³⁵ Relazione dell'On. Moro in I Sottocommissione in merito ai Principi dei rapporti sociali e culturali.

³⁶ Cfr. in questo senso la Relazione dell'On. La Pira in I Sottocommissione in merito ai Principi relativi ai rapporti civili.

La nuova concezione dello Stato trovò una consacrazione all'art. 2 della Costituzione, dove venne sancito il principio per cui lo Stato è al servizio della persona, della quale assicura il pieno sviluppo attraverso una trama di diritti e di doveri, che avvince tutti i soggetti dell'ordinamento in un vincolo inderogabile di solidarietà economica, politica e sociale. Ma, ancor di più, il nuovo ruolo dello Stato in ambito economico e sociale fu inciso nell'art. 3, c. 2, con l'investitura della Repubblica del compito di attivarsi per rimuovere gli ostacoli che impediscono di garantire a tutti un'esistenza realmente libera e dignitosa.

Se questi articoli costituivano le fondamenta del nuovo edificio costituzionale, le due colonne portanti avrebbero dovuto essere formate da un lato dall'indicazione dei diritti attribuiti ai cittadini e, dall'altro, dalla predisposizione degli strumenti necessari per rendere effettivi i diritti medesimi.

A questo proposito, tuttavia, perpetuando la metafora architettonica, si può dire che i costituenti abbiano lasciato l'opera incompiuta.

La distanza tra i diritti formalmente riconosciuti dalla Costituzione e la situazione reale della società italiana del dopoguerra, infatti, era tale da non consentire di completare il disegno immaginato dai costituenti, prevedendo direttamente in Costituzione, accanto alla proclamazione dei diritti sociali, garanzie idonee ad assicurarne l'effettività.

Inoltre, la maggior parte dei costituenti, pur aderendo alla nuova concezione dello Stato, riteneva che le prestazioni inerenti i diritti sociali non fossero immediatamente esigibili dai cittadini, e che le disposizioni costituzionali che le prevedevano avessero natura meramente programmatica.

Per l'attuazione concreta dei nuovi diritti, dunque, si sarebbe dovuto attendere l'intervento del legislatore, a cui sarebbe spettato il compito di rendere effettive quelle prestazioni che i costituenti avevano potuto soltanto promettere.

5. La garanzia effettiva dei diritti sociali tra norme programmatiche ed efficacia diretta

Lungi dall'essersi esaurita con l'entrata in vigore della Costituzione, la questione della garanzia dell'effettività dei diritti sociali si ripropose negli anni successivi e, in una certa misura, rimane ancora oggi uno dei temi aperti della riflessione costituzionalistica³⁷.

La sfida che si poneva dinanzi al nascente Stato repubblicano, come detto, era completare il disegno immaginato dai costituenti, facendo corrispondere alla proclamazione astratta dei diritti sociali l'erogazione concreta di quelle prestazioni che ne costituiscono condizione di effettività.

L'adozione della Costituzione, in questo senso, non fu che l'avvio di un percorso, che ancora oggi non può dirsi completato, volto portare a compimento la costruzione dell'edificio costituzionale, sulle fondamenta gettate dal costituente.

Questo percorso può essere analizzato sotto due diversi angoli visuali.

Da una parte, è possibile assumere la prospettiva dei diritti previsti dalla Costituzione e delle relative tecniche di tutela. Più precisamente, si tratta di comprendere se i diritti riconosciuti nella Carta costituzionale, nella misura in cui si estrinsecano in una pretesa positiva nei confronti dello Stato, siano direttamente azionabili dai cittadini, oppure se, avendo natura programmatica, necessitino di un intervento attuativo del legislatore.

A questo riguardo, è bene precisare che tali questioni si pongono non solo relativamente ai diritti sociali, ma anche con riferimento ai diritti civili e politici, i quali necessitano, al pari dei primi, di un intervento attivo da parte dei poteri pubblici, che ne garantisca l'effettività³⁸. Ai fini della presente trattazione, però, ci si concentrerà

³⁷ V. in particolare C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino, 2000; A. GIORGIS, *Diritti sociali*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006.

³⁸ Su questo punto, cfr. in particolare G. ROLLA, *La tutela dei diritti costituzionali*, Roma, 2012, 169-170, che propone di «ripensare la stessa distinzione storica tra diritti come libertà negativa (che si realizzano attraverso la protezione e la difesa del singolo nei confronti del legislatore, dei pubblici poteri e dei privati) e diritti di prestazione (che postulano un intervento regolatore della legge). Infatti, la componente prestazionale costituisce in entrambi i casi un elemento essenziale della struttura del diritto, dal momento che il suo godimento dipende in ogni caso dall'interposizione in funzione organizzativa dell'amministrazione pubblica o del legislatore».

principalmente sui diritti sociali, in considerazione della particolare rilevanza assunta dall'intervento attivo dello Stato rispetto alla garanzia di questi diritti³⁹.

Dall'altra parte, il tema dell'attuazione dei diritti può essere analizzato dal punto di vista delle prestazioni necessarie per assicurare l'effettività dei diritti medesimi. A questo riguardo, la questione che si pone è se si possa affermare la doverosità di tali prestazioni e su quale soggetto incomba l'obbligo di erogarle.

Le due questioni sono intimamente connesse, non potendosi dare la garanzia dei diritti in assenza dell'erogazione delle relative prestazioni e, al contempo, essendo l'erogazione di dette prestazioni preordinata ad assicurare l'effettività dei diritti. Tuttavia, essendo i due profili logicamente distinti, è bene procedere analizzando in primo luogo l'evoluzione della concezione costituzionale dei diritti sociali⁴⁰, per poi soffermarsi sulla disciplina delle relative prestazioni.

Come anticipato, nell'immediato dopoguerra la questione della garanzia dei diritti sociali era ricondotta dalla dottrina maggioritaria al problema dell'attuazione delle «norme programmatiche» contenute in Costituzione. Le disposizioni costituzionali relative ai diritti sociali erano allora considerate prive di efficacia diretta, essendo assunte come un imperativo rivolto unicamente al legislatore. I cittadini, pertanto, non potevano agire in giudizio per chiedere la garanzia dei propri diritti costituzionalmente previsti, in assenza di una legge attuativa.

Tale orientamento traeva la propria giustificazione dal contesto storico nel quale veniva formulato: nell'immediato dopoguerra, infatti, le norme costituzionali in materia

³⁹ Cfr. su questo punto, A. PACE, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici "comuni"*, in AA.VV., *Nuove dimensioni dei diritti di libertà. Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, 1990, 109 ss., il quale sottolinea che «mentre il migliore legislatore in tema di diritti a prestazioni negative [...] è quello che rifiuta di intervenire, il peggior legislatore nel settore dei diritti a prestazioni positive (ad esempio, il diritto all'assistenza sanitaria e previdenziale) è, ovviamente, quello che non interviene».

⁴⁰ Per una ricostruzione dettagliata della giurisprudenza costituzionale in materia di diritti sociali, v. M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, Torino, 2013, pp. 91 ss.; P. MASALA, *La tutela dei diritti sociali nelle situazioni di crisi economica: gli orientamenti della Corte costituzionale italiana*, in AA.VV., *Stato di diritto e crisi delle finanze pubbliche*, Napoli, 2016, pp. 189 – 226. Sui diritti sociali, in generale, v. *ex multis* A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1989; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in A. PACE (a cura di), *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Padova, 1995, pp. 97 ss.

di diritti sociali erano talmente lontane dalla realtà quotidiana, da apparire più come una sorta di “libro dei sogni” che come un atto giuridico provvisto d’immediata precettività⁴¹.

Analogamente, furono le più favorevoli prospettive economiche nonché, soprattutto, il mutato sentimento sociale con riguardo al dato economico a favorire, intorno alla metà degli anni ’50, il superamento di siffatte tesi, a beneficio del riconoscimento dell’immediata cogenza delle norme in questione. Invero, benché nell’arco di pochi anni le condizioni economiche del Paese non fossero sensibilmente cambiate e le disposizioni costituzionali fossero ancora lontane dall’essere attuate, il rinnovato clima di fiducia fece apparire queste ultime non più come programmi lontani ed astratti, bensì come obiettivi concretamente raggiungibili.

A questo proposito, si è avuto già modo di sottolineare come l’influenza tra economia e diritto rivesta un ruolo fondamentale nell’evoluzione della costituzione economica, e come peraltro questa influenza non sia unilaterale, ma sempre reciproca. Così, negli anni del “miracolo economico”, se da un lato le nuove prospettive di crescita economica favorirono un’interpretazione più generosa delle disposizioni costituzionali, dall’altro lato sia l’attività del legislatore, sia quella delle corti contribuirono ad alimentare il progresso economico e sociale del Paese.

Un ruolo centrale in questo processo è stato svolto senza dubbio dalla Corte costituzionale.

Infatti, fin dalla sua prima sentenza la Corte ha negato la rilevanza, ai fini del giudizio di legittimità costituzionale, della distinzione tra norme precettive e norme programmatiche, potendo l’illegittimità costituzionale di una legge derivare anche dalla sua non conciliabilità con queste ultime⁴².

Com’è noto, il problema principale che si poneva alla Corte in quegli anni riguardo ai diritti sociali era come rimediare alle omissioni del legislatore, dando così attuazione alle norme programmatiche contenute in Costituzione. Proprio per risolvere tale questione, il giudice delle leggi sviluppò una particolare categoria di decisioni manipolative – le

⁴¹ Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., p. 32, il quale osserva che la dottrina tradizionale – che riduceva il problema della garanzia dei diritti sociali al problema delle norme “programmatiche” – «non mancava di una qualche giustificazione sul piano storico quando la grande maggioranza dei diritti sociali era scritta soltanto sulla Carta costituzionale, senza avere una solida effettività».

⁴² Corte cost., sent. n. 1/1956.

sentenze cd. additive di prestazione⁴³ – tali da consentire di aumentare le prestazioni sociali a carico dello Stato o, più frequentemente, di ampliare la platea dei destinatari delle prestazioni medesime.

Si trattava, evidentemente, di sentenze aventi un forte impatto sui conti pubblici. Eppure, in quel tempo, il problema della limitatezza delle risorse disponibili non era percepito con l'urgenza e l'attualità che ha assunto negli ultimi decenni. Con riferimento al periodo storico richiamato, è stato osservato come i fini e i mezzi apparissero «dislocati in due pianeti molto distanti»⁴⁴. D'altra parte, in quegli anni la priorità di politica legislativa era quella di correggere le storture e le diseguaglianze provocate da una crescita economica tumultuosa e disordinata, piuttosto che di contenere un indebitamento pubblico che, allora, non aveva ancora raggiunto le proporzioni attuali.

Il problema del “costo dei diritti” cominciò a profilarsi soltanto a partire dalla metà degli anni '70, a seguito della crisi petrolifera che, nel 1973, determinò un rallentamento della crescita economica dei Paesi europei e segnò la fine dei cd. “trenta gloriosi”⁴⁵. I periodi di recessione dei decenni seguenti portarono progressivamente ad un cambio di prospettiva rispetto al dato economico. Si fece lentamente strada l'idea che il progresso economico e sociale avesse dei limiti e che pertanto dovesse essere bilanciato con altri interessi rilevanti, per essere reso sostenibile. Parallelamente, all'aumento esponenziale dell'indebitamento pubblico, determinatosi negli anni '80, fece da contraltare l'affermazione di un nuovo paradigma politico e culturale, che predicava la riduzione dell'intervento pubblico in economia. Tali teorie, inizialmente concepite sul piano della politica economica, finirono ben presto per influenzare il dibattito dottrinale giuspubblicistico, conducendo ad una rilettura della “costituzione economica” in chiave maggiormente liberista.

⁴³ Su cui v. *ex multis* L. ELIA, *Le sentenze additive*, cit., pp. 314 ss.; D. BUTTURINI, *Caratteri e tipologie delle sentenze additive di prestazione*, in D. BUTTURINI, M. NICOLINI (cur.), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, Napoli, 2014, pp. 47 - 83.

⁴⁴ C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Torino, 1996, 83.

⁴⁵ M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Astrid*, n. 3/2013, p. 6, afferma che «è attorno alla metà degli anni Settanta che, a mio avviso, può essere collocato il punto di svolta. Da allora, infatti, la questione del bilancio comincia ad essere posta nei termini del necessario contenimento della spesa pubblica».

È in questo contesto di limitatezza delle risorse economiche disponibili che la Corte costituzionale, a partire dai primi anni '90, ha qualificato i diritti sociali come “diritti condizionati”⁴⁶, ovvero diritti il cui godimento dipende dall’esistenza di un’organizzazione erogatrice delle prestazioni oggetto dei diritti stessi⁴⁷. In particolare, in una delle prime pronunce sull’argomento, la Corte ha affermato che il diritto a ottenere trattamenti sanitari, al pari di ogni diritto a prestazioni positive, «è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento»⁴⁸.

Ad una prima lettura, potrebbe sembrare che in queste pronunce sia riaffiorata la concezione, propria dello Stato liberale, secondo cui i diritti sociali devono essere riconosciuti ai cittadini se e nella misura in cui lo Stato predisponga gli strumenti necessari per garantirne l’effettività.

Tuttavia, ad un esame più attento, si può notare che le suddette sentenze muovono da un presupposto diverso, che non era presente nel costituzionalismo liberale, ovvero dalla distinzione tra il riconoscimento del diritto (*l’an*), che discende direttamente dalla Costituzione, e le modalità della sua garanzia effettiva (*quomodo*), che dipendono dall’attuazione che il legislatore ne dà, sulla scorta del bilanciamento tra interessi costituzionalmente protetti e in considerazione delle risorse disponibili⁴⁹.

⁴⁶ Sulla nozione di diritti costituzionali condizionati, v. C. PINELLI, *Diritti costituzionali condizionati*, cit., pp. 548 ss. Sul contesto storico e culturale in cui la locuzione “diritti condizionati” è stata utilizzata per la prima volta dalla Corte, v. C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, cit., p. 9.

⁴⁷ Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., pp. 30 ss.

⁴⁸ Corte cost., sent. n. 455/1990.

⁴⁹ Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., p. 31. In giurisprudenza, la distinzione tra il riconoscimento dell’*an* e l’attuazione del diritto emerge, tra le altre, dalla sentenza della Corte costituzionale, 26.02.1998, n. 27, dove si legge che «alla Corte costituzionale non è dato sovrapporre le proprie valutazioni di merito a quelle che spettano e sono riservate al legislatore nelle determinazioni volte a predisporre i mezzi necessari a far fronte alle obbligazioni dello Stato nella materia dei cosiddetti diritti sociali. Solo il legislatore è, infatti, costituzionalmente abilitato a compiere gli apprezzamenti necessari a comporre nell’equilibrio del bilancio le scelte di compatibilità e di relativa priorità nelle quali si sostanziano le politiche sociali dello

Ulteriormente, va considerato che le pronunce relative ai diritti condizionati devono essere lette alla luce di un orientamento giurisprudenziale affermatosi negli stessi anni, attraverso il quale la Corte ha individuato nel “nucleo duro” o nel “contenuto essenziale” dei diritti il «limite invalicabile all'intervento normativo discrezionale del legislatore»⁵⁰, ovvero la soglia oltre la quale l'azione legislativa restrittiva non può spingersi, pena la compressione dell'«operatività minima»⁵¹, costituzionalmente dovuta, di un diritto⁵².

In questo senso, con riguardo alla salute, la Corte costituzionale ha più volte enunciato il principio per cui se da un lato la tutela del diritto alla salute nel suo aspetto di pretesa all'erogazione di prestazioni «non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie delle quali dispone»; dall'altro lato, tuttavia, le «esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana»⁵³.

Analogamente, pronunciandosi in materia di pensioni, la Corte ha affermato a più riprese che il legislatore, sulla base di un ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali, deve «dettare la disciplina di un adeguato trattamento pensionistico, alla

Stato. Nel rispetto dell'ampia discrezionalità che deve essere riconosciuta al legislatore, a questa Corte, nell'esercizio del controllo di costituzionalità sulle leggi, compete tuttavia di garantire la misura minima essenziale di protezione delle situazioni soggettive che la Costituzione qualifica come diritti, misura minima al di sotto della quale si determinerebbe, con l'elusione dei precetti costituzionali, la violazione di tali diritti».

⁵⁰ Corte cost., sent. n. 80 del 2010.

⁵¹ Corte cost., sent. n. 28 del 1982.

⁵² Sulla nozione di contenuto essenziale o nucleo essenziale del diritto, v. D. MESSINEO, *La garanzia del “contenuto essenziale” dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Torino, 2012. V. altresì I. MASSA PINTO, *La discrezionalità politica del legislatore tra tutela costituzionale del contenuto essenziale e tutela caso per caso dei diritti nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, pp. 1309 ss.; O. CHessa, *La misura minima dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento*, in *Giur. cost.*, 1998, pp. 1170 ss.

⁵³ In questo senso, v. *ex plurimis*: sentenze n. 309 del 1999; n. 455 del 1990; n. 267 del 1998; n. 509 del 2000; n. 252 del 2001; n. 432 del 2005; n. 354 del 2008.

stregua delle risorse finanziarie attingibili e fatta salva la garanzia irrinunciabile delle esigenze minime di protezione della persona»⁵⁴.

In definitiva, pur a fronte di una lettura in senso maggiormente liberista della costituzione economica, alla luce dell'evoluzione interpretativa sopra analizzata, si può affermare che la concezione costituzionale della garanzia dei diritti sia profondamente diversa da quella propria dello Stato liberale sotto due profili essenziali.

In primo luogo, dalle pronunce esaminate emerge che – a differenza della concezione liberale, per cui la garanzia dei diritti sociali era considerata attività “non necessaria” dello Stato e pertanto suscettibile di essere revocata in ogni tempo – nell'ordinamento costituzionale repubblicano il riconoscimento della natura condizionata dei diritti sociali non implica che questi siano liberamente disponibili.

La discrezionalità del legislatore, infatti, incontra un limite, da un lato nel divieto di sopprimere il riconoscimento (*an*) di tali diritti, in quanto questi rinvergono il proprio fondamento nella Costituzione; dall'altro nell'obbligo di assicurare quantomeno un livello minimo di prestazioni (*quomodo*), tale da garantire ciò che viene individuato come il nucleo essenziale dei diritti⁵⁵.

In secondo luogo, proprio dall'obbligo sancito dalla Corte costituzionale di assicurare un minimo di prestazioni corrispondenti al contenuto essenziale dei diritti discende l'efficacia diretta *in parte qua* delle disposizioni costituzionali riguardanti i diritti medesimi.

Tale efficacia comporta una duplice conseguenza: primariamente, ne consegue l'obbligo (*negativo*) per il legislatore di astenersi dall'adottare misure restrittive delle prestazioni, che vadano ad intaccare il contenuto essenziale del diritto, pena l'illegittimità costituzionale delle misure medesime; parallelamente, essa implica l'obbligo (*positivo*) per la Repubblica di erogare quantomeno quelle prestazioni che costituiscono condizione di effettività del contenuto essenziale dei diritti.

Si noti che quest'ultima affermazione ha una portata potenzialmente dirompente. Infatti, dal momento che si riconosce alle disposizioni costituzionali riguardanti i diritti sociali un'efficacia diretta, nella parte in cui si estrinsecano in un'obbligazione positiva di assicurare il contenuto essenziale dei diritti, ne consegue che le relative prestazioni

⁵⁴ Corte cost., sent. n. 316 del 2010. Nello stesso senso, Corte cost., sent. n. 70 del 2015.

⁵⁵ Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., pp. 30 ss.

devono considerarsi immediatamente esigibili, da parte dei cittadini, anche in assenza di un'interposizione del legislatore.

In altre parole, ne deriva il riconoscimento di una pretesa diretta dei cittadini all'erogazione di quelle prestazioni che afferiscono al nucleo essenziale dei diritti la cui garanzia è radicata direttamente nella Costituzione.

Prima di procedere con l'analisi delle conseguenze di questa affermazione⁵⁶, e degli interrogativi che essa pone, è però ora opportuno – come precedentemente anticipato – affrontare il problema dell'effettività dei diritti sociali dal punto di vista delle prestazioni.

6. La correlazione tra servizi e prestazioni costituzionali

Si è detto che il processo di compimento della “rivoluzione promessa” scolpita dai costituenti nella Carta si è svolto su due fronti distinti, sebbene tra loro strettamente collegati.

Da una parte, come visto, si è avuto un affinamento delle tecniche di tutela dei diritti sociali, attuato mediante la distinzione tra il riconoscimento del diritto, che deriva direttamente dalla Costituzione, e la determinazione degli strumenti attraverso cui garantirne una tutela effettiva, che è rimessa alla discrezionalità del legislatore, fermo restando il limite del nucleo essenziale del diritto.

Dall'altro lato, si analizzerà ora come, specularmente a questo percorso, siano stati elaborati alcuni principi costituzionali che devono guidare il legislatore nel disciplinare l'erogazione di quelle prestazioni che sono condizione di effettività dei diritti riconosciuti dalla Carta.

A questo riguardo, è bene ricordare come le prestazioni costituiscano l'altra faccia della medaglia rispetto ai diritti, non potendo darsi un diritto senza le necessarie prestazioni, e viceversa.

Questa considerazione – già esposta nel paragrafo precedente – è stata peraltro avvalorata dalla stessa Corte costituzionale, la quale ha in più occasioni affermato il legame esistente tra il riconoscimento dei diritti e la predisposizione di una struttura preposta all'erogazione delle relative prestazioni. In particolare, essa ha sottolineato come

⁵⁶ Su tale questione si tornerà *infra*, par. 9.

«organizzazione e diritti sono aspetti speculari della stessa materia, l'una e gli altri implicandosi e condizionandosi reciprocamente. Non c'è organizzazione che, direttamente o almeno indirettamente, non sia finalizzata a diritti, così come non c'è diritto a prestazione che non condizioni l'organizzazione»⁵⁷.

Si noti che il legame instaurato dalla Corte tra diritti e prestazioni è biunivoco: se è vero infatti che le prestazioni, realizzate grazie all'esistenza di un'organizzazione a ciò preposta, sono condizione di effettività dei diritti, allo stesso tempo, l'esigenza di garantire un livello minimo di tutela impone ai poteri pubblici di dotarsi di un'organizzazione idonea ad erogare le relative prestazioni.

Vi è dunque un rapporto bilaterale tra la garanzia dei diritti, che rappresenta il *fine* che la Costituzione assegna all'ordinamento, e l'erogazione delle prestazioni necessarie per rendere effettivi i diritti medesimi, che rappresenta il *mezzo* di cui l'ordinamento si serve per perseguire detto fine.

Ebbene, a questo punto, combinando le considerazioni appena esposte con le conclusioni tracciate alla fine del primo capitolo⁵⁸, è possibile identificare le suddette prestazioni con i servizi pubblici.

A conclusione del precedente capitolo, infatti, si era evidenziato come le più avanzate riflessioni dottrinali sulla nozione di servizio pubblico avessero ravvisato una «corrispondenza biunivoca» tra questo concetto ed il soddisfacimento delle esigenze della collettività⁵⁹. Più precisamente, tali tesi hanno definito i servizi pubblici come quelle attività che i soggetti pubblici assumono su di sé, nell'ambito dei propri compiti istituzionali, in quanto connesse al soddisfacimento di esigenze della collettività.

In quella sede, inoltre, si era sottolineato come siffatte ricostruzioni dottrinali avessero avuto il merito di coniugare alcuni aspetti delle teorie soggettive e oggettive tradizionali, individuando l'elemento caratterizzante la nozione di servizio pubblico nella funzionalizzazione delle attività al perseguimento delle esigenze della collettività⁶⁰.

⁵⁷ Corte cost., sent. n. 383 del 1998.

⁵⁸ V. *supra*, Cap. I, par. 8.

⁵⁹ Il riferimento è a G. CAIA, *I servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, tomo II, Bologna, 2005, 156 ss.

⁶⁰ V. *supra*, Cap. I, par. 8.

Al contempo, tuttavia, se ne erano messi in luce alcuni difetti, legati in particolare alla genericità del riferimento alle “esigenze della collettività”. Si era rilevato, infatti, come tale espressione, lungi dal permettere un migliore inquadramento giuridico della nozione di servizio pubblico, si limitasse a spostare la questione definitoria su concetti ugualmente vaghi, che rinviavano peraltro a valutazioni di natura extragiuridica⁶¹.

Ora, a parere di chi scrive, tali criticità potrebbero essere superate, sostituendo il generico riferimento alle “esigenze della collettività” con il concetto, giuridicamente più determinato, della garanzia effettiva dei diritti costituzionalmente riconosciuti, come definito nei paragrafi precedenti.

In questo modo, si giungerebbe ad affermare l’equivalenza tra la nozione di *servizio pubblico*, intesa come attività connessa al soddisfacimento delle esigenze della collettività⁶², e la nozione di *prestazione* delineata nel corso del presente capitolo, ovvero l’attività preordinata alla garanzia dei diritti costituzionalmente riconosciuti.

In definitiva, quindi, secondo la ricostruzione qui proposta, la nozione costituzionale di servizio pubblico o, se si vuole, di “servizio pubblico costituzionale” si identificherebbe in quelle prestazioni funzionali ad assicurare ai cittadini la garanzia effettiva dei diritti riconosciuti dalla Costituzione⁶³.

L’interpretazione sopra esposta, a ben vedere, permetterebbe di superare le rigidità proprie delle ricostruzioni soggettive ed oggettive della nozione di servizio pubblico, in

⁶¹ V. *supra*, Cap. I, par. 8.

⁶² Alla stregua della definizione di cui alla teoria formulata in G. CAIA, *I servizi pubblici*, cit., commentata nel precedente capitolo.

⁶³ A conclusioni in parte simili, seppure attraverso un differente percorso argomentativo, giunge L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria*, cit., 297 ss. L’A., infatti, sulla base di un’analisi approfondita degli artt. 41 e 43 Cost., giunge ad affermare: «in relazione all’interpretazione dell’enunciato “utilità sociale” è sembrato di poter concludere che, invece, i “fini sociali” di cui all’art. 41 comma III vadano identificati con l’attività (economica) intesa a rendere effettivi, godibili, diritti e libertà nella loro dimensione non *self executing*. Se questa conclusione è vera, allora, l’attività economica di prestazione dei servizi intesi a realizzare le condizioni che consentano la piena esplicazione della dimensione non *self executing* delle libertà e dei diritti sociali sanciti dalla Costituzione è proprio la nozione di pubblico servizio che si ricercava».

favore di concezioni basate su un approccio teleologico, che pare più coerente con la funzione dinamica assunta da tale istituto nella costituzione economica italiana⁶⁴.

Infatti, l'elemento caratterizzante di tale nozione non sarebbe rinvenuto né nella titolarità pubblica del servizio (elemento soggettivo), né nelle caratteristiche intrinseche delle prestazioni (elemento oggettivo), bensì nella preordinazione teleologica delle prestazioni rispetto alla garanzia dei diritti costituzionalmente tutelati (elemento funzionale).

Questa interpretazione, inoltre, permetterebbe di superare le critiche mosse all'orientamento dottrinale sopra citato ed al riferimento ivi contenuto alle "esigenze della collettività". Infatti, il richiamo agli articoli della Costituzione, offrendo un ancoraggio di diritto positivo, consentirebbe di scongiurare uno dei rischi in cui sono incorsi tutti i tentativi di elaborare – a partire da Leon Duguit⁶⁵ – una nozione giuridica di servizio pubblico che non fosse meramente nominalistica, cioè quello di fondare tale nozione su concetti sociologici, o comunque metagiuridici, quali appunto le esigenze della collettività.

Siffatta ricostruzione, infine, appare avvalorata anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale, con riguardo alla definizione di servizio pubblico contenuta nella legge n. 146 del 1990, ha sottolineato come il legislatore abbia fatto riferimento «non tanto a prestazioni determinate oggettivamente, quanto al nesso teleologico fra queste e gli interessi e beni costituzionalmente protetti»⁶⁶.

Così individuata la definizione di servizio pubblico costituzionale, prima di procedere con l'analisi della disciplina giuridica di questo istituto, occorre svolgere alcune precisazioni.

Innanzitutto, è bene rammentare che, come dichiarato all'inizio di questo capitolo, il presente lavoro non si propone di individuare una nozione di servizio pubblico valida ad ogni fine di legge. Diversamente, lo studio del concetto di servizio pubblico è finalizzato ad individuare, in virtù della collocazione peculiare di questo istituto al crocevia tra diritto

⁶⁴ A ben vedere, questa caratteristica era già presente in G. CAIA, *I servizi pubblici*, cit., ma lì il fine era individuato nel soddisfacimento delle esigenze della collettività, mentre qui viene identificato nella garanzia dei diritti costituzionalmente riconosciuti.

⁶⁵ V. a questo proposito, Cap. I, par. 3.

⁶⁶ Corte cost., sent. n. 171 del 1996; n. 272 del 2004.

ed economia, i principi costituzionali che riguardano l'intervento dello Stato in economia⁶⁷.

La nozione di servizio pubblico esposta in queste pagine potrebbe dunque non coincidere con quella adoperata dal legislatore, ad esempio, nell'ambito della disciplina dei "servizi pubblici locali" o al fine di delimitare la figura penalistica dell'"incaricato di pubblico servizio"⁶⁸. Ciò, tuttavia, non deve stupire, dal momento che, come già più volte rilevato, gli usi dell'espressione servizio pubblico nel diritto positivo e nella prassi giuridica sono molteplici e diversi, tanto da rendere vano qualsiasi tentativo di elaborarne una definizione giuridica unitaria.

In secondo luogo, è opportuno sottolineare che le conclusioni a cui si è giunti nei paragrafi precedenti, sebbene siano state elaborate sulla base dello studio dei diritti sociali, non valgono solamente per questi ultimi, ma possono essere estese a tutti i diritti costituzionalmente riconosciuti. A questo proposito, infatti, si è già osservato che anche i diritti civili e politici, al pari dei diritti sociali, necessitano dell'erogazione di determinate prestazioni, ovvero di servizi pubblici, che ne garantiscano l'effettività. D'altra parte, l'esperienza sociale mostra chiaramente come molti servizi pubblici non siano volti a soddisfare pretese inquadrabili nella categoria dei diritti sociali, bensì diritti di diversa natura, quali ad esempio il diritto all'informazione, al trasporto, ecc.

A ben vedere, inoltre, la stessa legge n. 146 del 1990 include tra i servizi pubblici essenziali alcune attività, come la giustizia, che, secondo la ricostruzione classica della nozione di servizio pubblico, avrebbero dovuto essere ricondotte all'interno delle funzioni pubbliche, in quanto volte a soddisfare non tanto finalità sociali, quanto esigenze che l'ideologia liberale considerava spettanti "per natura" allo Stato⁶⁹.

Un'ultima precisazione riguarda la critica che, potenzialmente, potrebbe essere rivolta alla ricostruzione della nozione di servizio pubblico esposta nel presente paragrafo, ovvero quella di essere eccessivamente generica e quindi inutilizzabile. Si tratta, come

⁶⁷ Sulle ragioni per cui lo studio del servizio pubblico costituisce un punto di osservazione privilegiato per l'analisi dell'evoluzione dei rapporti tra Stato e mercato, v. *supra*, Introduzione.

⁶⁸ Sulla nozione penalistica di "servizio pubblico" e sul rapporto tra questa e la nozione utilizzata nel diritto pubblico, v. in particolare R. VILLATA, *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, Milano, 2008, 39.

⁶⁹ Sui due volti della giustizia, intesa sia come servizio sia come funzione, v. *infra*, cap. I, par. 7.

noto, di un'eventualità a cui va incontro ogni tentativo di elaborare una definizione giuridica di servizio pubblico.

A questo riguardo, nell'ultima parte del presente capitolo si cercherà di mettere in luce le conseguenze pratiche che discendono dalla qualificazione di una data prestazione come "servizio pubblico costituzionale". In un primo momento, dunque, ci si soffermerà sulla doverosità delle prestazioni, distinguendo tra servizi pubblici essenziali e non essenziali. Successivamente, si approfondirà il profilo soggettivo della nozione di servizio pubblico, al fine di stabilire su quale soggetto gravi l'obbligo di erogare le relative prestazioni. Infine, ci si soffermerà sugli strumenti a disposizione dei cittadini per ottenere l'effettiva garanzia dei propri diritti.

7. Servizi pubblici essenziali e nucleo essenziale delle prestazioni

Una volta sancito il collegamento tra i diritti riconosciuti dalla Costituzione e la nozione costituzionale di servizio pubblico, è d'uopo constatare che non tutti i servizi pubblici hanno pari dignità costituzionale.

Infatti, così come i diritti proclamati dalla Carta si compongono di un nucleo essenziale che non tollera compressioni e di un contenuto eventuale la cui garanzia effettiva è rimessa all'attuazione che il legislatore ne dà, allo stesso modo – specularmente – è possibile stabilire una gerarchia tra i servizi pubblici.

Si può dunque distinguere tra i servizi essenziali, che afferiscono al nucleo irriducibile di garanzia che deve essere sempre garantito, pena la lesione dell'ambito inviolabile della dignità umana, ed i servizi non essenziali (o eventuali), la cui erogazione è frutto di una scelta politica contingente e revocabile.

L'esistenza di una relazione gerarchica tra i servizi, peraltro, è stata riconosciuta dalla stessa Corte costituzionale, la quale ha osservato come l'interdipendenza e la correlazione tra i servizi costituisca «l'espressione di un fatto organizzatorio caratteristico di ogni tipo di comunità, da cui, tuttavia, non può trarsi la conclusione che tutti i servizi abbiano uguale grado di importanza e di indispensabilità. Certo, tutti sono necessari e tra loro in qualche modo complementari, quando la complessa attività cui dà luogo la vita della comunità si svolge in regime di normalità. Ma, quando ragioni di necessità, impongono di ridurre, eventualmente anche al minimo, l'appagamento delle esigenze della collettività o di una più ristretta comunità sociale, è sempre possibile individuare tra i servizi quelli

che debbono conservare la necessaria efficienza – e che sono poi quelli essenziali – e quelli suscettibili di essere sospesi o ridotti»⁷⁰.

Sulla base di queste considerazioni, è possibile identificare la nozione costituzionale di servizio pubblico essenziale proprio in quelle prestazioni che, afferendo al contenuto essenziale di un diritto costituzionalmente riconosciuto, non sono suscettibili di sospensione o di riduzione, pena la lesione del livello minimo di tutela.

A favore di questa interpretazione depone la già citata legge n. 146 del 1990, la quale definisce servizi pubblici essenziali quei servizi «volti a garantire il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla vita, alla salute, alla libertà ed alla sicurezza, alla libertà di circolazione, all'assistenza e previdenza sociale, all'istruzione ed alla libertà di comunicazione» (art. 1, c. 1). Con riguardo a questi servizi, inoltre, essa «dispone le regole da rispettare e le procedure da seguire in caso di conflitto collettivo, per assicurare l'effettività, nel loro contenuto essenziale, dei diritti medesimi» (art. 1, c. 2)⁷¹.

In questo senso deve essere letta altresì la giurisprudenza della Corte costituzionale che ha qualificato il servizio radiotelevisivo come servizio pubblico essenziale ai sensi dell'art. 43 Cost., in ragione della preordinazione dello stesso al soddisfacimento di un «bisogno essenziale della comunità»⁷², ovvero del diritto all'informazione.

Così definita la nozione di servizio pubblico essenziale, occorre ora soffermarsi sulle conseguenze che scaturiscono da tale qualificazione.

Innanzitutto, una prima conseguenza riguarda l'applicazione dell'art. 43 Cost. Come noto, infatti, l'afferenza ad un servizio pubblico essenziale integra uno dei presupposti in presenza dei quali tale articolo ammette la riserva di determinate imprese allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori e di utenti.

In secondo luogo, dalla qualifica di una prestazione come servizio pubblico essenziale deriva l'assoggettamento della medesima alle regole e alle procedure previste dalla legge

⁷⁰ Corte cost., sent. n. 222 del 1976.

⁷¹ Per un commento a questa disposizione, v. *ex multis*, M.V. BALLESTRERO, *Art. 1*, in U. ROMAGNOLI-M.V. BALLESTRERO (a cura di), *Norme sull'esercizio dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in G. BRANCA-A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994.

⁷² Corte cost., sent. n. 222 del 1976.

n. 146 del 1990, volte a garantire livelli minimi di prestazione in caso di sciopero dei lavoratori impiegati nei relativi settori.

Infine, un ultimo ordine di conseguenze discende dal collegamento esistente tra i servizi pubblici essenziali e la garanzia del contenuto essenziale dei diritti.

Nei paragrafi precedenti si è visto, infatti, che l'efficacia diretta delle disposizioni costituzionali con riguardo al contenuto essenziale dei diritti comporta la doverosità delle prestazioni necessarie ad assicurare tale contenuto⁷³; ovvero, secondo la terminologia introdotta nel presente paragrafo, dei servizi pubblici essenziali.

Proprio con riferimento alla doverosità dei servizi che afferiscono al contenuto essenziale dei diritti, occorre rilevare che la Corte costituzionale negli ultimi anni, pronunciandosi in materia di diritto all'istruzione dei disabili, ha sancito alcuni principi fondamentali che devono guidare il legislatore nel disciplinare la relativa erogazione.

La Corte, in particolare, ha affermato che «spetta al legislatore predisporre gli strumenti idonei alla realizzazione ed attuazione [di questo diritto], affinché la sua affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica, ma venga riempita di contenuto concreto e reale»⁷⁴. Tuttavia, il potere discrezionale del legislatore nella individuazione delle misure necessarie «non ha carattere assoluto e trova un limite nel [...] rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati»⁷⁵.

Sulla scorta di queste considerazioni, nella sentenza n. 80 del 2010, la Corte ha dichiarato illegittima la scelta del legislatore di sopprimere la riserva che consentiva di assumere insegnanti di sostegno a tempo determinato. Secondo la Consulta, infatti, le norme impugnate avevano inciso sul nucleo indefettibile di garanzie individuato come limite invalicabile all'intervento normativo discrezionale del legislatore, posto che, ad avviso della Corte, detta riserva costituiva «uno degli strumenti attraverso i quali è reso effettivo il diritto fondamentale all'istruzione del disabile grave»⁷⁶.

Ad analoghe conclusioni è giunta la sentenza n. 275 del 2016, con la quale la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità di una legge della Regione Abruzzo, nella parte in cui assicurava la copertura regionale degli oneri sostenuti dalle province per il servizio di

⁷³ V. *supra*, par. 5.

⁷⁴ Corte cost., sent. n. 275 del 2016.

⁷⁵ Corte cost., sent. n. 80 del 2010, che richiama a sua volta Corte cost., sent. n. 226 del 2000.

⁷⁶ Corte cost., sent. n. 80 del 2010.

trasporto dei disabili soltanto «nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa».

La Corte, in quell'occasione, ha ritenuto che la misura scrutinata avesse l'effetto di rendere incerto il finanziamento di un servizio – il servizio di trasporto – che, costituendo «una componente essenziale ad assicurare l'effettività» del diritto allo studio dei disabili, rientrava nel «nucleo indefettibile di garanzie» che deve essere sempre assicurato. Inoltre, proprio in virtù del carattere essenziale del diritto tutelato e della relativa prestazione, la Corte ha affermato che, in quel caso, avrebbe dovuto essere «la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»⁷⁷.

In sintesi, dunque, in queste pronunce la Corte costituzionale ha riconosciuto la «doverosa erogazione» di quei servizi attraverso i quali sono resi effettivi i diritti costituzionalmente riconosciuti nel loro contenuto essenziale.

Ebbene, come anticipato⁷⁸, la doverosità di questi servizi si declina da un lato nel divieto per il legislatore di porre in essere misure restrittive che, incidendo sulla consistenza e sulla qualità delle prestazioni, vadano ad intaccare il contenuto essenziale dei diritti; dall'altro, nell'obbligo della Repubblica di predisporre le misure organizzative ed economiche necessarie per la relativa erogazione.

Si è detto, inoltre, come a quest'ultima obbligazione corrisponda, a sua volta, una pretesa diretta da parte dei cittadini ad ottenere l'erogazione delle relative prestazioni, anche in assenza di un intervento interpositivo del legislatore. In altre parole, dunque, si viene a configurare un vero e proprio diritto soggettivo ad ottenere un servizio pubblico essenziale.

Quest'ultima affermazione apre due interrogativi, a cui saranno dedicati gli ultimi paragrafi del presente capitolo.

Primariamente, l'affermazione di una posizione giuridica attiva, immediatamente azionabile, in capo ai cittadini impone di interrogarsi su quale sia il soggetto titolare della corrispondente posizione giuridica passiva, ovvero il soggetto su cui grava l'obbligo di garantire l'erogazione dei servizi pubblici essenziali. Tale quesito sarà affrontato nel prossimo paragrafo.

⁷⁷ Corte cost., sent. n. 275 del 2016.

⁷⁸ V. *supra*, par. 5.

Successivamente, nell'ultimo paragrafo, si porrà la questione di individuare gli strumenti giuridici attraverso i quali concretamente i cittadini possono fare valere la posizione giuridica attiva di cui sono titolari, anche in assenza di un intervento del legislatore.

8. L'elemento soggettivo del servizio pubblico costituzionale

Come premesso, si pone ora la questione di capire su quale soggetto gravi l'obbligo di prestare quei servizi che, attenendo al nucleo irriducibile di tutela dei diritti costituzionalmente riconosciuti, devono considerarsi essenziali.

Si tratta, in altre parole, di definire la componente soggettiva della nozione di servizio pubblico costituzionale.

Per cercare di rispondere a questo interrogativo, è bene riprendere brevemente le conclusioni a cui si è giunti nel precedente capitolo, quando si è affrontato il tema del rapporto tra funzioni e servizi pubblici⁷⁹.

In quella sede, dopo avere ripercorso l'evoluzione dei rapporti tra queste due nozioni, si è rilevato come la dicotomia tra funzioni e servizi pubblici sia entrata in crisi con il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale, per effetto dell'assunzione da parte dei poteri pubblici di un numero crescente di compiti economico-sociali che, con la Costituzione repubblicana, sono stati elevati a fini essenziali dello Stato, al pari di quelli tradizionali. Inoltre, è stato osservato come la crescente commistione tra strumenti pubblicistici e moduli di diritto comune utilizzati nell'esercizio delle attività statuali abbia reso sempre più arduo distinguere nettamente, all'interno delle attività pubbliche, tra attività autoritative e paritetiche.

Data la crisi della distinzione tra funzioni e servizi, dunque, nel primo capitolo si è proposto di porre l'accento, più che su ciò che differenzia questi due concetti, sull'unitarietà teleologica dell'attività amministrativa, ovvero sulla preordinazione di questa al perseguimento dell'interesse generale⁸⁰. In quest'ottica, pertanto, è stato affermato che funzioni e servizi pubblici costituiscono due momenti concettualmente

⁷⁹ V. *supra*, cap. I, par. 7.

⁸⁰ Sul punto, cfr. G. CAIA, *I servizi pubblici*, cit., 143 ss.

distinti dell'attività amministrativa, i quali tuttavia sono ricondotti ad unità alla luce della comune finalità di interesse generale, che ne costituisce fondamento e limite. Più precisamente, si è sostenuto che l'attività amministrativa si compone da un lato di un momento statico (funzione pubblica), consistente nell'esercizio da parte dell'Amministrazione di un complesso di poteri di cui essa dispone per il perseguimento di finalità di interesse generale e, dall'altro, di un momento dinamico (servizio pubblico), rappresentato dall'erogazione delle prestazioni necessarie per il raggiungimento dei fini perseguiti.

Con riferimento al profilo soggettivo, infine, nel capitolo precedente è stato sostenuto come, mentre la titolarità delle funzioni è necessariamente pubblica, nulla impedisce dal punto di vista logico che l'erogazione delle prestazioni preordinate al soddisfacimento dell'interesse generale sia effettuata da soggetti privati.

Ora, tornando alla questione oggetto del presente paragrafo, si propone di rileggere le conclusioni sopra richiamate alla luce dei ragionamenti svolti in questo capitolo, con particolare riferimento alla definizione di servizio pubblico costituzionale.

Per effetto di questa operazione, si giunge agevolmente ad affermare che, nell'ordinamento costituzionale italiano, le finalità di interesse generale al cui perseguimento è volta l'attività amministrativa coincidono con la garanzia dell'effettività dei diritti riconosciuti dalla Costituzione. Di conseguenza, per tale via si arriva a concludere che la funzione pubblica (momento statico) consiste nell'esercizio dei poteri di cui l'Amministrazione dispone per il perseguimento di dette finalità, mentre i servizi pubblici (momento dinamico) altro non sono – come già più volte ripetuto – che le prestazioni necessarie per la garanzia dei diritti costituzionalmente riconosciuti.

Sotto il profilo soggettivo, questo comporta che, se è compito dello Stato provvedere alla garanzia effettiva dei diritti (funzione), ciò tuttavia non osta a che le prestazioni funzionali a tale obiettivo (servizi) siano erogate da soggetti privati.

In altre parole, mutuando una terminologia propria del diritto civile, si potrebbe dire che sullo Stato grava un'obbligazione di risultato, mentre invece nella scelta dei mezzi il legislatore è libero di optare, all'interno dell'inventario costituzionale, per lo strumento che ritiene più consono all'obiettivo perseguito.

Questo significa che il legislatore potrebbe, ad esempio, lasciare lo svolgimento di una certa attività alla libera iniziativa economica, qualora ritenesse tale strumento più idoneo al raggiungimento dell'obiettivo. Allo stesso tempo, tuttavia, ciò implica che il legislatore non è libero nella scelta dello strumento da adottare, ma deve parametrare le opzioni

disponibili allo scopo perseguito. Ne consegue che, nell'esempio appena esposto, la decisione di lasciare una certa attività al libero mercato si rivelerebbe costituzionalmente illegittima laddove risultasse inidonea al raggiungimento del fine al cui perseguimento essa è preordinata.

Questa affermazione, evidentemente, è una conseguenza di quella gerarchia assiologica messa in luce nelle prime pagine del presente capitolo, dove si è affermato che il perseguimento dei fini indicati dalla Costituzione rappresenta il fondamento e il limite dell'utilizzo dei mezzi predisposti dalla costituzione economica⁸¹.

In definitiva, dunque, alla luce di quanto precede è possibile affermare che, nel nostro ordinamento, è funzione fondamentale dello Stato garantire l'effettività dei diritti costituzionalmente riconosciuti, e che, per lo svolgimento di questa funzione, esso è libero di adoperare gli strumenti che ritiene più idonei tra quelli previsti dalla Costituzione, i quali si pongono in posizione servente rispetto ai fini perseguiti. Questi strumenti, in particolare, consistono nella libera iniziativa economica (art. 41, c. 1), nella riserva di attività economiche in mano pubblica (art. 43), nonché in una pluralità di configurazioni giuridico-economiche intermedie tra le due opzioni estreme appena richiamate, le quali rinvergono il proprio fondamento costituzionale nella formulazione (invero molto ampia) dell'art. 41, c. 3 Cost.⁸²

⁸¹ V. *supra*, par. 2.

⁸² Per un'analisi dettagliata degli strumenti messi a disposizione del legislatore dalla Costituzione, v. L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria*, cit., 175 ss. A conclusione di questa ricostruzione, l'A. afferma (pp. 298-299) che l'attività di servizio pubblico «verrà ordinariamente prestata dagli operatori privati in regime di libera concorrenza; ove questa spontaneamente conduca al raggiungimento del fine sociale che connota il servizio pubblico, vi si porranno solo i limiti che valgono in generale per qualsiasi attività economica privata e, cioè, il non contrastare con l'utilità sociale; ove ciò non accada spetta alla legge individuare le misure di coordinamento di quelle attività economiche dei privati che siano idonee al raggiungimento del fine del pubblico servizio; nel caso in cui queste misure falliscano spetterà, di nuovo, alla legge prevedere misure di indirizzo che, registrato il fallimento del coordinamento al fine sociale delle attività, vincoli queste proprio quanto al fine, con indirizzi più o meno coattivi a seconda della necessità; quando, poi, anche queste misure si presentino insufficienti ad ottenere che le attività economiche dei privati che hanno oggettivamente la caratteristica di rendere effettivi libertà e diritti conseguano questo fine, non resterà che, con legge, sottrarre al mercato l'attività ed assegnarla ad un soggetto organizzato in forma di impresa che abbia quel solo compito di perseguire il fine sociale che costituisce lo statuto essenziale del pubblico servizio».

Sul lato soggettivo, ne deriva che la nozione di servizio pubblico costituzionale si configura come sostanzialmente neutra, ben potendo i servizi necessari per il raggiungimento dei fini assegnati allo Stato essere erogati tanto da enti pubblici quanto da soggetti privati⁸³.

D'altra parte, le stesse disposizioni della Carta che disciplinano l'erogazione dei servizi pubblici costituzionali non richiedono che questi siano prestati esclusivamente da soggetti pubblici.

A questo proposito, basti ricordare che l'art. 43 Cost., nell'attribuire al legislatore il potere di riservare allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti talune imprese che si riferiscano a servizi pubblici essenziali, riconosce implicitamente che vi possano essere servizi pubblici, anche essenziali, non riservati a soggetti pubblici⁸⁴.

Analogamente, le stesse disposizioni costituzionali che riconoscono i diritti sociali contemplano sempre un sistema aperto o misto nel quale, come affermato da Aldo Moro in Assemblea costituente⁸⁵, le dimensioni pubblica e privata si fondono armonicamente in vista del perseguimento dell'obiettivo comune della «completa ed organica soddisfazione dell'interesse collettivo»⁸⁶.

⁸³ Cfr. A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione*, cit., 31 ss., il quale rileva come, con riferimento al diritto degli indigenti alle cure gratuite, sia indifferente che il soggetto erogatore sia una struttura pubblica oppure una struttura privata; l'importante è che gli indigenti ricevano, senza dover subire alcuna discriminazione, una quota minima essenziale delle prestazioni sanitarie che l'intero complesso produttivo sanitario, pubblico e privato, può garantire. Lo Stato, dunque, secondo l'A., può legittimamente rinunciare a fornire direttamente determinati servizi, in quanto (e nella misura in cui) esso «può adempiere, in maniera altrettanto efficace e dunque legittima, alle sue responsabilità costituzionali in materia di giustizia redistributiva», operando ad esempio come semplice finanziatore/acquirente di servizi.

⁸⁴ In questo senso, v. U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, 144 ss., secondo cui «l'affermazione che la riserva o il trasferimento può concernere anche imprese che si riferiscano a servizi pubblici essenziali conduce *de plano* all'affermazione che non necessariamente tali servizi appartengono già allo Stato o ad enti pubblici».

⁸⁵ Relazione dell'On. Moro in I Sottocommissione in merito ai Principi dei rapporti sociali e culturali, richiamata *supra*, par. 4.

⁸⁶ In senso analogo, cfr. U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, 107 ss., il quale, interrogandosi su quale sia il centro di imputazione giuridica dei «fini sociali» di cui all'art. 41 Cost., conclude che questo debba essere individuato non nello Stato-persona, né nei soggetti privati, bensì nella «organizzazione politica, economica e sociale del Paese». Egli infatti ritiene che «tutta la disciplina costituzionale dei rapporti economici va gravitando attualmente, già lo si è visto, verso la realizzazione di un ordinamento che assicuri non tanto il

A ben vedere, inoltre, anche l'art. 3, c. 2 Cost., nella parte in cui incarica la Repubblica di rimuovere gli ostacoli all'eguaglianza sostanziale, sembrerebbe rivolgersi non tanto allo Stato-persona, quanto allo Stato-società⁸⁷, ovvero – come è stato osservato in dottrina – all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese⁸⁸.

Infine, questa conclusione appare coerente con il principio pluralistico che ispira nel suo complesso la Costituzione repubblicana, in nome del quale la Corte costituzionale ha dichiarato «non più aderente alla mutata situazione dei tempi e alla evoluzione degli apparati pubblici» e, quindi, «ormai incompatibile», il monopolio pubblico delle istituzioni preposte alla realizzazione di certe categorie di interessi sociali (nella fattispecie, si trattava delle istituzioni di beneficenza, IPAB)⁸⁹.

Da ultimo, la cooperazione tra pubblico e privato nel perseguimento dei compiti assegnati all'ordinamento dalla Costituzione ha trovato un riconoscimento esplicito nel principio di sussidiarietà orizzontale sancito dall'art. 118 Cost. Tale articolo, infatti, ha stabilito che gli enti pubblici «favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà»⁹⁰.

contemperamento reciproco delle attività dei privati e di quelle dello Stato, quanto il confluire delle une e delle altre in un sistema unitario: alla cui realizzazione convergono ambedue le direttrici che governano lo svolgersi dei rapporti economici».

⁸⁷ In questo senso, si v. il testo approvato in I Sottocommissione, che recitava «È compito della società e dello Stato eliminare gli ostacoli di ordine economico-sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza degli individui, impediscono il raggiungimento della piena dignità della persona e il completo sviluppo fisico, economico e spirituale di essa». A questo proposito, A. GIORGIS, commento all'Art. 3, 2° c., Cost., in F. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 92-93, rileva che «prima del passaggio alla discussione finale in Assemblea, l'intero progetto di Costituzione venne sottoposto a revisione del Comitato di redazione che, per quanto riguarda l'articolo in commento (nel frattempo diventato il numero 3), propose una semplificazione così formulata: “È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano la libertà e l'uguaglianza degli individui e impediscono il completo sviluppo della persona umana”».

⁸⁸ Così U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, 107 ss., riferendosi al centro di imputazione dei fini sociali di cui all'art. 41 Cost.

⁸⁹ Corte cost., sent. n. 396 del 1988. In senso analogo, v. Corte cost., sent. n. 161 del 2012.

⁹⁰ Art. 118, c. 4 Cost., introdotto dalla l. cost. n. 3 del 2001.

Ora, a ben vedere dalla disposizione appena richiamata discendono due ordini di conseguenze, di segno opposto. Il principio di sussidiarietà orizzontale, infatti, da un lato implica una preferenza per lo svolgimento di attività di interesse generale da parte dei privati, singoli e associati; dall'altro lato, tuttavia, esso consente, e in una certa misura richiede, l'intervento attivo da parte dei soggetti pubblici quando l'iniziativa privata si riveli inidonea, in tutto o in parte, a soddisfare l'interesse generale a cui essa è funzionalizzata.

Ebbene, applicando queste conclusioni alla questione in esame, ovvero all'individuazione del soggetto passivo dell'obbligo di erogare i servizi pubblici costituzionali, è possibile affermare che l'erogazione delle prestazioni funzionali alla garanzia effettiva dei diritti costituzionalmente riconosciuti è rimessa in via generale all'autonoma iniziativa privata, salva la possibilità – e, in taluni casi, l'obbligo – per i soggetti pubblici di intervenire per supplire o per integrare l'attività privata, quando questa si riveli incapace, in tutto o in parte, di assicurare una «completa ed organica soddisfazione» dell'interesse pubblico perseguito⁹¹.

In questo senso parrebbe doversi leggere quella giurisprudenza della Corte costituzionale che – con riferimento al servizio radiotelevisivo, che la stessa Corte aveva qualificato in precedenza come servizio pubblico essenziale – ha giustificato il mantenimento di un servizio promosso e organizzato dallo Stato, anche dopo la fine del monopolio pubblico, a condizione che l'operatore pubblico non operasse come uno qualsiasi dei soggetti attivi nel settore, ma svolgesse «una funzione specifica per il miglior soddisfacimento del diritto dei cittadini all'informazione e per la diffusione della cultura, col fine di "ampliare la partecipazione dei cittadini e concorrere allo sviluppo sociale e culturale del Paese"»⁹².

⁹¹ Cfr. in questo senso L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria*, cit., 299, che delinea il seguente regime giuridico dei servizi pubblici: «i pubblici poteri, infatti, si asterranno dall'intervenire quando il mercato raggiunga da sé il fine proprio dei pubblici servizi per come lo si è sopra individuato; interverrà con strumenti di indirizzo e coordinamento [...] laddove il mercato si dimostri incapace di raggiungere da sé quei fini; esproprierà la libertà di iniziativa economica, invece, per quelle attività che il mercato, anche se regolato da misure di coordinamento ed indirizzo, non è in grado di condurre al fine sociale per come lo si è sopra descritto».

⁹² Corte cost., sent. n. 284 del 2002.

L'intervento diretto dello Stato in economia, dunque, nell'ordinamento costituzionale italiano, non ha soltanto una funzione suppletiva, ma può svolgere anche una funzione integrativa dell'iniziativa privata, quando tale intervento sia funzionale al miglior soddisfacimento dei diritti dei cittadini.

Non solo: come accennato, la facoltà di intervento riconosciuta allo Stato per supplire o integrare l'iniziativa privata si tramuta in obbligo quando siano in gioco quei servizi che afferiscono al contenuto essenziale dei diritti riconosciuti dalla Costituzione. Quando cioè vi siano servizi pubblici essenziali, rispetto ai quali l'iniziativa privata si rivela in tutto o in parte carente, lo Stato non soltanto può, ma deve intervenire in sostituzione o ad integrazione dei soggetti privati.

Questo insegnamento, a ben vedere, emerge anche dall'orientamento giurisprudenziale sopra citato, riguardante la gestione del servizio radiotelevisivo. Infatti, la gestione pubblica di tale servizio essenziale, inizialmente considerata necessaria⁹³, è divenuta facoltativa nel momento in cui, grazie al progresso tecnologico, la libera iniziativa privata in questo settore si è rivelata capace di assicurare quantomeno il contenuto essenziale del diritto all'informazione. Per l'effetto, il servizio promosso e organizzato dallo Stato è divenuto facoltativo ed integrativo, avendo di mira non più la garanzia di un nucleo irriducibile di tutela, bensì «il miglior soddisfacimento del diritto dei cittadini all'informazione»⁹⁴.

Il rapporto sopra descritto tra iniziativa pubblica e privata nell'erogazione dei servizi pubblici essenziali parrebbe, inoltre, confermato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale a proposito delle prestazioni alimentari. La Corte, infatti, dopo avere riconosciuto che il legislatore deve farsi carico del «diritto a conseguire le prestazioni imprescindibili per alleviare situazioni di estremo bisogno» – in particolare, alimentare – stabilendone le caratteristiche qualitative e quantitative, ha ritenuto che «la finalità di garantire il nucleo irriducibile di questo diritto fondamentale legittima un intervento dello Stato che comprende anche la previsione della appropriata e pronta erogazione di una determinata provvidenza in favore dei singoli».

Il che equivale ad affermare che, dal momento che lo Stato è il soggetto istituzionalmente incaricato al soddisfacimento del nucleo irriducibile dei diritti

⁹³ Cfr. Corte cost., sent. n. 225 del 1974.

⁹⁴ Corte cost., sent. n. 284 del 2002.

fondamentali (funzione pubblica), se non vi fossero istituzioni caritatevoli private che forniscono un livello minimo di prestazioni alimentari agli indigenti, lo Stato avrebbe il dovere costituzionale di intervenire erogando esso stesso le medesime prestazioni (servizio pubblico).

In definitiva, alla luce di quanto precede si può affermare che, con riferimento ai servizi che afferiscono al contenuto essenziale dei diritti costituzionali, ovvero ai servizi pubblici essenziali, lo Stato, in quanto titolare della funzione di assicurare l'effettività di tali diritti, detiene una posizione di garanzia, in virtù della quale esso è giuridicamente tenuto ad intervenire ogniqualvolta l'autonoma iniziativa privata si riveli inadeguata, in tutto o in parte, a garantire un livello minimo di tutela.

Da ciò deriva che lo Stato, proprio in virtù della posizione di garanzia ricoperta nell'ordinamento, è il soggetto passivo della pretesa vantata dai cittadini all'erogazione delle prestazioni che afferiscono al contenuto essenziale dei loro diritti. È dunque ad esso che dovranno essere rivolte le iniziative da questi intraprese per ottenere il riconoscimento delle prestazioni medesime.

9. L'ultimo miglio: gli strumenti per la garanzia effettiva dei diritti

Resta ora da domandarsi di quali tutele dispongano i cittadini in assenza di un intervento legislativo che, dando seguito al riconoscimento del diritto effettuato dalla Costituzione, indichi le modalità attraverso cui tale diritto deve essere reso effettivo, quantomeno nel suo contenuto essenziale. In altre parole, rimane aperto il problema di come rimediare all'inerzia del legislatore nell'attuazione del nucleo essenziale dei diritti fondamentali⁹⁵.

Si tratta, a ben vedere, dell'ultimo tassello mancante per completare l'edificio costituzionale immaginato dai costituenti, facendo corrispondere alla proclamazione astratta dei diritti sociali l'erogazione concreta di quelle prestazioni che ne costituiscono condizione di effettività.

⁹⁵ Per un'analisi dettagliata dei diversi ruoli assunti in questo ambito da legislatore, Corte costituzionale e giudici ordinari, v. A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione*, cit., 57 ss.

A questo riguardo, occorre anticipare che il suddetto quesito non ha ricevuto, fino a questo momento, una soluzione definitiva, ma è oggetto di tesi dottrinali e di indirizzi giurisprudenziali contrastanti e difficilmente riconducibili a coerenza. D'altra parte, si tratta di una questione comune a tutti gli ordinamenti costituzionali moderni, alla quale questi hanno dato, in prospettiva comparata, risposte diverse⁹⁶.

Limitandosi per il momento all'analisi delle soluzioni offerte dall'ordinamento italiano, e senza potere in questa sede scendere nel dettaglio delle diverse soluzioni proposte, ai fini del presente lavoro pare utile indicare alcuni punti fermi e delineare qualche possibile scenario evolutivo.

Originariamente, come accennato, la questione della garanzia effettiva dei diritti riconosciuti dalla Costituzione, che implicano un'azione positiva da parte dello Stato, si risolveva nella necessità di rimediare alle omissioni del legislatore. Fintantoché, infatti, si è ritenuto che le disposizioni costituzionali contenessero un imperativo rivolto al legislatore, ma fossero prive di efficacia diretta, il problema si poneva nei termini di consentire alla Corte costituzionale di rimediare all'inadempimento del legislatore, colmando le lacune legislative, pur nei limiti delle proprie attribuzioni⁹⁷ e dunque senza ingerirsi nelle scelte discrezionali di competenza del legislatore⁹⁸.

In un primo momento, lo strumento utilizzato per rimediare alle lacune lasciate dalla legislazione ordinaria furono le sentenze additive di prestazione⁹⁹. Questa categoria di

⁹⁶ Per un'analisi comparata degli strumenti adottati nei diversi ordinamenti costituzionali per rimediare alle omissioni del legislatore che diano luogo alla lesione di un diritto fondamentale, v. G. ROLLA, *La tutela dei diritti costituzionali*, cit., ed in particolare p. 168 ss.

⁹⁷ Compito della Corte costituzionale, infatti, nel nostro ordinamento, è di «disfare ciò che il legislatore abbia fatto in violazione della Costituzione», e non di fare ciò che esso non abbia fatto. In questo senso, v. G. AZZARITI, *La mancata attuazione della Costituzione e l'opera della magistratura*, in *Foro it.*, 1956, IV, 16.

⁹⁸ Sui rapporti tra l'attività della Corte costituzionale e il potere discrezionale del legislatore, cfr. *ex multis*, F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1981, 19 ss.; ID, *Ancora sui controversi rapporti tra Corte costituzionale e potere legislativo*, in *Giur. cost.*, 1988, II, 16 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., 103 ss.

⁹⁹ In generale sulle sentenze additive, v. *ex multis*, V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Padova, 1984, 80 ss.; L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981-*

sentenze, infatti, consente alla Corte costituzionale di dichiarare l'illegittimità della disposizione impugnata, nella parte in cui non prevede una certa prestazione da essa implicata o, più frequentemente, nella parte in cui non estende una determinata prestazione da essa prevista a categorie ulteriori di destinatari.

La soluzione offerta da questa tipologia di pronunce tuttavia pecca per difetto, in quanto presuppone l'esistenza di un intervento positivo del legislatore, sia pure incompleto, rispetto al quale l'aggiunta operata dalla Corte si configuri come una soluzione obbligata. Di conseguenza, essa non consente di rimediare all'inerzia totale del legislatore, ovvero al caso in cui il legislatore, non avendo adottato alcuna misura, non offra un "appiglio" al giudice delle leggi¹⁰⁰. Inoltre, essa costituisce un'arma spuntata anche nel caso in cui l'intervento imperfetto del legislatore non consenta di individuare una soluzione obbligata, ma lasci aperto un ventaglio di soluzioni possibili, imponendo dunque alla Corte di arrestarsi dinanzi alla sfera di discrezionalità riservata al legislatore.

Allo stesso tempo, tale soluzione pecca altresì per eccesso, nella misura in cui comporta un aumento degli oneri a carico del bilancio pubblico, per effetto dell'obbligo che ne deriva di erogare nuove prestazioni, oppure in conseguenza dell'ampliamento della platea dei beneficiari delle prestazioni individuate dalla legge. Si pone dunque il problema, a cui si è già accennato, del costo dei diritti¹⁰¹, che negli ultimi anni ha contribuito a determinare una progressiva riduzione dell'uso di questa tipologia di sentenze, anche in considerazione della crescente sensibilità dei giudici costituzionali rispetto alle esigenze di stabilità dei conti pubblici.

luglio 1985), in AA.VV., *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padova, 1985, 298 ss.; L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale di eguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983*, in *Giur. cost.*, 1984, I, 241 ss.; C. LAVAGNA, *Sulle sentenze additive della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 1969, IV, 145 ss.; G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012.

¹⁰⁰ Per la distinzione tra omissioni legislative assolute e relative, v. G. ROLLA, *La tutela dei diritti costituzionali*, cit., 172.

¹⁰¹ Sui costi delle sentenze additive, v. G. ZAGREBELSKY, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 8-9 novembre 1991, Milano, 1993, 141 ss.

Un'altra soluzione a cui si è fatto ricorso per rimediare all'inerzia del legislatore sono le sentenze additive di principio¹⁰². Questa tipologia di pronunce consente alla Corte di colmare le lacune legislative, anche in assenza di una soluzione obbligata, mediante la proclamazione di un principio considerato necessario per riportare nell'alveo della legittimità una disciplina normativa altrimenti incostituzionale.

La peculiarità di questa categoria di sentenze risiede nel fatto che il principio sancito dalla Corte si impone non solo al legislatore, che dovrà attenersi nel dettare la disciplina necessaria per colmare la lacuna, ma anche ai giudici, chiamati nel frattempo a rimediare in via interpretativa alle carenze di tutela censurate dalla Corte.

In questo senso, in particolare, la Corte costituzionale ha rilevato che «la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una omissione legislativa – com'è quella ravvisata nell'ipotesi di mancata previsione, da parte della norma di legge regolatrice di un diritto costituzionalmente garantito, di un meccanismo idoneo ad assicurare l'effettività di questo – mentre lascia al legislatore, riconoscendone l'innegabile competenza, di introdurre e di disciplinare anche retroattivamente tale meccanismo in via di normazione astratta, somministra essa stessa un principio cui il giudice comune è abilitato a fare riferimento per porre frattanto rimedio all'omissione in via di individuazione della regola del caso concreto»¹⁰³.

È stata cioè prevista la possibilità per i giudici di rimediare all'omessa previsione, da parte del legislatore, di un meccanismo idoneo ad assicurare l'effettività di un diritto costituzionalmente garantito, dando applicazione diretta ai principi enucleati dalla Corte costituzionale. I giudici sono dunque chiamati ad applicare direttamente le disposizioni della Costituzione che riconoscono un diritto fondamentale, sia pure per il tramite dell'interpretazione fornita dalla Consulta, anche in assenza (o meglio, nelle more dell'approvazione) di una legge attuativa della disposizione costituzionale medesima.

In questo stesso senso, è possibile citare la sentenza della Corte costituzionale n. 309 del 1999, pronunciata in merito all'assistenza sanitaria indiretta degli indigenti all'estero.

¹⁰² Sulle sentenze additive di principio, o sentenze additive a dispositivo generico, v. *ex multis*, A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1992, 3205 ss.; G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996.

¹⁰³ Corte cost., sent. n. 295 del 1991.

In quel caso la Corte, dopo avere riconosciuto che «nel bilanciamento dei diversi interessi coinvolti nella disciplina censurata non può essere ignorata la posizione delle persone a favore delle quali la garanzia costituzionale è posta dall'articolo 32 con il massimo di coerenza», ha però ritenuto di non potere procedere oltre, dal momento che, a causa della pluralità delle soluzioni possibili, la definizione del livello di tutela da accordare all'indigente all'estero postulava «scelte che non possono essere direttamente compiute da questa Corte ma che sono rimesse al bilanciamento legislativo».

Cionondimeno, la Corte ha adottato in quell'occasione un'additiva di principio al fine di assicurare, attraverso l'azione dei giudici ordinari, nelle more dell'intervento del legislatore, quantomeno quel livello minimo di tutela che discende direttamente dalla Costituzione. Più precisamente, la Consulta ha stabilito che «quello che l'articolo 32 della Costituzione certamente non tollera, e che spetta a questa Corte colmare con il presente intervento di principio, è l'assoluto vuoto di tutela, risultante dalla disciplina censurata, per gli indigenti che si trovino temporaneamente nel territorio di Stati esteri nei quali non è loro garantita alcuna forma di assistenza sanitaria gratuita»¹⁰⁴.

Le sentenze additive di principio, se hanno avuto il merito di consentire ai giudici ordinari di applicare direttamente le norme costituzionali, sia pure con la mediazione dell'intervento interpretativo della Corte costituzionale, d'altra parte tuttavia offrono una garanzia incompleta. Esse infatti – al pari di tutte le sentenze additive – presuppongono l'esistenza di una disposizione legislativa da integrare, e quindi non consentono di rimediare all'inerzia assoluta del legislatore. Inoltre, esse non possono assolvere alla propria funzione laddove dalla legislazione vigente non sia possibile estrarre univocamente un principio idoneo a colmare la lacuna lasciata dal legislatore¹⁰⁵.

Negli ultimi anni si è dunque fatta strada un'ulteriore soluzione, che consiste nell'attuazione diretta ed immediata, da parte dei giudici ordinari, delle norme e dei principi costituzionali che prescrivono l'erogazione di determinati servizi da parte dello Stato, anche in assenza dell'interposizione del legislatore, e senza attendere una pronuncia di principio della Corte costituzionale. A tale risultato i giudici ordinari pervengono in alcuni casi attraverso l'interpretazione conforme delle leggi vigenti alla

¹⁰⁴ Corte cost., sent. n. 309 del 1999. Su una questione analoga, cfr. Corte cost., sent. n. 354 del 2008.

¹⁰⁵ Su pregi e limiti delle sentenze additive di principio, v. A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione*, cit., 81 ss.

luce dei principi costituzionali e, in altri, per mezzo dell'extrapolazione in via interpretativa, dalle disposizioni costituzionali, di norme direttamente applicabili alla fattispecie concreta.

In questo senso sembrerebbe porsi quell'orientamento della giurisprudenza di merito, confermato anche dalla Corte di Cassazione, volto a riconoscere il diritto all'assistenza sanitaria indiretta in strutture private, anche in assenza dell'autorizzazione richiesta dalla legge, quando ricorrano situazioni d'urgenza tali per cui il diritto alla salute non possa tollerare ritardi¹⁰⁶.

Occorre tuttavia precisare che si tratta di orientamenti ancora oscillanti, essendo possibile rinvenire pronunce della Corte di Cassazione, come anche della Corte costituzionale, di senso contrario¹⁰⁷.

Inoltre, bisogna considerare che, se è vero che i giudici ordinari possono ricavare in via interpretativa dalle disposizioni costituzionali il contenuto essenziale dei diritti costituzionalmente riconosciuti, anche in assenza dell'intervento del legislatore, tuttavia difficilmente essi possono dedurre da queste il tipo e la misura delle prestazioni necessarie per garantire i diritti medesimi. Ne consegue che, anche laddove il giudice potesse accertare, sulla base di un'applicazione diretta della Costituzione, la violazione del nucleo essenziale del diritto, esso difficilmente potrebbe condannare lo Stato all'erogazione di una specifica prestazione idonea a tutelare il suddetto diritto, poiché in questo modo finirebbe per ingerirsi in una scelta discrezionale riservata al legislatore.

A quest'ultima criticità, tuttavia, forse si potrebbe rimediare riconoscendo in capo al giudice il potere di condannare lo Stato a risarcire i cittadini dei danni subiti per l'inadempimento del legislatore ad obblighi che gli derivano direttamente dalla Costituzione, sull'esempio di quanto avvenuto in ambito europeo a partire dalla sentenza *Francovich*¹⁰⁸. In altre parole, laddove non fosse possibile condannare lo Stato ad un

¹⁰⁶ Da ultimo, Cass. Civ., sez. III, 20.04.2010, n. 9319. Ma v. anche giurisprudenza ivi richiamata.

¹⁰⁷ Per una ricostruzione della giurisprudenza di merito e di legittimità, e delle diverse posizioni dottrinali in materia, v. C. SALAZAR, *Dal riconoscimento*, cit., 95 ss., nonché, con particolare riferimento al diritto alla salute, D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Torino, 2013, 96 ss.

¹⁰⁸ CGCE, sentenza 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, su cui v. commento di M. CARTABIA, *Omissioni del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni (a proposito della sentenza "Francovich" della Corte di Giustizia delle Comunità europee)*, in *Giur. cost.*, 1992, 505 ss.

risarcimento in forma specifica, il giudice potrebbe comunque condannarlo ad adempiere per equivalente all'obbligazione derivante dalla Costituzione¹⁰⁹.

In definitiva, dunque, non pare possibile, ad oggi, affermare in linea generale la possibilità per i giudici ordinari di riconoscere ai cittadini l'erogazione di prestazioni da parte dello Stato, applicando direttamente le disposizioni costituzionali, anche in assenza di una legge che predisponga le risorse necessarie e stabilisca le modalità della relativa erogazione.

Tuttavia, in prospettiva futura, il giudice ordinario potrebbe sopperire alle omissioni del legislatore, ordinando allo Stato di erogare direttamente (tutela in forma specifica) o, laddove questo non sia possibile, di erogare una somma di denaro (tutela per equivalente) pari al valore di quei servizi necessari per assicurare ai cittadini il nucleo irriducibile di garanzie che discende direttamente dalla Costituzione¹¹⁰. In questo modo, si potrebbe

¹⁰⁹ Su questo punto cfr. A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione*, cit., 87-88. In particolare, l'A. sostiene che «qualora non risultasse possibile, pur attraverso l'esercizio pieno dei poteri di interpretazione, assicurare l'applicazione concreta di quei precetti costituzionali che attribuiscono dei diritti (a una prestazione positiva) dal contenuto ben individuato (o comunque ben individuabile in via interpretativa in relazione ad un contesto normativo e fattuale definito), i giudici dovrebbero valutare se sussistono le condizioni per condannare lo Stato a risarcire i danni che il titolare del diritto medesimo abbia subito». A questo proposito, l'A. osserva che «l'obbligo dello Stato-persona di risarcire i danni causati ai privati dall'inerzia del legislatore nell'assicurare l'attuazione delle disposizioni costituzionali che presuppongono necessariamente un suo intervento [...] non ha un fondamento esplicito in alcuna disposizione scritta della Costituzione. Tuttavia, laddove la piena efficacia delle norme costituzionali che attribuiscono ai singoli delle precise posizioni giuridiche di vantaggio è subordinata [...] alla condizione di un'attività normativa del legislatore [...], diventa necessario ipotizzare la sussistenza di una responsabilità dello Stato medesimo, e dunque l'eventualità di una condanna di quest'ultimo al risarcimento del danno».

¹¹⁰ Cfr. in senso analogo, A. GIORGIS, commento all'Art. 3, 2° c., *Cost.*, 107, il quale afferma che «nella misura in cui un determinato bene o servizio appare, per così dire, indispensabile o «essenziale» per condurre una vita libera e dignitosa, l'art. 3, 2° co., e gli altri articoli della Costituzione che in maniera puntuale riconoscono (agli individui più svantaggiati) i diversi diritti all'uguaglianza sostanziale, parrebbero infatti prescrivere ai giudici di ordinare alla P.A. (che risulta preposta a garantire l'attuazione dello specifico principio costituzionale volta per volta richiamato) di accollarsi il costo di detto bene o servizio. Peraltro, qualora il legislatore non avesse provveduto a definire neanche una sia pur minima articolazione amministrativa per il perseguimento dei diversi obiettivi sociali che il testo costituzionale prescrive vengano realizzati dallo Stato, non sarebbe forse impossibile argomentare una responsabilità dello

completare l'“ultimo miglio” che, dal riconoscimento dell'efficacia diretta delle disposizioni costituzionali nella parte in cui sanciscono il contenuto essenziale dei diritti fondamentali, conduce alla diretta esigibilità delle relative prestazioni.

Verrebbe così portata a termine l'opera progettata dai costituenti, facendo corrispondere alla proclamazione costituzionale dei diritti l'erogazione di quei servizi pubblici che ne costituiscono condizione di effettività.

Stato-soggetto, unitariamente considerato [...] e dunque ipotizzare una condanna di quest'ultimo [...] al pagamento di una somma di denaro equivalente al costo del bene o del servizio ritenuti indispensabili».

III. Il servizio pubblico nell'ordinamento europeo

1. Introduzione

È opinione diffusa in larga parte della dottrina che, negli ultimi decenni, l'avanzamento del processo di integrazione europea abbia comportato un progressivo arretramento dell'intervento pubblico in economia. Secondo la ricostruzione generalmente accolta, tale processo sarebbe dovuto al fatto che il diritto dell'Unione europea contiene in sé una matrice ideologica di stampo liberista che, una volta resa libera di espandersi, avrebbe condotto alla piena liberalizzazione dei mercati ed all'eliminazione pressoché totale delle riserve pubbliche presenti negli ordinamenti degli Stati membri. In base a questa tesi, vi sarebbe dunque un'incompatibilità di fondo tra le costituzioni economiche degli Stati membri che, al pari di quella italiana, giustificano o talvolta richiedono un intervento attivo dei poteri pubblici in economia a fini sociali, ed i principi sanciti dai Trattati europei, al punto che la crescente pervasività di questi ultimi avrebbe avuto l'effetto di svuotare di contenuto, se non di abrogare implicitamente, le prime¹. Tale trasformazione, quindi, secondo la suddetta teoria, avrebbe privato la nozione di servizio pubblico della propria consistenza giuridica, a vantaggio di nozioni di derivazione europea come quelle di "servizio di interesse generale" o di "servizio universale", più adatte a descrivere i "nuovi" servizi pubblici².

¹ Sull'influenza dell'integrazione europea rispetto all'evoluzione della costituzione economica italiana, v. G. NAPOLITANO-G. DELLA CANANEA, *Per una nuova costituzione economica*, Bologna, 1998; G. BOGNETTI, *La Costituzione economica tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario*, in *Annuario AIC*, Padova, 1997, 69 ss.; L. TORCHIA, *La nuova Costituzione economica*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana*, Bologna, 1994; S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2012; C. PINELLI-T. TREU (a cura di), *La Costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna, 2010.

² V. in questo senso, tra gli altri, F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Annuario 2001 AIPDA*, Milano, 2002, 63 ss. G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, 17 ss.; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 371 ss.; G. CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur. quad. pubbl. serv.*, 1/1999, 7 ss.

Questo approccio, se ha avuto il pregio di descrivere nei suoi tratti essenziali un processo verificatosi in tutti gli Stati membri dell'Unione europea a partire dalla metà degli anni '80, oggi merita di essere almeno in parte riconsiderato.

Pur essendo innegabile che, negli ultimi decenni, il diritto europeo abbia ampliato il proprio raggio di azione fino ad intervenire in settori che in precedenza erano considerati appannaggio degli Stati membri, e che l'avanzamento dell'integrazione europea sia stato accompagnato dallo smantellamento di gran parte dei monopoli pubblici nazionali, la teoria sopra descritta tuttavia non convince nella parte in cui individua le ragioni e le conseguenze di tale processo.

Innanzitutto, non persuade il rapporto di causalità diretta instaurato tra, da un lato, il processo di integrazione europea e, dall'altro, la liberalizzazione dei mercati³. Nello specifico, non appare condivisibile l'idea che il diritto dell'Unione sia di per sé incompatibile con il mantenimento di regimi giuridici caratterizzati da una forte presenza dei poteri pubblici in ambito economico con funzione correttiva o sostitutiva dei mercati. Basti pensare, a questo proposito, che per oltre trent'anni il diritto dell'Unione europea ha convissuto con sistemi economici nazionali caratterizzati da un forte interventismo statale. Anzi, a ben vedere, l'avvio del processo di integrazione europea ha coinciso con il periodo di massima espansione della presenza pubblica in ambito economico e con l'affermazione del c.d. modello sociale europeo, caratterizzato da un'ampia protezione sociale accordata a tutti i cittadini⁴. D'altra parte, le politiche di apertura dei mercati alla concorrenza perseguite dalle istituzioni europee a partire dalla metà degli anni '80 si inseriscono all'interno di un fenomeno molto più ampio, che ha avuto origine al di fuori dei confini della Comunità europea e che, come noto, affonda le proprie radici in una crisi ideologica, ancor prima che giuridica, dello Stato sociale.

³ Cfr. in questo senso, F. MUNARI, *La disciplina dei cd. servizi essenziali tra diritto comunitario, prerogative degli Stati membri e interesse generale*, in *Dir. Un. Eur.*, fasc. I, 2002, 39 ss., il quale afferma che «benché sia diffusa l'idea che il diritto comunitario – e l'adesione del nostro Paese all'ordinamento comunitario – abbia comportato una generale spinta verso la liberalizzazione e l'apertura concorrenziale di tutti i mercati, è necessario precisare che tale sviluppo costituisce più che altro un effetto indiretto, e neppure generalmente riscontrabile, derivante dal perseguimento di altri obiettivi comunitari in senso stretto».

⁴ Sulla relazione tra servizi di interesse generale ed il cd. modello sociale europeo, v. in particolare G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2008.

Dunque, con riferimento a tale periodo storico, più che di un “cambio di passo” nel solco di un’evoluzione già presente *in nuce* nei Trattati, sarebbe più corretto parlare di un’inversione di rotta delle politiche europee, determinata dall’affermazione, sul piano politico, di una nuova corrente ideologica, la quale quindi si è tradotta, sul piano giuridico, in un diverso assetto dei rapporti tra Stato e mercato.

Già da queste prime considerazioni emerge, dunque, che non è tanto il diritto europeo, di per sé stesso, ad avere comportato la riduzione dell’intervento pubblico in economia, quanto piuttosto l’interpretazione che di tale diritto è stata data, sotto la spinta delle istanze ideologiche prevalenti nelle società occidentali nel periodo storico considerato. Da ciò peraltro deriva che la liberalizzazione dei mercati non è un processo necessario ed irreversibile, ma è il frutto di una scelta politica che, anche a Trattati immutati, potrebbe essere revocata, al variare dei rapporti tra le forze politiche ed economiche sottostanti la costituzione economica formale⁵.

La ricostruzione tradizionale della “nuova” costituzione economica⁶, inoltre, non è condivisibile nella parte in cui prospetta l’abrogazione implicita di disposizioni costituzionali nazionali, quali ad esempio gli art. 41 e 43 della Costituzione italiana, per effetto del dispiegarsi dei principi contenuti nei Trattati europei. Come precisato nel capitolo precedente⁷, infatti, la costituzione economica non è un corpo di norme autonomo ed indipendente dal resto della Costituzione, che possa essere abrogato, o semplicemente non applicato, senza alterare la coerenza e l’organicità del disegno

⁵ Cfr. F. MUNARI, *La disciplina dei cd. servizi essenziali*, cit., il quale afferma che «la misura e le modalità con cui liberalizzare un mercato in cui sono presenti caratteristiche o esigenze di universalità viene in realtà decisa dagli Stati membri in funzione di precise scelte di politica industriale, ovvero sociale, ovvero di politica *tout court*, relativamente alle quali, al di là delle opinioni che ciascuno può avere, il diritto comunitario incide – o dovrebbe incidere – soltanto entro certi limiti».

⁶ In generale, sulla nozione di “costituzione economica” e sui vari significati attribuiti a questa espressione, v. *ex multis*, S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2000; N. IRTI, *L’ordine giuridico de mercato*, Roma-Bari, 1998; M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, Torino, 1990, 374 ss; F. COCOZZA, *Riflessioni sulla nozione di “Costituzione economica”*, in *Il diritto dell’economia*, 1/1992. Più di recente, v. C. PINELLI-T. TREU (a cura di), *La Costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna, 2010; G. DI GASPARO, *Diritto dell’economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2017, 46 ss.

⁷ V. cap. II, par. 1.

costituzionale nel suo complesso. Al contrario, essa si pone in un rapporto di strumentalità rispetto alle finalità perseguite dall'ordinamento, le quali sono state identificate precedentemente nella garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali riconosciuti dalla Costituzione.

Le medesime considerazioni valgono per la “costituzione economica europea”, ovvero per quell'insieme di principi di derivazione comunitaria che regolano il rapporto tra poteri pubblici ed autonomia privata in ambito economico⁸. Con la differenza però che, diversamente dalle costituzioni nazionali, l'ordinamento dell'Unione europea difetta del carattere della politicità, ovvero della capacità di stabilire autonomamente i fini generali al perseguimento dei quali indirizzare la propria azione, dovendo invece fare riferimento, per i settori che esulano dalla sua competenza, alle finalità individuate dagli Stati membri, in ossequio ai principi di attribuzione e di sussidiarietà.

Ciò vale, in particolare, per i diritti sociali. Come noto, infatti, in questo settore l'Unione europea dispone di competenze limitate e, nonostante i tentativi compiuti negli ultimi anni di elevare la protezione di questi diritti a livello sovranazionale mediante l'adozione della Carta di Nizza e, più di recente, del Pilastro europeo dei diritti sociali, la definizione dei livelli di tutela rimane prerogativa degli Stati membri. In questo ambito, dunque, si verifica una dislocazione su due piani distinti dei fini, la cui fissazione compete agli ordinamenti nazionali, e dei mezzi, la cui disciplina è sottoposta in misura prevalente al diritto dell'Unione europea.

Pertanto, approcciandosi allo studio della costituzione economica europea, occorre considerare che non si è in presenza di un sistema chiuso ed autosufficiente, bensì di un insieme di istituti strumentali al perseguimento di finalità almeno in parte eterodeterminate, la cui fonte, per quel che riguarda i diritti sociali, va ricercata negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri.

⁸ Sulla nozione di costituzione economica europea, v. *ex multis* G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, 1992, 21 ss.; G. BOGNETTI, *La Costituzione economica tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario*, in *Annuario AIC*, Padova, 1997, 69 ss.; G. AMATO, *La nuova costituzione economica*, in G. NAPOLITANO-G. DELLA CANANEA, *Per una nuova costituzione economica*, Bologna, 1998, 11 ss.; M. LUCIANI, *Brevi cenni sulla cosiddetta “Costituzione economica” europea e sul suo rapporto con la Costituzione italiana*, in S. PANUNZIO-E. SCISO (a cura di), *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, Milano, 2002.

Di rapporto dialettico tra la costituzione economica italiana e quella europea, dunque, si potrà parlare limitatamente alla dimensione dei mezzi costituzionali, e non a quella dei fini⁹. In questo senso, ad esempio, si potrà affermare che l'art. 41 Cost. debba essere interpretato conformemente al diritto dell'Unione europea o che la riserva di cui all'art. 43 Cost. possa essere consentita soltanto alle condizioni restrittive previste dall'art. 106 TFUE¹⁰. Ma siffatta interpretazione conforme non dovrà in ogni caso incidere in misura contraria alla Costituzione sui livelli di tutela dei diritti costituzionalmente garantiti, pena l'attivazione dei controlimiti.

Da quanto precede discende che la costituzione economica europea, al pari di quella italiana, non impone di per sé una specifica conformazione dei rapporti tra Stato ed economia, ma al contrario si pone in rapporto di strumentalità rispetto agli obiettivi di politica economica di volta in volta individuati dalle istituzioni competenti, nei limiti ed in attuazione dei fini assegnati alle stesse dai rispettivi ordinamenti costituzionali.

Che, poi, l'individuazione delle finalità da perseguire sia effettuata dalle costituzioni in maniera sufficientemente elastica da potere ricomprendere al proprio interno anche politiche economiche profondamente diverse, lungi dal negare l'utilità delle costituzioni economiche, ne rappresenta al contrario una delle caratteristiche fondamentali. Le costituzioni economiche, infatti, essendo il risultato di un compromesso tra esigenze e sensibilità opposte, si prestano ad essere interpretate anche in maniera differente nel tempo, a seconda degli orientamenti prevalenti nella società in un certo momento storico con riguardo al dato economico. Ed è appunto tale caratteristica a renderle particolarmente adatte ad assolvere il proprio ruolo di strumento al servizio delle finalità indicate dall'ordinamento.

Tale asservimento, peraltro, emerge anche dalla formulazione letterale delle disposizioni che compongono la costituzione economica. Così, allo stesso modo in cui l'art. 41 Cost. fa riferimento ai «fini sociali» che giustificano l'adozione di programmi e controlli per indirizzare l'attività economica, l'art. 106 TFUE, su cui si concentrerà

⁹ Per un'analisi dei rapporti tra costituzione economica italiana ed europea, con specifico riferimento ai servizi pubblici, v. F. MONCERI, *Servizi pubblici e istanze sociali nella costituzione economica europea*, Pisa, 2011, *passim*.

¹⁰ Cfr. in questo senso D. SORACE, *I servizi "pubblici" economici nell'ordinamento nazionale ed europeo alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, I, 2010.

l'analisi nei prossimi paragrafi, consente di derogare alle norme dei Trattati in nome dell'assolvimento di una «missione di interesse generale»¹¹.

Ulteriormente, va considerato che la flessibilità delle costituzioni economiche materiali non è assoluta, ma incontra un limite invalicabile nelle finalità ultime dell'ordinamento, che nel precedente capitolo abbiamo identificato nella tutela del nucleo essenziale dei diritti costituzionalmente riconosciuti¹².

In questo contesto, un ruolo centrale è svolto dai servizi pubblici. Questi ultimi, infatti, consistendo in quelle prestazioni funzionali alla garanzia effettiva dei diritti costituzionali, si pongono pertanto al crocevia tra *a)* l'individuazione delle finalità di interesse generale, che, nelle materie di propria competenza, spetta agli Stati membri conformemente al proprio ordinamento costituzionale, *b)* la disciplina degli strumenti di tutela, che è soggetta al diritto dell'Unione europea, e *c)* l'erogazione concreta delle prestazioni, che è competenza esclusiva degli Stati membri.

Il servizio pubblico, dunque, costituisce oggi un istituto giuridico multilivello, alla cui definizione concorrono, nei rispettivi ambiti di competenza e con alcune inevitabili sovrapposizioni, il diritto europeo ed il diritto interno¹³. Questa complessità si riflette nella disciplina dettata dai Trattati in questa materia, nonché, ancor prima, nella nozione stessa di “servizio di interesse economico generale”.

¹¹ L'art. 106, par. 2 TFUE, prevede infatti che *«le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione»*. Per l'analisi di tale disposizione, si rinvia al par. 6 ed ai riferimenti ivi indicati.

¹² V. cap. II, par. 7.

¹³ Tra gli studi più completi volti a ricostruire la nozione di servizio pubblico alla luce del processo di integrazione europea, v. E. SCOTTI, *Il pubblico servizio: tra tradizioni nazionali e prospettive europee*, Roma, 2003; V. DE FALCO, *Il servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni*, Padova, 2003; G.E. BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, Milano, 2003; C. IANNELLO, *Poteri pubblici e servizi privatizzati. L'«idea» di servizio pubblico nella nuova disciplina interna e comunitaria*, Torino, 2005.

2. Il concetto di servizio pubblico nel diritto europeo

Nei trattati europei l'espressione "servizio pubblico" ricorre soltanto una volta, all'art. 93 TFUE, in materia di aiuti di Stato nei trasporti. All'adempimento di una "missione di servizio pubblico" fa riferimento, poi, il protocollo n. 29 allegato al TFUE, concernente il sistema di radiodiffusione pubblica negli Stati membri. A parte questi richiami, tuttavia, si può affermare che la locuzione "servizio pubblico", come elaborata nel diritto francese e poi circolata negli ordinamenti di altri Stati membri¹⁴, non abbia ricevuto un riconoscimento esplicito da parte del diritto dell'Unione europea.

Ciò non significa, tuttavia, che il concetto di servizio pubblico non sia presente nell'ordinamento europeo.

Gli articoli 14 e 106 TFUE, infatti, impiegano l'espressione "servizio di interesse economico generale" (SIEG), la quale da ultimo è stata ripresa anche dall'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Dall'impiego di tale locuzione, inoltre, possono essere ricavate indirettamente due ulteriori nozioni: da una parte, quella di "servizio di interesse generale non economico" (SIGNE)¹⁵, che si caratterizza per l'assenza di rilievo economico della prestazione¹⁶; dall'altra parte, la nozione di "servizio di interesse generale" (SIG)¹⁷, comprensiva di entrambe le predette categorie¹⁸.

¹⁴ Per la ricostruzione di questo processo si rinvia all'analisi effettuata nel Cap. I.

¹⁵ Ai servizi di interesse generale non economico è dedicato l'art. 2 del protocollo n. 26 sui "servizi di interesse generale", il quale stabilisce che «Le disposizioni dei trattati lasciano impregiudicata la competenza degli Stati membri a fornire, a commissionare e ad organizzare servizi di interesse generale non economico».

¹⁶ Talvolta definiti anche servizi sociali di interesse generale. In merito a questi servizi, v. *ex multis* E. MENICHETTI, *Servizi sociali e servizi economici di interesse generale*, in S. SCIARRA, *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, Bologna, 2007, 109 ss.

¹⁷ Si noti che la nozione di SIG ha ricevuto, con il Trattato di Lisbona, un riconoscimento seppure indiretto a livello di diritto primario, nel protocollo n. 26 dedicato appunto ai "servizi di interesse generale". Il riferimento alla nozione di "servizi di interessi generali", tuttavia, si ritrova soltanto nel preambolo («Le Alte Parti Contraenti desiderando sottolineare l'importanza dei servizi di interesse generale»), mentre i due articoli sono dedicati rispettivamente ai servizi di interesse economico generale e ai servizi di interesse generale non economico.

¹⁸ La Commissione europea, nel Libro verde sui servizi di interesse generale, afferma: «l'espressione "servizi di interesse generale" non è presente nel trattato, ma è derivata nella prassi comunitaria dall'espressione "servizi di interesse economico generale" che invece è utilizzata nel trattato. È

La scelta dei trattati di non adoperare l'espressione di servizio pubblico è dovuta innanzitutto ad una ragione terminologica, ed è riconducibile al timore che le differenze sul piano semantico tra le diverse tradizioni degli Stati membri potessero ingenerare confusione e, quindi, un'applicazione non uniforme del diritto europeo¹⁹. Come si è visto in precedenza, infatti, non tutti gli ordinamenti europei attribuiscono all'espressione servizio pubblico un rilievo giuridico. Inoltre, anche in quegli ordinamenti in cui è presente, tale nozione non ha assunto un significato univoco, ma è stata ed è tuttora al centro di dibattiti dottrinali tra sostenitori dell'accezione soggettiva e di quella oggettiva²⁰.

Ulteriormente, la decisione di fare ricorso ad una nozione originale di diritto europeo è anche il risultato di un compromesso tra due diverse tradizioni giuridiche presenti negli Stati membri: da un lato la tradizione francese di diritto amministrativo, in base alla quale le attività di *service public* sono sottoposte ad un regime giuridico, sostanziale e procedurale, di tipo pubblicistico; dall'altro, la tradizione di stampo anglosassone che non riconosce, almeno sul piano dogmatico, la specialità di queste prestazioni e pertanto le assoggetta al diritto comune, salvo poi imporre ai gestori di tali servizi alcuni obblighi volti ad assicurare la continuità dell'erogazione e l'uguaglianza degli utenti²¹.

un'espressione più ampia di "servizi di interesse economico generale" e riguarda sia i servizi di mercato che quelli non di mercato che le autorità pubbliche considerano di interesse generale e assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico».

¹⁹ In questo senso, il Libro verde della Commissione europea sui servizi di interesse generale, pubblicato nel 2003, afferma che «Nella discussione a livello europeo, le differenze terminologiche, le confusioni sul piano semantico e le diverse tradizioni degli Stati membri hanno determinato interpretazioni errate. Negli Stati membri, per i servizi di interesse generale, si utilizzano termini e definizioni diverse, frutto quindi di un'evoluzione diversa sul piano storico, economico, culturale e politico. La terminologia comunitaria cerca di tener conto di queste differenze».

²⁰ A questo riguardo, la Commissione europea, nel Libro verde sui servizi di interesse generale ha sottolineato che, nella prospettiva comunitaria, l'espressione servizio pubblico non ha un significato preciso, poiché «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».

²¹ Per un'analisi comparata della nozione di servizio pubblico negli ordinamenti degli Stati membri, si rinvia a Cap. I, par. 5.

Dall'incontro tra queste due tradizioni, dunque, scaturisce una nozione nuova²², la quale mutua dal *service public* francese la preordinazione delle prestazioni al soddisfacimento di esigenze di interesse generale, e dalla *public utility* di origine inglese l'assoggettamento dei servizi alla disciplina comune, salve le eccezioni motivate dalle specifiche missioni di interesse generale che queste sono volte a soddisfare²³.

Il fatto che la nozione di servizio di interesse generale sia di origine europea, tuttavia, non significa che se ne possa fornire una definizione esclusivamente sulla base del diritto europeo. Quest'ultimo, infatti, non contiene un'indicazione positiva di cosa debba intendersi per servizio di interesse generale o per servizio di interesse economico generale. In questo senso, la stessa Corte di Giustizia ha osservato che «è giocoforza constatare che, nel diritto comunitario, e ai fini dell'applicazione delle regole di concorrenza del Trattato CE, non esiste né una definizione a norma di regolamento chiara e precisa della nozione di missione SIEG, né un concetto giuridico consolidato che fissi in modo definitivo le condizioni che debbono essere integrate perché uno Stato membro possa validamente invocare l'esistenza e la protezione di una missione SIEG»²⁴.

È ben vero che dall'analisi delle normative di settore ed alla luce dell'opera armonizzatrice della Corte di Giustizia, è possibile identificare alcuni principi comuni, quali le regole di continuità, adattabilità ed accessibilità delle prestazioni – già elaborati dalla dottrina francese del Novecento (c.d. *Lois de Rolland*)²⁵ e quindi attratti a livello comunitario – i quali costituiscono il nucleo centrale della disciplina europea dei servizi di interesse generale²⁶. Si tratta, tuttavia, soltanto di un contenuto minimo comune, che non esaurisce la questione definitoria.

²² V. P. BAUBY, *Public service: forging a european conception*, in G. HAILBACH (a cura di), *Services of general interest in EU: reconciling competition and social responsibility*, Maastricht, 1999, 49 ss.

²³ Sulle ascendenze nazionali della nozione di servizio di interesse economico generale, v. N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999, 19 ss.; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubblico*, 1999, 374 ss.; D. GALLO, *I servizi di interesse*, cit. 234 ss.

²⁴ Tribunale UE, 12 febbraio 2008, T-289/03, *BUPA*, par. 165.

²⁵ V. cap. I, par. 4.

²⁶ In merito all'esistenza di un "nucleo essenziale" di obblighi di servizio pubblico, v. D. GALLO, *I servizi di interesse*, cit. 372-374.

Per la definizione della nozione di servizi di interesse generale, dunque, occorre avere riguardo al diritto degli Stati membri, poiché, nelle materie di relativa competenza, essi sono gli unici titolati a stabilirne contorno e contenuti.

D'altra parte, è lo stesso diritto europeo a rimettere agli Stati membri la determinazione di aspetti essenziali di questa materia. A questo proposito, è possibile citare l'art. 14 TFUE, il quale stabilisce che «l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti, [...] fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi». Analogamente, il protocollo n. 26 allegato al TFUE ha ribadito il «ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti»²⁷.

Da queste disposizioni emerge che:

- a) spetta all'Unione e agli Stati membri, nell'ambito delle proprie competenze, stabilire i principi e le condizioni di funzionamento dei servizi di interesse economico generale, in modo da consentire loro di assolvere i propri compiti;
- b) in ogni caso, resta ferma la competenza degli Stati membri di fornire, commissionare e organizzare i servizi di interesse economico generale, oltreché di provvedere al loro finanziamento.

Per quanto riguarda quest'ultimo punto, si tratta di un'applicazione del modello di amministrazione indiretta adottato generalmente dall'Unione europea, il quale si concretizza nella distinzione tra la disciplina della funzione, che è attratta a livello europeo, e la sua attuazione, che è rimessa alle istituzioni degli Stati membri, secondo il principio di sussidiarietà verticale. Ne consegue che, anche laddove l'Unione sia competente a definire le missioni di interesse generale ed i corrispondenti obblighi di servizio pubblico, spetta agli Stati membri l'onere di organizzare e di finanziare l'erogazione dei SIEG.

²⁷ Sul «protagonismo degli Stati» in questo settore, v. D. SORACE, *I servizi "pubblici" economici*, cit., 1 ss.

Con riferimento invece al primo punto, si è detto che i trattati attribuiscono all'Unione e agli Stati membri il potere di definire, nelle materie di rispettiva competenza, il perimetro della nozione di servizio di interesse economico generale ed il relativo contenuto. Più nello specifico, l'azione definitoria della nozione di SIEG si svolge su due fronti: da una parte, essa riguarda la distinzione tra i servizi di natura economica e quelli non di natura economica; dall'altra parte, essa attiene all'individuazione ed alla conseguente assegnazione delle missioni di interesse generale.

3. La questione definitoria: sul carattere economico del servizio

Soffermandosi sulla distinzione tra SIEG e SIGNE, è bene sottolineare che si tratta di una questione pregiudiziale, dal momento che l'economicità del servizio costituisce una *condicio sine qua non* per l'applicazione delle regole del diritto europeo. Come detto, infatti, i trattati fanno riferimento esclusivo ai servizi di interesse economico generale, che assoggettano, sia pure parzialmente, alle regole della concorrenza. Così facendo, dunque, essi escludono implicitamente dal proprio ambito di applicazione i servizi privi di rilievo economico. Pertanto, la questione dell'appartenenza o meno di una prestazione alla categoria di SIEG o di SIGNE si colloca "a monte" rispetto alla valutazione della compatibilità con il diritto europeo della disciplina applicata alla prestazione medesima.

Il problema è che i trattati non definiscono cosa debba intendersi per "interesse economico", né chiariscono quali categorie di servizi debbano essere ricomprese nella categoria dei SIEG. A questo proposito, è stato osservato in dottrina che la distinzione tra servizi di interesse economico generale e servizi di interesse generale non economico «appare riflettere tutt'altro che una dicotomia giuridica. Non esiste, infatti, alcuna base normativa che la legittimi, né la Commissione, tranne taluni riferimenti generici agli scopi sociali, si sofferma sugli elementi costitutivi di ciascuna categoria»²⁸.

La Corte di Giustizia, dal canto suo, definisce "economiche" quelle attività che implicano l'offerta di beni e servizi su un dato mercato dietro un corrispettivo²⁹. Si tratta,

²⁸ G.F. CARTEI, *I servizi di interesse economico generale fra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1224.

²⁹ Corte di Giustizia, 21 novembre 1999, C-67/96, *Albany*.

evidentemente, di una definizione estremamente ampia e generica, potenzialmente onnicomprensiva, dato che in relazione a pressoché tutte le attività potrebbe essere configurato, almeno potenzialmente, un mercato di riferimento³⁰.

Al contempo, si tratta di una nozione mobile, atteso che anche quei servizi che, in un dato momento storico o in un determinato Paese, sono considerati estranei alle logiche di mercato, e quindi sottratti alla disciplina concorrenziale, in un momento successivo potrebbero in astratto essere organizzati in base a principi di carattere commerciale, in conseguenza dell'evoluzione tecnologica o del mutamento della coscienza sociale, e quindi essere qualificati come servizi di interesse economico³¹.

A questo riguardo, la stessa Commissione europea nel 2003 ha riconosciuto che «la distinzione tra attività economiche e non economiche ha dimostrato un carattere dinamico ed evolutivo», con la conseguenza che «negli ultimi decenni sempre più attività hanno assunto una rilevanza economica», mentre «per un crescente numero di servizi, tale distinzione è divenuta superflua»³².

Alla luce di queste considerazioni, emerge l'impossibilità di stabilire una linea di demarcazione netta e fissa tra SIEG e SIGNE³³. Si è in presenza, infatti, di nozioni storicamente e geograficamente condizionate, suscettibili di oscillazioni a seconda del periodo storico o dello Stato membro considerato³⁴.

Dall'analisi della giurisprudenza europea³⁵, inoltre, emerge che, se da una parte vi sono alcune attività chiaramente ascrivibili alla categoria dei servizi privi di rilievo economico

³⁰ Cfr. in questo senso E. SCOTTI, *Il pubblico servizio*, cit., 183-184.

³¹ Cfr. L. BERTONAZZI, R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, 2007, 1806.

³² V. Libro verde della Commissione europea sui servizi di interesse generale pubblicato nel 2003, par. 45.

³³ Cfr. D. GALLO, *I servizi di interesse*, cit., 245-246, secondo cui «l'impossibilità di tracciare una netta linea di demarcazione tra servizi pubblici economici, servizi pubblici sociali, servizi sociali di rilevanza economica ed esercizio di pubbliche funzioni dipende dal fatto che la maggior parte di queste attività è dettata sia da motivi economici che sociali, presenti in grado diverso e a vario titolo in funzione della collocazione geografica e dei diversi periodi storici».

³⁴ Di nozione "storicamente condizionata" parla F. CINTIOLI, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Dir. un. eur.*, 2006, 453.

³⁵ Per un'analisi diffusa della giurisprudenza europea su questo argomento, v. D. GALLO, *I servizi di interesse*, cit., 277 ss.

(quali le attività considerate funzioni essenziali dello Stato³⁶), e se sul versante opposto si possono individuare alcune attività pacificamente riconducibili alla nozione di SIEG (come, ad esempio, i servizi a rete), in mezzo a queste due categorie si colloca un'ampia "area grigia" di attività, che vengono attratte nell'una o nell'altra sfera, a seconda delle modalità con le quali, in concreto, è organizzata l'erogazione del servizio.

Così, ad esempio, i servizi sanitari, pur essendo innegabilmente prestazioni di rilevanza economica, suscettibili di essere erogati secondo modalità concorrenziali, in molti ordinamenti sono organizzati secondo criteri non economici, che prediligono l'aspetto sociale del servizio, ovvero la preordinazione dello stesso al soddisfacimento di scopi di solidarietà e di eguaglianza sostanziale, e perciò sono sottratti dall'ambito di applicazione della disciplina concorrenziale. Nulla vieta tuttavia che i medesimi servizi, o una parte di essi, siano organizzati secondo modalità concorrenziali e, pertanto, siano attratti nell'orbita della nozione di SIEG³⁷.

Da quanto precede derivano due ordini di considerazioni. In primo luogo, pare possibile affermare che non vi sia una differenza ontologica tra SIEG e SIGNE³⁸, dal momento che anche le attività esercitate secondo criteri non economici nell'esperienza attuale potrebbero essere, almeno in astratto, organizzate secondo criteri imprenditoriali in un sistema di mercato, e viceversa³⁹. Di conseguenza, non è impossibile immaginare che, in futuro, per effetto del mutamento delle opinioni politico-ideologiche prevalenti,

³⁶ V. in questo senso le conclusioni dell'avvocato generale Cosmas nelle conclusioni nella causa *Calì* (C-107/84), il quale afferma che l'attività svolta dall'impresa Servizi ecologici porto di Genova S.p.a. «risponde all'esigenza essenziale di sicurezza tanto degli utenti del Porto quanto degli abitanti delle zone circostanti», pertanto «si ricollega, se non addirittura equivale, a funzioni di polizia portuale della zona». Sulla base di queste considerazioni, quindi, egli conclude per escludere tale attività dalla nozione di "impresa" ai sensi dell'art. 106, par. 2 TFUE.

³⁷ Sull'attrazione dei servizi sanitari nell'area dei SIEG, v. E. MENICETTI, *Servizi sociali*, cit., 125.

³⁸ Cfr. F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, cit., 80, il quale rileva l'infondatezza dell'impostazione secondo cui da un lato vi sarebbe «il mondo economico, nel quale si può ricorrere alla mano invisibile del mercato come selettore di ottimalità anche nell'erogazione di servizi e alla regolazione come surrogato della mano invisibile» e, dall'altro, «quello sociale, dove ci possono essere soltanto erogazioni amministrative».

³⁹ La Commissione europea, nella comunicazione del 2007 sui SIEG afferma che «un numero sempre maggiore di attività svolte quotidianamente dai servizi sociali va a rientrare nel campo di applicazione del diritto comunitario, nella misura in cui sono considerati a carattere economico».

tutti o almeno una grande parte dei servizi oggi considerati privi di rilevanza economica siano attratti nella sfera di operatività delle regole della concorrenza. Allo stesso modo, per converso, non può escludersi a priori che una crescente area di attività sia progressivamente sottratta all'ambito di applicazione delle regole di mercato, per effetto di un moto ideologico di senso contrario⁴⁰.

In secondo luogo, si può osservare come la natura economica o non economica di una data attività non sia una caratteristica intrinseca della stessa, bensì una conseguenza delle modalità con le quali tale attività è erogata.

Da ciò deriva che la riconduzione di una data prestazione nella sfera dei SIEG o dei SIG è prima di tutto il risultato di una scelta politica degli Stati membri⁴¹.

In conclusione, si può affermare che la distinzione tra SIG e SIGNE non attenga ad una valutazione di tipo qualitativo, bensì di natura quantitativa. Entrambe tali categorie di attività, infatti, presentano caratteristiche comuni, quali la preordinazione al soddisfacimento di un interesse generale e la capacità di formare potenzialmente oggetto di un mercato. La fissazione della linea di demarcazione, quindi, dipende non tanto da caratteristiche ontologiche delle prestazioni, quanto dalla predominanza attribuita, in un dato luogo ed in determinato momento storico, al profilo economico del servizio oppure a quello sociale⁴².

⁴⁰ Cfr. in questo senso E. SCOTTI, *Il pubblico servizio*, cit., 186-187 ss.

⁴¹ Sulla dipendenza della definizione di SIEG dalle scelte politiche degli Stati membri, v. F. MUNARI, *La disciplina dei cd. servizi essenziali*, cit.

⁴² Cfr. E. SCOTTI, *Il pubblico servizio*, cit., 185-186, la quale afferma che «tra servizi economici e non economici non vi sarebbero differenze ontologiche; in entrambi i casi [...] vi sarebbe infatti una funzione sociale, di carattere non economico e afferente di massima ad esigenze fondamentali dei cittadini; e, per converso, anche in relazione al servizio non economico esisterebbe un astratto mercato di riferimento e, dunque, la potenziale operatività del relativo regime giuridico. La caratterizzazione sociale (o non economica) di un dato servizio esprimerebbe pertanto, sul piano giuridico, solo la prevalenza rispetto all'ordine pubblico economic di quello sociale, che si traduce in una più radicale inderogabilità delle regole di concorrenza (o anche nella loro integrale disapplicazione)».

4. (segue) Sull'interesse generale del servizio

Venendo ora al secondo profilo della questione definitoria della nozione di SIEG, occorre soffermarsi sui caratteri dell'interesse generale ricoperto dal servizio.

A questo proposito, la giurisprudenza consolidata del Tribunale dell'UE afferma che gli Stati membri hanno un ampio margine di discrezionalità riguardo alla definizione di ciò che essi considerano SIEG e che la definizione di tali servizi da parte dello Stato membro può essere messa in discussione dalla Commissione solo in caso di errore manifesto⁴³.

Tale prerogativa, come detto, è conseguenza dell'assenza di una competenza specificamente attribuita all'Unione in questo settore, così come della mancanza di una definizione precisa e completa della nozione di SIEG nel diritto comunitario.

Infatti, la determinazione della natura e della portata di una missione SIEG in settori che non rientrano nella competenza dell'Unione o sono fondati su una competenza comunitaria solo limitata resta, in linea di principio, nell'ambito di competenza degli Stati membri, in base ai principi di attribuzione, sussidiarietà e proporzionalità di cui all'art. 5 TUE⁴⁴. Lo stesso riparto di competenze, peraltro, è riflesso nell'art. 14 TFUE che, come detto, con specifico riferimento ai SIEG, cristallizza il principio per cui l'Unione e gli Stati membri, ciascuno nei limiti delle rispettive competenze, vigilano affinché tali servizi

⁴³ Tribunale UE, 15 giugno 2005, T-17/02, *Olsen/Commissione*; Tribunale UE, 22 ottobre 2008, T-309/04, *TV2*; Tribunale UE, 11 settembre 2012, T-565/08, *Corsica Ferries France*; Tribunale UE, 16 luglio 2014, T-309/12, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung/Commissione*; Corte di Giustizia, Tribunale UE, 19 aprile 2016, T-44/14, *Costantini*.

⁴⁴ L'art. 5 TUE infatti recita: «1. La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione. L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità.

2. In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri.

3. In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione [...].

4. In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati».

funzionino sulla base di principi e in condizioni che consentano loro di svolgere le loro missioni⁴⁵.

La discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri nella definizione delle missioni di servizio pubblico, tuttavia, non è illimitata, ma incontra un limite nei criteri minimi comuni a tutte le missioni, fissati dal diritto dell'Unione europea.

In particolare, dalla giurisprudenza relativa all'art. 106, n. 2, TFUE, risulta che lo Stato membro deve indicare le ragioni per le quali ritiene che il servizio di cui trattasi meriti, per il suo carattere specifico, di essere qualificato come SIEG e distinto da altre attività economiche. A questo riguardo, la Corte di Giustizia ha giudicato non compatibile con il trattato la disciplina derogatoria applicata agli operatori portuali nel Porto di Genova, in considerazione del fatto che non risultava dagli atti di causa che l'interesse economico generale legato alle operazioni portuali avesse «un carattere specifico rispetto a quello di altre attività della vita economica»⁴⁶.

⁴⁵ Cfr. Tribunale UE, 12 febbraio 2008, T-289/03, *BUPA*: «Tale prerogativa dello Stato membro concernente la definizione dei SIEG è confermata dall'assenza sia di competenza specificamente attribuita alla Comunità che di definizione precisa e completa della nozione di SIEG nel diritto comunitario. Infatti, la determinazione della natura e della portata di una missione SIEG in settori di azione particolari, che o non rientrano nella competenza della Comunità, ai sensi dell'art. 5, primo comma, CE, o sono fondati su una competenza comunitaria solo limitata o ripartita, ai sensi del secondo comma di tale articolo, resta, in linea di principio, nell'ambito di competenza degli Stati membri. Orbene, come sostenuto dalla convenuta e dall'Irlanda, il settore della salute rientra in una competenza quasi esclusiva degli Stati membri. In tale settore, la Comunità, a norma dell'art. 152, nn. 1 e 5, CE, può solo procedere ad azioni giuridicamente non vincolanti nel pieno rispetto della responsabilità degli Stati membri in materia di organizzazione e fornitura di servizi di salute e di cure mediche. Da ciò consegue che la determinazione di obblighi SIEG in tale contesto rientra egualmente, in via principale, nella competenza degli Stati membri. Tale ripartizione delle competenze è inoltre riflessa, in modo generale, dall'art. 16 CE, secondo il quale, in considerazione del posto che occupano i SIEG tra i valori comuni dell'Unione nonché del ruolo che essi svolgono nella promozione della coesione sociale e territoriale dell'Unione, la Comunità e i suoi Stati membri, ciascuno nei limiti delle rispettive competenze e nei limiti dell'ambito di applicazione del Trattato, vigilano affinché tali SIEG funzionino sulla base di principi e in condizioni che consentano loro di svolgere le loro missioni».

⁴⁶ Corte di Giustizia, 10 dicembre 1991, C-179/90, *Merci convenzionali Porto di Genova SpA*, par. 27. Nello stesso senso, v. tra le altre Corte di Giustizia, 28 febbraio 2013, C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, par. 105.

Inoltre, dalla giurisprudenza europea emerge la necessaria presenza di un atto della pubblica autorità che investa gli operatori incaricati di una missione SIEG⁴⁷, nonché del carattere universale e obbligatorio di tale missione⁴⁸. Tale carattere obbligatorio, in particolare, deve essere inteso nel senso che gli operatori incaricati della missione SIEG con un atto dei pubblici poteri sono, in linea di principio, tenuti ad offrire il servizio di cui trattasi sul mercato a qualsiasi utente ne faccia richiesta, ed indipendentemente dalla convenienza economica della medesima prestazione.

Da quanto precede deriva il riconoscimento di un ampio margine di discrezionalità in capo agli Stati membri ai fini dell'individuazione, nelle materie di propria competenza, dei servizi di interesse economico generale e delle missioni di servizio pubblico che questi sono volti ad assolvere. L'individuazione di tali prestazioni, nello specifico, dovrà essere effettuata dagli Stati membri alla stregua delle indicazioni provenienti dalle rispettive carte costituzionali, in ossequio al principio di attribuzione, salvo soltanto il controllo delle istituzioni comunitarie circa la presenza di un errore manifesto di valutazione.

Occorre tuttavia precisare che l'ampio potere riconosciuto agli Stati membri, a cui è correlato il limitato sindacato delle istituzioni europee, riguarda unicamente l'individuazione delle finalità di interesse generale che giustificano la sottoposizione dei servizi a regole derogatorie rispetto a quelle concorrenziali previste dai trattati, ma non riguarda invece la scelta degli strumenti attraverso cui le imprese incaricate devono perseguire i suddetti obiettivi. Se infatti la scelta delle finalità da perseguire è allocata a livello nazionale, per le materie di competenza degli Stati membri, invece l'individuazione degli strumenti attraverso i quali perseguire siffatte finalità è soggetta agli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione, e precisamente costituisce l'oggetto dell'art. 106, n. 2, TFUE.

A conferma di ciò, la giurisprudenza europea ha precisato che, se il carattere obbligatorio del servizio di interesse economico generale costituisce una condizione essenziale dell'esistenza di una missione SIEG ai sensi del diritto comunitario, «per contro, il riconoscimento di una missione SIEG non presuppone necessariamente che all'operatore preposto a tale missione venga concesso un diritto esclusivo o speciale per

⁴⁷ V. in questo senso, Corte di Giustizia 21 marzo 1974, C-127/73, *BRT*, par. 20, e 11 aprile 1989, C-66/86, *Ahmed Saeed*, par. 55.

⁴⁸ Tribunale UE, 12 febbraio 2008, T-289/03, *BUPA*, par. 172.

assolverla», dal momento che «la concessione di un diritto speciale o esclusivo ad un operatore costituisce solo lo strumento, eventualmente giustificato, che consente a tale operatore di svolgere una missione SIEG»⁴⁹.

Ancora, la netta separazione tra la determinazione dei fini e la scelta degli strumenti attraverso cui perseguire i fini medesimi è stata espressa dal Tribunale UE, laddove ha affermato che un servizio di interesse economico generale si definisce «in relazione all'interesse generale che esso è diretto a soddisfare e non in relazione ai mezzi che assicureranno la sua erogazione», e che «la questione della definizione della funzione di servizio pubblico non deve essere confusa con quella del meccanismo di finanziamento scelto per prestare tali servizi»⁵⁰.

5. Servizio pubblico e servizio di interesse generale

Alla luce di queste coordinate, è possibile domandarsi se la nozione europea di servizio di interesse generale sia sovrapponibile a quella di servizio pubblico, come delineata nei capitoli precedenti, oppure se si tratti di due nozioni distinte.

A questo proposito, una parte della dottrina ha rinvenuto nella nozione europea di SIEG una conferma della correttezza, sul piano interno, della concezione oggettiva di servizio pubblico. Tale impostazione si fonda principalmente sulla constatazione che il diritto dell'Unione europea consente, ma non impone l'applicazione di una disciplina derogatoria delle regole della concorrenza ai servizi di interesse economico generale. Da ciò consegue che potrebbe esservi un'attività di SIEG svolta in regime pienamente concorrenziale, senza alcun atto di investitura da parte dei poteri pubblici. Muovendo da queste premesse, taluni autori hanno concluso che, nel diritto europeo, «l'attività di prestazione dei pubblici servizi spetti alle imprese in modo del tutto indipendente dalla loro natura soggettiva pubblica o privata» e che «detta attività si svolge in un mercato regolato dove l'unica condizione che legittima riduzioni o eliminazioni della concorrenza è data dall'ipotesi in cui l'applicazione delle rispettive regole sia di impedimento al

⁴⁹ Tribunale UE, 12 febbraio 2008, T-289/03, *BUPA*, par. 179.

⁵⁰ Tribunale UE, 22 ottobre 2008, T-309/04, *TV2*, par. 108.

raggiungimento della missione di servizio pubblico assegnata all'impresa che presta servizi di interesse economico generale»⁵¹.

Altra parte della dottrina, invece, ha criticato questa impostazione⁵². Pur condividendo l'assunto per cui, ai fini del diritto europeo, è irrilevante la natura pubblica o privata del soggetto che eroga il servizio, taluni autori hanno infatti sottolineato come la definizione di un'attività quale servizio di interesse generale presupponga pur sempre l'assegnazione ad un'impresa di una missione di servizio pubblico. E tale incarico, evidentemente, non può che avvenire per mezzo di un atto discrezionale dei pubblici poteri⁵³. Dunque, secondo questo approccio, è pur sempre «un soggetto pubblico, sebbene limitato nelle sue scelte, a conferire la qualifica di servizio pubblico ad una data attività, confermando pertanto la rilevanza dell'elemento soggettivo», sebbene «in modo del tutto indipendente rispetto al sistema di gestione o dalla stessa titolarità del servizio»⁵⁴.

A parere di chi scrive, la risposta a tale quesito va ricercata in una soluzione intermedia. Infatti, se è condivisibile l'affermazione – prospettata dai sostenitori della teoria soggettiva – secondo cui, ai fini della qualificazione di un'attività come SIEG, non è sufficiente l'imposizione di un insieme di obblighi minimi in capo a tutti gli operatori all'interno di un mercato regolato⁵⁵, ma è necessaria altresì l'assegnazione di una

⁵¹ L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei servizi pubblici*, Padova, 2001, 325, ma la stessa teoria è ribadita in più parti della monografia.

⁵² V. tra gli altri R. VILLATA, *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, Milano, 2008, 39 ss. E. SCOTTI, *Il pubblico servizio*, cit., 221, afferma che il concetto di servizio di interesse generale non pare esaurire la sua rilevanza sul piano oggettivo e funzionale: «il servizio d'interesse economico generale in tanto esiste come tale in quanto gli Stati membri o la Comunità, nel delineare il livello minimo dei bisogni che intendono garantire ai propri cittadini, abbiano previsto come doverosa la prestazione di determinate utilità definendo una specifica missione pubblica. Non è in altri termini requisito sufficiente per poter configurare il servizio d'interesse generale la connessione tra una data attività e un bisogno d'interesse generale – pur fondamentale o valutato come essenziale dalle carte costituzionali – ma è altresì necessario che tale connessione sia valutata come doverosa da parte di un soggetto pubblico e che si traduca in obblighi specifici ed individuati».

⁵³ Sulla nozione di incarico nell'art. 106, par. 2 TFUE, v. D. GALLO, *I servizi di interesse*, 138 ss.; E. SCOTTI, *Il pubblico servizio*, cit., 221 ss.

⁵⁴ V. DE FALCO, *Il servizio pubblico*, cit., 180.

⁵⁵ In questo senso peraltro si è espressa anche la giurisprudenza europea, laddove ha affermato che l'interesse generale o pubblico invocato dallo Stato membro «non deve riassumersi nel bisogno di

missione di servizio pubblico da parte dei poteri pubblici, occorre tuttavia considerare che la scelta dei poteri pubblici di assegnare ad una o più imprese una missione di servizio pubblico non è libera, ma incontra due ordini di limiti. Da una parte, infatti, siffatta investitura deve riguardare un'attività che ricopra effettivamente un interesse generale; dall'altra, la discrezionalità dei poteri pubblici incontra un limite di tipo positivo, nell'obbligo di apprestare le misure necessarie per garantire quantomeno un livello minimo di prestazioni a tutti gli utenti che ne fanno richiesta ed indipendentemente dalla convenienza economica della prestazione medesima.

Anche in questo frangente, dunque, si ripresenta quella «corrispondenza biunivoca»⁵⁶, cui si è fatto riferimento nei capitoli precedenti, tra il soddisfacimento di un interesse generale e l'assunzione, da parte dei poteri pubblici, di una missione di servizio pubblico⁵⁷. Poiché, infatti, è carattere proprio dei servizi pubblici quello di essere funzionali al perseguimento di un interesse generale, e il soddisfacimento di un interesse siffatto è un compito che incombe sugli enti pubblici in virtù della posizione di garanzia da questi ricoperta nell'ordinamento; di conseguenza spetterà ai poteri pubblici l'assunzione di quegli obblighi di servizio pubblico funzionali al soddisfacimento degli interessi ad essi sottesi.

A questo proposito è bene ribadire che tale assunzione non si traduce necessariamente nella titolarità pubblica del servizio (ovvero nella sua erogazione diretta da parte dei soggetti pubblici, o indiretta per mezzo di concessione), né in uno specifico regime giuridico (riserva, regolazione o libera iniziativa economica), bensì esclusivamente in un'obbligazione di risultato, che consente ed in taluni casi impone ai poteri pubblici di intervenire ogniqualvolta il regime giuridico prescelto si riveli inadeguato a soddisfare l'esigenza di interesse generale sottesa all'erogazione della prestazione.

assoggettare il mercato considerato a talune regole o l'attività commerciale degli operatori interessati ad un'autorizzazione dello Stato. Infatti, la circostanza che il legislatore nazionale imponga, nell'interesse generale in senso lato, talune regole di autorizzazione, di funzionamento o di controllo all'insieme degli operatori di un settore non è di per sé, in linea di principio, costitutiva di una missione SIEG» (Tribunale UE, 12 febbraio 2008, T-289/03, BUPA, par. 178; cfr. Corte di Giustizia, 13 dicembre 1991, C-18/88, *RTT c. GB-Inno-BM*, par. 22).

⁵⁶ G. CAIA, *I servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, tomo II, Bologna, 2005, 157.

⁵⁷ V. cap. I, par. 7 e cap. II, par. 6.

Ne consegue che, anche nel diritto europeo, al pari di quanto osservato nel capitolo precedente con riferimento al diritto interno, l'elemento discretivo della nozione di servizio di interesse generale non può essere identificato né nella titolarità del servizio in capo ad un soggetto pubblico (criterio organico), né nella sottoposizione dello stesso ad un regime giuridico speciale (criterio materiale), bensì unicamente nella preordinazione teleologica della prestazione al soddisfacimento di un interesse generale (criterio funzionale)⁵⁸.

In conclusione è possibile affermare che la nozione europea di servizio di interesse generale consista in quelle prestazioni funzionali al soddisfacimento di bisogni di interesse generale, che gli Stati membri, nelle materie di relativa competenza, assoggettano ad obblighi di servizio pubblico, conformemente al proprio ordinamento costituzionale, e sotto il controllo delle istituzioni europee nei limiti dell'errore manifesto di valutazione.

Si può dunque stabilire l'equivalenza tra la nozione europea di servizio di interesse generale e quella di servizio pubblico costituzionale, così come definita nel capitolo precedente.

Su queste basi, fermo restando l'ampio margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri nel definire le missioni di servizio pubblico, è ora opportuno procedere ad analizzare i limiti dettati dal diritto europeo con riguardo agli strumenti da adoperare per l'assolvimento delle missioni medesime.

⁵⁸ Cfr. in questo senso D. GALLO, *I servizi di interesse*, cit., 238 ss. Alle stesse conclusioni giunge anche N. RANGONE, *I servizi pubblici*, cit., 28.

6. La «chiara oscurità» dell'art. 106 TFUE

La disciplina europea dell'intervento pubblico in economia è affidata principalmente all'art. 106 TFUE⁵⁹, rispetto al quale, ai fini della presente analisi, vengono in rilievo i primi due paragrafi, dedicati rispettivamente ai regimi di riserva e ai servizi di interesse generale.

Il primo paragrafo, in particolare, vieta agli Stati membri di emanare e mantenere misure contrarie alle norme dei trattati, specialmente a quelle dettate in materia di concorrenza, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali ed esclusivi⁶⁰.

Il paragrafo successivo, invece, introduce una deroga all'applicazione delle norme dei trattati, e in particolare delle regole di concorrenza. Tale disposizione, infatti, prevede che le regole dei trattati si applicano alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale nella misura in cui l'applicazione di tali norme «non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata», e sempreché lo sviluppo degli scambi non sia «compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione»⁶¹.

Queste due disposizioni, lette congiuntamente, mirano a realizzare il difficile compromesso tra due esigenze contrapposte⁶², ovvero tra il mantenimento delle scelte di politica economica in capo agli Stati membri, di cui i servizi pubblici costituiscono un

⁵⁹ Per un esame approfondito di questo articolo e della sua interpretazione giurisprudenziale, si v. in particolare D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, Milano, 2010. In particolare, per l'analisi delle condizioni di applicazione di tale disposizione, v. p. 86 ss. Per i primi commenti all'articolo, v. in particolare A. PAPPALARDO, *Commento all'art. 90*, in R. QUADRI-R. MONACO-A. TRABUCCHI (a cura di), *Trattato istitutivo della Comunità europea. Commentario*, vol. II, Milano, 1965, 676 ss. Per un'analisi compiuta anche alla luce del Trattato di Amsterdam, v. M.C. BARUFFI, *Articolo 86*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, 448 ss.; B. DELVAUX-G. FABER, *La nozione di "servizio di interesse generale"*, in *Riv. dir. ind.*, 1963, 158.

⁶⁰ L'art. 106, par. 1 TFUE recita: « Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi».

⁶¹ Sulla portata di quest'ultimo requisito, v. D. GALLO, *I servizi di interesse*, cit., 139 ss.

⁶² In questo senso, v. J.J. MONTERO PASCUAL, *I monopoli nazionali pubblici in un mercato unico concorrenziale. Evoluzione e riforma dell'articolo 90 del Trattato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 663.

elemento essenziale, e la realizzazione di un mercato unico europeo informato a principi concorrenziali⁶³. Tali norme tuttavia, come affermato dall'Avvocato generale Tesaurò nelle proprie conclusioni nella causa *Francia c. Commissione*⁶⁴, mostrano la «contraddizione di fondo dell'intero disegno comunitario così come congegnato nel Trattato»⁶⁵.

In proposito, la stessa Corte di Giustizia ha più volte affermato che l'articolo in commento, «nel consentire a talune condizioni deroghe alle norme generali del Trattato, mira a contemperare l'interesse degli Stati membri ad utilizzare determinate imprese, segnatamente del settore pubblico, quali strumento di politica economica o fiscale, con l'interesse della Comunità all'osservanza delle regole di concorrenza ed al mantenimento dell'unità del mercato comune»⁶⁶.

La formulazione compromissoria dell'art. 106, peraltro, non è casuale, ma è il frutto di una precisa scelta politica assunta in sede di redazione dei Trattati istitutivi della Comunità europea, quale punto di incontro la volontà di Francia e Italia di mettere al riparo le proprie imprese pubbliche dall'applicazione delle regole europee e l'esigenza manifestata dai Paesi del Benelux di limitare gli effetti distorsivi della concorrenza derivanti dalla presenza di mercati nazionali chiusi e verticalmente integrati⁶⁷.

Di qui la «chiara oscurità» dell'art. 106, non dovuta «ad una improvvisa difficoltà di penna, bensì all'oggettiva difficoltà di conciliare l'idea stessa di un monopolio o di

⁶³ Cfr. D. GALLO, *I servizi di interesse*, cit., 87 ss.

⁶⁴ Corte di Giustizia, 19 marzo 1991, C-202/88, *Francia c. Commissione*.

⁶⁵ Conclusioni dell'Avvocato generale G. Tesaurò, presentate il 13 febbraio 1990, il quale afferma che la difficoltà interpretativa dell'art. 90 del Trattato «risale a mio avviso alla contraddizione di fondo dell'intero disegno comunitario così come congegnato nel Trattato, tra la previsione puntuale di un mercato comune e di un regime di libera concorrenza, da un lato, e il mantenimento delle scelte di politica economica in capo agli Stati membri, salvo coordinamento, dall'altro».

⁶⁶ Corte di Giustizia, 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany*; Corte di Giustizia, 20 aprile 2010, C-265/08, *Federutility*.

⁶⁷ Sulla genesi dell'art. 106, v. J.C. PIELOW, *Il "service public" e l'art. 16 del Trattato CE da un punto di vista tedesco*, in E. FERRARI (a cura di), *I servizi a rete in Europa*, Milano, 2000, 57. V. sul punto D. GALLO, *I servizi di interesse*, cit., 89-91.

un'impresa beneficiaria di diritti esclusivi con un regime di libera concorrenza e di mercato comune»⁶⁸.

Ora, è bene precisare che, se è vero che i due paragrafi dell'art. 106 TFUE sono strettamente collegati e probabilmente, nella visione dei padri fondatori dell'Europa, erano concepiti come un tutt'uno, essi tuttavia hanno due ambiti di applicazione parzialmente differenti.

Il primo paragrafo, infatti, si riferisce alle imprese a cui gli Stati membri attribuiscono diritti speciali ed esclusivi e, rispetto a queste, vieta agli Stati di emanare misure contrarie alle norme dei trattati, salvo che queste imprese rientrino nell'ambito di applicazione del secondo paragrafo.

Il secondo paragrafo, dal canto suo, rappresenta la clausola di copertura delle misure adottate dagli Stati membri in funzione correttiva o sostitutiva del mercato. Tale disposizione, dunque, ha un oggetto più ampio rispetto alle ipotesi contemplate nel primo paragrafo: se è vero infatti che l'attribuzione di un diritto speciale o esclusivo non può essere giustificato che sulla base dell'art. 106, par. 2, quest'ultima disposizione tuttavia offre copertura non soltanto a questi diritti, ma a tutte le misure restrittive della concorrenza basate sull'esigenza di garantire l'assolvimento di una missione di interesse generale⁶⁹.

In definitiva, l'art. 106, par. 2, TFUE costituisce la chiave di volta della costituzione economica europea, ovvero il punto di congiunzione tra le politiche economiche nazionali ed il mercato unico europeo. Tale disposizione, infatti, mentre per un verso garantisce la facoltà degli Stati membri, nel rispetto del diritto dell'Unione, di definire l'ampiezza e l'organizzazione dei loro servizi di interesse economico generale in considerazione degli obiettivi della propria politica nazionale⁷⁰, per altro verso assoggetta le medesime attività

⁶⁸ Così l'avvocato generale G. Tesauro nelle conclusioni rassegnate il 13 febbraio 1990, nella causa C-202/88, *Francia c. Commissione*.

⁶⁹ A questo proposito il Tribunale UE, nella sentenza *BUPA*, ha affermato che «il riconoscimento di una missione SIEG non presuppone necessariamente che all'operatore preposto a tale missione venga concesso un diritto esclusivo o speciale per assolverla», dal momento che «la concessione di un diritto speciale o esclusivo ad un operatore costituisce solo lo strumento, eventualmente giustificato, che consente a tale operatore di svolgere una missione SIEG». Cfr. anche D. GALLO, *I servizi di interesse*, cit., 91-92.

⁷⁰ In questo senso, Corte di Giustizia, 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany*.

alle libertà economiche europee, nei limiti in cui ciò non osti all'adempimento della specifica missione loro affidata.

Conviene dunque soffermarsi sull'interpretazione che è stata data, negli anni, alla clausola dell'art. 106, par. 2, per comprendere come sia evoluto nel corso del tempo il rapporto tra Stato e mercato nell'Unione europea⁷¹.

7. *Pars destruens*: la fine dei monopoli nazionali

In una prima fase, l'atteggiamento delle istituzioni europee nei confronti dei regimi giuridico-economici instaurati dagli Stati membri per la gestione dei propri servizi pubblici era di sostanziale neutralità. Tale approccio era coerente con la struttura duale impressa inizialmente al processo di integrazione europea, per cui le istituzioni comunitarie si occupavano unicamente del rispetto dei principi di libera circolazione delle merci, dei servizi e dei capitali, mentre gli Stati membri erano competenti in via esclusiva a definire i propri obiettivi di politica economica e sociale. D'altra parte, tale divisione dei ruoli era giustificata anche dall'assenza, a livello europeo, di un documento costituzionale, dotato di un catalogo di diritti, che potesse fungere da fondamento assiologico e guida valoriale dell'azione politica della Comunità in ambito sociale. Al contempo, le istituzioni europee erano prive della legittimazione democratica necessaria per poter esprimere autonomamente scelte di politica economica e sociale.

Dall'insieme di questi fattori derivava una sorta di "timore reverenziale" delle istituzioni comunitarie nei riguardi dei regimi di servizio pubblico adottati a livello nazionale⁷². Tale atteggiamento si traduceva, quindi, in un'interpretazione dell'art. 106

⁷¹ Per una ricostruzione approfondita dell'evoluzione interpretativa dell'art. 106, par. 2 TFUE, v. D. GALLO, *I servizi di interesse*, cit., 501 ss.

⁷² Cfr. D. CALDIROLA, *La dimensione comunitaria del servizio pubblico ovvero il servizio di interesse economico generale e il servizio universale*, in L. AMMANNATI, M.A. CABIDDU, P. DE CARLI, *Servizi pubblici concorrenza diritti*, Milano, 2001, 126, la quale rileva che in questo settore i padri fondatori dell'Europa avevano mostrato «un certo timore reverenziale, lasciando sostanzialmente a ciascuno Stato il potere di scegliere quali attività fossero da annoverare tra i servizi pubblici e quale fosse il regime giuridico più idoneo a conseguire la realizzazione degli interessi collettivi ad essi sottesi».

TFUE (allora art. 90 TCE) improntata ad un forte *self restraint*, per cui la Comunità raramente oltrepassava la linea rossa delle valutazioni politiche nazionali.

In particolare la Corte di Giustizia, nelle rare occasioni in cui, nel periodo considerato, è stata chiamata ad interpretare l'art. 90, ha riconosciuto agli Stati membri un ampio margine di discrezionalità quanto alla valutazione dell'opportunità di sottrarre i servizi pubblici alla disciplina dei trattati. In questo senso, ad esempio, nella sentenza *Sacchi* del 1974, la Corte ha affermato che «ai sensi del trattato nulla osta a che gli Stati membri, per considerazioni d'interesse pubblico, di carattere extra-economico, sottraggano le trasmissioni radiotelevisive, comprese quelle via cavo, al gioco della concorrenza, attribuendo il diritto esclusivo di effettuare tali trasmissioni ad uno o più enti determinati»⁷³. In altre parole la Corte, una volta constatata la sussistenza di un ambito riservato alla sfera di sovranità dello Stato membro, non si è spinta a sindacare la ragionevolezza o la proporzionalità della scelta da questo adottata di sottrarre *tout court* le trasmissioni televisive ai principi concorrenziali. Il sindacato della Corte si è rivolto dunque piuttosto all'attività compiuta "a valle" dall'impresa titolare di un diritto esclusivo, sanzionandone eventuali condotte abusive della posizione dominante attribuitale dallo Stato⁷⁴.

L'inversione di rotta delle politiche europee riguardo ai servizi di interesse economico generale si è consumata attorno alla metà degli anni '80. Come anticipato, tale svolta si inserisce in un movimento ideologico che trascende i confini della Comunità europea e

⁷³ Corte di Giustizia, 30 aprile 1974, 155/73, *Sacchi*.

⁷⁴ Nella sentenza *Sacchi* la Corte afferma: «Tuttavia, nell'adempimento dei loro compiti, questi enti restano soggetti al divieto di effettuare discriminazioni, e ad essi si applicano — in quanto tale adempimento implichi attività di natura economica — le disposizioni richiamate dall'art. 90 per le imprese pubbliche e le imprese cui gli Stati riconoscono diritti speciali o esclusivi. D'altra parte, pure negli Stati membri in cui gli enti incaricati della gestione del servizio televisivo sono organizzati, anche per quanto riguarda le loro attività di carattere commerciale, fra l'altro in campo pubblicitario, come imprese incaricate di un servizio d'interesse economico generale, il comportamento di tali enti sul mercato è soggetto, ai sensi dell'art. 90, n. 2, al suddetto divieto, finché non sia provato che ciò è incompatibile con lo svolgimento dei compiti affidati agli enti stessi».

che si è tradotto, a livello comunitario, nel rinnovato impulso all'integrazione dei mercati europei impresso dall'Atto Unico Europeo⁷⁵.

A partire da questo momento, infatti, si assiste ad un crescente attivismo della Commissione e del Consiglio⁷⁶, che adottano numerose direttive finalizzate a creare le condizioni per una concorrenza effettiva in settori, come i servizi pubblici a rete, fino ad allora gestiti direttamente dagli Stati membri attraverso imprese pubbliche verticalmente integrate nell'amministrazione statale, in regime di monopolio⁷⁷. Al contempo, si comincia a manifestare nelle sentenze della Corte di Giustizia una maggiore considerazione per le esigenze del mercato unico europeo rispetto che per le istanze di politica economica e sociale addotte dagli Stati membri.

Ne deriva una lettura «eversiva»⁷⁸ dell'art. 90 (che, nel frattempo, è divenuto art. 86 CE), che finisce di fatto per ribaltare l'impostazione fino ad allora adottata dalle istituzioni comunitarie⁷⁹.

L'*actio destruens* delle istituzioni comunitarie si rivolge principalmente ai monopoli nazionali, considerati ormai incompatibili con lo stadio raggiunto dal processo di integrazione europea. Sul piano legislativo, ciò si estrinseca nell'adozione di discipline settoriali – in materia ad esempio di telecomunicazioni, servizi postali, servizi energetici e trasporti – le quali, pur nella diversità dei presupposti e delle basi giuridiche, introducono alcuni criteri organizzativi comuni, come la distinzione tra le funzioni di regolazione e di gestione del servizio, la separazione contabile e societaria tra il gestore della rete e del servizio, ecc.⁸⁰ Al contempo, per limitare gli effetti collaterali dell'apertura di questi settori alla concorrenza ed accompagnare il processo di liberalizzazione,

⁷⁵ Cfr. D. CALDIROLA, *La dimensione comunitaria*, cit., 139 ss.; J.C. MONTERO PASCUAL, *I monopoli nazionali*, cit., 663; E. SCOTTI, *Il pubblico servizio*, cit., 155.

⁷⁶ Cfr. D. CALDIROLA, *La dimensione comunitaria*, cit., 126.

⁷⁷ V. a questo proposito F. MUNARI, *La disciplina dei cd. servizi essenziali*, cit.

⁷⁸ Così A. TIZZANO, *L'azione comunitaria nelle telecomunicazioni: interventi recenti e prospettive future*, in *Dir. inf.*, 1998, 920.

⁷⁹ Cfr. E. SCOTTI, *Il pubblico servizio*, cit., 185.

⁸⁰ Su questo processo, v. F. MUNARI, *La disciplina dei cd. servizi essenziali*, cit.

vengono individuate alcune prestazioni minime che devono essere garantite a tutti gli utenti, sotto forma di servizio universale⁸¹.

Sul piano giurisprudenziale, le “picconate” della Corte di Giustizia sono sferrate principalmente su due fronti. In primo luogo, mediante l’applicazione combinata degli articoli 82 e 86 CE (oggi 102 e 106 TFUE), la Corte sanziona l’attribuzione, da parte degli Stati membri, di diritti esclusivi o speciali in favore di imprese pubbliche, ritenendo che tale attribuzione sia idonea *ex se* ad indurre l’impresa stessa ad abusare della propria posizione dominante, anche a prescindere dalla prova di una condotta effettivamente abusiva⁸².

In secondo luogo, lo scrutinio della Corte di Lussemburgo si estende anche alla valutazione della proporzionalità della decisione, compiuta dallo Stato membro, di sottrarre determinate attività al libero mercato. A tal fine, essa adotta un’interpretazione estremamente restrittiva della clausola dell’art. 86, par. 2, CE, arrivando ad affermare, nella sentenza *Hofner*, che «un ufficio pubblico per l’occupazione che esercita attività di collocamento è soggetto al divieto di cui all’art. 86 del Trattato nei limiti in cui l’applicazione di questa disposizione non vanifichi lo svolgimento del compito particolare impartitogli»⁸³. In altre parole, la Corte abbandona l’orientamento originario, in base al quale era sufficiente l’adduzione di un interesse generale per giustificare l’esistenza di diritti speciali ed esclusivi, per adottare un’interpretazione opposta, in virtù della quale, perché il regime di monopolio sia ammissibile, l’adempimento della missione deve essere reso impossibile dall’applicazione delle norme di concorrenza⁸⁴.

Alle autorità nazionali, in definitiva, è richiesto di provare che la finalità di interesse pubblico sottesa all’istituzione di un monopolio non possa essere soddisfatta mediante misure meno lesive della concorrenza. In questo senso, ad esempio, nella sentenza *RTT*, la Corte ha concluso che «l’esclusione o la restrizione della concorrenza sul mercato degli apparecchi telefonici non può considerarsi giustificata da una missione di servizio

⁸¹ Sul processo di liberalizzazione dei mercati dei servizi pubblici, v. diffusamente G. NAPOLITANO, *Regole e mercato*, cit., 33 ss.

⁸² V. in questo senso Corte di Giustizia, 17 luglio 1997, C-242/95, *GT-Link*; Corte di Giustizia, 10 dicembre 1991, C-179/90, *Merci convenzionali Porto di Genova SpA*.

⁸³ Corte di Giustizia, 23 aprile 1991, C-41/90, *Hofner*, par. 34.

⁸⁴ Cfr. D. CALDIROLA, *La dimensione comunitaria*, cit., 134 ss.

pubblico d'interesse economico generale, ai sensi dell'art. 90, n. 2, del Trattato». Secondo la Corte, infatti, per garantire la conformità degli apparecchi ai requisiti essenziali sarebbe stato sufficiente emanare delle specifiche alle quali detti apparecchi dovessero rispondere ed istituire un procedimento di omologazione⁸⁵.

All'affermazione di questo indirizzo a livello comunitario si accompagna l'adozione, da parte degli Stati membri, di misure volte allo smantellamento dei monopoli nazionali nel settore dei grandi servizi pubblici a rete. Tale processo si realizza mediante la privatizzazione delle imprese ex monopoliste, seguito dalla progressiva liberalizzazione del mercato e la sottoposizione dello stesso al controllo di un'autorità pubblica (spesso un'autorità indipendente costituita *ad hoc*) con compiti di regolazione.

A partire dai primi anni '90, dunque, l'attenzione delle istituzioni comunitarie si sposta, dalle condotte abusive perpetrate dalle imprese pubbliche in regime di monopolio, alle sovvenzioni riconosciute dagli Stati membri alle imprese incaricate, all'interno di mercati regolamentati, di svolgere il servizio universale⁸⁶. L'art. 86 CE, dunque, viene letto sempre più spesso in congiunzione con l'art. 87, al fine di valutare la compatibilità di tali sovvenzioni con la disciplina degli aiuti di Stato⁸⁷.

Parallelamente, dopo Maastricht si comincia ad intravedere da parte delle istituzioni europee, in particolare della Corte di Giustizia, un approccio più attento alle esigenze sociali addotte dagli Stati membri a giustificazione dell'istituzione o del mantenimento di regimi derogatori rispetto alle regole concorrenziali⁸⁸. È bene precisare che si tratta di

⁸⁵ Corte di Giustizia, 13 dicembre 1991, C-18/88, *RTT c. GB-Inno-BM*.

⁸⁶ Sulla nozione di servizio universale, v. *ex multis*, M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Diritto pubblico*, 1998, 181 ss.; G. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002; S. CASSESE, *La retorica del servizio universale*, in S. Frova (a cura di), *Telecomunicazioni e servizio universale*, Milano, 1999; G. NAPOLITANO, *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, in *Mercato concorrenza regole*, 2000, 429 ss.

⁸⁷ Tale questione, come noto, ha trovato una sistematizzazione nella sentenza *Altmark*, che ha fissato i criteri in base ai quali stabilire se una sovvenzione pubblica concessa ad un'impresa che svolge un servizio di interesse economico generale possa essere considerata una compensazione che rappresenta la contropartita delle prestazioni fornite dall'impresa beneficiaria per adempiere gli obblighi ad essa incombenti.

⁸⁸ Sul riflusso dogmatico realizzatosi a partire dalla sentenza *Corbeau*, v. G.F. CARTEI, *I servizi di interesse economico generale*, cit.,

un orientamento non univoco e costante, che ancora oggi non può dirsi consolidato. Dall'analisi della giurisprudenza europea sembra tuttavia possibile individuare distintamente un'evoluzione interpretativa dell'art. 106 TFUE, che si estrinseca essenzialmente nella riscoperta e nella valorizzazione del secondo paragrafo di tale disposizione, il quale viene utilizzato non più soltanto come strumento per demolire i monopoli nazionali, bensì come fondamento di una politica propositiva delle istituzioni europee, in nome di una rinnovata missione di interesse generale⁸⁹.

8. La riscoperta dell'art. 106, par. 2 TFUE nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea

In estrema sintesi, si può affermare che il processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea si sia sviluppato, non senza contraddizioni, lungo tre linee direttrici⁹⁰.

La prima riguarda l'inclusione, accanto all'obiettivo primario dell'Unione di creare un mercato unico europeo, di alcune finalità ulteriori, attinenti ad esempio all'occupazione, alla solidarietà e alla coesione sociale e territoriale⁹¹. Tale evoluzione, avviata con il

⁸⁹ Cfr. in questo senso D. GALLO, *I servizi di interesse*, cit., 131, il quale rileva che «l'art. 106, par. 2 ha costituito, a partire dalla prima metà degli anni novanta, lo strumento principale attraverso il quale le corti UE, nell'ambito di controversie tra Stati membri e tra Stati e Commissione, hanno potuto attenuare il grado di forte apertura al mercato e alla concorrenza che aveva caratterizzato l'azione comunitaria prima nella seconda metà degli anni ottanta e poi agli inizi degli anni novanta». In questo senso – osserva l'A. - «il fatto che la riscoperta dell'art. 106, par. 2 sia avvenuta all'epoca delle liberalizzazioni e delle privatizzazioni non è casuale: con il progressivo abbandono del criterio istituzionale, la conseguente riformulazione dei rapporti tra Stato ed economia e la connessa dissociazione tra interesse generale e soggetto pubblico, la posizione della norma nell'ordinamento dell'Unione si fa decisiva».

⁹⁰ Sul processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea tra la fine degli anni '90 e l'inizio del nuovo millennio, v. *ex multis* A. BARBERA, *Esiste una costituzione europea*, in *Quad. cost.*, 2000, 59; L. TORCHIA, *Una costituzione senza Stato?*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 405; P. CRAIG, *Costituzioni, costituzionalismo e l'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 303; S. CASSESE, *La costituzione europea*, in *Quad. cost.*, 1991, 487.

⁹¹ Sul collegamento tra coesione e diritti, v. C. AMIRANTE, *La coesione economica e sociale. I servizi pubblici e i diritti sociali*, in S. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle corti europee: il dibattito nelle riunioni dell'Osservatorio costituzionale*, Padova, 2007, 95 ss.

Tratto di Maastricht e proseguita da ultimo con il Trattato di Lisbona, è stata sintetizzata all'art. 3 TUE nell'obiettivo dell'Unione di realizzare una «economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale»⁹².

La seconda direttrice attiene al processo di democratizzazione dell'Unione europea, attuato mediante l'assunzione da parte del Parlamento europeo di un ruolo di maggior rilievo nelle dinamiche istituzionali comunitarie, seppure ancora lontano dalla posizione ricoperta dai parlamenti nazionali negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri.

Un terzo processo è quello relativo alla progressiva europeizzazione della tutela dei diritti fondamentali, avviato con l'adozione della Carta di Nizza, che con Lisbona ha assunto una forza giuridica pari ai Trattati⁹³. Come noto, tuttavia, tale processo non ha riguardato finora, se non in misura minima, i diritti sociali, la cui tutela rimane pertanto riservata in via pressoché esclusiva agli Stati membri⁹⁴.

Si tratta di tre processi tra loro strettamente correlati, il cui esito appare tuttora incerto ed i cui risultati non sembrano irreversibili, ma al contrario appaiono oggi più che mai precari, essendo esposti alle forze euroscettiche che predicano un ritorno alle sovranità nazionali.

Quel che è certo, però, è che le nuove prospettive assunte dall'integrazione europea dopo Maastricht hanno inciso profondamente sui contenuti della nozione di servizio di interesse generale e sull'interpretazione della disciplina dettata dall'art. 106, TFUE.

I primi segnali di un rinnovato atteggiamento delle istituzioni europee si possono cogliere nelle sentenze *Corbeau*⁹⁵ e *Comune di Almelo*⁹⁶, pronunciate dalla Corte di Giustizia tra il 1993 e il 1994.

⁹² Art. 3 TUE.

⁹³ Sull'influenza che tale processo ha avuto sulla costituzione economica europea, v. M.P. CHITI, *I caratteri della Costituzione economica europea alla luce della Carta dei diritti fondamentali di Nizza*, in C. FRANCHINI-L. PAGANINI (a cura di), *Stato ed economia all'inizio del XXI secolo. Riflessione in ricordo di Massimo Severo Giannini*, Bologna, 2002.

⁹⁴ Su questo tema v. A. CIANCIO, *Verso un 'pilastro europeo dei diritti sociali'*, in *federalismi.it*, n. 13/2016; A. LO GIUDICE, *L'Europa sociale come risposta alla crisi di legittimazione dell'Unione Europea*, *ibidem*; A. RUGGERI, *Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all'Unione europea e ritorno*, *ibidem*.

⁹⁵ Corte di Giustizia, 19 maggio 1993, C-320/91, *Corbeau*.

⁹⁶ Corte di Giustizia, 27 aprile 1994, C-393/92, *Comune di Almelo*.

In *Corbeau*, la questione pregiudiziale era volta a stabilire se fosse compatibile con il Trattato una normativa belga che attribuiva ad un ente pubblico (la Régie des postes) il diritto esclusivo di raccogliere, di trasportare e di distribuire la corrispondenza, vietando a tutti gli altri operatori di offrire determinati servizi specifici su quel mercato, sotto pena di sanzioni penali.

In questa sentenza, la Corte, dopo avere constatato che l'attribuzione di un diritto esclusivo alla Régie des postes aveva l'effetto di determinare in capo a quest'ultima una posizione dominante sul mercato dei servizi postali, ha ritenuto di dover verificare se tale restrizione della concorrenza fosse giustificabile ai sensi dell'art. 90, par. 2 del Trattato. A tal fine, essa è partita dal presupposto che quest'ultima disposizione consente agli Stati membri di conferire ad imprese, cui attribuiscono la gestione di servizi di interesse economico generale, diritti esclusivi che possono impedire l'applicazione delle norme del Trattato, nella misura in cui siffatte restrizioni siano «necessarie per garantire l'adempimento della specifica funzione attribuita alle imprese titolari dei diritti esclusivi»⁹⁷. Avendo appurato che, nella fattispecie, l'impresa pubblica era incaricata di un servizio di interesse economico generale, la Corte ha formulato il proprio test di proporzionalità nei seguenti termini: «si tratta di esaminare in quale misura sia necessaria una restrizione della concorrenza, o persino l'esclusione di qualsiasi concorrenza da parte di altri operatori economici, per consentire al titolare del diritto esclusivo di esercitare la sua funzione d'interesse generale, ed in particolare di beneficiare di condizioni economicamente accettabili»⁹⁸.

Muovendo da queste premesse, dunque, essa ha giudicato proporzionata la concessione di un diritto di esclusiva al gestore del servizio pubblico per prestazioni diverse da quelle strettamente riconducibili al servizio universale. Se, infatti, gli imprenditori privati fossero stati autorizzati a fare concorrenza al titolare dei diritti esclusivi nei settori di loro scelta, sarebbero stati in grado di concentrarsi sulle attività economicamente redditizie e di offrirvi tariffe più vantaggiose di quelle praticate dai titolari dei diritti esclusivi non essendo tenuti, diversamente da questi ultimi, ad effettuare una compensazione fra le perdite subite nei settori non redditizi e i profitti realizzati nei settori più redditizi.

⁹⁷ Corte di Giustizia, *Corbeau*, cit., par. 14.

⁹⁸ Corte di Giustizia, *Corbeau*, cit., par. 16.

A conclusioni analoghe è giunta la Corte nella sentenza *Comune di Almelo*, dove ha ritenuto ammissibile l'obbligo imposto ai distributori locali di energia dei Paesi Bassi di rifornirsi esclusivamente da un'impresa nazionale, nella misura in cui tale clausola fosse necessaria per consentire lo svolgimento da parte di quest'ultima del servizio di interesse generale di cui era incaricata, tenendo conto «delle condizioni economiche nelle quali si trova l'impresa, ed in particolare dei costi che essa deve sopportare e delle normative, soprattutto in materia di ambiente, alle quali è soggetta»⁹⁹.

Nelle sentenze citate, in definitiva, la Corte di Giustizia ha rielaborato il test di proporzionalità utilizzato in precedenza, adottando un'interpretazione più flessibile della clausola di cui all'art. 106, par. 2. Essa, quindi, ha giudicato ammissibili non più soltanto le restrizioni della concorrenza indispensabili per la sopravvivenza stessa del servizio, ma anche quelle restrizioni necessarie per consentire all'impresa incaricata del servizio pubblico di svolgere la propria attività in condizioni di equilibrio economico¹⁰⁰.

Analogamente, in due sentenze del 1997 la Corte ha affermato che «affinché le norme del Trattato non siano applicabili a un'impresa incaricata di un servizio di interesse economico generale in forza dell'art. 90, n. 2, del Trattato, è sufficiente che tali norme ostino all'adempimento, in diritto o in fatto, degli obblighi specifici che incombono a tale impresa», non essendo invece necessario «che risulti minacciata la sopravvivenza stessa dell'impresa»¹⁰¹.

Questo indirizzo è stato ulteriormente sviluppato dalla sentenza *Albany* del 1999, dove la Corte ha ricordato che «non è necessario, ai fini dell'applicazione dell'art. 90, n. 2, del Trattato, che risultino minacciati l'equilibrio finanziario o la redditività economica dell'impresa incaricata della gestione di un servizio di interesse economico generale», ma «è sufficiente che, in mancanza dei diritti controversi, possa risultare compromesso l'adempimento delle specifiche funzioni assegnate all'impresa, quali precisate dagli obblighi e dai vincoli imposti, o che il mantenimento dei diritti di cui trattasi sia

⁹⁹ Corte di Giustizia, *Comune di Almelo*, cit., par. 49.

¹⁰⁰ Cfr. D. GALLO, *I servizi di interesse*, cit. 505.

¹⁰¹ Corte di Giustizia, 23 ottobre 1997, C-159/94, *Commissione c. Francia*. In senso analogo Corte di Giustizia, 23 ottobre 1997, C-157/94, *Commissione c. Paesi Bassi*.

necessario per consentire al loro titolare di adempiere le funzioni di interesse economico generale affidategli in condizioni economicamente accettabili»¹⁰².

Nella fattispecie, quindi, la Corte ha ritenuto che, se fosse stato eliminato il diritto esclusivo di un fondo pensione dei Paesi Bassi di gestire il regime pensionistico integrativo per tutti i lavoratori di un determinato settore, le imprese aventi alle loro dipendenze personale giovane e in buona salute che svolgessero attività non pericolose avrebbero cercato condizioni di assicurazione più vantaggiose presso assicuratori privati, privando dunque il fondo dei rischi “buoni”. Il che avrebbe determinato, secondo la Corte, l'impossibilità per il fondo stesso di adempiere alle funzioni di interesse economico generale ad esso affidate in condizioni economicamente accettabili, mettendone in pericolo l'equilibrio finanziario¹⁰³.

In definitiva, le sentenze esaminate hanno segnato il passaggio da una contrapposizione netta tra concorrenza e servizi di interesse generale ad un approccio più equilibrato, in coerenza con lo spirito e la *ratio* dell'art. 106, par. 2, TFUE. Mentre in precedenza, infatti, l'interpretazione restrittiva adottata dalle istituzioni comunitarie aveva di fatto svuotato la portata applicativa di tale disposizione, con queste sentenze la Corte ha restituito centralità alla nozione di servizio di interesse economico generale.

A seguito di tali pronunce, infatti, la nozione di SIEG viene sottratta al bilanciamento tra concorrenza e diritti esclusivi, per divenirne il presupposto. Il giudizio operato dalla Corte, cioè, non è più volto come in precedenza ad evitare che il pieno dispiegarsi delle

¹⁰² Corte di Giustizia, 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany*, par. 107.

¹⁰³ La Corte di Giustizia, nella sentenza *Albany* ha affermato: «Ora, nel caso in cui venga eliminato il diritto esclusivo del fondo di gestire il regime pensionistico integrativo per tutti i lavoratori di un determinato settore, le imprese aventi alle loro dipendenze personale giovane e in buona salute che svolge attività non pericolose cercherebbero condizioni di assicurazione più vantaggiose presso assicuratori privati. L'uscita progressiva dei rischi «buoni» lascerebbe al fondo pensione di categoria la gestione di una parte crescente di rischi «cattivi», provocando così un aumento del costo delle pensioni dei lavoratori, ed in particolare di quelli delle piccole e medie imprese con personale anziano che svolge attività pericolose, alle quali il fondo non potrebbe più proporre pensioni a costi accettabili». Sulla base di queste considerazioni, quindi, la Corte ha concluso che «l'eliminazione del diritto esclusivo conferito al Fondo potrebbe comportare l'impossibilità per il Fondo stesso di adempiere alle funzioni di interesse economico generale ad esso affidate in condizioni economicamente accettabili, mettendone in pericolo l'equilibrio finanziario».

regole concorrenziali abbia l'effetto di vanificare l'adempimento della missione di interesse generale. Diversamente la Corte, una volta accertato che un'impresa è stata incaricata da uno Stato membro di svolgere una missione di interesse generale, si interroga se gli strumenti adoperati siano adeguati e proporzionati a tale scopo.

Si tratta, a ben vedere, di una differenza sostanziale, dato che la concorrenza in questo modo non viene più considerata un valore assoluto da perseguire in quanto tale, seppure nei limiti della salvaguardia del contenuto minimo dei SIEG, bensì viene valutata alla stregua di uno strumento da utilizzare in vista del migliore perseguimento dell'interesse generale¹⁰⁴.

Certo, la concorrenza rimane comunque lo strumento ordinario, a cui bisogna ricorrere ogniqualvolta essa non costituisca un ostacolo al perseguimento dell'interesse generale, ma è pur sempre uno strumento, suscettibile di cedere il passo ad altri mezzi quali la concessione di diritti esclusivi o speciali, quando questi si rivelino più adeguati al perseguimento della missione di servizio pubblico. Viene pertanto ristabilito quel rapporto di fini-mezzi, che come detto rappresenta la ragion d'essere dell'art. 106, par. 2 TFUE, quale clausola di contemperamento tra l'interesse degli Stati membri ad utilizzare determinate imprese come strumento di politica economica o sociale, con l'interesse della Comunità all'osservanza delle regole di concorrenza e al mantenimento dell'unità del mercato comune¹⁰⁵.

Il rinnovato peso attribuito alla missione di interesse generale si traduce in una diversa configurazione dell'onere della prova ai fini del giudizio di proporzionalità. Se in precedenza, infatti, alle autorità nazionali veniva richiesto di provare che le finalità di interesse pubblico sottese all'istituzione di un SIEG non potessero essere soddisfatte mediante misure meno lesive della concorrenza rispetto all'assegnazione di un diritto

¹⁰⁴ La Commissione europea ha sottolineato in diversi documenti la complementarità tra SIEG e mercato. In particolare, nella Comunicazione sui servizi di interesse generale del 2000, ha affermato che «i servizi di interesse economico generale, il mercato interno e la politica in materia di concorrenza della Comunità, lungi dall'essere incompatibili» sono «complementari», dato che la loro interazione si risolve in un «vantaggio di ogni cittadino e della società nel suo insieme». Nel Libro verde sui servizi di interesse generale, poi, la Commissione torna sul punto, evidenziando un «collegamento coerente e armonioso tra l'obiettivo di mantenere alta la qualità dei servizi di interesse generale e la rigorosa applicazione delle regole della concorrenza e del mercato interno».

¹⁰⁵ Così Corte di Giustizia, 19 marzo 1991, C-202/88, *Francia c. Commissione*, par. 12.

esclusivo o speciale, a partire dal periodo considerato la Corte tiene in maggiore considerazione il margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri.

Nel caso *Albany*, in particolare, la Corte non accoglie l'argomentazione della ricorrente secondo cui un livello pensionistico adeguato per i lavoratori potesse essere garantito con la fissazione di requisiti minimi che le pensioni offerte dalle società di assicurazione dovessero soddisfare. A tale riguardo, infatti, la Corte ha sottolineato che «considerata la funzione sociale dei regimi pensionistici integrativi e il margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri [...] per determinare l'assetto dei loro sistemi previdenziali [...], spetta a ciascuno Stato membro valutare se, tenuto conto delle particolarità del proprio sistema pensionistico interno, la fissazione di requisiti minimi gli consentirebbe ancora di garantire il livello pensionistico che esso mira ad assicurare in un settore rendendo obbligatoria l'iscrizione ad un fondo pensione»¹⁰⁶.

È bene infine sottolineare che, nelle sentenze richiamate, i giudici europei cominciano a valorizzare, nell'ambito del bilanciamento, anche le finalità indirette che i servizi pubblici sono idonei a conseguire. La Corte, in altre parole, prende in considerazione non più soltanto gli obiettivi di interesse generale che ciascun servizio è intrinsecamente finalizzato a realizzare (ad esempio, per il servizio postale, la consegna della corrispondenza), ma anche quelle finalità ulteriori che i medesimi servizi sono idonei indirettamente a conseguire (ad esempio, sempre con riferimento al servizio postale, la coesione territoriale)¹⁰⁷. Tale consapevolezza, in particolare, emerge dalla sentenza *Comune di Almelo*, dove la Corte invita il giudice nazionale a considerare anche le normative in materia di ambiente alle quali l'impresa incaricata della distribuzione dell'energia è soggetta, mostrando così di valorizzare le ricadute ambientali che la gestione di un servizio come quello di distribuzione dell'energia può avere¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Corte di Giustizia, 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany*, par. 122.

¹⁰⁷ Cfr. F. MUNARI, *La disciplina dei cd. servizi essenziali*, cit., il quale sottolinea le ricadute sociali dei servizi postali. Egli osserva in particolare che «benché sia possibile un calcolo economico del costo di un telefono satellitare rispetto a quello di un ufficio postale in una località sperduta, temo sia assai più difficile calcolare il valore sociale, culturale e umano di mantenere presidiate con servizi essenziali zone periferiche del territorio al fine di mantenerle vive e vitali, consentendo quindi a chiunque di trasferirvisi fruendo di pari diritti e prerogative rispetto agli altri cittadini».

¹⁰⁸ In *Comune di Almelo*, infatti, la Corte afferma: «Restrizioni della concorrenza da parte di altri operatori economici devono essere ammesse se risultano necessarie per consentire lo svolgimento del servizio di

Queste finalità indirette, tuttavia, per il momento rimangono in un certo senso sullo sfondo, come fattori esterni che possono incidere solo incidentalmente sul giudizio di proporzionalità, ma che non fanno parte a pieno titolo della missione di interesse generale in nome della quale il diritto europeo consente deroghe alla disciplina concorrenziale¹⁰⁹. In questo senso, la Corte di Giustizia nella sentenza *Commissione c. Francia* precisa che «affinché gli obblighi imposti a un'impresa incaricata della gestione di servizi di interesse economico generale possano essere considerati riconducibili alla specifica missione affidatale, occorre che essi presentino un nesso con l'oggetto del servizio di interesse economico generale di cui trattasi e siano volti direttamente a contribuire alla soddisfazione di tale interesse»¹¹⁰.

In definitiva, dunque, si può rilevare come, a partire dal periodo considerato, l'istituto del servizio di interesse generale, e la relativa disciplina dettata dall'art. 106 TFUE, sia divenuto lo strumento privilegiato attraverso cui conciliare la creazione del mercato unico con la facoltà degli Stati membri di determinare gli obiettivi della propria politica nazionale e di tentare di conseguirli imponendo obblighi e vincoli alle imprese incaricate della gestione dei SIEG¹¹¹.

Ai fini di tale contemperamento, la Corte di Giustizia assume come presupposto l'individuazione, compiuta da uno Stato membro, di una missione di interesse generale suscettibile di giustificare una restrizione della concorrenza e, sulla scorta di tale valutazione, procede a valutare la proporzionalità degli strumenti impiegati per raggiungere la finalità medesima. Tuttavia, nell'ambito di questo bilanciamento, la Corte circoscrive la propria valutazione a quegli obblighi che presentino un nesso con l'oggetto del servizio di interesse economico generale di cui trattasi e siano volti direttamente a contribuire alla soddisfazione di tale interesse.

interesse generale da parte dell'impresa incaricata. A questo proposito, si deve tenere conto delle condizioni economiche nelle quali si trova l'impresa, ed in particolare dei costi che essa deve sopportare e delle normative, soprattutto in materia di ambiente, alle quali è soggetta».

¹⁰⁹ Sulla “disaggregazione degli interessi” condotta dall'Unione europea, specialmente dalla Corte di Giustizia, v. G. NAPOLITANO, *Regole e mercato*, cit., 40 ss.

¹¹⁰ Sulla base di queste premesse, quindi, essa afferma che «non sarebbe questo il caso di obblighi in materia di ambiente e di pianificazione territoriale imposti a imprese incaricate dell'approvvigionamento del paese di energia elettrica e di gas, a meno che non si tratti di obblighi specifici di tali imprese e delle loro attività».

¹¹¹ Cfr. quanto affermato dalla Corte in *Commissione c. Francia*.

Quest'ultimo aspetto, come si dirà, è destinato a mutare per effetto della progressiva assimilazione nell'ordinamento europeo di finalità ulteriori, non direttamente riconducibili all'interesse economico del servizio, che con il Trattato di Amsterdam vengono associate esplicitamente alla nozione di SIEG.

9. La nuova prospettiva dei SIEG dopo Amsterdam

Il Trattato di Amsterdam rappresenta una tappa fondamentale nel processo di riconoscimento della funzione sociale svolta dai servizi di interesse generale¹¹². In quella sede, infatti, viene introdotto l'art. 16 TCE (oggi art. 14 TFUE), il quale costituisce la base giuridica per un'azione positiva dei SIEG nella prospettiva del soddisfacimento di quegli interessi extra-economici, che trovano un proprio riconoscimento direttamente nell'ordinamento dell'Unione europea¹¹³.

Più nel dettaglio, l'art. 14 TFUE riconosce innanzitutto «l'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione», nonché il loro ruolo «nella promozione della coesione sociale e territoriale». In secondo luogo, tale

¹¹² Cfr. M. MARESCA, *L'accesso ai servizi di interesse generale, de-regolazione e ri-regolazione del mercato e ruolo degli users' rights*, in *Dir. un. eur.*, 3, 2005, 441 ss. D. GALLO, *I servizi di interesse*, cit., 187, il quale parla di mutamento di prospettiva in materia di SIEG a seguito del Trattato di Amsterdam. In particolare, l'A. afferma che attraverso l'introduzione dell'art. 14 TFUE «l'assetto dispositivo relativo a tale categoria di servizi, riconosce a questi ultimi una funzione essenziale, con riferimento non solo alla tutela della concorrenza ma anche alla coesione sociale e territoriale». Sull'apporto del Trattato di Amsterdam all'evoluzione della nozione di SIEG, v. anche L.S. ROSSI, *Con il Trattato di Amsterdam l'Unione è più vicina ai suoi cittadini?*, in *Trattato di Amsterdam*, Milano, 1999, 339 ss.; S. GOZI, *Prime riflessioni sul Trattato di Amsterdam: luci ed ombre sul futuro dell'Unione*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1997, 917 ss.; S. RODRIGUES, *Les services publics et le Traité d'Amsterdam. Genèse et portée juridique du projet du nouvel article 16 du Traité CE*, in *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1998, 37 ss.; M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici e autonomie private nel diritto dei mercati*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2000, 398.

¹¹³ Cfr. in questo senso, M. ROSS, *Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?*, in *European Law Review*, 2000, 22 ss. Cfr. anche J.C. PIELOW, *Il «service public»*, cit., 70, il quale afferma rinvia nell'art. 16 TCE un «rafforzamento della dimensione sociale del diritto fondamentale dell'Unione» ed «una certa relativizzazione del precedente primato del mercato e della concorrenza rispetto ai servizi d'interesse economico generale».

disposizione stabilisce che «l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti». Infine, nell'ultimo periodo, l'art. 14 attribuisce al Parlamento europeo e al Consiglio la competenza di stabilire, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, i principi e le condizioni di funzionamento dei SIEG, «fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi»¹¹⁴.

La formulazione non particolarmente felice dell'articolo in esame, nonché la sua stessa collocazione, sono il risultato di un compromesso raggiunto nell'ambito dei negoziati volti alla redazione del Trattato¹¹⁵. In quella sede infatti alcuni Paesi, tra cui soprattutto la Francia, proponevano di modificare l'art. 86, par. 2 TCE, inserendovi un riferimento alle finalità sociali dei servizi di interesse economico generale, al fine di bilanciare gli eccessi prodotti dalle politiche di liberalizzazione. Altri Paesi, invece, giudicavano non opportuno alterare i complessi equilibri sottostanti il secondo paragrafo dell'art. 86 e, al contempo, ritenevano che il medesimo risultato potesse essere raggiunto mediante un'interpretazione più flessibile dello stesso. Infine una soluzione intermedia era sostenuta dalla Commissione europea, la quale proponeva di inserire un riferimento ai servizi di interesse generale nell'art. 3 del Trattato CE, tra gli obiettivi dell'Unione, con una valenza programmatica.¹¹⁶

All'esito di una complessa trattativa¹¹⁷, si optò per l'introduzione di una nuova disposizione, l'art. 16 appunto, nella prima parte del TCE dedicata ai principi del mercato

¹¹⁴ Per una prima analisi dell'articolo 16 TCE, v. M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 187 ss. A. GARDELLA, *Articolo 16*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati*, cit.; L. RADICATI DI BROZOLO, *La nuova disposizione sui servizi d'interesse generale in Europa*, in *Dir. un. eur.*, 1998, 527 ss.; J.C. PIELOW, *Il «service public»*, cit., 70 ss.

¹¹⁵ Sulla genesi dell'art. 14 TFUE, v. diffusamente D. GALLO, *I servizi di interesse*, cit. 190 ss.

¹¹⁶ Secondo la Commissione, l'inserimento dei SIG tra gli obiettivi generali della Comunità, pur senza costituire una nuova base giuridica, avrebbe messo in rilievo «che i servizi in questione costituiscono una dimensione di cui tenere conto nella definizione delle azioni della Comunità nell'elaborazione delle sue politiche» (Comunicazione sui servizi di interesse generale del 1999).

¹¹⁷ Sulle diverse posizioni in campo e sulle ragioni che portarono alla decisione finale, v. D. GALLO, *I servizi di interesse*, 714 ss.

interno. La portata applicativa di tale disposizione, peraltro, è stata fortemente ridotta per effetto dell'inserimento di una clausola di salvaguardia all'inizio dell'articolo, in virtù della quale sono stati fatti salvi gli articoli 73, 86 e 87 TCE (ora artt. 93, 106 e 107 TFUE).

Il Trattato di Lisbona ha recepito il disposto dell'art. 16 TCE, con alcune lievi modifiche, nell'attuale art. 14 TFUE¹¹⁸. Inoltre, in quella sede è stato adottato il protocollo n. 26, dedicato ai servizi di interesse generale, con lo scopo di fornire alcune disposizioni interpretative dell'art. 14 TFUE. Nello specifico, tale protocollo prevede che i valori comuni dell'Unione con riguardo ai servizi di interesse economico generale, di cui all'art. 14, comprendono in particolare (a) «il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti»; (b) «la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse»; (c) «un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente».

Infine, il Trattato di Lisbona ha riconosciuto un valore giuridico pari a quello dei trattati alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ed in particolare, per quel che qui interessa, all'art. 36 della stessa, il quale stabilisce che «al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente al trattato che istituisce la Comunità europea»¹¹⁹.

¹¹⁸ Per un'analisi delle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona all'articolo in commento, v. D. GALLO, *I servizi di interesse*, cit. 198-199.

¹¹⁹ Per un commento a tale disposizione, v. A. LUCARELLI, *Commento all'art. 36. Accesso ai servizi di interesse economico generale*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001; O. PORCHIA, *Alcune considerazioni sull'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai servizi di interesse economico generale*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2002, 633 ss. Sulla genesi e la portata innovativa di questo articolo, v. L. GRARD, *Place et signification de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in J. VANDAMME, S. RODRIGUES, *L'accès aux services d'intérêt économique général*, Parigi, 2003.

Ora, alla luce di questa ricostruzione, occorre domandarsi quali effetti abbiano avuto le modifiche apportate al diritto primario dell'Unione dai Trattati di Amsterdam e di Lisbona sulla nozione europea di servizio di interesse generale.

10. La portata applicativa degli articoli 14 TFUE e 36 della Carta di Nizza

Sul punto, si confrontano quattro orientamenti dottrinali¹²⁰.

Secondo una prima tesi, queste disposizioni avrebbero una valenza meramente simbolica¹²¹, non avendo introdotto alcun elemento ulteriore rispetto a quanto già previsto dall'art. 106 TFUE, così come interpretato dalla Corte di Giustizia. In favore di questa interpretazione, in particolare, militerebbe la clausola di salvaguardia dell'art. 14, che fa salva l'applicazione degli artt. 93, 106 e 107 TFUE.

Un secondo orientamento, invece, ritiene che l'introduzione di tali disposizioni nel diritto primario dell'UE abbia determinato un mutamento di prospettiva dell'ordinamento europeo rispetto al ruolo assunto dai SIEG¹²². Nello specifico, secondo questa interpretazione, l'art. 14 TFUE rappresenterebbe un nuovo parametro alla luce del quale valutare l'ammissibilità delle deroghe alle regole della concorrenza, nonché un criterio interpretativo da seguire nell'applicazione dell'art. 106 TFUE.

Una terza parte della dottrina, poi, considera gli articoli citati una base giuridica su cui fondare un intervento normativo positivo dell'Unione volto a garantire che i servizi di cui

¹²⁰ Per questa classificazione, si fa riferimento a D. GALLO, *I servizi di interesse*, cit., 720 ss.

¹²¹ Cfr. in questo senso G.F. CARTEL, *I servizi di interesse*, cit., il quale afferma che «in realtà la copertura giuridica dei servizi di interesse economico generale non appare così certa. L'art. 16 del Trattato, che pur eleva i servizi a “valore dell'Unione”, ha una formulazione testuale che, al pari della matrice storico-normativa, pare consegnare alla nozione un valore prevalentemente simbolico». Cfr. altresì M. ROSS, *Article 16 EC*, cit., 28; G. CORSO, *I servizi pubblici*, cit., 19. .

¹²² Cfr. F. MUNARI, *La disciplina dei cd. servizi essenziali*, cit., il quale con riferimento all'art. 16 TCE, afferma che «non è plausibile che siano semplicemente duplicati i contenuti dell'art 86.2, anche in presenza di un riferimento, nell'art. 16 medesimo, all'art. 86 citato e alle norme in materia di aiuti. Più verosimile è ritenere che, al di là delle complesse questioni interpretative che questa norma suscita nel suo combinarsi con le altre norme del Trattato CE [...], l'art. 16 abbia quanto meno l'effetto di qualificare i servizi di cui trattasi in un senso tale da imporre all'azione della Comunità in questo settore un vincolo di operare secondo un sistema di valori politici, sociali, culturali condivisi a livello di Stati membri».

trattasi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i propri compiti¹²³.

Infine, secondo un ultimo orientamento, dalla lettura congiunta degli art. 14 TFUE e 36 della Carta di Nizza deriverebbe un obbligo positivo, per l'Unione e gli Stati membri, di rendere effettiva l'accessibilità dei servizi di interesse economico generale, a cui corrisponderebbe un vero e proprio diritto soggettivo dei cittadini europei ad accedere ai servizi medesimi¹²⁴.

Ad avviso di chi scrive, ciascuna di queste teorie coglie un aspetto importante delle novità introdotte dalle disposizioni in commento, senza tuttavia esaurirne la portata applicativa, attuale o potenziale.

Per quanto riguarda la prima teoria, è senz'altro corretto affermare che l'art. 14 TFUE e le altre disposizioni citate abbiano assunto, e rivestano tuttora, un forte valore simbolico. In effetti, il riconoscimento dell'importanza dei servizi di interesse economico generale e del loro ruolo di promozione della coesione sociale e territoriale, esprime un chiaro messaggio politico, nel senso di riaffermare la centralità della funzione sociale sottesa a questi servizi, in contrapposizione con la prospettiva economica adottata in misura prevalente dalle istituzioni europee. Allo stesso tempo, la rivendicazione dell'autonomia degli Stati membri e delle autorità locali nel definire ed organizzare i SIEG è funzionale a salvaguardare un istituto – il servizio pubblico – che, specialmente nella sua dimensione locale, è ancora considerato in molti Paesi uno strumento vitale di politica economica e sociale, sia dalle istituzioni pubbliche che dai cittadini.

Se questo è vero, tuttavia non pare possibile sostenere che le disposizioni in commento abbiano una valenza meramente simbolica. Una siffatta interpretazione, infatti, sarebbe innanzitutto lesiva del principio dell'effetto utile, in virtù del quale una disposizione di diritto europeo deve essere interpretata in modo da favorire il raggiungimento dell'effetto che questa intende perseguire. In ogni caso, poi, tale interpretazione è stata smentita, nella pratica, dall'utilizzo che di tali disposizioni è stato fatto dalle istituzioni comunitarie.

Rinviando al paragrafo successivo per un esame delle questioni sollevate dalle ultime due tesi, conviene soffermarsi in questa sede sulla seconda teoria.

¹²³ Sulla configurazione dell'art. 14 TFUE come base giuridica per un intervento positivo dell'Unione, v. D. GALLO, *I servizi di interesse*, cit.

¹²⁴ Per questa tesi, v. M. MARESCA, *L'accesso ai servizi*, cit., 441 ss.

Questa, infatti, è forse quella che meglio descrive l'ambito di operatività assunto attualmente dall'art. 14 TFUE, così come integrato dal protocollo n. 26, e dall'art. 36 della Carta di Nizza. Tali disposizioni, infatti, sono state utilizzate a più riprese dai giudici europei nell'ambito del giudizio di proporzionalità delle misure derogatorie del diritto della concorrenza applicate dagli Stati membri alle imprese incaricate di una missione di SIEG ai sensi dell'art. 106 TFUE.

Nello specifico, si può dire che l'impiego di tali disposizioni sia avvenuto su due fronti. Da un lato, i giudici europei vi hanno fatto richiamo in più occasioni per rafforzare l'affermazione ricorrente nella giurisprudenza comunitaria per la quale gli Stati membri godono di un ampio margine di discrezionalità quanto alla definizione di ciò che essi considerano SIEG, con la conseguenza che la definizione di tali servizi da parte dello Stato membro può essere messa in discussione dalla Commissione solo in caso di errore manifesto.

In questo senso, ad esempio, il Tribunale nella sentenza *BUPA* ha affermato che tale ripartizione delle competenze è «riflessa, in modo generale, dall'art. 16 CE, secondo il quale, in considerazione del posto che occupano i SIEG tra i valori comuni dell'Unione nonché del ruolo che essi svolgono nella promozione della coesione sociale e territoriale dell'Unione, la Comunità e i suoi Stati membri, ciascuno nei limiti delle rispettive competenze e nei limiti dell'ambito di applicazione del Trattato, vigilano affinché tali SIEG funzionino sulla base di principi e in condizioni che consentano loro di svolgere le loro missioni»¹²⁵.

Analogamente, nella sentenza *ANODE*, la Corte di Giustizia ha affermato che «l'interpretazione della condizione attinente all'interesse economico generale deve esser fatta ricadere nel nuovo contesto risultante dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il quale include, oltre all'articolo 106 TFUE, l'articolo 14 TFUE, il protocollo (n. 26) sui servizi di interesse generale [...], nonché dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che ha acquisito lo stesso valore giuridico dei trattati, in particolare l'articolo 36 di quest'ultima, relativo all'accesso ai servizi di interesse economico generale»¹²⁶.

¹²⁵ Tribunale UE, 12 febbraio 2008, T-289/03, *BUPA*, par. 167.

¹²⁶ Corte di Giustizia, 7 settembre 2016, C-121/15, *ANODE*, par. 40 e 41.

Dunque, sotto un primo versante, la giurisprudenza europea si è servita delle disposizioni in esame per ribadire ed ampliare ulteriormente il margine di discrezionalità degli Stati membri.

Dall'altro lato, tali disposizioni sono state richiamate dagli avvocati generali presso la Corte di Giustizia e, più di recente, anche dai giudici europei per giustificare le deroghe alla disciplina concorrenziale ai sensi dell'art. 106, par. 2 TFUE.

Il primo richiamo a tali articoli si rinviene nelle conclusioni dell'avvocato generale Alber nella causa *TNT Traco*¹²⁷ dove, con riferimento alla deroga di cui all'art. 106, par. 2, TFUE, afferma che «la nuova versione dell'art. 16 CE e l'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sottolineano il significato di tale eccezione come espressione di una fondamentale scelta di valori del diritto comunitario europeo»¹²⁸. Inoltre, l'importanza di queste disposizioni in funzione interpretativa delle eccezioni alle regole di concorrenza è sottolineata chiaramente dall'avvocato generale Maduro nella causa *FENIN*¹²⁹, dove questi afferma che «l'art. 16 CE, pur insistendo sulla necessità di garantire il funzionamento dei servizi di interesse economico generale, non rappresenta un limite all'ambito di applicazione dell'art. 86, n. 2, CE, ma fornisce, anzi, un orientamento per l'interpretazione di tale disposizione»¹³⁰.

Tale indirizzo, quindi, è stato recepito dalla giurisprudenza europea a partire dalla sentenza *TV2*, dove il Tribunale dell'UE ha rilevato che «l'importanza dei SIEG per l'Unione europea e la necessità di garantire il buon funzionamento di tali servizi sono [...] stati evidenziati dall'inserimento nel Trattato CE, da parte del Trattato di Amsterdam, dell'art. 16 CE»¹³¹. Anche alla luce di tale riferimento, nella fattispecie il Tribunale ha quindi fornito un'interpretazione particolarmente flessibile dell'art. 106, par. 2 TFUE, attribuendo un peso preponderante alle finalità sociali sottese alla missione di SIEG rispetto alle esigenze del mercato. Nello specifico, considerata l'importanza essenziale del servizio pubblico radiotelevisivo per la garanzia della democrazia, del pluralismo, della coesione sociale e della diversità culturale e linguistica, il Tribunale ha giudicato

¹²⁷ Corte di Giustizia, 17 maggio 2001, C-340/99, *TNT Traco*.

¹²⁸ Conclusioni rassegnate dall'Avvocato generale S. Alber l'1 febbraio 2001.

¹²⁹ Corte di Giustizia, 11 luglio 2006, C-205/03, *FENIN*.

¹³⁰ Conclusioni rassegnate dall'Avvocato generale M.P. Maduro il 10 novembre 2005.

¹³¹ Tribunale UE, 22 ottobre 2008, T-309/04, *TV2*, par. 102.

compatibile con i trattati la possibilità prevista dalla legge danese per l'emittente pubblica di ricorrere al finanziamento pubblicitario. Tale disparità di trattamento, infatti, secondo il Tribunale, era giustificata in virtù degli obblighi imposti all'emittente pubblica, che contemplavano «la fornitura a tutta la popolazione danese di una programmazione varia, e che soddisfi i requisiti di qualità, universalità e diversità»¹³², ritenuti per questo non paragonabili agli obblighi minimi imposti dalla legge danese per la concessione di un'autorizzazione di radiodiffusione.

Sempre con riguardo al servizio radiotelevisivo è stata pronunciata inoltre la sentenza *DTS*, in cui il Tribunale, sulla base del particolare rilievo attribuito ai SIEG dai Trattati, ed in particolare al servizio pubblico televisivo, ha affermato che «per poter ritenere che un regime di aiuti a favore di un operatore incaricato di una missione di servizio pubblico di radiodiffusione non soddisfi la condizione prevista all'articolo 106, paragrafo 2, seconda frase, TFUE, esso deve perturbare gli scambi e la concorrenza in maniera sostanziale e in misura manifestamente sproporzionata rispetto agli obiettivi perseguiti dagli Stati membri»¹³³.

Da ultimo, nella sentenza *ANODE* la Corte di Giustizia, valorizzando il riferimento alla “coesione territoriale” contenuto all'art. 14 TFUE ed all'art. 36 della Carta, ha interpretato l'art. 106 TFUE nel senso di consentire «agli Stati membri di valutare se, nell'interesse economico generale, occorra imporre alle imprese che operano nel settore del gas obblighi di servizio pubblico basati sul prezzo di fornitura del gas naturale al fine, in particolare, di garantire la sicurezza dell'approvvigionamento e la coesione territoriale»¹³⁴.

In definitiva, dalle sentenze sopra esaminate emerge come le innovazioni introdotte nel settore dei servizi di interesse generale dai Trattati di Amsterdam e Lisbona abbiano avuto l'effetto di rafforzare il peso attribuito a considerazioni di natura sociale, o

¹³² *Ibidem*, par. 115.

¹³³ Tribunale UE, 11 luglio 2014, T-533/10, *DTS*, par. 123-124.

¹³⁴ Corte di Giustizia, 7 settembre 2016, C-121/15, *ANODE*. In quell'occasione, la Corte ha sottolineato che «l'articolo 14 TFUE riconosce esplicitamente il ruolo ricoperto dai servizi di interesse economico generale nella promozione della coesione territoriale dell'Unione. Inoltre, l'articolo 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea indica espressamente la coesione territoriale nell'ambito del diritto all'accesso ai servizi di interesse economico generale».

comunque extra-economica, nell'ambito del bilanciamento compiuto dai giudici europei ai fini dell'art. 106, par. 2 TFUE.

Inoltre, è possibile osservare che, a differenza delle sentenze pronunciate negli anni '90, i giudici europei non hanno esitato a prendere in considerazione interessi ulteriori e diversi rispetto a quelli riconducibili intrinsecamente ai SIEG di volta in volta considerati. In questo senso, ad esempio, nella sentenza *DTS* il Tribunale ha affermato che, «nel valutare le condizioni previste all'articolo 106, paragrafo 2, TFUE, si deve tenere conto dell'adempimento della missione di servizio pubblico di radiodiffusione, fermo restando che essa è definita dagli Stati membri ed è direttamente collegata alle esigenze democratiche, sociali e culturali di ogni società, nonché all'esigenza di preservare il pluralismo dei mezzi di comunicazione»¹³⁵. Analogamente, nella sentenza *Anode* la Corte ha ritenuto compatibile con i trattati un regime di prezzi fissi applicato alle imprese distributrici di gas, in nome della garanzia della coesione territoriale.

Infine, è bene sottolineare come, valorizzando le funzioni sociali svolte da alcuni servizi, come quello radiotelevisivo, la giurisprudenza europea abbia finito per adottare un'interpretazione estremamente ampia e flessibile dell'art. 106 TFUE, fino a considerare incompatibili con esso soltanto quelle misure derogatorie suscettibili di perturbare gli scambi e la concorrenza «in maniera sostanziale e in misura manifestamente sproporzionata»¹³⁶ rispetto alla missione di interesse generale perseguita.

11. *Pars costruens*: la dimensione positiva del servizio di interesse generale

Nei paragrafi precedenti, è stata ripercorsa l'evoluzione interpretativa del secondo paragrafo dell'art. 106 TFUE. In particolare, si è visto come, dopo un iniziale atteggiamento di neutralità, le istituzioni comunitarie abbiano interpretato restrittivamente tale eccezione, con il file precipuo di eliminare quei monopoli nazionali che ostacolavano la realizzazione di un mercato comune nel settore dei servizi. È stato rilevato, quindi, come tale impostazione sia stata successivamente temperata, in parallelo con il processo di progressiva costituzionalizzazione dell'Unione europea. In questo

¹³⁵ Tribunale UE, *DTS*, cit., par. 153.

¹³⁶ *Ibidem*, par. 155.

senso, è stata sottolineata l'importanza assunta dall'introduzione nell'ordinamento europeo degli articoli 14 TFUE e 36 della Carta di Nizza, ad opera dei Trattati di Amsterdam e di Lisbona, i quali hanno consentito ai giudici europei di valorizzare le finalità sociali dei SIEG ai fini del bilanciamento con le istanze pro-concorrenziali presenti nel diritto dell'Unione. Alla luce di questo processo, dunque, la nozione di SIEG si è riempita di nuovi contenuti, permettendo ai giudici di considerare, nell'ambito del giudizio di proporzionalità di cui all'art. 106, par. 2 TFUE, anche finalità ulteriori, quali in particolare la promozione della coesione sociale e territoriale.

Le potenzialità applicative delle disposizioni in esame, tuttavia, non si esauriscono nell'interpretazione dell'art. 106 TFUE.

A ben vedere, in effetti, la principale innovazione apportata dagli articoli 14 e 36 consiste nell'aver introdotto nell'ordinamento europeo una dimensione positiva della nozione di servizio di interesse economico generale¹³⁷. Infatti, se originariamente la nozione di SIEG era stata concepita nell'ottica di giustificare eccezioni ai principi del libero mercato, e quindi con una valenza essenzialmente negativa, grazie alle disposizioni in commento tale istituto ha assunto una portata giuridica che trascende i confini del diritto della concorrenza, fino a diventare uno dei valori fondanti della costruzione europea¹³⁸.

La dimensione positiva della nozione di SIEG, come risultante dalle disposizioni in esame, si estrinseca principalmente in due direzioni¹³⁹.

¹³⁷ Sulla funzione positiva assunta dai servizi di interesse economico generale nell'ambito dell'ordinamento dell'UE, anche alla luce del combinato disposto degli art. 14 e 106 TFUE, v. D. GALLO, *I servizi di interesse*, cit., 757 ss.

¹³⁸ In questo senso, cfr. E. SCOTTI, *Il pubblico servizio*, cit., 166, la quale afferma che «le missioni di interesse generale non possono più ritenersi espressione di un interesse estraneo e anzi contrapposto a quello della Comunità, né di un limite alle competenze di queste o di una semplice “deroga” all'applicazione delle regole intese alla tutela dei “prioritari” interessi del mercato [...]; ancorché definiti dagli Stati membri, i servizi di interesse generale costituiscono “valori” rilevanti direttamente a livello europeo meritevoli di tutela non subordinatamente rispetto alle libertà economiche ma anzi in via sovraordinata».

¹³⁹ Cfr. M. MARESCA, *L'accesso ai servizi*, cit., il quale afferma che «oggi, l'art. 16 del Trattato CE unitamente all'art. 36 della Carta dei Diritti Fondamentali [...] va molto al di là della impostazione tradizionale a carattere mercantile. Non solo i servizi di interesse generale sono svincolati dal diritto della concorrenza [...], ma addirittura vengono a costituire una vera e propria obbligazione a carico dell'Unione e degli Stati membri, a cui si giustappone il diritto degli utilizzatori, in funzione di due distinte esigenze

Da una parte, in forza dell'art. 14 TFUE le istituzioni europee sono legittimate a dettare una disciplina positiva in materia di SIEG, finalizzata a consentire a questi di assolvere i propri compiti. In altre parole, l'art. 14 costituisce la base giuridica per un intervento normativo dell'Unione in questo settore. In tal senso dispone in particolare l'ultimo periodo dell'articolo richiamato, il quale attribuisce al Parlamento ed al Consiglio il potere di stabilire i principi e di fissare le condizioni di funzionamento dei servizi, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria.

Dall'altra parte, dal quadro normativo esaminato deriva che le istituzioni comunitarie, nel disciplinare questa materia, non possono stabilire principi e condizioni di funzionamento che siano in contrasto con la missione affidata ai SIEG, pena la violazione dell'art. 14 TFUE. Ne consegue che quest'ultima disposizione potrebbe essere invocata in futuro quale parametro di legittimità alla luce del quale disporre l'annullamento di un atto di diritto derivato adottato dalle istituzioni europee in violazione dell'obbligo di predisporre le condizioni perché i SIEG possano assolvere ai propri compiti¹⁴⁰. Analogamente, non sembra da escludere l'ipotesi che l'art. 14 TFUE possa portare in futuro alla disapplicazione di un atto di uno Stato membro, che stabilisca delle condizioni di funzionamento dei SIEG tali da non consentire agli stessi di assolvere alle proprie missioni, per contrasto con il diritto europeo.

Non pare invece configurabile, allo stato attuale, un obbligo positivo per le istituzioni europee di adottare uno o più atti di diritto derivato volti a rendere effettive le condizioni di funzionamento dei servizi di interesse economico generale¹⁴¹. In altre parole, non sembra essere presente nell'ordinamento comunitario uno strumento tale da consentire di rimediare alle omissioni del legislatore europeo in questo settore. L'art. 14 TFUE, infatti, non pare formulato in maniera sufficientemente precisa ed incondizionata da permetterne un'applicazione diretta, in assenza di un provvedimento di attuazione¹⁴².

superiori: quella della garanzia del livello minimo di welfare per i cittadini dell'Unione e quella della coesione Europea».

¹⁴⁰ Cfr. D. GALLO, *I servizi di interesse*, cit., 765 ss.

¹⁴¹ A favore della configurazione di un obbligo positivo si esprime M. MARESCA, *L'accesso ai servizi*, cit., D. GALLO, *I servizi di interesse*, 740 ss.

¹⁴² Cfr. in questo senso G.F. CARTEI, *I servizi di interesse*, cit., il quale afferma che «in realtà la copertura giuridica dei servizi di interesse economico generale non appare così certa. L'art. 16 del Trattato, che pur eleva i servizi a “valore dell'Unione”, ha una formulazione testuale che, al pari della matrice storico-

Specularmente, l'art. 36 della Carta di Nizza non pare idoneo a fondare in via immediata un diritto soggettivo dei cittadini europei all'accesso ai servizi di interesse generale¹⁴³. Tale disposizione, in effetti, non pare formulata in modo sufficientemente chiaro, preciso ed incondizionato da consentirne un'applicazione diretta, atteso che essa si limita a "riconoscere" e "rispettare" «l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente al trattato che istituisce la Comunità europea». L'art. 36 della Carta, dunque, se ha l'effetto di rafforzare le ragioni addotte dagli Stati membri a giustificazione delle deroghe ai principi concorrenziali europei, non sembra invece idoneo ad attribuire ai cittadini europei un diritto soggettivo direttamente esigibile¹⁴⁴.

Diverso sarebbe se fosse presente un atto di diritto derivato dotato di efficacia diretta e a questo non fosse data attuazione, in via legislativa o amministrativa, dalle istituzioni

normativa, pare consegnare alla nozione un valore prevalentemente simbolico. Manca, infatti, nell'ordinamento comunitario un paradigma o principio esegetico su cui declinare il significato prescrittivo dei valori comuni dell'Unione, ed assente risulta ogni riferimento ai principi ed alle condizioni che dovrebbero consentire l'organizzazione ed il loro funzionamento». In senso contrario M. MARESCA, *L'accesso ai servizi*, cit., il quale giudica «difficile da negare che l'art. 16 del Trattato CE – e così l'art. 36 della Carta di Nizza – attribuisca diritti soggettivi agli individui. Il dato testuale dell'art. 16 è chiaro e trasparente: Stati membri ed Unione europea sono tenuti, in base ad una norma costituzionale, a rendere effettivi i servizi essenziali. [...] I diritti individuali non sembrano per nulla condizionati, né tanto meno subordinati, ad ulteriori integrazioni, e la norma appare concreta». Ancora, l'A. ritiene «incontestabile che tale norma dia vita al diritto dell'individuo a pretendere dai due livelli interessati l'adozione di ogni misura legislativa e/o regolamentare necessaria ed adeguata». L'Autore quindi si interroga sul soggetto nei confronti del quale può proporsi un'azione in caso di omessa o inadeguata disciplina, e conclude che «Unione europea e Stati membri sono solidalmente obbligati». Tuttavia, lo stesso A. poi osserva che «quale sia poi il livello adeguato per regolare specifici aspetti della solidarietà nel caso in cui Stati membri ed Unione siano coinvolti non è ancora chiaro perché la giurisprudenza comunitaria non si è fino ad oggi pronunciata».

¹⁴³ Cfr. in questo senso L. GRARD, *Place et signification*, cit., 160. In senso contrario, v. D. GALLO, *I servizi di interesse*, cit., 767 ss., il quale sostiene la possibilità di riconoscere l'accesso ai SIEG come principio generale di diritto.

¹⁴⁴ D'altra parte, più in generale, non sembra possibile parlare, in senso proprio, di un diritto di accesso ai servizi di interesse generale. I SIEG, infatti, più che il contenuto di autonome posizioni giuridiche, rappresentano il presupposto essenziale per il godimento di quei diritti soggettivi che richiedono l'erogazione di determinate prestazioni per essere resi effettivi.

competenti. In tale caso, infatti, potrebbe trovare applicazione la giurisprudenza *Francovich*¹⁴⁵ e *Brasserie du Pêcheur*¹⁴⁶ della Corte di Giustizia, con conseguente condanna dell'Unione e degli Stati membri per i danni derivanti dalla violazione degli obblighi ad essi incombenti in forza del diritto comunitario¹⁴⁷. In quel caso, tuttavia, ad essere sanzionato sarebbe l'inadempimento degli obblighi derivanti dalla norma di diritto derivato violata, eventualmente interpretata in virtù degli articoli 14 TFUE e 36 della Carta Nizza, e non direttamente l'inosservanza di queste ultime disposizioni.

Alla luce di quanto precede, quindi, ferme restando le conclusioni rassegnate nel capitolo precedente con riferimento all'ordinamento costituzionale italiano¹⁴⁸, pare possibile affermare che – *de iure condito* – il diritto primario dell'UE non imponga alle istituzioni competenti un obbligo positivo di garantire l'accesso ai servizi di interesse generale, né riconosca ai cittadini europei un corrispondente diritto soggettivo all'erogazione dei servizi medesimi.

Tale constatazione, tuttavia, non sminuisce il fatto che, in conseguenza delle trasformazioni descritte in precedenza, l'ordinamento europeo sia passato da una concezione restrittiva dei servizi di interesse economico generale, intesi come un rimedio ai fallimenti del mercato, ad una concezione più ampia, che individua nello sviluppo di tali servizi un obiettivo dell'Unione, anche con funzione integrativa del mercato¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Corte di Giustizia, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e 9/90, *Francovich*.

¹⁴⁶ Corte di Giustizia, 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur*.

¹⁴⁷ Sulla possibilità di invocare i principi delle sentenze *Francovich* e *Brasserie du Pêcheur* per ottenere il risarcimento del danno in caso di violazione dell'accesso ai servizi di interesse generale, v. D. GALLO, *I servizi di interesse*, 786 ss., 801 ss. Cfr. inoltre M. MARESCA, *L'accesso ai servizi*, cit., laddove afferma: «se l'art. 16 del Trattato CE – unitamente all'art. 36 della Carta di Nizza – conferisce specifici diritti agli individui, utilizzatori dei servizi di interesse generale, questi ultimi si vedono nella condizione, in presenza di un inadempimento della Comunità e degli Stati, di fare valere il danno che avessero subito ricorrendo le condizioni da tempo fissate dalla giurisprudenza comunitaria. [...] L'esempio più preciso in questo senso è costituito da *Brasserie du Pêcheur*».

¹⁴⁸ V. Cap. II, par. 9.

¹⁴⁹ Cfr. su questo punto D. GALLO, *I servizi di interesse*, cit. 229, il quale afferma che «i servizi di interesse economico generale si pongono in questo modo al centro di una regolazione per scopi sociali, il cui intervento non va circoscritto ai soli casi di fallimenti del mercato». Sulla base di tali considerazioni, quindi, l'A. conclude che «la disciplina dei servizi di interesse economico generale riflette non solo i principi del mercato libero e regolato, ma anche il diritto fondamentale alla fruizione di servizi essenziali, costituisce il

In altre parole, è possibile affermare che oggi i SIEG non rappresentino più soltanto un limite all'operatività del diritto europeo, ma siano divenuti essi stessi uno strumento al servizio delle politiche economiche e sociali dell'Unione europea¹⁵⁰.

In definitiva, dall'analisi dell'evoluzione del diritto europeo svolta nei paragrafi precedenti è possibile delineare un processo di trasformazione –non ancora completato, ed i cui risultati sono anzi oggi più che mai incerti – che consiste nel passaggio da un'azione delle istituzioni europee volta principalmente ad abbattere gli ostacoli nazionali alla realizzazione del mercato unico, con il solo limite della garanzia delle condizioni minime di funzionamento dei SIEG, ad un'azione costruttiva, in cui l'Unione è chiamata a provvedere affinché tali servizi funzionino in modo da poter svolgere le missioni loro affidate, nell'ottica del migliore perseguimento di un interesse generale, che non è più soltanto nazionale, ma diventa anche europeo.

Un'Europa, dunque, che non si pone più al servizio delle politiche economiche e sociali degli Stati membri, come nelle prime fasi del processo di integrazione, ma che non rappresenta nemmeno un limite all'assolvimento delle missioni che le costituzioni nazionali affidano agli Stati membri, come troppo spesso è stato ed è tuttora. Bensì un'Europa che coopera con gli Stati membri, nei limiti delle rispettive competenze ed in osservanza del principio di sussidiarietà, per realizzare di quei valori comuni dell'Unione – come la coesione sociale e territoriale – rispetto ai quali i servizi pubblici rappresentano uno strumento fondamentale.

perno intorno al quale si sviluppa, prende forma ed evolve il concetto di “modello sociale europeo”, di cui i servizi pubblici costituiscono un “valore” fondante».

¹⁵⁰ La natura strumentale di questi servizi, peraltro, emerge dalla stessa formulazione dell'art. 14 TFUE, dove si dà mandato all'Unione di provvedere affinché i SIEG possano «assolvere i propri compiti». In questo modo quindi i trattati riconoscono implicitamente che, attraverso la propria azione nel settore dei SIEG, l'Unione europea concorre con gli Stati membri nella garanzia effettiva dei diritti da questi riconosciuti.

Conclusioni

Nonostante i numerosi tentativi della dottrina di darne una definizione giuridica, il servizio pubblico rimane ancora oggi uno degli istituti giuridici più controversi e per molti versi sfuggenti del panorama giuspubblicistico. E pur tuttavia non si tratta, come alcuni hanno sostenuto, di una nozione priva di significato giuridico autonomo e quindi inutile ai fini dello studio dell'ordinamento. Al contrario, nonostante le trasformazioni subite nell'arco degli ultimi decenni, ed anzi forse proprio grazie a queste, l'istituto del servizio pubblico, nelle diverse declinazioni assunte nel diritto interno ed in quello europeo, tende oggi a riacquisire la centralità dogmatica che aveva perduto. Non più, s'intende, come *pierre angulaire* del diritto pubblico – ruolo attribuitogli dalla dottrina francese d'inizio Novecento, che in Italia non ha mai realmente ricoperto – bensì come chiave di volta della costituzione economica, fondamento e al contempo limite dell'intervento pubblico nell'economia.

In questa veste, grazie alla sua collocazione al crocevia tra le discipline giuridiche ed economiche, il servizio pubblico si rivela una nozione chiave per comprendere le trasformazioni che, nella presente fase storica, stanno riguardando la forma di Stato, con specifico riferimento alle interazioni tra poteri pubblici ed attività economiche.

Un riferimento essenziale, dunque, per orientarsi in un'epoca di profonde trasformazioni politiche e sociali, dove la “nuova” costituzione economica prospettata a partire dagli anni Novanta vede progressivamente erodersi il *consensus* acquisito presso la comunità scientifica e l'opinione pubblica, travolta dalla crisi di legittimazione delle istituzioni europee e, più in generale, dal crollo dell'ideologia che ne costituiva il fondamento.

In questo contesto di grande incertezza, in cui vengono a mancare i riferimenti del passato e ancora stentano a profilarsi con chiarezza gli assetti futuri, la presente ricerca si è proposta di rileggere le trasformazioni della costituzione economica attraverso la lente del servizio pubblico, al fine di provare a delineare alcune prospettive evolutive dei rapporti tra Stato e mercato. Tale analisi, in particolare, è stata svolta mettendo a fuoco tre aspetti centrali per il diritto pubblico.

Innanzitutto, lo studio della nozione di servizio pubblico ha permesso di ripercorrere l'evoluzione dei fini dello Stato, nel passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale, fino

alla crisi di quest'ultimo. Analizzando lo svolgimento di tale processo, è stato sottolineato come la nozione stessa di servizio pubblico sia stata elaborata originariamente per dare una collocazione sistematica a quelle prestazioni che, a partire dalla seconda metà dell'Ottocento, lo Stato liberale ha assunto su di sé per fare fronte alle richieste provenienti da una base sociale (ed elettorale) di riferimento in espansione. È stato osservato inoltre come l'avvento dello Stato sociale, realizzatosi con le costituzioni del secondo dopoguerra, non sia stato determinato tanto da una crescita quantitativa delle prestazioni sociali erogate dallo Stato – che, infatti, fino agli anni Sessanta non crebbero in misura significativa – quanto da una rivoluzione assiologica, per cui dette prestazioni furono elevate a fine essenziale dello Stato, a cui esso doveva provvedere nella prospettiva dell'eguaglianza sostanziale. Diversamente, è stato rilevato come la crisi dello Stato sociale, verificatasi a partire dalla metà degli anni Ottanta del secolo scorso, non abbia messo in discussione tale assetto assiologico, ma abbia riguardato unicamente i mezzi che i poteri pubblici possono impiegare per realizzare le proprie finalità. All'intervento diretto dei poteri pubblici in economia si è dunque sostituito, sotto l'influenza del diritto dell'Unione europea, il libero mercato sottoposto a regolazione pubblica. Tale evoluzione, se non ha intaccato il riconoscimento dell'*an* della prestazione, di cui è stato garantito comunque il contenuto essenziale, ha inciso profondamente sulla misura dell'erogazione, contribuendo a determinare un aumento delle disparità sociali e territoriali tra chi può accedere alle prestazioni di migliore qualità e chi, invece, deve accontentarsi del servizio minimo garantito. Per invertire tale tendenza, in gran parte riconducibile ai paradigmi economicistici di origine europea, negli ultimi anni la stessa UE ha intrapreso un percorso, il cui esito è ancora incerto, volto ad ampliare la nozione di servizio di interesse economico generale, al fine di ricomprendervi, accanto all'accezione negativa di deroga alle regole di concorrenza, anche una dimensione positiva che mira al perseguimento degli obiettivi (europei, oltretutto nazionali) di coesione sociale e territoriale.

Un secondo percorso di analisi, strettamente collegato al primo, è quello riguardante la legittimazione delle istituzioni pubbliche. A questo proposito, si è rilevato come l'idea stessa di servizio pubblico sia intimamente connessa a quella di potere pubblico. Come affermato da Duguit, infatti, dal momento che i governanti sono coloro che all'interno della società detengono il potere per organizzare quelle attività che, in un dato momento storico, sono considerate essenziali dalla coscienza sociale, ne deriva che l'efficace erogazione delle medesime prestazioni costituisce, oltre che il fine dei poteri pubblici,

anche il presupposto di legittimità della loro azione. Tale collegamento biunivoco, in effetti, è una costante della storia del costituzionalismo: esso è sancito dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, che all'art. 1 proclama che *«le gouvernement est institué pour garantir à l'homme la jouissance de ses droits naturels et imprescriptibles»*; emerge nitidamente nel passaggio dallo Stato borghese allo Stato pluriclasse, dove all'estensione progressiva del suffragio corrisponde quell'«immane moltiplicazione di servizi pubblici» constatata con rassegnazione dal liberale Vittorio Emanuele Orlando a fine Ottocento; è scandito a chiare lettere in Assemblea costituente da Togliatti, il quale afferma che la legittimità sostanziale del nuovo ordinamento costituzionale risiede «nel fatto che la Repubblica affronti e risolva quei problemi di trasformazione economica e sociale che il popolo ritiene debbano essere risolti»; e dovrebbe infine indurre ad interrogarsi sulle ragioni profonde della crisi di legittimazione che oggi colpisce le istituzioni democratiche, nonché ancor più le istituzioni europee.

Il terzo filo conduttore di questa ricerca, infine, ha riguardato il rapporto tra servizi pubblici e diritti. Tutti gli approfondimenti svolti nel corso del presente lavoro hanno mostrato l'esistenza di un legame indissolubile tra questi due elementi, al punto da poter affermare che non c'è prestazione pubblica che, direttamente o almeno indirettamente, non sia finalizzata a garantire un diritto, così come non c'è diritto a prestazione che non condizioni l'organizzazione amministrativa. Accertato questo collegamento, che è un tratto comune di ogni ordinamento storico, la questione che si è posta è se il riconoscimento di un diritto preceda o segua la predisposizione dei mezzi necessari per la sua tutela. La risposta data a tale quesito, a ben vedere, è un elemento connotante la stessa definizione di forma di Stato, in quanto riflette la concezione del rapporto intercorrente tra il potere pubblico ed i cittadini. Così, se nello Stato liberale l'assunzione di nuove attività da parte dello Stato e la conseguente affermazione dei diritti erano considerate il frutto di una libera scelta politica revocabile in ogni tempo, nello Stato sociale il riconoscimento costituzionale dei diritti precede la predisposizione dei mezzi necessari, che viene affidata all'azione futura del legislatore. Il problema dunque si sposta sul piano della garanzia dell'effettività dei diritti in assenza di un intervento legislativo attuativo della previsione costituzionale; questione, come s'è visto, ancora aperta sia sul fronte interno sia su quello europeo.

Seguendo questi tre percorsi di ricerca, quindi, si è giunti a conclusioni che in gran parte confermano le premesse da cui si era partiti. In particolare, dalle diverse prospettive di ricerca adottate, si sono potuti constatare segnali di superamento dell'assetto dei

rapporti tra Stato e mercato delineati dalla “nuova” costituzione economica di stampo liberista.

Nello specifico, dall’analisi svolta nel corso della ricerca sono emerse alcune linee direttrici lungo le quali sembra essersi sviluppato tale processo evolutivo, che pure non può dirsi ancora concluso.

La prima direttrice consiste nella separazione tra i fini dello Stato e gli strumenti da questo impiegati per il loro conseguimento. Tale separazione si realizza attraverso riconoscimento di un’obbligazione di risultato gravante sullo Stato, al quale è attribuito il compito di garantire il perseguimento delle finalità ad esso assegnate dall’ordinamento costituzionale, mentre è rimessa al legislatore la scelta dei mezzi di cui servirsi per il raggiungimento degli obiettivi medesimi. Tale scissione tra fini e mezzi costituzionali si riflette nella dicotomia logica, analizzata nel primo capitolo, tra da un lato la funzione pubblica, che appartiene necessariamente allo Stato e si estrinseca nell’esercizio dei poteri di cui l’Amministrazione dispone per il perseguimento delle finalità costituzionali e, dall’altro, i servizi pubblici, che consistono nelle prestazioni necessarie per soddisfare le finalità medesime.

Un secondo profilo di rilievo consiste nell’affermazione di una gerarchia assiologica tra i fini ed i mezzi costituzionali, tale per cui il perseguimento delle finalità indicate dall’ordinamento costituzionale viene sottratto al bilanciamento con le valutazioni riguardanti la disponibilità delle risorse, per divenire fondamento e limite delle valutazioni medesime. Tale relazione gerarchica, bene espressa di recente dalla Corte costituzionale italiana («è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l’equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»), emerge altresì dall’interpretazione dell’art. 106, par. 2 TFUE adottata negli ultimi anni dalla Corte di Giustizia, che tende a considerare la concorrenza non più come un valore assoluto da perseguire in quanto tale, seppure nei limiti della salvaguardia del contenuto minimo del servizio, bensì come uno strumento (il principale, ma non l’unico) da utilizzare in vista della migliore soddisfazione dell’interesse generale sotteso all’assegnazione di una missione di servizio pubblico.

Infine, le considerazioni che precedono si riflettono sulla dimensione soggettiva del servizio pubblico. La distinzione sopra prospettata, infatti, comporta che, se è compito dello Stato provvedere a garantire il perseguimento delle finalità costituzionali (funzione pubblica), ciò tuttavia non osta a che le prestazioni funzionali al raggiungimento di tali obiettivi (servizio pubblico) siano erogate da soggetti privati. Tale affermazione, che è

conseguenza del principio di sussidiarietà orizzontale, comporta che il legislatore potrebbe lasciare lo svolgimento di una certa attività alla libera iniziativa dei cittadini, qualora ritenesse tale strumento più idoneo al raggiungimento dell'obiettivo. D'altra parte, tuttavia, lo stesso principio di sussidiarietà orizzontale implica che il legislatore non è libero nella scelta dello strumento da adottare, ma deve parametrare le opzioni disponibili allo scopo perseguito. Con la conseguenza che i poteri pubblici sarebbero tenuti ad intervenire qualora l'iniziativa privata si rivelasse inidonea, in tutto o in parte, a soddisfare l'interesse generale a cui è funzionalizzata.

Da quanto precede deriva l'assunzione da parte dello Stato-persona di una posizione di garanzia all'interno dell'ordinamento costituzionale, in virtù della quale esso è tenuto a cooperare con lo Stato-società ai fini del perseguimento dell'interesse generale, salva la possibilità – nonché, quando sia in gioco il contenuto essenziale dei diritti, l'obbligo – di intervenire con funzione integrativa o suppletiva, quando l'iniziativa privata si rilevi incapace di assicurare una completa ed organica soddisfazione delle finalità pubbliche perseguite.

Abbandonando la posizione defilata di mero regolatore del libero mercato, quindi, nella costituzione economica qui descritta nelle sue linee essenziali, lo Stato si erge a garante dei diritti costituzionali dei cittadini e, in ragione della posizione di garanzia ricoperta nell'ordinamento, diviene l'erogatore ultimo di quelle prestazioni necessarie per garantire l'effettività dei diritti medesimi; ovvero dei servizi pubblici.

Bibliografia

- AA.VV., *La Costituzione economica*, Padova, 1997.
- AA.VV., *La municipalizzazione in alcuni grandi Paesi: (la municipalizzazione in Gran Bretagna e negli Stati Uniti. Brevi cenni sulla municipalizzazione in Francia)*, Roma, 1954.
- ALESSI R., *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, 1956.
- AMATO G., BARBERA A. (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1997.
- AMATO G., *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, n. 1/1992.
- AMATO G., *La nuova costituzione economica*, in NAPOLITANO G., DELLA CANANEA G., *Per una nuova costituzione economica*, Bologna, 1998.
- AMIRANTE C., *La coesione economica e sociale. I servizi pubblici e i diritti sociali*, in PANUNZIO S. (a cura di), *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle corti europee: il dibattito nelle riunioni dell'Osservatorio costituzionale*, Padova, 2007.
- AMMANNATI L., CABIDDU M.A., DE CARLI P., *Servizi pubblici concorrenza diritti*, Milano, 2001.
- ANZON A., *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1992.
- AZZARITI G., *La mancata attuazione della Costituzione e l'opera della magistratura*, in *Foro it.*, 1956.
- BALDASSARRE A., *Diritti sociali*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1989.
- BALLESTRERO M.V., *Art. 1*, in ROMAGNOLI U., BALLESTRERO M.V. (a cura di), *Norme sull'esercizio dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in BRANCA G., PIZZORUSSO A. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994
- BARBERA A., *Esiste una costituzione europea*, in *Quad. cost.*, 2000.
- BARUFFI M.C., *Articolo 86*, in POCAR F. (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001.
- BASSI F., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1955.
- BAUBY P., *Public service: forging a european conception*, in HAILBACH G. (a cura di), *Services of general interest in EU: reconciling competition and social responsibility*, Maastricht, 1999.
- BAYE E., *L'Espagne*, in LE DUC M., *Service publics de réseau et Europe. Les exemples de l'Allemagne, de l'Espagne, de l'Italie et du Royaume-Uni*, Parigi, 1995.
- BELL J., *L'expérience britannique*, in *AJDA*, 1997.

- BENVENUTI M., *Diritti sociali*, Torino, 2013.
- BERLINGERIO G.E., *Studi sul pubblico servizio*, Milano, 2003.
- BERTONAZZI L., VILLATA R., *Servizi di interesse economico generale*, in CHITI M., GRECO G. (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, 2007.
- BEZANÇON X., *Les services publics en France du Moyen Age à la Révolution*, Parigi, 1995.
- BEZANÇON X., *Une approche historique du partenariat public-privé*, in *Revue d'économie financière*, 1995.
- BIFULCO R., CARTABIA M., CELOTTO A. (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001.
- BOGNETTI G., *La Costituzione economica italiana*, Milano, 1995.
- BOGNETTI G., *La Costituzione economica tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario*, in *Annuario AIC*, Padova, 1997.
- BONELLI F., *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, 1996.
- BONELLI F., ROLI M., *Privatizzazioni*, in *Enc. dir.*, Milano, 2000.
- BOZZI G., *Municipalizzazione dei pubblici servizi (voce)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977.
- BUTTURINI D., *Caratteri e tipologie delle sentenze additive di prestazione*, in BUTTURINI D., NICOLINI M. (cur.), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, Napoli, 2014.
- BUTTURINI D., NICOLINI M. (cur.), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, Napoli, 2014.
- CAGGIANO G., *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2008.
- CAIA G., *Funzione pubblica e servizio pubblico*, in MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F.A., SCOCA F.G., *Diritto amministrativo*, tomo I, Bologna, 1998.
- CAIA G., *I servizi pubblici*, in MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F.A., SCOCA F.G., *Diritto amministrativo*, tomo II, Bologna, 2005.
- CALDIROLA D., *La dimensione comunitaria del servizio pubblico ovvero il servizio di interesse economico generale e il servizio universale*, in AMMANNATI L., CABIDDU M.A., DE CARLI P., *Servizi pubblici concorrenza diritti*, Milano, 2001.
- CAMERA C., MAGNANI A., *Commento alla L. 29 marzo 1903 n. 103 sulla assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni*, Rocca San Casciano, 1903.
- CAMMEO F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1901.

- CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960.
- CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2017.
- CARTABIA M., *Omissioni del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni (a proposito della sentenza “Francovich” della Corte di Giustizia delle Comunità europee)*, in *Giur. cost.*, 1992.
- CARTEI G.F., *Il servizio universale*, Milano, 2002.
- CARTEI G.F., *I servizi di interesse economico generale fra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005.
- CASSESE S. (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2012.
- CASSESE S., *La costituzione europea*, in *Quad. cost.*, 1991.
- CASSESE S., *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2000.
- CASSESE S., *La retorica del servizio universale*, in FROVA S. (a cura di), *Telecomunicazioni e servizio universale*, Milano, 1999.
- CASSESE S., *Le privatizzazioni in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988.
- CASSESE S., *Legge di riserva e articolo 43 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960.
- CASSESE S., *Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991.
- CATTANEO S., *Servizi pubblici (voce)*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, 1990.
- CERULLI IRELLI V., *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2000.
- CHESSA O., *La misura minima dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento*, in *Giur. cost.*, 1998.
- CHEVALLIER J., *Le service public, Que sais-je?*, Parigi, 2015.
- CHEVALLIER J., *Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général*, in CURAPP, *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, Parigi, 1978.
- CHEVALLIER J., *Service public: regards sur une évolution*, in *AJDA*, 1997.
- CHITI M.P., *I caratteri della Costituzione economica europea alla luce della Carta dei diritti fondamentali di Nizza*, in FRANCHINI C., PAGANINI L. (a cura di), *Stato ed economia all'inizio del XXI secolo. Riflessione in ricordo di Massimo Severo Giannini*, Bologna, 2002.
- CIANCIO A., *Verso un 'pilastro europeo dei diritti sociali'*, in *federalismi.it*, n. 13/2016.
- CINTIOLI F., *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Dir. un. eur.*, 2006.
- CIRIELLO P., *Servizi pubblici (voce)*, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, 1992.

- CLARICH M., *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 1995.
- CLARICH M., *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Diritto pubblico*, 1998.
- COCOZZA F., *Riflessioni sulla nozione di "Costituzione economica"*, in *Il diritto dell'economia*, 1/1992.
- COLAPIETRO C., *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Torino, 1996.
- CORSO G., *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur. quad. pubbl. serv.*, 1/1999.
- CRAIG P., *Costituzioni, costituzionalismo e l'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002.
- CRISAFULLI V., *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Padova, 1984.
- D'ALBERTI M., *Poteri pubblici e autonomie private nel diritto dei mercati*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2000.
- DE FALCO V., *Il servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni*, Padova, 2003.
- DE SALVO L., *Economia privata e pubblici servizi nell'impero romano. I Corpora naviculariorum*, Messina, 1992.
- DE VALLES A., *I servizi pubblici*, in ORLANDO V.E. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. VI, parte I, Milano, 1930.
- DELLA CANANEA G., NAPOLITANO G. (a cura di), *Per una nuova costituzione economica*, Bologna, 1998.
- DELVAUX B., FABER G., *La nozione di "servizio di interesse generale"*, in *Riv. dir. ind.*, 1963.
- DI GASPARE G., *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2017.
- DI MAJO A., *L'avocazione delle attività economiche alla gestione pubblica o sociale*, in F. GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale. La Costituzione economica*, Padova, 1977.
- DUGUIT L., *Les transformations du droit public*, Parigi, 1913.
- DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, Parigi, 1911.
- ELIA L., *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981-luglio 1985)*, in AA.VV., *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padova, 1985.

FARAGGIANA G., *La municipalizzazione dei pubblici servizi. Studio economico sociale*, Torino, 1906.

FIGORILLI F., *I servizi pubblici*, in SCOCA F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2016.

FOIS S., “*Riserva originaria*” e “*riserva di legge*” nei “*principi economici*” della *Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960.

FRESA C., *Servizio pubblico (voce)*, in G. GUARINO (a cura di), *Dizionario amministrativo* vol. II, 1983.

GALGANO F. (a cura di), *Trattato di diritto commerciale. La Costituzione economica*, Padova, 1977.

GALGANO F., *Commento all’articolo 43*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1982.

GALLI R., *Nuovo corso di diritto amministrativo*, Padova, 2016.

GALLO D., *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell’Unione europea*, Milano, 2011.

GAMBINO S., *Dai diritti naturali ai diritti sociali. Un approccio storico-costituzionale nella prospettiva comparatistica*, in *DPCE* 1/2002.

GARCIA OVIEDO C., *La teoria del servicio público*, Madrid, 1923.

GARDELLA A., *Articolo 16*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione europea*, Milano, 2014.

GAROFOLI R., *La privatizzazione degli Enti dell’economia*, Milano, 1998.

GARRIDO FALLA F., *Le concept de service public en droit espagnol*, in GRARD L., VANDAMME J., MENSBRUGGHE F., *Vers un service public européen*, Parigi, 1996.

GIANNINI M.S., *Diritto pubblico dell’economia*, Bologna, 1989.

GIANNINI M.S., *I pubblici poteri nello Stato pluriclasse*, in *Studi in memoria di S. Satta*, vol. I, Milano, 1972.

GIANNINI M.S., *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986.

GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981.

GIANNINI M.S., *L’amministrazione pubblica nello Stato contemporaneo*, in SANTANIELLO G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1988.

GIANNITI L., *Note sul dibattito alla Costituente sulla “costituzione economica”*, in *Dir. pubbl.*, 2000.

GIORGIS A., *Commento all’Art. 3, 2° c., Cost.*, in BIFULCO F., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006

- GIORGIS A., *Diritti sociali*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da CASSESE S., Milano, 2006.
- GIORGIS A., *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999.
- GOZI S., *Prime riflessioni sul Trattato di Amsterdam: luci ed ombre sul futuro dell'Unione*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1997.
- GRARD L., *Place et signification de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in *L'accès aux services d'intérêt économique général*, Parigi, 2003.
- GRARD L., VANDAMME J., MENSBRUGGHE F., *Vers un service public européen*, Parigi, 1996.
- GUARINO G., *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, 1992.
- GUARINO G., *Pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio*, in ID. *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1970.
- GUARINO G., *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1970.
- GUGLIELMI G.J. (a cura di), *Histoire et service public*, Parigi, 2004.
- GUGLIELMI G.J., KOUBI G., LONG M., *Droit du service public*, Parigi, 2016.
- HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Parigi, 1930.
- IANNELLO C., *L'«idea» di servizio pubblico nella nuova disciplina interna e comunitaria*, Napoli, 2005.
- IANNELLO C., *Poteri pubblici e servizi privatizzati. L'«idea» di servizio pubblico nella nuova disciplina interna e comunitaria*, Torino, 2005.
- IRTI N. (a cura di), *Diritto ed economia, problemi e orientamenti teorici*, Padova, 1999.
- IRTI N., *L'ordine giuridico de mercato*, Roma-Bari, 1998.
- JÈZE G., *Les principes généraux du droit administratif*, Parigi, 1930.
- JOURDAN P., *La formation du concept de service public*, in *RDP*, 1987.
- LA SPINA A., MAJONE G., *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000.
- LAVAGNA C., *Sulle sentenze additive della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 1969.
- LE MESTRE R., *Droit du service public*, Parigi, 2005.
- LO GIUDICE A., *L'Europa sociale come risposta alla crisi di legittimazione dell'Unione Europea*, in *federalismi.it*, n. 13/2016.
- LONG M., *Service public et réalités économiques du XIX siècle au droit communautaire*, in *RFDA*, 2001.

- LUCARELLI A., *Commento all'art. 36. Accesso ai servizi di interesse economico generale*, in BIFULCO R., CARTABIA M., CELOTTO A. (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001.
- LUCIANI M., *Brevi cenni sulla cosiddetta "Costituzione economica" europea e sul suo rapporto con la Costituzione italiana*, in PANUNZIO S., SCISO E. (a cura di), *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, Milano, 2002.
- LUCIANI M., *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Astrid*, n. 3/2013.
- LUCIANI M., *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, Torino, 1990.
- LUCIANI M., *Sui diritti sociali*, in PACE A. (a cura di), *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Padova, 1995, pp. 97 ss.
- MAC GOWAN F., *Le modèle britannique*, in STOFFAES C. (a cura di) *L'Europe à l'épreuve de l'intérêt général*, Parigi, 1994.
- MALARET GARCIA E., *L'expérience espagnole*, in *AJDA*, 1997.
- MARCOU G., *I servizi pubblici tra regolazione e liberizzazione: l'esperienza francese, inglese e tedesca*, in *Riv. it. dir. com.*, 2000.
- MARESCA M., *L'accesso ai servizi di interesse generale, de-regolazione e ri-regolazione del mercato e ruolo degli users' rights*, in *Dir. un. eur.*, 3, 2005.
- MARINO I., *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1987.
- MASALA P., *La tutela dei diritti sociali nelle situazioni di crisi economica: gli orientamenti della Corte costituzionale italiana*, in AA.VV., *Stato di diritto e crisi delle finanze pubbliche*, Napoli, 2016.
- MASSA PINTO I., *La discrezionalità politica del legislatore tra tutela costituzionale del contenuto essenziale e tutela caso per caso dei diritti nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998.
- MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F.A., SCOCA F.G., *Diritto amministrativo*, tomo I, Bologna, 1998.
- MELLERAY F., *Ecole de Bordeaux, école du service public et école duguiste*, in *RDP*, 2001.
- MENICHETTI E., *Servizi sociali e servizi economici di interesse generale*, in SCIARRA S., *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, Bologna, 2007.
- MERUSI F., *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. amm.*, 2004.

- MERUSI F., *I servizi pubblici negli anni '80*, in *Quad. reg.*, 1985.
- MERUSI F., *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Annuario 2001 AIPDA*, Milano, 2002.
- MERUSI F., *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990.
- MERUSI F., *Servizio pubblico (voce)*, in *Novissimo digesto it.*, vol. XVII, Torino, 1970.
- MESCHERIAKOFF A.S., *Droits des services publics*, Parigi, 1997.
- MESSINEO D., *La garanzia del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Torino, 2012.
- MESTRE J.L. *Les racines seigneuriales du droit administratif français*, in *Annuaire européen d'histoire de l'Administration publique*, n. 4, 1981.
- MESTRE J.L., *Introduction historique au droit administratif français*, Parigi, 1989.
- MESTRE J.L., *L'emploi de l'expression "service public" sous l'Ancien Régime*, in GUGLIELMI G.J. (a cura di), *Histoire et service public*, Parigi, 2004.
- MESTRE J.L., *La notion de service public d'après les débats de l'Assemblée nationale constituante*, in *EDCE*, 1998.
- MEZZANOTTE C., *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, Milano, 1905.
- MIELE G., GRILLI C., *Servizi pubblici*, in *Enc. it.*, 1936.
- MIELE G., *Il problema dell'adeguamento della norma giuridica al fatto economico. Tecnica giuridica e fatto economico*, in *Dir. economia*, 1956.
- MIELE G., *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Archivio giuridico*, 1993.
- MIELE G., *Tecnica giuridica e fatto economico*, in *Il diritto dell'economia*, 1956.
- MODERNE F., *Analyse comparative des notions de service public dans les États membres*, in STOFFAES C. (a cura di), *L'Europe à l'épreuve de l'intérêt général*, Parigi, 1994.
- MODERNE F., *La notion de service public (servicio publico) en Espagne*, in MODERNE F., MARCOU G. (a cura di), *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*, Parigi, 2001.
- MODERNE F., MARCOU G. (a cura di), *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*, Parigi, 2001.
- MODUGNO F., *Ancora sui controversi rapporti tra Corte costituzionale e potere legislativo*, in *Giur. cost.*, 1988.
- MODUGNO F., *Corte costituzionale e potere legislativo*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1981.
- MONCERI F., *Servizi pubblici e istanze sociali nella costituzione economica europea*, Pisa, 2011.

- MONTEMARTINI G., *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, Milano, 1902.
- MONTERO PASCUAL J.J., *I monopoli nazionali pubblici in un mercato unico concorrenziale. Evoluzione e riforma dell'articolo 90 del Trattato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997.
- MORANA D., *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Torino, 2013.
- MORTATI C., *Il lavoro nella Costituzione*, in *Riv. dir. lav.*, 1954.
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1991.
- MUNARI F., *La disciplina dei cd. servizi essenziali tra diritto comunitario, prerogative degli Stati membri e interesse generale*, in *Dir. Un. Eur.*, fasc. I, 2002.
- NAPOLITANO G., DELLA CANANEA G., *Per una nuova costituzione economica*, Bologna, 1998.
- NAPOLITANO G., *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, in *Mercato concorrenza regole*, 2000.
- NAPOLITANO G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005.
- NIGRO M., *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957.
- NIGRO M., *Lineamenti generali*, in AMATO G., BARBERA A. (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, vol. III, Bologna, 1997.
- ORLANDO V.E. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. VI, Milano, 1930.
- ORLANDO V.E., *Prefazione al Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, 1897.
- ORLANDO V.E., *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1903.
- PACE A., *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici "comuni"*, in AA.VV., *Nuove dimensioni dei diritti di libertà. Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, 1990.
- PALADIN L., *Corte costituzionale e principio generale di eguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983*, in *Giur. cost.*, 1984.
- PAPPALARDO A., *Commento all'art. 90*, in QUADRI R., MONACO R., TRABUCCHI A. (a cura di), *Trattato istitutivo della Comunità europea. Commentario*, vol. II, Milano, 1965.
- PARODI G., *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996.
- PERFETTI L., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001.
- PIELOW J.C., *Il "service public" e l'art. 16 del Trattato CE da un punto di vista tedesco*, in FERRARI E. (a cura di), *I servizi a rete in Europa*, Milano, 2000.

PINELLI C., *I rapporti economico-sociali tra Costituzione e Trattati europei*, in PINELLI C., TREU T., *La Costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna, 2010.

PINELLI C., TREU T. (a cura di), *La Costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna, 2010.

PISANESCHI A., *Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore: e ritorno?*, Torino, 2009.

PORCHIA O., *Alcune considerazioni sull'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai servizi di interesse economico generale*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2002.

POSADA A., *Tratado de derecho administrativo según las teorías filosóficas y la legislación positiva*, Madrid, 1923.

POTOTSCHNIG U., *I servizi pubblici*, Padova, 1964.

RADICATI DI BROZOLO L., *La nuova disposizione sui servizi d'interesse generale in Europa*, in *Dir. un. eur.*, 1998.

RANELLETTI O., *Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1916.

RANELLETTI O., *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912.

RANGONE N., *I servizi pubblici*, Bologna, 1999.

RIVERO J., *Hauriou et l'avènement de la notion de service public*, Parigi, 1956.

RODRIGUES S., *Les services publics et le Traité d'Amsterdam. Genèse et portée juridique du projet du nouvel article 16 du Traité CE*, in *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1998.

ROLLA G., *La tutela dei diritti costituzionali*, Roma, 2012.

ROLLAND L., *Précis de droit administratif*, Parigi, 1966.

ROMANO A., *La concessione di un pubblico servizio*, in AA.VV., *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995.

ROSS M., *Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?*, in *European Law Review*, 2000.

ROSSI L.S., *Con il Trattato di Amsterdam l'Unione è più vicina ai suoi cittadini?*, in *Trattato di Amsterdam*, Milano, 1999.

ROVERSI MONACO F.A., *Compiti e servizi. Profili generali*, in MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F.A., SCOCA F.G., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005.

RUGGERI A., *Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all'Unione europea e ritorno*, in *federalismi.it*, n. 13/2016.

- SALAZAR C., *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino, 2000.
- SANTI ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, Milano, 1913.
- SCOTTI E., *Il pubblico servizio: tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003.
- SORACE D., *I servizi "pubblici" economici nell'ordinamento nazionale ed europeo alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, I, 2010.
- SORACE D., *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Diritto pubblico*, 1999.
- SPADONI B., *I servizi pubblici locali dalla municipalizzazione alla liberalizzazione*, in *Dirittodeiservizipubblici.it*, 3 febbraio 2003.
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959.
- STEFANELLI M.A., *La tutela dell'utente di pubblici servizi*, Padova, 1994.
- STOFFAES C. (a cura di) *L'Europe à l'épreuve de l'intérêt général*, Parigi, 1994.
- STOFFAES C. (a cura di), *Services publics comparés en Europe: exceptions françaises, exigence européenne*, in *La doctrine française*, 1997.
- TESAURO G., D'ALBERTI M., *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000.
- TIZZANO A., *L'azione comunitaria nelle telecomunicazioni: interventi recenti e prospettive future*, in *Dir. inf.*, 1998.
- TORCHIA L., *La nuova Costituzione economica*, in CASSESE S., FRANCHINI C. (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana*, Bologna, 1994.
- TORCHIA L., *Una costituzione senza Stato?*, in *Dir. pubbl.*, 2001.
- TROCCOLI A., *Municipalizzazione dei pubblici servizi (voce)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. X, Torino, 1957.
- VAILATI G., *La nazionalizzazione delle imprese*, Torino, 1971.
- VANDAMME J., RODRIGUES S., *L'accès aux services d'intérêt économique général*, Parigi, 2003.
- VÉNÉZIA J.C., *La naissance de la notion de service public*, in G. J. GUGLIELMI, *Histoire et service public*, Parigi, 2004.
- VILLATA R., *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 1999.
- ZAGREBELSKY G., *La Corte costituzionale e il legislatore*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*.
- ZAGREBELSKY G., MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012.

ZAGREBELSKY G., *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Milano, 1993.

ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958.

ZANOBINI G., *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in ORLANDO V.E. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. VI, Milano, 1930.

Indice delle sentenze

Giurisprudenza costituzionale

Corte cost., sent. n. 1 del 1956.
Corte cost., sent. n. 225 del 1974.
Corte cost., sent. n. 222 del 1976.
Corte cost., sent. n. 28 del 1982.
Corte cost., sent. n. 396 del 1988.
Corte cost., sent. n. 455 del 1990.
Corte cost., sent. n. 295 del 1991.
Corte cost., sent. n. 171 del 1996.
Corte cost., sent. n. 267 del 1998.
Corte cost., sent. n. 383 del 1998.
Corte cost., sent. n. 309 del 1999.
Corte cost., sent. n. 226 del 2000.
Corte cost., sent. n. 509 del 2000.
Corte cost., sent. n. 252 del 2001.
Corte cost., sent. n. 284 del 2002.
Corte cost., sent. n. 272 del 2004.
Corte cost., sent. n. 432 del 2005.
Corte cost., sent. n. 354 del 2008.
Corte cost., sent. n. 80 del 2010.
Corte cost., sent. n. 316 del 2010.
Corte cost., sent. n. 161 del 2012.
Corte cost., sent. n. 70 del 2015.
Corte cost., sent. n. 275 del 2016.

Giurisprudenza europea

Tribunale UE, 15 giugno 2005, T-17/02, *Olsen c. Commissione*.
Tribunale UE, 12 febbraio 2008, T-289/03, *BUPA*.
Tribunale UE, 22 ottobre 2008, T-309/04, *TV2*.
Tribunale UE, 11 settembre 2012, T-565/08, *Corsica Ferries France*.
Tribunale UE, 11 luglio 2014, T-533/10, *DTS*.

Tribunale UE, 16 luglio 2014, T-309/12, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung c. Commissione*.

Tribunale UE, 19 aprile 2016, T-44/14, *Costantini*.

Corte di Giustizia, 21 marzo 1974, C-127/73, *BRT*.

Corte di Giustizia, 30 aprile 1974, 155/73, *Sacchi*.

Corte di Giustizia, 11 aprile 1989, C-66/86, *Ahmed Saeed*.

Corte di Giustizia, 19 marzo 1991, C-202/88, *Francia c. Commissione*.

Corte di Giustizia, 23 aprile 1991, C-41/90, *Hofner*.

Corte di Giustizia, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e 9/90, *Francovich*.

Corte di Giustizia, 10 dicembre 1991, C-179/90, *Merci convenzionali Porto di Genova SpA*.

Corte di Giustizia, 13 dicembre 1991, C-18/88, *RTT c. GB-Inno-BM*.

Corte di Giustizia, 19 maggio 1993, C-320/91, *Corbeau*.

Corte di Giustizia, 27 aprile 1994, C-393/92, *Comune di Almelo*.

Corte di Giustizia, 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur*.

Corte di Giustizia, 17 luglio 1997, C-242/95, *GT-Link*.

Corte di Giustizia, 23 ottobre 1997, C-159/94, *Commissione c. Francia*.

Corte di Giustizia, 23 ottobre 1997, C-157/94, *Commissione c. Paesi Bassi*.

Corte di Giustizia, 21 novembre 1999, C-67/96, *Albany*.

Corte di Giustizia, 17 maggio 2001, C-340/99, *TNT Traco*.

Corte di Giustizia, 24 luglio 2003, C-280/00, *Altmark*.

Corte di Giustizia, 11 luglio 2006, C-205/03, *FENIN*.

Corte di Giustizia, 20 aprile 2010, C-265/08, *Federutility*.

Corte di Giustizia, 28 febbraio 2013, C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*.

Corte di Giustizia, 7 settembre 2016, C-121/15, *ANODE*.

Giurisprudenza straniera

Tribunal des Conflits, 8 febbraio 1873, *Blanco*.

Conseil d'Etat, 6 febbraio 1903, *Terrier*.

Tribunal des Conflits, 29 febbraio 1908, *Feutry*.

Conseil d'Etat, 4 marzo 1910, *Thérond*.