

Premessa introduttiva

Oggetto della presente ricerca è l'analisi critica dei rapporti tra l'istituto comunitario della concessione di servizi (tema che coinvolge direttamente o indirettamente anche l'istituto della concessione di lavori), e la problematica dei pubblici servizi.

Come noto, la nozione di servizio pubblico dello Stato di diritto e poi dello Stato sociale, era già entrata in crisi nel mutamento delle grandi privatizzazioni europee a partire da quelle attuate in Gran Bretagna ed iniziate in Italia contestualmente alla fine della c.d. prima Repubblica. Ma la Comunità Economica Europea, e poi la Comunità e oggi Unione Europea, avevano preso posizione sul piano giuridico già con il Trattato di Roma e successivamente con l'Atto Unico Europeo, soprattutto per quanto riguarda la fondamentale nozione di servizio o missione di interesse economico generale. Come messo in luce dalla dottrina, il modello "politico economico" di riferimento per la Comunità potrebbe identificarsi nel c.d. Stato sociale di mercato, già adottato dalla Costituzione tedesca del secondo dopoguerra.

Tuttavia, per molto tempo, rimase in ombra il concetto comunitario di "concessione" in quanto oggetto di protezione anche a livello costituzionale da parte dei singoli Stati membri. Di conseguenza solo nel 1990 con la nota proposta di direttiva sugli appalti di servizi, l'espressione "concessione di servizi" cominciò a farsi strada nel linguaggio giuridico europeo, ma la particolare prudenza delle istituzioni europee non consentì di farla diventare una nozione normativa, al contrario della nozione di appalti di servizi che diventò ben presto anche in Italia un istituto largamente studiato ed applicato nella pratica.

Il periodo d'oro, per così dire, delle concessioni di servizi va di pari passo con l'evoluzione del più ampio concetto di servizi di interesse economico generale economico e non economico, con numerosi interventi conoscitivi e propositivi da parte della Commissione e da alcune importanti sentenze della Corte di Giustizia.

L'intento delle istituzioni comunitarie, neanche troppo nascosto, era quello di consentire una progressiva unificazione della nozione di concessione di servizi sotto l'ombrello europeo, come era già stato fatto per tre generazioni di direttive sugli appalti pubblici. Tuttavia, la pratica realizzazione di questo progetto si scontrò duramente con il fallimento della ratifica della Costituzione europea e con l'emersione dei primi venti nazionalistici. Ciò costrinse la Commissione a

fare un passo indietro per cui nelle stesse direttive di terza generazione (2004), si ritenne opportuno esplicitare solo il concetto ma non un proprio regime giuridico. Tale soluzione fu fedelmente seguita dall'Italia in sede di trasposizione delle direttive con il Codice dei Contratti.

Il punto di svolta venne costituito però dal Trattato di Lisbona e dalla giuridificazione della Carta dei diritti dell'Unione Europea, attraverso il riconoscimento pieno in capo agli Stati membri non solo di definire la portata e il campo di applicazione del concetto di servizio di interesse generale (economico e non economico), ma anche attraverso il totale riconoscimento agli Stati membri medesimi del c.d. potere di autorganizzazione dei propri servizi pubblici, sia a livello statale che locale, come è dimostrato in modo emblematico dalle direttive appalti e concessioni del 2014.

Nel contempo, a livello nazionale, pur nel quadro di ampia privatizzazione dei servizi di interesse economico generale (soprattutto a livello statale), non si è riusciti a definire unitariamente una disciplina degli stessi e meno che mai dei servizi pubblici locali, per i quali la dimensione giuridica appare particolarmente sfortunata (tutti ricordano le recenti sorti della bozza di decreto delegato sui servizi pubblici locali). L'unico spunto di diritto positivo è stato costituito dal T.U. n. 175/2016 sulle società partecipate degli enti pubblici.

Da questa analisi, contenuta nel primo capitolo del presente lavoro, si prendono le mosse per tentare di affrontare, in chiave critica, il difficile rapporto tra l'istituto tradizionale della concessione di pubblico servizio e la nuova figura europea. Per chiarire i termini del problema, è sembrata indispensabile un'accurata disamina dell'evoluzione in campo europeo e nazionale dell'istituto medesimo della concessione di servizi (Capitolo II).

Ad avviso di chi scrive, il punto di equilibrio sembra potersi rinvenire nella struttura contrattuale della concessione, che è una costante del diritto europeo, a partire dal regolamento sui trasporti del 1969 e del quale la Comunità Europea non aveva già dubitato con riguardo agli appalti pubblici di qualsiasi tipo. La spiegazione di questa scelta non è univoca: sicuramente un peso rilevante su di essa ha avuto il mercato unico dei servizi e la politica della concorrenza, ma certamente anche una concezione dello stesso potere amministrativo più paritaria rispetto ai punti di riferimento nazionali.

Si è quindi reso necessario esaminare nel terzo capitolo, sia le fattispecie escluse dallo stesso concetto del contratto di concessione, sia quelle oggetto di disciplina specifiche, per poi puntare allo studio degli elementi costitutivi del contratto e delle procedure per la sua attribuzione. Si è cercato di studiare anche il difficile tema del riparto di giurisdizione in materia, che era già stato attribuito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, dall'art. 5 della legge fondamentale sui Tribunali Amministrativi Regionali del 1971, n. 1034.

Tuttavia, non si può affermare, se non imprudentemente, che la tematica dei pubblici servizi coincida totalmente con quella delle concessioni di servizi. Ciò è diretta conseguenza non solo del passo indietro da parte delle istituzioni euro-

pee a favore dei poteri di sovranità nazionale dopo il 2005, ma anche dell'emersione di una tematica, se non completamente nuova, comunque molto attuale politicamente e socialmente: quella dei beni comuni. Si è quindi ritenuto opportuno analizzare, in modo aperto e senza alcuna propensione ideologica, tale problematica nel capitolo quarto, che costituisce un punto di arrivo, ma anche una possibile ripartenza. In effetti, come dimostra la vicenda del referendum sull'acqua, sarebbe imprudente focalizzare l'analisi solo sulla tematica del servizio pubblico, perché, comunque lo si intenda, esso è direttamente o indirettamente collegato al modo di concepire e disciplinare i beni pubblici e comunque i c.d. beni comuni. Solo il nuovo quadro politico potrà forse chiarire se lo Stato italiano intenda proseguire sul c.d. doppio binario emerso nelle ultime riforme collegabili alla disciplina in oggetto (cioè la scelta tra potere di autorganizzazione ovvero esternalizzazione del servizio pubblico), ma, come sembra doveroso per uno studioso di diritto, il metodo di analisi non può che essere neutrale.

Desidero ringraziare, per la sensibilità dimostrata nel supervisionare l'impostazione della ricerca ed il suo sviluppo e per i preziosi suggerimenti, il Prof. Eugenio Picozza, al quale esprimo la mia più profonda riconoscenza.

Ringrazio, inoltre, il Direttore Prof. Franco Gaetano Scoca che ha voluto accogliere il presente lavoro negli Studi "*Nuovi problemi di amministrazione pubblica*".

Capitolo I

Profili morfologici, normativi e problematici

SOMMARIO: 1. Dalla nozione di “servizio pubblico” al concetto di “servizio di interesse generale” e di “servizio di interesse economico generale”. – 2. Le tre fasi del concetto comunitario di servizi di interesse economico generale: la posizione ed emersione del concetto (1957-1992), lo sviluppo della sua applicazione (1992-2005), la sua crisi ed il riconoscimento del potere di autorganizzazione degli Stati membri (2005-periodo attuale). – 3. La definizione comunitaria di concessione. La sua ampia matrice dalla nozione di “diritti speciali ed esclusivi” nel Trattato di Roma. – 4. Il ruolo interpretativo e creativo delle sentenze della Corte di Giustizia dell’Unione Europea nella ricostruzione della nozione di concessione comunitaria. – 5. L’evoluzione del concetto di “diritti speciali e creativi”, la liberalizzazione dei servizi e la differenza con il concetto di “autorizzazione economica” di cui alla direttiva 123/06/CE. – 6. La mancata soluzione del problema definitorio della bozza di decreto delegato sui servizi pubblici locali e l’utilità della definizione contenuta nel T.U. n. 175/2016 sulle società a partecipazione pubblica.

1. *Dalla nozione di “servizio pubblico” al concetto di “servizio di interesse generale” e di “servizio di interesse economico generale”.*

Per elaborare la nozione di concessione comunitaria, o meglio, come si tenterà di dimostrare nel corso del presente studio, di “contratto di concessione”, e verificare la sua compatibilità con gli istituti esistenti nel nostro ordinamento e, in particolare, con la “domestica” concessione di servizi pubblici, è necessario ricostruire in chiave dogmatica l’istituto concessorio e la nozione di servizio pubblico.

Partendo da quest’ultima, si tratta di una delle nozioni più tormentate¹ sia nell’ordinamento nazionale che in quello comunitario, in quanto la nozione utilizza due concetti assai rilevanti e complessi: quello di “servizio” e quello di “pubblico”, la cui endiadi rende la ricostruzione ancora più articolata².

¹ Come sosteneva M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, 69.

² Come osservato da S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, in *Enc. dir.*, 1990, 355 ss. “la definizione giuridica dell’attività costituente il servizio pubblico non esiste”, va inteso “come un modello genera-

In materia di servizi pubblici, la letteratura è ampia³ e ciò testimonia la difficoltà di definire con precisione l'istituto che è sfuggente ed indeterminato.

le di organizzazione che i pubblici poteri possono utilizzare per tutte le proprie attività (o anche per fasi di esse) nella misura in cui dal loro svolgimento non sia implicato l'esercizio di poteri autoritativi, e salve comunque le riserve di ordine costituzionale". Già A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. VI, t. 1, Milano, 1930, 379, affermava che "la trattazione dei pubblici servizi presenta una difficoltà iniziale, di definizione e di limite, che di pubblico servizio manca nella letteratura giuridica un concetto, non dico preciso, ma per lo meno generico". La medesima indeterminatezza vale per la concessione di servizi pubblici, con riferimento alla quale osserva S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004, 93, "una ricostruzione unitaria dell'istituto concessorio va a scontrarsi con l'eterogeneità delle figure ad esso tradizionalmente ricondotte e con la difficoltà di ricostruirne l'esatta natura giuridica, problematica che si manifesta in tutta la sua complessità proprio allorché il relativo oggetto è rappresentato dalla gestione di un pubblico servizio"; secondo l'Autore: "una prima conclusione che si può trarre dall'incerto panorama dottrinale e giurisprudenziale è sicuramente la mutevolezza del concetto di servizio pubblico, sia in senso temporale che geografico".

³Sulla nozione di servizio pubblico la bibliografia è vasta. Sulle diverse concezioni di servizio pubblico si veda F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1998, 32 ss.; S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, 123 ss.; G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A. ROMANO-F. ROVERSI MONACO-F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. II, Bologna, 2005, 131 ss.; R. VILLATA, *Pubblici Servizi*, Milano, 2003, 1 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 233 ss. Sulla classica teoria del servizio pubblico si ricorda G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1987, 136 ss. Per la teoria oggettiva del servizio pubblico si rinvia al noto saggio di U. POTOTSCHNIG, *I servizi pubblici*, Padova, 1964. Per un inquadramento di carattere generale dell'istituto, si veda: F. MERUSI, *Servizio pubblico*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XVII, Torino, 1970, 217 ss.; F. ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Milano, 1973; F. FRESA, *Servizio pubblico*, in G. GUARINO (a cura di), *Dizionario amministrativo*, Milano, 1983, 1343 ss.; I. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1986; E. FERRARI, *I servizi sociali*, vol. I, Milano, 1986; V. CATTANEO, *Servizi pubblici*, cit., 355 ss.; P. CIRIELLO, *Servizi pubblici*, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Roma, 1992, 1 ss.; F. FRACCHIA, *Servizi pubblici e scelta del concessionario*, in *Dir. amm.*, 1993, 367 ss.; P. PIRAS, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Milano, 1994; V. PARISIO, *Servizi pubblici e monopoli*, in E. PICOZZA (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico dell'economia*, Rimini, 1996, 687 ss.; B. MAMELI, *Servizio pubblico e concessione*, Milano, 1998; F. GIGLIONI, *Osservazioni sulla evoluzione della nozione di "servizio pubblico"*, in *Foro amm.*, 1998, 2265 ss.; M. D'ALBERTI, *Servizi pubblici: imperativi economici e coesione sociale*, in *Atti del Forum P.A.* '99, Roma, 1999; A. CLARIZIA, *Le società miste*, in G. ALPA-A. CARULLO-A. CLARIZIA (a cura di), *Le S.p.a. comunali per la gestione dei servizi pubblici*, Milano, 1998, 1 ss.; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 371 ss.; ID., *I servizi pubblici*, in *Amministrare*, 2001, 385 ss.; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001; L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001, *passim*; F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Annuario AIPDA*, 2001, Milano, 2002, 63 ss.; V. PARISIO, *Pubblici servizi e funzione di garanzia del giudice amministrativo*, Milano, 2003; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002; M. D'ALBERTI, *Servizi pubblici e mercato: dal primo Novecento al diritto globale del commercio*, in A. MASSERA (a cura di), *I servizi pubblici in ambiente europeo*, Pisa, 2004, 53 ss.; M. CLARICH-L. ZANETTINI, *Servizi pubblici*, in G. CORSO-V. LOPILATO (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Parte speciale, vol. II, Milano, 2006, 3 ss. (anche per l'ampia bibliografia

E la ragione di tali incertezze deriva dalla circostanza che il servizio pubblico ha rappresentato da sempre il terreno di scontro e di confronto tra due concezioni opposte di Stato: quella c.d. liberale, basata sull'idea che ai pubblici poteri devono essere affidate solo le funzioni sovrane, rimettendo alla libera iniziativa privata le attività economiche; quella dello Stato sociale, basata sull'intervento pubblico nell'economia e nelle attività economiche, con l'obiettivo di garantire eguaglianza giuridica e sostanziale tra i cittadini. Inoltre, la qualificazione di una specifica attività come servizio pubblico è sempre stata legata al contesto storico in cui tale attività si è svolta, dipendendo da ragioni culturali, economiche, storiche e sociologiche⁴.

Nella ricostruzione del dibattito dottrinale non si può che partire dalle due tradizionali teorie che hanno costituito la base storica nella nozione di servizio pubblico: quella soggettiva e quella oggettiva.

Secondo la prima, il servizio pubblico ricorre quando l'attività, imputabile direttamente o indirettamente allo Stato, sia volta a fornire prestazioni ai cittadini *uti singuli*⁵, con conseguente approdo alla teoria delle prestazioni ammini-

prima e dopo la revisione del Titolo V); A. POLICE, *Servizi pubblici tra impresa pubblica e mercato: il difficile equilibrio in tempo di crisi*, in AA.VV., *Il giudice delle obbligazioni e dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Annuario AIPDA, 2009, Napoli, 2010, 579 ss.; D. D'ORSOGNA-M. OCCHIENA, *I servizi pubblici a rilevanza economica e sociale in Italia: un bilancio*, in *Munus*, 2013; F. FIGORILLI, *I servizi pubblici*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, 629 ss.

⁴ Al proposito G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, parte III, Milano, 1920, 193, con riferimento ai servizi pubblici osservava che "mentre le funzioni pubbliche hanno un campo di esplicazione quasi rigido, o almeno mutabile lentamente e raramente, i servizi pubblici possono estendersi e moltiplicarsi indefinitivamente e parallelamente al manifestarsi di nuovi bisogni sociali e all'invenzione di nuovi mezzi tecnici per il loro soddisfacimento ... Si può parlare di funzioni pubbliche che sono tali per loro natura, o almeno per i principi generali del diritto pubblico di un dato ordinamento; ma non si può parlare di servizi che siano pubblici per natura o per necessità d'ordine giuridico generale". Più recentemente su questo concetto si vedano: L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit., 55 ss. e M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 370.

⁵ Così A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, cit., secondo il quale la concessione di servizio pubblico consiste in quell'atto con cui viene affidato al privato lo svolgimento di un servizio pubblico, che è tale in quanto è finalizzato al perseguimento di uno scopo pubblico riconosciuto dallo Stato che non deve essere necessariamente oggetto di riserva, con trasferimento dei poteri pubblici strumentali al servizio medesimo. Nell'ambito di questa teoria si deve registrare anche la posizione di G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, cit., 193 ss., il quale, invece, qualifica la concessione di servizi pubblici come un atto con cui viene conferito al privato l'esercizio di un servizio riservato alla pubblica amministrazione. Per un'analisi delle due diverse posizioni si rinvia a E. SCOTTI, *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003, 25 ss. Sulla tesi che ravvisa nel carattere monopolistico dell'attività il presupposto necessario perché un ente pubblico possa procedere ad una concessione di servizio pubblico si veda anche: F. FRANCHINI, *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici per l'amministrazione e i*

strative rese ai privati⁶. Tale proposta ricostruttiva è stata ulteriormente sviluppata nel senso di ritenere che la nozione di pubblico servizio in senso soggettivo può rendersi con quella di attività non autoritativa assunta da un pubblico potere⁷. In tale ottica, l'affidamento del servizio ad un privato non perde il carattere soggettivo, dal momento che ciò che rileva è la imputabilità all'organizzazione pubblica complessiva, la titolarità del servizio e non la sua gestione⁸. In questa concezione la qualificazione di interesse pubblico dell'attività medesima assume una propria rilevanza oggettiva, ma sempre nel quadro di una attività assunta come punto di riferimento dell'organizzazione pubblica. Nell'ambito di tale teoria si è, poi, ritenuto che il carattere soggettivo del servizio pubblico non deve risiedere necessariamente nella riserva pubblica⁹, ma piuttosto nella assunzione di responsabilità da parte dell'amministrazione della sua erogazione, che è di per sé sufficiente per considerare l'amministrazione titolare del servizio, per cui la caratteristica fondamentale della nozione di servizio pubblico viene ravvisata nella sua doverosità¹⁰. Non manca chi, inoltre, afferma che si è in presenza di servizio pubblico solo quando al privato, oltre al conferimento della gestione, viene trasferito anche un diritto di natura pubblica¹¹.

La teoria oggettiva nasce dal dato costituzionale dell'art. 43 che consente la riserva o il trasferimento nel settore pubblico di imprese che si riferiscono a servizi pubblici (essenziali). Secondo questa tesi, il dato costituzionale impone una nozione di servizio pubblico riferibile ad imprese private pure in assenza di uno specifico conferimento da parte della pubblica amministrazione, nozione il cui

privati, Milano, 1957, 124 ss.; E. SILVESTRI, *Concessione amministrativa* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1961, 370 ss.; G. DE SANCTIS-G. MOLTENI, *Poste e telecomunicazioni* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1985, 568 ss.

⁶ Sul punto cfr. R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, 1956, *passim*.

⁷ Così M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, vol. II, 23 ss.

⁸ Parla a tale proposito di teoria soggettiva temperata R. CAVALLO PERIN, *Comuni e Province nella gestione di servizi pubblici*, Napoli, 1993, *passim*.

⁹ Sulla non necessità della riserva legale nella teoria soggettiva si veda M. TUCCI, *Appalto e concessione di pubblici servizi. Profili di costituzionalità e di diritto comunitario*, Padova, 1997, 89 ss.; e P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001, 3 secondo il quale la scomparsa di una riserva pubblica "imporrebbe la sostituzione del regime concessorio con un sistema di autorizzazioni non discrezionali".

¹⁰ Si esprime in questi termini A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, 472 ss., secondo il quale "il fattore che differenzia il servizio pubblico, il vero servizio pubblico, da un'attività anche oggettivamente analoga, ma che tale non possa essere considerata, è la sua doverosità". In tal senso anche E. SCOTTI, *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, cit., 39 ss. Ma già in precedenza F. TRIMARCHI, *Profili organizzativi della concessione di pubblici servizi*, Milano, 1967, 31, secondo cui "la concessione di pubblici servizi, vista in funzione del concessionario, si risolve in una somma di posizioni di doverosità".

¹¹ È questa la tesi di U. FORTI, *Due speciali forme di concessione amministrativa*, in *Studi di diritto pubblico*, Roma, 1937, 338 ss.: ID., *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1900, IV, 369 ss.

contenuto andrebbe, poi individuato, in forza dell'art. 41 della carta fondamentale nelle attività economiche indirizzate a fini di utilità generale tramite programmi e controlli¹². Secondo questa teoria non è possibile configurare la concessione di servizi pubblici come provvedimento con cui si trasferisce un diritto proprio dell'amministrazione ad un soggetto privato, dal momento che il servizio pubblico non può ritenersi un'attività riservata alla pubblica amministrazione.

A tale nozione domestica di servizio pubblico, sia pure nelle diverse declinazioni e teorie, non corrisponde un eguale istituto nel diritto comunitario, nel quale non si parla di servizi pubblici, bensì di "servizi"¹³.

¹² Fondatore di tale teoria è U. POTOTSCHNIG, *I servizi pubblici*, cit., 46 ss., secondo il quale "possono quindi esistere servizi pubblici essenziali esercitati da imprese che la legge non riserva o trasferisce in mano pubblica, di guisa che esse continuino ad essere gestite legittimamente da soggetti privati". A favore di tale teoria S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, cit., 94; M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, 148; D. SORACE-C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, III, 1989, 280 ss.; F. BASSI, *Appunti per una disciplina pubblicistica dell'energia*, in *Foro amm.*, 1982, 325; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981, 318; F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, 2007, 256 ss.; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2014, 192 ss.. Tale tesi è stata ampiamente criticata sotto molteplici profili, ma, soprattutto, in quanto il testo costituzionale, riguardando solo la fattispecie dell'assunzione diretta, che si verifica pure quando questa prenda il posto di concessionari privati, non comporterebbe affatto l'abbandono della concezione soggettiva dei pubblici servizi. In senso critico si veda: V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2001, 62; G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, cit., 920; A. POLICE, *Sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Servizi pubblici locali*, Torino, 2008, 473; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, cit., 309; V. DOMENICHELLI, *Dall'edilizia popolare ed economica alla edilizia residenziale pubblica*, Padova, 1984, 83; B.G. MATTARELLA, *L'attività amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Parte generale*, Milano, 2000, 642; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, cit., 204.

¹³ In realtà la Comunità europea utilizza l'espressione "pubblico servizio" all'art. 93 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (ex art. 73 del Trattato della Comunità Europea), laddove prescrive che "sono compatibili con i Trattati gli aiuti richiesti dalle necessità del coordinamento dei trasporti ovvero corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio". La nozione non viene utilizzata in termini generali, né ha la pretesa di introdurre una specifica nozione di servizio pubblico comunitario, ma viene utilizzata con riferimento specifico al servizio dei trasporti, per il quale il citato art. 93 prevede una deroga al regime ordinario degli aiuti. Le compensazioni erogate in materia di trasporti, infatti, non costituiscono aiuti ai sensi dell'art. 107 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea; gli Stati membri, in base al citato art. 93, possono intervenire nel settore dei trasporti concedendo aiuti per "necessità del coordinamento dei trasporti" ovvero per il rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio, diverse da quelle previste dal regolamento comunitario dettato in materia di trasporti. Dunque l'art. 93 rappresenta una disciplina speciale dettata nel settore dei trasporti rispetto alla più generale disposizione di cui all'art. 106 TFUE, che consente limitazioni all'applicazione delle regole di concorrenza per le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale finalizzate all'adempimento della specifica missione loro affidata; e le esigenze di coordinamento legittimano gli aiuti indirizzati a consentire la concorrenza tra le diverse modali-

I servizi nell'ordinamento comunitario trovano definizione nell'originario art. 60 del Trattato di Roma (art. 57 TFUE) quali "prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone". Si tratta, a ben vedere, di una nozione giuridica più ampia rispetto a quella del nostro ordinamento e si riferisce ad ogni attività che consiste in un *facere* retribuito¹⁴; la scelta di ricorrere ad una nozione così vasta, si legittima in virtù della volontà di attrarre alla disciplina che impone la concorrenza le attività che interessano imprese di Stati membri differenti, al fine di creare un mercato interno caratterizzato dall'eliminazione di ostacoli alla libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali. Nella ricostruzione della nozione di servizi rileva anche la previsione dettata dall'art. 51 TFUE che esclude l'applicazione delle libertà riconosciute dal Trattato per quelle attività che partecipano all'esercizio di pubblici poteri. Tale norma ha costituito oggetto di numerose pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea, che hanno cercato di individuare in quali ipotesi l'attribuzione di tali poteri possa legittimare una deroga alle regole della concorrenza nel mercato ed una limitazione alle libertà fondamentali riconosciute dal Trattato¹⁵.

tà di trasporto, consentendo sussidi per garantire parità tra i vettori e una migliore ripartizione tra le diverse tipologie di trasporto. La Comunità, poi, è intervenuta adottando una serie di regolamenti nel settore dei trasporti – per la cui analisi si rinvia al Capitolo III, par. 3 del presente lavoro – e, in particolare, in materia di obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile, proprio al fine di delimitare la nozione di servizio pubblico e per ridurre il rischio di un abuso della deroga al divieto di aiuti di Stato prevista dall'art. 93 TFUE. La Comunità utilizza l'espressione "servizio pubblico" anche nel Protocollo n. 29 sul sistema di radiodiffusione pubblica negli Stati membri, con riferimento al quale la Commissione europea, nella Comunicazione relativa all'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato al servizio pubblico di emittenza radiotelevisiva (2009/C-257/01), in GUCE, C-257 del 27 ottobre 2009, nel determinare la legittimità del finanziamento del servizio pubblico radiotelevisivo, applica i parametri fissati dall'art. 106, par. 2 TFUE. Secondo W. SAUTER, *Public Services in EU Law*, Cambridge, 2014, 9, l'espressione servizi pubblici sarebbe utilizzata come sinonimo di "servizio di interesse economico generale" in quanto "in general the term 'public services' is used in EU legal texts interchangeably with SGI and SGEI". Per G. CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur. quadr. serv. pubbl.*, 1999, 7, la dizione di pubblico servizio ricorre una sola volta quasi incidentalmente, ma "la formula usata esclude che il trasporto come tale sia un pubblico servizio: solo una porzione dei trasporti ha una relazione col pubblico servizio. Il regolamento n. 1191 del Consiglio del 1969, sull'azione degli Stati membri in materia di obbligazioni inerenti alla nozione di servizio pubblico nei trasporti ferroviari, su strada e per vie navigabili chiarirà l'estensione di questa porzione e il contenuto dell'obbligazione di un servizio pubblico".

¹⁴ La conferma di tale ampiezza viene fornita sia dal par. 2 dell'art. 57 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), che comprende nell'ambito dei servizi le attività di carattere industriale, commerciale, le attività artigiane e le libere professioni, sia dall'art. 51 TFUE, rispetto al quale il concetto di servizio si definisce in negativo, in quanto esclude l'applicazione delle libertà per quelle attività che partecipano all'esercizio di pubblici poteri.

¹⁵ La giurisprudenza comunitaria, ad esempio, ha ritenuto che non implica partecipazione all'esercizio di pubblici poteri l'attività di avvocato (Corte di Giustizia CE, 21 giugno 1974, in causa C-2/74, in *Racc.*, I, 631), l'attività di notaio (Corte di Giustizia UE, 24 maggio 2011, in causa C-47/08,

L'orientamento giurisprudenziale prevalente è a favore di una tesi interpretativa restrittiva della espressione “partecipazione all'esercizio di pubblici poteri”, che ravvisa suddetta partecipazione solo in quelle attività che costituiscono diretta proiezione della sovranità dello Stato¹⁶.

La nozione comunitaria di servizi, dunque, si riferisce a prestazioni che vengono rese alla pubblica amministrazione e, pertanto, non riesce ad abbracciare le attività che il nostro ordinamento qualifica come servizio pubblico che, come si è visto, riguardano generalmente prestazioni rese ad una pluralità di utenti mediante un rapporto che coinvolge un soggetto pubblico, il quale definisce il programma cui devono conformarsi le prestazioni per soddisfare i bisogni di una determinata comunità.

Per alcuni, i servizi sono riconducibili, sia pure approssimativamente, alla nozione di servizi d'interesse economico generale – che, come si vedrà, è l'unica nozione nota all'ordinamento comunitario – in quanto la disciplina comunitaria riguarda esclusivamente attività economiche¹⁷.

Non vi è, dunque, una piena sovrapposizione tra le due nozioni: alcune attività, che nel nostro ordinamento sono comunemente definite “servizi pubblici”, rientrano, almeno parzialmente, nella nozione di servizi prevista dal Trattato¹⁸; altre attività raramente sono state considerate soggette alla disciplina dettata dal-

in *Racc.*, I, 4105; Corte di Giustizia UE, 10 settembre 2015, in causa C-151/14, in GUCE C-363, del 3 novembre 2015; Corte di Giustizia UE, 1° febbraio 2017, in causa C-392/15, in GUCE C-104, del 3 aprile 2017), di perito (cfr. Corte di Giustizia CE, 10 dicembre 1991, in causa C-306/89, in *Racc.*, I, 5863), il servizio privato di sorveglianza (cfr. Corte di Giustizia CE, 29 ottobre 1998, in causa C-114/97, in *Racc.*, I, 6717), l'attività di guardia giurata (cfr. Corte di Giustizia CE, 31 maggio 2001, in causa C-283/99, in *Racc.*, I, 1221); la realizzazione di sistemi informativi per la pubblica amministrazione (cfr. Corte di Giustizia CE, 5 dicembre 1989, in causa C-3/88, in *Racc.*, I, 4035), la gestione del sistema di automazione del gioco del lotto (cfr. Corte di Giustizia CE, 24 aprile 1994, in causa C-272/91, in *Racc.*, I, 1409), il servizio pubblico di trasporto medico d'urgenza (cfr. Corte di Giustizia CE, 29 aprile 2010, in causa C-160/08, in *Racc.*, I, 3713). Viceversa, ha ritenuto che diano luogo all'esercizio di pubblici poteri e, conseguentemente, siano sottratte alle regole della concorrenza, l'attività relativa al controllo e alla polizia dello spazio aereo (cfr. Corte di Giustizia CE, 19 gennaio 1994, in causa C-364/1992, in *Racc.*, I, 1415), nonché l'attività di sorveglianza anti inquinamento (cfr. Corte di Giustizia CE, 18 marzo 1997, in causa C-343/95, in *Racc.*, I, 1547).

¹⁶ Così E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2004, 221 ss.

¹⁷ Così A. PAPPALARDO, *Commento all'art. 90*, in R. QUADRI-R. MONACO-A. TRABUCCHI (diretto da), *Trattato istitutivo della Comunità europea, Commentario*, 1965, vol. I, 692. Per G. CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, cit., 11, al contrario, i servizi di interesse economico generale non sono che una *species* del *genus* servizi, così come definiti dall'art. 60.

¹⁸ Come sottolineato dalla Commissione nel Libro Verde sui servizi di interesse generale adottato il 21 maggio 2003 COM(2003) 270 def., in GUCE C-76 del 25 marzo 2004, si tratta di una nozione non univoca utilizzata nei diversi ordinamenti con significati differenti: “in alcuni casi, si riferisce al fatto che un servizio è offerto alla collettività, in altri che ad un servizio è stato attribuito un ruolo specifico nell'interesse pubblico e in altri ancora si riferisce alla proprietà o allo status dell'ente che presta il servizio”.

l'art. 60 del Trattato, in quanto specifiche norme sembravano enucleare una disciplina di specie per i chiari riferimenti alla pubblica amministrazione e per le particolari deroghe del Trattato¹⁹.

La dottrina si è soffermata anche sulla nozione di servizio pubblico comunitario, e, influenzata dalle motivazioni che hanno indotto alla elaborazione della teoria oggettiva del servizio pubblico nel dibattito italiano, ha ricostruito una natura oggettivo funzionale di tale servizio²⁰. Secondo i sostenitori di tale teoria i servizi pubblici comunitari sarebbero costituiti da "attività di interesse generale da chiunque offerte al pubblico senza discriminazioni tra gli utilizzatori" e riguarderebbero la prestazione in sé, indipendentemente dalla natura del soggetto che la rende²¹.

Tale tesi è stata criticata in quanto sarebbe in contrasto con l'ordinamento comunitario e con le normative di settore che ne hanno recepito gli orientamenti e che indirizzano la problematica dei servizi pubblici verso una diversa prospettiva; non è l'attività a costituire un servizio pubblico, quanto piuttosto la funzione che è svolta da quella determinata attività, e l'elemento della volontà dei pubblici poteri è ineliminabile sia nella definizione dell'area del servizio pubblico che in quella dei servizi universali²².

Tale dibattito, interessante e apprezzabile nell'ottica di conciliare la nozione domestica di servizio pubblico con l'ordinamento comunitario, si scontra con un dato oggettivo consistente nella totale indifferenza nelle norme del Trattato sulla natura pubblica o privata del servizio.

L'assenza di riferimenti nel Trattato e negli atti di diritto derivato alla nozione di servizio pubblico, deriva dalla circostanza che si tratta di un settore fortemente connesso con la struttura politica, economica e sociale dei singoli Stati membri, i quali da sempre hanno rivendicato l'esercizio della discrezionalità dei

¹⁹ In tal senso G.M. RACCA, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 1994, 205.

²⁰ La tesi è stata recentemente ribadita da L.R. PERFETTI, *Contributo per una teoria sui pubblici servizi*, cit., 302 ss.; e da N. RANGONE, *I servizi pubblici*, cit., 313 ss.

²¹ In tal senso L.R. PERFETTI, *Contributo per una teoria sui pubblici servizi*, cit., 315 ss. e ID., *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (sulla Comunicazione della Commissione Europea relativa ai servizi di interesse generale del 20 settembre 2000)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, 492, secondo il quale il servizio pubblico è attività di impresa finalizzata a rendere effettivi libertà e diritti costituzionalmente protetti nella loro dimensione non *self executing*.

²² Cfr. V. DE FALCO, *Il servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni*, Padova, 2003, 178, secondo il quale si ha la sensazione che i fautori della teoria oggettiva partano dal presupposto che, sebbene la scelta circa i contenuti di un servizio pubblico o servizio universale siano comunque demandati ai pubblici poteri, esiste un sistema oggettivo di riferimento da cui non possa prescindere e che finisce per vincolare le scelte dei pubblici poteri che si troveranno, quindi, soltanto a prendere atto di una situazione su cui intervenire con modalità oggettive. Ma ciò non vale ad eliminare, o a spostare in secondo piano, l'elemento principale che è caratterizzato da una scelta, sia pure discrezionale, non arbitraria, da parte dei pubblici poteri.

pubblici poteri in questa materia, così limitando qualsiasi intervento di carattere sovranazionale.

Nell'ambito delle diverse teorie sulla nozione di servizio pubblico trova collocazione la figura della concessione di pubblici servizi, che nella teoria soggettiva rientra nella nozione classica di concessione, quale mezzo attraverso il quale si determina un ampliamento della sfera giuridica del privato, il quale acquisisce il diritto di impresa attraverso il trasferimento di diritti di esclusiva spettanza pubblica²³. Nella teoria oggettiva, invece, la concessione di servizi pubblici esce dalla nozione tradizionale, in quanto il privato è titolare del diritto di impresa e la concessione si atteggia come uno strumento di controllo dell'attività economica, così come l'autorizzazione, dalla quale si distingue per il carattere contrattuale²⁴.

Per entrare pienamente nella nozione di concessione di servizio pubblico e nella sua controversa configurazione, occorre necessariamente richiamare, seppure brevemente, il fenomeno delle concessioni amministrative²⁵, oggetto di un acceso dibattito dottrinale articolato su differenti posizioni teoriche.

²³ In questi termini A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001, 106, secondo il quale nella teoria soggettiva la concessione di pubblici servizi si inseriva come provvedimento attributivo di una potestà o di un diritto proprio dello Stato, secondo lo schema della concessione amministrativa.

²⁴ Secondo U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., 440 ss., infatti, la concessione costituisce “solo uno strumento di disciplina della stessa attività economica privata”; intesi, dunque, i servizi pubblici quali attività economiche, pubbliche o private, sottoposte a programmi e controlli, il provvedimento di concessione diviene un semplice strumento di disciplina delle attività economiche medesime.

²⁵ Sulle concessioni amministrative la bibliografia è sterminata. Tra gli altri: G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, II, Firenze, 1891; O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, parte I, *Concetto e natura delle autorizzazioni amministrative*, in *Giur. it.*, XLVI, 1894, IV, 61-64; ID., *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, parte II, *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XVII, 1894, 3-100, 315-372; ID., *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, parte III, *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, *ivi*, XIX, 1895, 3-107; *ivi*, XX, 1895, 255-337; *ivi*, XXI, 1896, 77-172, 350-379; *ivi*, XII, 1896, 177-277; U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, cit., 369 ss.; A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, cit., 580 ss.; G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, *ivi*, cit., 235 ss.; R. GALATERIA, *Il negozio di concessione amministrativa*, Milano, 1942; R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, cit.; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958; C. VITTA, *Concessioni amministrative (diritto amministrativo)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1959, III, 919 ss.; E. SILVESTRI, *Concessioni amministrative*, cit., 370 ss.; M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Roma, 1962, 26 ss.; F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965, 273 ss.; F. TRIMARCHI, *Profili organizzativi della concessione di pubblici servizi*, cit., *passim*; M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, Roma, 1967, 103 ss.; M. COLACITO, *Il concetto di concessione amministrativa secondo Ranalletti: quando una teoria diventa dogma*, in I TAR, 1978, II, 449 ss.; V. CAIANIELLO, *Concessioni (Diritto amministrativo)*, in *Noviss. Dig. it.*, Appendice, II, 1980, 234 ss.; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, cit., *passim*; ID., *Concessioni amministrative*, in *Enc.*

Secondo l'orientamento tradizionale, mediante la concessione la pubblica amministrazione amplia la sfera giuridica del destinatario, attribuendo al medesimo poteri, diritti e facoltà riservati all'autorità pubblica e, per tale motivo, sottratti alla libera circolazione giuridica. Secondo tale teoria i diritti derivanti dalla concessione devono essere propri dello Stato o, in genere, della pubblica amministrazione concedente: la concessione consisterebbe, in altre parole, in un trasferimento di facoltà dall'ente pubblico al privato²⁶.

Tale impostazione si differenzia dallo strumento autorizzatorio che invece è il provvedimento con il quale l'amministrazione rimuove un limite all'esercizio di un diritto preesistente l'esercizio stesso²⁷.

Storicamente la concessione amministrativa è istituto conosciuto nel nostro ordinamento sin dall'Unità d'Italia, la cui natura giuridica è stata a lungo discussa dalla dottrina che ha elaborato tesi differenti, che oscillano tra la rilevanza del profilo pubblicistico e la rilevanza del profilo privatistico di tale nozione, legate all'evoluzione storica dei rapporti tra atti di impero di diritto pubblico e atti di gestione di diritto privato²⁸. Inizialmente tale nozione era riferita per lo più alla costruzione e gestione di un'opera, cioè a servizi gestiti a seguito della realizza-

giur., 1988, VII, 2 ss.; D. SORACE-M. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, cit., 280 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, vol. II, 429 ss.; M. D'ALBERTI, *Concessioni e concorrenza, Temi e problemi a cura dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, giugno 1998; F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2007, 250 ss.; B. MAMELI, *Concessioni amministrative*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, 2006, 111 ss.

²⁶ Per G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, 261, "il carattere comune di tali provvedimenti è l'effetto, che è loro proprio, di conferire a una o più persone estranee all'amministrazione, nuove capacità o nuovi poteri e diritti, dai quali resta ampliata la loro sfera giuridica".

²⁷ È la tesi di O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, cit., 25. Osserva al proposito F.G. SCOCA, *Il provvedimento amministrativo*, in ID. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, 270, che, sulla base della tesi di Ranelletti: "con le autorizzazioni si rimuove un ostacolo che impedisce l'esercizio di diritti di cui il privato è già titolare; con le concessioni si conferiscono al privato nuovi diritti. La distinzione è semplice e chiara, ma non è del tutto soddisfacente, perché non è sempre vero che il privato, prima di chiedere l'autorizzazione, e per poterla chiedere, sia (già) titolare di un diritto soggettivo, e perché la concessione non crea sempre nuovi diritti; ma determina l'acquisto di utilità diverse (si pensi alle onorificenze)". La tradizionale distinzione tra autorizzazione e concessioni del Ranelletti è stata ampiamente criticata da: U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., 430 ss.; D. SORACE-C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, cit., 299; P. GASPARRI, *Autorizzazione*, in *Enc. dir.*, 1959, 509 ss.; R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, Milano, 1974, 56 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1987, 1 ss. Si veda anche G. VIGNOCCHI, *La natura giuridica dell'autorizzazione amministrativa*, Padova, 1944; F. FRANCHINI, *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'Amministrazione e i privati*, Milano, 1957; F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996.

²⁸ Per una ricostruzione puntuale di tale fenomeno si rinvia al fondamentale contributo di M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, cit., 49 ss.

zione di un'opera o un'infrastruttura; solo successivamente, a partire dal ventesimo secolo, la concessione è stata riferita anche alla sola gestione del servizio, a prescindere che fosse o meno strumentale alla realizzazione di un'opera²⁹.

La dottrina dell'ottocento, studiando il mutamento di questi rapporti, sostiene che personalità giuridica e, quindi, atti di gestione, possono incidere su materie propriamente pubblicistiche e nella sfera della pubblica utilità, e, in materia di rapporti concessori, le concessioni sono pur sempre figure di diritto pubblico, anche se accompagnate da un contratto³⁰, così la concessione "pura" nella prassi "imbastardisce"³¹, divenendo concessione-contratto³². Il contratto accessivo al provvedimento veniva qualificato in chiave privatistica e veniva assoggettato alle regole civilistiche³³.

²⁹ Cfr. G. DI GASPARE, *Tra Stato e mercato: l'insostenibile leggerezza della concessione amministrativa*, in *Pol. del dir.*, 1998, 503 ss.; A. ALLA, *La concessione amministrativa nel diritto comunitario*, Milano, 2005, 16.

³⁰ Così G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, II, Firenze, 1891, *passim*, in particolare 311 ss., secondo il quale "qualunque ne sia l'oggetto (demanio, patrimonio, lavori pubblici) sono atti di impero, revocabili per pubblico interesse". Come sottolinea M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, cit., 78, detta teoria in parte ripercorre la tesi di Mantellini e Orlando, secondo cui "la personalità politica, e quindi gli atti di impero, possono incidere su materie tipicamente legate alla personalità giuridica, come la proprietà privata (il patrimonio) dello Stato ... dall'altro, si innova, poiché si afferma la proposizione reciproca e cioè che la personalità giuridica, e quindi gli atti di gestione, possono incidere su materie propriamente pubblicistiche". Cfr. altresì per l'esame dell'istituto con riferimento a tali aspetti: A. BOTTO-L. IANNOTTA, *La concessione di lavori pubblici nella sua oscillazione pendolare: dal privato al pubblico e ritorno*, in M. CAFAGNO-A. BOTTO-G. FIDONE-G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche*, Milano, 2013, 54 ss.; A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, 19 ss.

³¹ Sempre G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, cit., 588.

³² In questi termini M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, cit., 85. La figura della concessione contratto, di origine giurisprudenziale, ha costituito oggetto di numerose elaborazioni dottrinali che si sono concentrate sulla natura giuridica del contratto accessivo al provvedimento e sui rapporti tra detto contratto ed il provvedimento amministrativo. Da questa concezione secondo M. IMMORDINO, *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 1997, 126, derivano due conseguenze: "i concessionari diventano titolari di diritti soggettivi perfetti della cui lesione conosce il giudice ordinario cui spettano le controversie concernenti l'esecuzione del contratto; la penetrazione nel rapporto concessorio delle regole codicistiche sulle obbligazioni ed i contratti e quindi dei principi sulla parità e sull'equilibrio fra le parti". Rileva, sotto tale profilo, anche il contributo di A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, Padova, 1938, 28, il quale sostiene che la teoria dei negozi "misti", risale al periodo dello Stato assoluto e dello Stato di polizia, con lo scopo di far espandere al massimo l'attività privata dello Stato, in quanto l'attività pubblica veniva ritenuta non assoggettata a vincoli giuridici.

³³ In questo senso si veda F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, cit., 502 ss. e M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, cit. 86, il quale conia la figura del contratto ad oggetto pubblico. Di diverso avviso, invece, E. SILVESTRI, *Il riscatto delle concessioni amministrative*, Milano, 1956, 24 ss., il quale sostiene la natura pubblicistica del contratto accessivo al provvedimento.

A questa teoria si affianca quella della natura unilateralistica delle concessioni, che configura l'atto di concessione tutto e soltanto nel provvedimento amministrativo posto in vista di interessi pubblici da un soggetto che opera come autorità³⁴; la concessione è, quindi, un atto di imperio che individua la propria causa negli scopi di interesse generale che l'ente concedente deve raggiungere³⁵.

Successivamente si registrarono, influenzate in parte dalla tematica del contratto di diritto pubblico, alcune posizioni differenti in dottrina, secondo cui esistevano ambiti nei quali non sono ammessi poteri di ingerenza pubblicistici, così consentendo al cittadino di porsi in posizione paritaria con lo Stato³⁶. Secondo questa teoria, favorevole all'accoglimento della figura del contratto di diritto pubblico, i rapporti erano regolati, da un lato, mediante contratto, con il quale l'amministrazione si obbliga verso la controparte vincolando la propria volontà discrezionale; dall'altro, mediante provvedimento, il quale costituisce esecuzione del contratto di diritto pubblico³⁷.

Inizialmente anche la giurisprudenza ha attribuito alla concessione natura contrattuale³⁸, con conseguente configurazione di diritti soggettivi e applicazione di regole civilistiche³⁹.

³⁴ Così O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative, parte I, Concetto e natura delle autorizzazioni amministrative*, cit., 61-64, secondo il quale nelle concessioni che comportano obblighi per il concessionario si hanno due negozi giuridici distinti: da una parte, la dichiarazione di volontà del privato che si esprime nella domanda e nell'atto di obbligazione (disciplinare, capitolato), da cui derivano, come effetti giuridici, obblighi per il concessionario e diritti per l'amministrazione concedente; dall'altro lato, l'atto di concessione è un atto amministrativo unilaterale di imperio da cui derivano obblighi per l'amministrazione e diritti per il privato concessionario; nel caso in cui non ci sono obblighi del concessionario sussiste esclusivamente l'atto amministrativo. I due negozi giuridici, pur essendo così connessi, non si uniscono per formare un unico atto di natura contrattuale.

³⁵ Cfr. sempre O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative, pt. I, Concetto e natura delle autorizzazioni amministrative*, cit., 69.

³⁶ È questa la tesi di U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, cit., 369, il quale esaminò la possibilità di applicare alla concessione amministrativa la categoria concettuale del contratto di diritto pubblico. Per una ricostruzione di tale nozione si rinvia anche a L. FRANZESE, *Il contratto oltre privato e pubblico. Contributi della teoria generale per il ritorno ad un diritto unitario*, Padova, 1988, il quale parte dalla affermazione della incompatibilità fra le nozioni di diritto pubblico e di contratto affermata dal Guicciardi (E. GUICCIARDI, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1936, 222).

³⁷ Cfr. U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, cit., *passim*, spec. 361.

³⁸ In questo percorso rappresenta una pietra miliare la sentenza della Corte di Cassazione del 12 gennaio 1910, in *Riv. dir. comm.*, 1910, 248, secondo la quale "considerati analiticamente sono nella loro essenza due negozi distinti, che si congiungono: il primo si attua e si realizza nell'altro, ma può anche non essere accompagnato dalla stipulazione del contratto. All'accettazione del concessionario, che rappresenta rispetto all'atto amministrativo il verificarsi della condizione per la quale esso consegue il suo effetto, si unisce il consenso delle due parti sopra un regolamento convenzionale della concessione per suo modo di attuarsi e di svolgersi". Cfr. anche Cass. 27 settembre 1915, in *Foro it.*, 1915, 1379; Cass. 20 febbraio 1925, *ivi*, 1925, 591 ss.

³⁹ Per una ricostruzione completa di tali orientamenti si veda M. D'ALBERTI, *Concessioni am-*

Dalla coniugazione del modello privatistico e del modello pubblicistico nasce l'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale della figura della concessione-contratto⁴⁰, caratterizzata dalla compresenza di un atto amministrativo unilaterale e di un contratto di diritto privato concluso tra la stessa amministrazione concedente ed il concessionario.

A tale teoria, poi, si affianca quella secondo la quale alcune concessioni vengono qualificate come provvedimenti organizzativi della pubblica amministrazione⁴¹ consistenti nella c.d. amministrazione indiretta o sostituzione del privato nell'esercizio di funzioni e/o servizi pubblici. È questa la tesi del contratto ad oggetto pubblico e, in particolare, del contratto accessivo a provvedimento che nelle concessioni di servizi pubblici, si concretizza nella esistenza di "un provvedimento organizzativo a cui accede un contratto – correttamente detto, in modo generico convenzione, in realtà contratto di servizio – con cui le parti fissano reciproci diritti, obblighi e obbligazioni"⁴².

Nella disamina delle varie teorie sulla concessione, non si può tralasciare quella che affianca le concessioni alla figura degli accordi pubblici di cui all'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Le tesi in merito sono diverse: un orientamento ritiene che le concessioni non rientrerebbero nell'ambito di applicazione dell'art. 11 della legge n. 241/1990 dal momento che esso presuppone un potere di scelta dell'amministrazione se stipulare l'accordo oppure emanare in via unilaterale il provvedimento, non prendendo in considerazione il consenso del privato⁴³.

ministrative, cit., 2 ss., il quale rinviene nell'ordinamento numerosi casi in cui la concessione è strutturata come contratto. La tesi contrattualistica è stata recentemente sostenuta da L.R. PERFETTI (a cura di), *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 2006, 362; ID., *Canone inverso al contro-canto di Francesco Pugliese su concessioni e tutela giurisdizionale*, in E. FOLLIERI-L. IANNOTTA (a cura di), *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010, 397 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nella attività amministrativa*, Torino, 1997, *passim*.

⁴⁰La tesi dualistica è stata accolta in particolare da E. SILVESTRI, *Concessione amministrativa*, cit. 370 ss., secondo il quale "in ogni procedimento relativo a concessioni di beni e servizi è dato riscontrare costantemente due atti: uno unilaterale della pubblica amministrazione e una convenzione tra quest'ultimo e il privato"; e da F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, cit., 273 ss. Importante M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, cit., 175 ss., secondo il quale gli accordi di concessione per tutto il secolo scorso erano intesi come contratti di diritto privato; la dottrina di fine secolo introdusse una concezione di tipo pubblicistico, a cui la giurisprudenza reagì con l'adozione della figura della concessione contratto.

⁴¹Cfr. F. TRIMARCHI, *Profili organizzativi della concessione di servizi pubblici*, cit., *passim*.

⁴²Così M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 429 ss. Secondo l'Autore il contratto, caratterizzato dal fatto di essere collegato al provvedimento, può disciplinare gli aspetti patrimoniali dell'oggetto pubblico, che è tale in quanto solo l'amministrazione ne dispone perché oggetto di potestà amministrativa propria. Tali contratti, che sono di diritto privato, sarebbero ad oggetto pubblico solo in quanto concernenti beni estranei alla sfera di disposizione dei privati. Si veda anche M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 103; ID., *L'attività amministrativa*, Roma, 1962, 26 ss.

⁴³È la tesi dei c.d. accordi facoltativi. Secondo questa interpretazione, con particolare riferimento agli accordi sostitutivi, tali sarebbero solo quelli in cui l'Amministrazione è titolare di una

Altro orientamento è quello che ritiene che le concessioni rientrino nella previsione dell'art. 11, in quanto esso si riferisce ad accordi che si caratterizzano per la circostanza che non si può perseguire un determinato assetto di interessi prescindendo dal consenso del privato⁴⁴.

facoltà di scelta tra atto provvedimento e accordo (accordi sostitutivi come sottospecie degli accordi facoltativi). In materia di accordi la bibliografia è ampia. Si vedano, tra gli altri: G. SANVITI, *Convenzioni e intese nel diritto pubblico*, Milano, 1978; S. MUTI, *Introduzione allo studio delle convenzioni amministrative*, Napoli, 1984; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984; G.M. ESPOSITO, *Pianificazione e pubblica amministrazione a regime di mercato*, Padova, 2002; R. FERRARA, *Gli accordi tra i privati e le pubbliche amministrazioni*, Milano, 1985; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992; R. FERRARA, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993; ID., *Gli accordi di programma*, Milano, 1993; E.M. MARENGHI, *Le tipologie dell'amministrazione per accordi*, Salerno, 1996; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996; M. IMMORDINO, *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 1997, 144; P.L. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali*, Milano, 1998; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo, studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998, *passim*; G.M. ESPOSITO, *Amministrazione per accordi e programmazione negoziata*, Napoli, 1999; P. URBANI, *Urbanistica consensuale*, Torino, 2000; G. SORICELLI, *Premesse per un'analisi giuridica degli accordi amministrativi ex art. 11 L. 7 agosto 1990, n. 241*, in *Foro amm.*, 2000, 1596 ss.; G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001; C. MAVIGLIA, *Accordi con l'amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*, Milano, 2002; R. FERRARA, *L'accordo ... e gli accordi di programma. Spunti sulla c.d. amministrazione consensuale*, in *Foro it.*, 2002, 136 ss.; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; F. TIGANO, *Gli accordi procedurali*, Torino 2003; N. BASSI, *Gli accordi tra soggetti pubblici nel diritto europeo*, Milano, 2004; F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004; A. CONTIERI, *La programmazione negoziata*, Napoli, 2000; G.M. ESPOSITO, *La nuova organizzazione amministrativa dell'intervento pubblico. Procedura della programmazione economica*, Torino, 2001; S.G. SELVAROLO, *I patti territoriali nella programmazione negoziata*, Bari, 2003; L. MONTEFERRANTE, *Il diritto dei contratti conquista gli accordi*, in *Urb. e app.*, 2006, 955 ss.; M.C. CAVALLARO, *Sulla configurabilità degli accordi tra pubblica amministrazione e privato come strumento di semplificazione*, in *Nuove Aut.*, 2008; P. D'ANGIOLILLO, *Accordi amministrativi e programmazione negoziata nella prospettiva del potere discrezionale*, Napoli, 2009; R. FERRARA, *Gli accordi fra le amministrazioni pubbliche*, in M.A. SANDULLI (a cura), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, 672; C. SGUBIN, *Crisi industriali complesse e accordi di programma*, Torino, 2013; A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., *passim*; F. SAITTA, *Strutture e strumenti privatistici dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 549 ss.

⁴⁴ Si tratta dei c.d. accordi necessari, nei quali l'accordo non può prescindere dalla partecipazione del soggetto privato ai fini della produzione di certi effetti, per cui l'esercizio del potere amministrativo può avvenire solo attraverso atti convenzionali. Per una ampia ricostruzione delle diverse tesi si veda G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit., *passim*, e ID., *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, cit., 308, per il quale "la fonte del rapporto concessorio è un accordo (una convenzione) e non un provvedimento". A favore della qualificazione come convenzioni pubblicistiche, cfr. G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, 205 ss. Al riguardo vedi anche R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di pubblico servizio tra provvedimento e contratto*, cit., 92 ss. Parla, invece, di contratti di diritto pubblico E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazione e privati*, Milano, 1996, nonché ID., *Accordi pubblici*, in *Enc. dir.*, V

In questo quadro articolato e complesso, si innesta il diritto comunitario e, con riferimento alla nozione di servizio pubblico, il processo di liberalizzazione europeo che ha riguardato da sempre il settore dei servizi pubblici e che ha enormemente influenzato le categorie giuridiche eliminando barriere all'esercizio dell'attività economica, aprendo al mercato attività esercitate in regime di monopolio o di riserva, sicché i privati possono rendere prestazioni in regime di libera concorrenza per soddisfare bisogni di singoli o della collettività.

Dal punto di vista terminologico il diritto comunitario non si esprime in termini di servizi pubblici, non conosce la figura del servizio pubblico o di interesse pubblico o a rilevanza pubblica, ma, come si è visto, l'ordinamento comunitario conosce i servizi e, più in particolare, i servizi di interesse generale ed i servizi di interesse economico generale, mentre dal punto di vista concettuale non prende in alcuna considerazione il dibattito domestico tra la concezione soggettiva ed oggettiva di pubblici servizi.

Il diritto comunitario distingue tra attività sottratte al libero mercato perché caratterizzate dall'esercizio di potestà sovrane e prive di qualsiasi rilevanza economica, e attività che, pur promanando da pubblici poteri, rivestono un carattere economico⁴⁵; esso non utilizza la nozione di servizio pubblico né di concessione di servizio pubblico, ma si avvale dell'espressione "servizi di interesse economico generale"⁴⁶.

Agg., Milano, 2001, 6 ss., per il quale le norme dettate dall'art. 11 della legge del 7 agosto 1990, n. 241 appaiono comunque di regola estendibili anche agli accordi pubblicitari non integrativi né sostitutivi in via di *analogia legis* e dunque anche alle concessioni di pubblico servizio.

⁴⁵ Così B. MAMELI, *Concessioni e pubblici servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, 63.

⁴⁶ Sulla nozione di servizi di interesse economico generale la dottrina è ampia; si vedano, tra gli altri: G. TESAURO, *Intervento pubblico dell'economia, e art. 90, n. 2, del Trattato CE*, in *Dir. Unione europea*, 1996, 719 ss.; M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 181 ss.; E. CARDI, *Mercati, servizi pubblici e appalti*, in *Foro amm.*, 1998, 3327 ss.; B. MAMELI, *Servizio pubblico e concessione*, cit. *passim*; G. CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur. quad. pubbl. serv.*, 1999, 7 ss.; F. SALVIA, *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 535 ss.; L.G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino, 2001; A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico: l'impresa di gestione di servizi pubblici locali*, Milano, 2001; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., *passim*; R. URSI, *L'evoluzione della nozione di servizio di interesse economico generale nel processo di integrazione europea*, in *Nuove Autonomie*, 2002, 143 ss.; G.F. CARTEL, *Il servizio universale*, Milano, 2002; C. IANNELLO, *I pubblici servizi nel panorama della privatizzazione. La qualificazione dell'utente fra consumatore-cliente e cittadino*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2002, 219 ss.; M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 91 ss.; G.E. BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, Milano, 2003; E. SCOTTI, *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, cit.; A. MASSERA (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa, 2004; D. SORACE, *Il servizio d'interesse economico generale dell'energia elettrica in Italia tra concorrenza e altri interessi pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1009 ss.; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005; L. BERTONAZZI-R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. CHITI-G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, 1791 ss.; S. TORRI-

Tale espressione, oltre ad essere una nozione giuridica, è anche una nozione di rilievo politico, economico e sociale, riguarda qualsiasi attività economica che le autorità pubbliche considerano di interesse generale ed assoggettano a puntuali obblighi di servizio pubblico, i quali rappresentano un elemento caratterizzante della nozione di servizio di interesse economico generale⁴⁷.

Ciò che contraddistingue i servizi di interesse generale oggetto di disciplina nell'ordinamento comunitario, è il carattere economico dell'attività cui si riferiscono, ed il Trattato si occupa esclusivamente di servizi di natura economica o di mercato.

Come sottolineato dalla Commissione europea, la locuzione “servizi di interesse generale” non è presente nel Trattato, ma è derivata nella prassi comunitaria dall'espressione “servizi di interesse economico generale”: è una espressione più ampia di quella 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. Dalla nozione positiva di servizio di interesse economico generale, contenuta in alcune previsioni del Trattato, si è pervenuti ad enucleare una nozione più ampia di servizio di interesse generale⁴⁸.

CELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità. Un'analisi a partire dal settore dei servizi “a rete”*, Milano, 2007; F. BESTAGNO-L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Il mercato unico dei servizi*, Milano, 2007; G. DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, Milano, 2008; S. BATTINI, *I limiti globali ed europei alla disciplina nazionale dei servizi*, con G. VESPERINI (a cura di), in *Riv. trim. dir. pubbl.*, *Quaderno n. 4*, Milano, 2008, 1 ss.; G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2008; F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale. Una prospettiva per riconsiderare liberalizzazioni e servizi pubblici*, Milano, 2008; D. SORACE, *I servizi “pubblici” riconomici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 2010, 1 ss.; F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010; E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010; L. CERASO, *I servizi di interesse economico generale e la concorrenza “limitata”. Profili interni, comunitari e internazionali*, Napoli, 2010; D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2011; F. GIGLIONI, *L'interpretazione per differenziazione dei servizi di interesse generale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 538 ss.; G. CAIA, *Le nuove discipline dei servizi pubblici*, *Libro dell'anno del diritto* 2013, 1 ss.; R. FERRARA, *Profili della disciplina dei servizi di interesse economico generale: aiuti di Stato e principi dell'Unione europea in materia di concorrenza*, in *Dir. ed economia*, *Numero in ricordo di Elio Casetta*, 2013, 321 ss.; V. PARISSIO-V. AGUADO I CUDOLÀ-B. NOGUERA DE LA MUELA (diretto da), *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, Torino, 2016; M. CALCAGNILE, *Monopoli e private nei servizi di interesse economico generale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 634 ss.

⁴⁷ È stato osservato al proposito che il tema della disciplina dei servizi di interesse economico generale, e più in generale quello dei servizi pubblici, soprattutto se allocati nell'ambito locale, è sicuramente tra i più controversi e interessanti, fra i tanti che vengono affrontati e dibattuti in questo particolare momento di crisi economica e, segnatamente, di crisi fiscale del contemporaneo modello di Stato sociale. Così R. FERRARA, *Profili della disciplina dei servizi di interesse economico generale: aiuti di Stato e principi dell'Unione europea in materia di concorrenza*, cit., 321.

⁴⁸ Cfr. Libro Verde sui servizi di interesse generale, del 21 maggio 2003, COM(2003), in GUCE

La nozione di servizio economico generale si differenzia dalla nozione di servizio pubblico tradizionale, sia perché, come si è visto, il regime ordinario nel quale opera è quello della libera concorrenza, sia perché l'organizzazione e la gestione di tali servizi deve sempre soddisfare il principio di non discriminazione tra imprese⁴⁹.

2. *Le tre fasi del concetto comunitario di servizi di interesse economico generale: la posizione ed emersione del concetto (1957-1992), lo sviluppo della sua applicazione (1992-2005), la sua crisi ed il riconoscimento del potere di autorganizzazione degli Stati membri (2005-periodo attuale).*

Nella ricostruzione del concetto di “servizi di interesse economico generale” nell'ordinamento comunitario, si possono individuare tre fasi storico-normative: la prima fase, che si può inquadrare tra l'adozione del Trattato di Roma e le prime direttive comunitarie in materia di appalti (1957-1992), ha visto la nascita della nozione ed il suo consolidamento; la seconda fase, che va dal 1992 al 2005, ha assistito al suo sviluppo ed alla sua concreta applicazione, la terza fase, infine, che parte dal 2005 e giunge sino ai nostri giorni, ha registrato la crisi di questo istituto in favore del potere di autorganizzazione degli Stati membri dell'Unione.

C-76, 25 marzo 2004, par. 1.1: “Definizioni e terminologia”: ... “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 è invece utilizzata nel Trattato ... L'espressione “servizi di interesse economico generale” è utilizzata negli articoli 16 e 86, paragrafo 2 del Trattato. Non è definita nel trattato o nella normativa derivata. Tuttavia, nella prassi comunitaria vi è ampio accordo sul fatto che l'espressione si riferisce a servizi di natura economica che, in virtù di un criterio di interesse generale, gli Stati membri o la Comunità assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico. Il concetto di servizi di interesse economico generale riguarda in particolare alcuni servizi forniti dalle grandi industrie di rete quali i trasporti, i servizi postali, l'energia e la comunicazione. Tuttavia il termine si estende anche a qualsiasi altra attività economica soggetta ad obblighi di servizio pubblico”.

⁴⁹ In tal senso F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, cit., 48, secondo il quale è l'ordinaria compatibilità dei servizi di interesse economico generale insieme alla tutela della concorrenza del mercato a differenziarli dal tradizionale istituto di servizio pubblico. Riconduce a ragioni ideologiche e culturali tale differenza E. PICOZZA, *Il diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea*, Roma, 1998, il quale sottolinea che il concetto di “servizio pubblico” nel nostro ordinamento ha costituito spesso “derivazione di nozioni penalistiche, ispirate a una mentalità autoritaria e ad una visione collettivizzante dell'intera azione sociale ed economica dello Stato”. Secondo D. SORACE, *I servizi “pubblici” economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, cit., 16-17, la nozione comunitaria di servizio di interesse economico generale non comprende soltanto i servizi pubblici in regime concessorio, ma anche le attività sottoposte a programmi pubblici o autorizzazioni in funzioni di controllo o a regolazioni in ordinamenti di settore, come nel caso dei “servizi di pubblica utilità” di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481. Sul rapporto tra la nozione di servizio pubblico e i “concetti comunitari” si veda F. FRACCHIA, *I servizi pubblici e la retorica della concorrenza*, in *Foro it.*, 2011, 106 ss.

Partendo dalla prima fase, che va dalle origini della Comunità economica europea (1957), passando attraverso l'Atto Unico Europeo sino al Trattato di Maastricht, si può constatare che non sono stati mai individuati elementi precisi dai quali si possa desumere la qualificazione di servizio di interesse generale e di servizio di interesse economico generale. In questo periodo la nozione si afferma sotto il profilo teorico, ma non trova grandi applicazioni pratiche in quanto ciascuno Stato membro, dopo la fine della seconda guerra mondiale, era impegnato a ricostruire le proprie "reti" di interesse economico generale.

In questa fase l'espressione servizi di interesse generale appariva sinonimo di servizi di interesse economico generale⁵⁰; ma ben presto la Commissione ne ha proposto una utilizzazione differenziata per indicare una categoria generale in cui distinguere servizi economici e non economici⁵¹. E l'aggettivo "economico" viene utilizzato proprio per marcare la distinzione di questa nozione da quella di servizi di interesse generale⁵².

⁵⁰ Cfr. Comunicazione della Commissione intitolata "I servizi di interesse generale in Europa" dell'11 settembre 1996, COM(1996) 443 def., in GUCE C-281 del 26 settembre 1996, che al par. 1 inquadra la rilevanza di tali servizi ed afferma che: "La solidarietà e la parità di trattamento, nel contesto di un'economia di mercato aperto e dinamico, costituiscono obiettivi fondamentali della Comunità europea. I servizi di interesse generale contribuiscono al conseguimento di questi stessi obiettivi: gli Europei si attendono infatti servizi di qualità a prezzi abbordabili e molti di essi considerano i servizi d'interesse generale come veri e propri diritti sociali in quanto contribuiscono in misura considerevole alla coesione socioeconomica. Per questi motivi i servizi in parola sono al centro del modello europeo di società". Secondo la Commissione i "servizi d'interesse generale" sono i servizi forniti dietro retribuzione o meno, considerati d'interesse generale dalle autorità pubbliche e soggetti quindi a specifici obblighi inerenti al pubblico servizio; i "servizi d'interesse economico generale" menzionati dal Trattato all'art. 90, designano servizi forniti dietro retribuzione, che assolvono missioni d'interesse generale e sono quindi assoggettati dagli Stati membri a specifici obblighi di servizio pubblico (è questo in particolare il caso dei servizi resi dalle reti di trasporto, di energia e di comunicazione).

⁵¹ Nel diritto e nella giurisprudenza comunitaria si è partiti identificando i servizi di interesse economico generale con quelli che garantiscono retribuzioni e ricavi e, per questo generano profitti e sono collocabili nel mercato concorrenziale (Cfr. Corte di Giustizia CE, 27 settembre 1988, in causa C-263/86, in *Racc.*, I, 5365 ss.; Corte di Giustizia CE, 17 febbraio 1993, in cause riunite C-159/91 e C-160/91, in *Racc.*, I, 637; Corte di Giustizia CE, 7 dicembre 1993, causa C-109/92 in *Racc.*, I, 6447 ss.). Si è circoscritto l'ambito dei servizi di carattere non economico in termini ristretti inquadrando nelle attività che attecchivano non solo alle prerogative inerenti all'esercizio di potestà pubbliche (ad es. sicurezza, giustizia, ecc.), ma anche a quelle intrinsecamente non economiche (come ad es. i sistemi della scuola dell'obbligo o della previdenza sociale) (cfr. Comunicazione della Commissione del 26 settembre 1996, COM(1996) 443 def. in GUCE C-281 del 26 settembre 1996, punto 18). A volte la giurisprudenza comunitaria ha qualificato un'attività come di interesse economico quando è collocabile in un mercato anche soltanto potenziale, nel quale può essere alterata la concorrenza tra operatori (cfr. Corte di Giustizia UE, del 25 ottobre 2001, in causa C-475/99, in *Racc.*, I, 8089). In materia parla di criterio oggettivo comparativo D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010.

⁵² In tal senso G. GAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale*, cit., 6. La

Nei primi studi⁵³ si è ritenuto che non si potesse parlare di una nozione materiale, cioè dipendente dallo scopo perseguito, né di una nozione organica, connessa alla struttura delle istituzioni e condizionata dalla dottrina economica professata dallo Stato⁵⁴. La discussione, in particolare, riguardava la qualificazione o meno del servizio di interesse generale come servizio di interesse pubblico. Per alcuni sarebbe il carattere pubblico del servizio a qualificare come particolare la missione di cui è investita l'impresa incaricata del servizio e la definizione economica; in quest'ottica, detta nozione sarebbe pleonastica, in quanto in assenza di una impresa economica non vi sarebbe possibilità di applicare le regole sulla concorrenza⁵⁵. Per altri, è l'attività e non lo scopo della medesima che deve essere presa in considerazione per determinare il campo di applicazione dell'originale art. 90, par. 2 del Trattato di Roma (art. 82 del Trattato della Comunità Europea e attuale art. 106 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea)⁵⁶.

Nell'evoluzione dello studio di tale nozione, il servizio di interesse generale è stato riferito anche all'interesse pubblico del singolo Stato membro al quale spetta il potere discrezionale di determinare i contenuti concettuali della nozione, con la conseguenza che il servizio di interesse economico generale sarebbe quello di cui, a livello comunitario, ne venga riconosciuta la necessità⁵⁷.

In realtà si tratta di un concetto che non richiama né è in alcun modo subordinato alle nozioni conosciute negli ordinamenti nazionali, benché queste ultime parzialmente rientrino nella espressione comunitaria⁵⁸. La nozione di servizio

Commissione nella Comunicazione del 19 gennaio 2001 COM(2000) 580 def., in GUCE C-17 del 19 gennaio 2001 fa riferimento ad attività che “non realizzano profitti e non si prefiggono di svolgere un'attività industriale o commerciale”.

⁵³ Per un approfondita analisi ricostruttiva del modello comunitario di servizi di interesse economico generale dalle origini, si rinvia a V. DE FALCO, *Il servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni*, cit., 159 ss.

⁵⁴ Si esprime in questi termini R. DRAGO, *La nozione di servizio di interesse economico generale secondo l'art. 90 del Trattato istitutivo del mercato unico europeo*, in *Riv. dir. ind.*, 1963, 126 ss. per il quale il concetto è stato originariamente tratto dalle elaborazioni della giurisprudenza francese; infatti la nozione francese di servizio pubblico andava identificata con quella comunitaria di interesse economico generale; mentre il servizio pubblico industriale e commerciale esistente in Francia doveva essere definito un servizio di interesse generale condotto da una collettività pubblica, o sotto il suo controllo, e gestito come una impresa privata.

⁵⁵ Cfr. R. FRANCESCHELLI, *La nozione di servizio di interesse economico generale di cui al paragrafo 2 dell'art. 90 del Trattato istitutivo del mercato comune europeo*, in *Riv. dir. ind.*, 1963, 82 ss., per il quale l'aggettivo economico che accompagna il termine interesse ha un significato tecnico e di economia politica.

⁵⁶ Cfr. P. ORIANNE, *La nozione di servizio di interesse economico generale secondo l'art. 90 del Trattato istitutivo del mercato unico europeo*, in *Riv. dir. ind.*, 1963, 142 ss.

⁵⁷ È questa la tesi di C. GRASSETTI, *La nozione di servizio di interesse della Comunità*, in *Riv. dir. ind.*, 1963, 162 ss.

⁵⁸ Secondo R. DRAGO, *La nozione di servizio d'interesse economico generale secondo l'art. 90 del*

pubblico del nostro ordinamento, infatti, appare più vicina all'espressione comunitaria "servizi di interesse economico generale" di cui all'art. 90, piuttosto che a quella di servizi di cui all'art. 60 del Trattato di Roma che, dunque, si può considerare come una nozione di natura residuale.

La locuzione "servizi di interesse economico generale" appare nell'art. 90, paragrafo 2 del Trattato di Roma⁵⁹; tale disposizione concilia due obiettivi comunitari: da un lato quello della concorrenza e delle libertà di mercato, dall'altro, l'effettivo adempimento della missione d'interesse economico generale affidata dalle autorità pubbliche. Tali servizi, per l'ordinamento comunitario, beneficiano di una specifica e circostanziata deroga al regime concorrenziale in virtù dell'interesse generale che ne giustifica creazione, organizzazione e finanziamento da parte degli Stati membri⁶⁰.

È stato osservato⁶¹ che tale disposizione rileva sotto un triplice profilo: secondo il primo, è parametro per verificare la compatibilità comunitaria della decisione nazionale di definire obblighi di servizio pubblico tali da rendere non redditizio lo svolgimento di una certa attività; per il secondo, è parametro per verificare la compatibilità comunitaria di forme di compensazione finanziaria dei costi associati all'adempimento di specifici obblighi di servizio pubblico, giustificate dalla asserita necessità di salvaguardare l'equilibrio economico-finanziario degli operatori incaricati della gestione del servizio; sotto il terzo profilo, infine, è parametro per verificare la compatibilità comunitaria di accordi e pratiche poste in essere dalla impresa incaricata della gestione del servizio di interesse economico generale.

È stato anche evidenziato che l'art. 90 del Trattato tiene volutamente distinte due figure, le cui interferenze pratiche non consentono una netta distinzione: le

Trattato istitutivo del mercato comune europeo, cit. 126, la nozione comunitaria di servizio d'interesse economico generale costituisce il comune denominatore di quelle nazionali.

⁵⁹ Tale previsione, dopo aver stabilito al primo paragrafo che "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 del presente Trattato, specialmente a quelle contemplate dagli artt. 12 e da 81 a 89 inclusi", al secondo paragrafo, con tono derogatorio rispetto al precedente e rispetto alle altre disposizioni della Sezione I del Capo 1, contenente le regole di concorrenza applicabili alle imprese, prevede che: "le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale ... sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità". Su tale articolo si vedano: R. QUADRI-R. MONACO-A. TRABUCCHI, *Commentario CEE, Art. 85-136*, vol. 2, Milano, 1965.

⁶⁰ Tale disposizione, come sottolineato da A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, cit., 324, rappresenta "la sede normativa dell'equilibrio, voluto dal diritto comunitario, tra la componente economica e quella non economica dell'attività di gestione di servizi d'interesse economico generale, e dunque la base per la costruzione del regime normativo di questa".

⁶¹ Così L. BERTONAZZI-R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, cit., 1812 ss.

imprese pubbliche o private cui lo Stato riconosce diritti speciali ed esclusivi, materia pregiata delle concessioni, e le imprese pubbliche o private incaricate di una missione o meglio di un servizio di interesse generale economico⁶².

L'interpretazione di tale previsione, attuale art. 106 TFUE, è il frutto non solo dello studio della dottrina, ma anche della elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia la quale si è pronunciata, in particolare, sull'applicazione dell'art. 90 del Trattato (art. 106 TFUE) alle imprese concessionarie in esclusiva di pubblici servizi⁶³.

La giurisprudenza comunitaria ha ritenuto compatibile con l'art. 90 del Trattato l'esistenza o la costituzione di un monopolio per una impresa cui vengono riconosciuti diritti esclusivi, in quanto il Trattato non impedisce agli Stati membri di attribuire, per motivi di interesse pubblico e di natura non economica, diritti esclusivi ad uno o più soggetti⁶⁴; nella ipotesi in cui tali soggetti svolgano una attività economica, la Corte precisa che la deroga al principio di tutela concorrenziale può essere consentita solo nei limiti ammessi dall'art. 86⁶⁵. Viene riconosciuto agli Stati membri il compito di stabilire se una determinata attività sia qualificabile di interesse economico generale e quali siano gli obiettivi di pubblico interesse, purché si riconosca alla Corte un potere di verifica sulla natura dell'attività quale servizio di interesse economico generale nonché sulla legittimità della deroga alla normativa comunitaria in ragione del principio di proporzionalità⁶⁶. Sulla possibilità di mantenere posizioni di monopolio mediante l'attribuzione di diritti speciali, l'orientamento giurisprudenziale è alquanto restrittivo⁶⁷. In base all'esegesi giurisprudenziale, quindi, l'originale art. 90 del Trattato è stato inteso nel senso di ritenere legittima la deroga solo nella ipotesi in cui le specifiche funzioni affidate all'impresa in regime di monopolio potevano risultare non solo ostacolate da un regime di concorrenza, ma addirittura impedita.

⁶² Così E. PICOZZA, *Le concessioni nel diritto dell'Unione europea. Profili e prospettive*, in M. CAFAGNO-A. BOTTO-G. FIDONE-G. BOTTINO, *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, cit., 24.

⁶³ Secondo R. FERRARA, *Profili della disciplina dei servizi di interesse economico generale: aiuti di Stato e principi dell'Unione europea in materia di concorrenza*, cit., 325 "tale previsione è considerata norma chiave per quel che concerne i servizi di interesse economico generale e il suo contenuto conferma a tutto tondo che il valore della concorrenza è sì l'architrate su cui si è costruito il sistema giuridico dell'Unione europea, in vista della realizzazione del suo fine per così dire originale e primordiale (il funzionamento del mercato interno), ma in una versione temperata, e comunque relativizzata, in sintonia con i principi 'costituzionali' e con i valori di una economia sociale di mercato".

⁶⁴ Così Corte di Giustizia CE, 30 aprile 1974, in causa C-155/1973, in *Racc.*, I, 409 ss.

⁶⁵ Cfr. Corte di Giustizia CE, 3 ottobre 1985, in causa C-311/1984, in *Racc.*, I, 3261 ss. che ha ritenuto integrata la violazione dell'art. 86 in caso di diritti esclusivi suscettibili di creare una situazione in cui l'impresa sarebbe indotta a violare le norme a tutela della concorrenza.

⁶⁶ Cfr. Corte di Giustizia CE, 20 marzo 1985, in causa C-41/83, in *Racc.*, I, 873 ss.

⁶⁷ Cfr. Corte di Giustizia CE, 27 aprile 1994, in causa C-393/92, in *Racc.*, I, 1477 ss.

La Corte di Giustizia si è anche pronunciata sulla compatibilità con il Trattato di regimi dettati da diversi Stati membri a favore di imprese incaricate di gestire servizi economici di interesse generale, con riferimento a somme corrisposte a titolo di compensazione qualificabili o meno come aiuti di stato, ancorché legittimi⁶⁸.

Dunque, ad opera della giurisprudenza della Corte di Giustizia, si è determinata una progressiva riduzione della concessione di diritti speciali ed esclusivi, in concomitanza con lo sviluppo di un programma di c.d. liberalizzazioni; le imprese liberalizzate totalmente, cui lo Stato in precedenza concedeva diritti speciali ed esclusivi, hanno visto abolire tali privilegi e si sono dovute sottomettere alle leggi del mercato; diversamente dalle imprese incaricate di servizi di interesse economico generale che hanno mantenuto e anzi sviluppato una posizione dominante dovuta anche alla crisi congiunturale che ha investito, soprattutto dopo gli anni 2000, tutti gli Stati dell'Europa Occidentale⁶⁹.

La Corte di Giustizia, inoltre, ha contribuito alla definizione della nozione di servizi di interesse economico generale, anche sotto un ulteriore profilo: perché una attività possa essere così qualificata non è sufficiente che essa sia oggetto di un compito pubblico, sulla base del presupposto che la pubblica autorità ritene

⁶⁸ Cfr. Corte di Giustizia CE 24 luglio 2003, in causa C-280/00, in *Racc.*, I, 7747 ss. Per una ricostruzione delle divergenti posizioni della giurisprudenza comunitaria si veda E. MOAVERO MILANESI, *I servizi d'interesse generale e d'interesse economico generale*, in F. BESTAGNO-L.G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano, 2007, 102 ss.; M. MEROLA, *Il "pacchetto" normativo sul finanziamento dei servizi di interesse economico generale alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale*, *ivi*, 119 ss. Più in generale sugli aspetti finanziari dei servizi di interesse economico generale si veda: G. COLOMBINI, *Il finanziamento dei servizi pubblici*, in A. MASSERA (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa, 2004, 149 ss.; L. CERASO, *Il finanziamento dei servizi di interesse economico generale in un sistema di mercato concorrenziale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, 117 ss.; F. BESTAGNO-L.G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, cit., *passim*; G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, cit., 107 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., 228 ss.; L. BERTONAZZI-R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, cit., 1826 ss.; D. GALLO, *Finanziamento dei servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, cit., 119; R. FERRARA, *Profili della disciplina dei servizi di interesse economico generale: aiuti di Stato e principi dell'Unione europea in materia di concorrenza*, cit., 321 ss. al quale si rinvia per un esame critico del "pacchetto" normativo in materia di aiuti di Stato, a seguito della sentenza del 24 luglio 2003, che l'Autore definisce la madre di tutte le sentenze in materia di aiuti di stato.

⁶⁹ Così E. PICOZZA, *Le concessioni nel diritto dell'Unione europea. Profili e prospettive*, cit., 24-25 secondo il quale "occorre procedere con estrema cautela, perché quando la Comunità Europea interviene con le liberalizzazioni, non abolisce da un lato il concetto di servizio di interesse generale economico (ed infatti vengono imposti alle imprese liberalizzate obblighi anche pesanti di servizio pubblico, soprattutto per assicurare il rispetto del c.d. servizio universale, cioè l'obbligo di fornire il servizio alla universalità degli utenti interessati, in condizioni di non discriminazione, parità a tariffe agevolate in relazione alle fasce sociali, e con obbligo di consentire l'accesso alla c.d. terza parte, ed anche in transito, se il servizio è a rete)".

debba essere prestata (per la soddisfazione di un interesse pubblico non economico), ma, al contrario, è necessario che l'autorità pubblica individui, in relazione ad una specifica attività economica, un insieme di prestazioni universali, prestazioni che il mercato non fornisce autonomamente. Secondo la Corte è solo con riferimento a queste attività antieconomiche che si giustificano l'intervento dell'autorità pubblica e le deroghe all'applicazione della normativa concorrenziale⁷⁰.

Mentre in questa fase, come si è visto, l'espressione servizi di interesse economico generale non è definita né dal Trattato né dal diritto comunitario derivato; nella seconda fase – che storicamente si colloca tra il 1992 e la firma e poi il fallimento del progetto di Costituzione europea nel 2005 – la Commissione europea – anche con strumenti c.d. di *soft law* – ha svolto un ruolo significativo nella definizione della disciplina europea dei servizi di interesse generale.

Questo è il periodo delle più importanti liberalizzazioni e privatizzazioni attuate negli Stati membri, tra cui anche l'Italia; si affermano concetti rilevanti quali la regolazione e la regolamentazione sia con riferimento alla politica della concorrenza nel mercato, che con riferimento alle Autorità indipendenti, alle quali viene affidato il compito di regolamentare settori oggetto di intervento.

A partire dagli anni '90, infatti, in molti Stati membri, sulla spinta della Comunità europea, si è avviato un processo di liberalizzazione che ha investito principalmente i settori delle telecomunicazioni, dei trasporti, il servizio postale ed il settore energetico. Tale processo ha indotto le istituzioni della comunità europea e gli studiosi a sviluppare ed ampliare il concetto di servizio di interesse economico generale e a verificare se, nonostante il processo di liberalizzazione, trovassero ancora giustificazioni deroghe al diritto comunitario della concorrenza.

La prima comunicazione sui servizi di interesse economico generale viene emanata dalla Commissione nel 1996⁷¹: si tratta di un atto fondamentale nello

⁷⁰ Cfr. Corte di Giustizia CE, 19 maggio 1993, in causa C-320/1991, in *Racc.*, I, 2533 ss.

⁷¹ Comunicazione della Commissione del 26 settembre 1996 COM(1996) 446 def., in GUCE C-281 del 26 settembre 1996, pubblicata, in parte, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 384 ss., con nota di N. RANGONE. A tale atto sono seguite: la Comunicazione della Commissione (2001/C-17/04) “I servizi di interesse generale in Europa”, in GUCE C-17 del 19 gennaio 2001; la Relazione al Consiglio europeo di Laeken “Servizi di interesse generale” COM(2001) 598 def. del 17 ottobre 2001; il Libro Verde sui servizi di interesse generale, COM(2003) 270 def. del 21 maggio 2003; il Libro Bianco sui servizi di interesse generale COM(2004) 374 def. del 12 maggio 2004; la Comunicazione della Commissione del 20 novembre 2007 “I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo”, COM(2007) 725 def.; la Comunicazione della Commissione “Un quadro di qualità per servizi di interesse generale” del 20 dicembre 2011, COM(2011) 900 def.; la “Guida relativa all'applicazione ai servizi di interesse economico generale e in particolare ai servizi sociali di interesse generale, delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato, di appalti pubblici e di mercato interno” del 29 aprile 2013, SWD(2013) 53 final/2.

sviluppo di tale nozione che rappresenta un fattore essenziale del modello welfare europeo, frutto della combinazione delle indicazioni dell'ordinamento comunitario e delle libere scelte operate dagli ordinamenti nazionali.

Con tale comunicazione vengono fornite quattro definizioni: *i*) i servizi di interesse generale che consistono nei servizi, forniti dietro retribuzione o in modo gratuito, considerati di interesse generale dalle pubbliche autorità e sono soggetti a specifici obblighi inerenti al pubblico servizio; *ii*) i servizi di interesse economico generale, che sono forniti soltanto con un corrispettivo e che assolvono a missioni di interesse generale e sono assoggettati dagli Stati membri a specifici obblighi di servizio pubblico; *iii*) il servizio universale⁷², che riguarda quelle specifiche attività che, oltre a presentare carattere economico, devono essere svolte in modo da fornire le relative prestazioni a tariffe uniformi e a condizioni di qualità simili su tutto il territorio, indipendentemente dal grado di redditività economica della singola operazione; *iv*) gli obblighi di servizio pubblico che costituiscono condizioni finalizzate all'assolvimento di una missione d'interesse generale. In particolare la Commissione precisa che esistono tre principi che reggono le norme sulla concorrenza nei servizi: la neutralità tra il regime di proprietà pubblica e privata; la libertà riferita agli Stati membri nella definizione dei servizi di interesse generale, salvo il controllo comunitario; la proporzionalità, concepita nel senso che le restrizioni della concorrenza e le limitazioni delle libertà del mercato non devono eccedere quanto necessario per garantire l'effettivo assolvimento della missione.

Nel quadro ricostruito nella citata Comunicazione, dunque, esiste una tipologia sufficientemente ampia di strumenti atti a conciliare, nel rispetto del principio di proporzionalità, l'interesse generale con il rispetto delle norme sulla concorrenza: dall'apertura alla concorrenza nel mercato, all'imposizione di obblighi di servizio pubblico, fino alla concessione di diritti speciali ed esclusivi ad un solo operatore o ad un numero limitato di operatori, con o senza meccanismi di finanziamento⁷³.

⁷²La Commissione europea è intervenuta più volte a chiarire il concetto di servizio pubblico universale, inteso come una *species* del servizio d'interesse economico generale; non si tratta di un servizio che deve essere erogato in modo tale che una pluralità di soggetti possano averne garantito l'accesso, bensì di un servizio che corrisponde ad un predeterminato standard di qualità cui tutti i potenziali utenti possano accedere in qualsiasi luogo geografico si trovino ad un prezzo accessibile. Per approfondimenti sulle diverse nozioni si veda: M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Rass. giur. en. el.*, 1998, 59 ss.; ID., *Servizio pubblico e servizio universale*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 193 ss.; G. TELESE, *Il servizio di interesse economico generale e servizio universale nella giurisprudenza e nella normativa comunitaria*, in *Jus*, 1999, 459 ss.; G. NAPOLITANO, *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, in *Mercato conc. Reg.*, 2000, 18 ss.; V. GASPARINI CASARI, *Il servizio universale*, in *Dir. eccl.*, 2000, 263 ss.; G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002.

⁷³Così V. DE FALCO, *Il servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni*, cit., 174. Si veda anche N. RANGONE, *I servizi pubblici*, cit., 312 ss.

Inoltre la Commissione mette in evidenza un ulteriore aspetto riguardo ai servizi di interesse generale, che va oltre il peso economico, consistente nel collegamento di tali servizi con valori comuni, al centro dei quali si trovano l'economia di mercato, gli interessi dei cittadini, la coesione sociale e la solidarietà, per cui essi costituiscono un modello europeo di società.

In questa fase tale concetto viene ripreso nel Trattato ed acquisisce una rilevanza diversa non legata alla logica concorrenziale e di mercato, bensì al profilo sociale e territoriale. Si assiste allo sviluppo ed all'applicazione della nozione e si verifica un mutamento di prospettiva in materia di servizi di interesse economico generale a seguito dell'adozione del Trattato di Amsterdam, che considera tali servizi in un'ottica completamente diversa da quella meramente derogatoria che li vede come limite al mercato e alla concorrenza.

Ed infatti l'espressione appare nell'art. 16 (art. 14 TFUE), introdotto dal Trattato di Amsterdam del 1997⁷⁴, il quale annovera i servizi di interesse economico generale tra i valori comuni dell'Unione, sottolineandone il ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale. Segue la medesima *ratio* anche l'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea⁷⁵, secondo cui, al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, essa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi di interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e dalle prassi nazionali, conformemente al Trattato.

⁷⁴ L'art. 16 del Trattato CE prevede che: "Fatti salvi gli artt. 73, 86 e 87, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, la Comunità e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito di applicazione del presente trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i loro compiti". In dottrina si veda: L.G. RADICATI DI BROZOLO, *La nuova disposizione sui servizi di interesse economico generale*, in *Dir. Unione Europea*, 1998, 527 ss.; S. RODRIGUES, *Les services publics et le Traité d'Amsterdam. Genèse et portée juridique du projet de nouvel article 16 du Traité CE*, in *RMCUE*, 1998, 37 ss.; A. LANG, *Articolo 16*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, 133 ss.; A. GARDELLA, *Articolo 16*, in A. TIZZANO (a cura di), *Commentario ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2004, 245 ss.; M. ROSS, *Article 16 E.C. and the Services of generale Interest: from Derogation to Obligation?*, in *ELR*, 2000, 25 ss.; M. CAPANTINI, *Attività amministrative private nei servizi di interesse economico generale e principi dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, 71 ss.; P. MENGOZZI, *La tendenza del diritto comunitario a evolversi in senso sempre più personalistico e la disciplina generale dei servizi di interesse economico generale*, in *Contratto e impresa*, 2009, 304 ss.; F. COSTAMAGNA, *Direttiva 'servizi' e servizi di interesse economico generale: analisi di un rapporto difficile*, in *Il Dir. comunitario e scambi internaz.*, 2009, 111 ss.

⁷⁵ Come si legge in *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, in GUUE C-303 del 14 dicembre 2007, 17 ss.: "questo articolo è perfettamente in linea con l'articolo 14 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea e non crea nessun nuovo diritto. Esso si limita a sancire il principio del rispetto da parte dell'Unione dell'accesso ai servizi d'interesse economico generale previsto dalle disposizioni nazionali, a condizione che ciò sia compatibile con il diritto dell'Unione". Cfr. O. PORCHIA, *Alcune considerazioni sull'art. 36 della Carta di diritti dell'Unione europea: accesso ai servizi di interesse economico generale*, in *Dir. Unione europea*, 2002, 633 ss.

Storicamente questa fase registra un forte mutamento del ruolo della politica la quale, se nella prima metà del novecento, riteneva centrali la determinazione e l'esercizio delle funzioni pubbliche, nella seconda metà del secolo, grazie ad una concezione manageriale della medesima, sia a livello nazionale che locale, sposta l'attenzione dalla funzione al servizio pubblico. Questo è il tessuto storico nel quale trovano la luce le complesse disposizioni sopra richiamate sia del Trattato di Funzionamento dell'Unione Europea che della Carta dei diritti fondamentali.

In questa logica i servizi di interesse economico generale, in collegamento con l'obiettivo di coesione sociale e territoriale e con il principio di solidarietà, divengono principi di rilievo costituzionale ed elementi portanti del modello sociale europeo. Essi sono funzionali a salvaguardare l'attività degli Stati membri volte ad assicurare ai singoli la prestazione di servizi di interesse generale che, quindi, non rappresentano un ostacolo al mercato, ma valori da preservare anche in un mercato concorrenziale.

Rilevante è, ancora una volta, il ruolo della giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale, con riferimento a fattispecie in cui un servizio di interesse economico generale rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 86 e non concerna un settore oggetto di disciplina specifica mediante un atto di diritto comunitario derivato, riconosce ampia descrezionalità allo Stato membro che ha concesso ad una impresa un diritto speciale o esclusivo per l'istituzione di detto servizio, oppure ha imposto ad una impresa un obbligo per la sua realizzazione, sia per quanto concerne la definizione della missione ad essa affidata, sia per quanto attiene alle modalità di servizio di questa⁷⁶.

La Corte, dunque, tende ad interpretare i servizi di interesse economico generale in un'ottica solidaristica, alla ricerca di un bilanciamento tra l'interesse degli Stati membri alla preservazione di misure di interesse generale e quello comunitario di non vedere pregiudicate da tali misure, le libertà di circolazione e la tutela della concorrenza.

In questa fase torna sull'argomento anche la Commissione che nel Libro verde sui servizi di interesse generale afferma: "la realtà dei servizi di interesse generale che comprendono servizi sia di interesse economico che non economico è complessa e in costante evoluzione. Riguarda un'ampia gamma di attività diverse: le attività delle grandi industrie di rete (energia, servizi postali, trasporti e telecomunicazioni), la sanità, l'istruzione e i servizi sociali; attività che hanno dimensioni diverse, dal livello europeo o persino mondiale, a quello puramente locale; attività che hanno una natura diversa, dalle attività di mercato a quelle non di mercato. L'organizzazione di questi servizi varia in base alle tradizioni culturali, alla storia e alla conformazione geografica di ciascuno Stato membro,

⁷⁶In particolare, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha affermato che si possa ritenere che una impresa sia incaricata di un servizio di interesse economico generale, in tanto in quanto un incarico di tale genere le sia stato attribuito con atto pubblico trasparente e connotato in tal senso. Cfr. Corte di Giustizia CE, 10 dicembre 1991, in causa C-179/90, in *Racc.*, I, 5889.