UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ROMA TRE

DOTTORATO DI RICERCA IN CONSUMATORI E MERCATO

XXVII CICLO – AREA GIURIDICA

TESI DI DOTTORATO

I SERVIZI PUBBLICI TRA LIBERALIZZAZIONE DEL MERCATO E TUTELA DELL'UTENZA: IL CONTRATTO DI SERVIZIO

Le comunicazioni elettroniche e l'audiovisivo

COORDINATORE

Chiar.ma Prof.ssa Maddalena Rabitti

CANDIDATO

Dott.ssa Francesca Pellicanò

TUTOR DI RICERCA

Chiar.mo Prof. Paolo Lazzara

Sommario

INTRODUZIONE 4

CAPITOLO I 10

I SERVIZI PUBBLICI NELL'ORDINAMENTO NAZIONALE 10

1. Dallo Stato liberale allo Stato come "fornitore di utilità": breve retrospettiva sulla genesi del servizio pubblico. 10

2. La disciplina dei servizi pubblici nell'esperienza francese. 21

3. L'esperienza italiana: teorie oggettiva e soggettiva sulla natura del servizio pubblico. 30

3.1 (segue) La ricerca di una nozione inespressa nell'ordinamento italiano: il servizio pubblico tra articolo 41 e 43 della Costituzione, tra concorrenza e riserva allo Stato 36

3.2 Servizio "dal" pubblico o servizio "per" il pubblico? La socialità dei fini come fondamento della pubblicità del servizio. 42

4. Il contratto di servizio 50

5. L' "erompere" della regolazione: liberalizzazione, privatizzazione e l'istituzione delle autorità indipendenti di regolazione. La triangolazione del modello Stato – regolatore – mercato nell'ordinamento italiano. 61

CAPITOLO II 81

LA DIMENSIONE COMUNITARIA DEI SERVIZI PUBBLICI: I SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE 81

1. I servizi pubblici nella prospettiva dell'unione europea: i servizi di interesse economico generale (SIEG) 81

2. L'ambivalente approccio del legislatore comunitario: i servizi di interesse economico generale da "mera eccezione alla concorrenza" a "promotori della coesione sociale". 84

3. Dai servizi di interesse generale europei ai servizi pubblici nazionali. Chiudere il cerchio: la compatibilità dei SIEG con la Costituzione italiana. 122

4. Accesso ai SIEG come diritto fondamentale derivante dalla cittadinanza dell'Unione: il servizio universale. 130

CAPITOLO III 140

UN "MODELLO DI LIBERALIZZAZIONE DI UN SERVIZIO PUBBLICO": LE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE E L'AUDIOVISIVO 140

1. Le comunicazioni elettroniche come "modello di liberalizzazione di un servizio pubblico" 140

1.1. Dalle telecomunicazioni alle comunicazioni elettroniche. 143

1.2. Liberalizzazione e armonizzazione: dalla Open network provision al Pacchetto di direttive del 2002. 155

1.3. L'affermazione del servizio universale e il ruolo delle istituzioni nazionali. 170

1.4. La terza riforma di sistema del 2009: un'occasione mancata. 183

2. Il servizio pubblico radiotelevisivo. Premessa. 189

2.1. L'attività radiotelevisiva da riservata allo Stato, ex art. 43, all'introduzione della concorrenza. La triplice accezione dell'articolo 21 Cost. 191

2.2. Il servizio pubblico radiotelevisivo: contratto di servizio e prospettive di evoluzione 206

INTRODUZIONE

Questo lavoro di ricerca si impernia sul tema della disciplina dei servizi pubblici, con specifico riguardo al settore delle comunicazioni elettroniche e dell'audiovisivo, relativamente al quale, per la prima volta, si è coniata l'espressione "servizio universale"[1].

Nell'esposizione si è ritenuto più efficace seguire una struttura a "piramide rovesciata": per arrivare a trattare in modo completo e comprensibile i temi del servizio pubblico, del contratto di servizio e del servizio universale nel settore delle telecomunicazioni e della radiotelevisione, si è ritenuto imprescindibile partire da una ricostruzione dell'istituto nella sua disciplina generale, dal punto di vista sia nazionale che (sia pur con le differenze che vedremo) comunitario.

Ovviamente, l'esposizione del tema del servizio pubblico non può prescindere dall'esperienza francese – la cui particolare sensibilità sul tema ha portato a una particolare attenzione al servizio pubblico fin dal XIX secolo – per procedere poi all'esame della disciplina italiana, in primo luogo prendendo in considerazione le disposizioni della Carta costituzionale che qui vengono in rilievo, ovvero il rapporto tra l'articolo 41 e l'articolo 43, focalizzando l'indagine sui rapporti tra concorrenza e riserva allo Stato dell'attività. Nell'ambito di tale disamina, non ci si può esimere dall'esposizione delle principali teorie sviluppatesi in ambito dottrinale sul punto - in ispecie le teorie

---

[1] Si veda il capitolo II, paragrafo 4.

oggettiva e soggettiva sulla natura del servizio pubblico, rilevando altresì in cosa si estrinsechi la "pubblicità" del servizio, se nella promanazione dalla *res publica* o nella finalità del servizio, volto alla collettività.

Terminata la ricostruzione del quadro italiano e francese, si passa a tratteggiare la morfologia dell'istituto nell'ordinamento comunitario. La dimensione europea dei servizi pubblici è da individuarsi nei servizi di interesse economico generale (SIEG), con riferimento ai quali non è sfuggito agli interpreti l'ambivalente approccio del legislatore comunitario: i servizi di interesse economico generale venivano inizialmente relegati dalla neo-istituita Comunità economica europea quali mera "eccezione alla concorrenza". Tuttavia, lo sviluppo dell'azione comunitaria, che si è estesa, com'è noto, dai soli aspetti iniziali (economici e monetari) fino a un'incidenza assai più pervasiva, che ha portato nel 1992, col Trattato di Maastricht, alla rimozione della parola "economica" e nel 2009, col Trattato di Lisbona, all'evoluzione in "Unione europea", ha consentito una maggior sensibilità (anche) sociale del legislatore europeo. Infatti, se nel Trattato di Roma del 1957, i SIEG erano relegati ad eccezione all'applicazione delle norme sulla concorrenza, nelle successive modifiche dei Trattati le norme iniziali sono state integrate in modo tale che, da un lato, è stata fortemente accentuata l'importanza di questi[2], quasi a voler disconoscere la

[2] Infatti, nel Trattato di Amsterdam del 1997, si sottolinea "*L'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati,*

prospettiva iniziale di una loro ragion d'essere quale "mera eccezione" e, dall'altro, è stato molto sottolineato il ruolo degli Stati membri nei loro confronti.

Stante la fondamentale rilevanza della concorrenza e della libertà di circolazione dei servizi ai fini del mercato interno, e le conseguenti previsioni relative agli aiuti di Stato, occorre dunque esaminare le cautele dedicate per assicurare coerenza e compatibilità dei SIEG con tali principi, tenendo conto altresì dell'"erompere" sullo scenario della liberalizzazione ed armonizzazione dei mercati, dell'istituzione delle autorità indipendenti di regolazione, dell'introduzione dell'istituto del servizio universale e, in definitiva, del fatto che, alla luce dell'evoluzione normativa europea, può infatti affermarsi che si è verificata una riconsiderazione dei SIEG come "promotori della

---

provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti", mentre nel Trattato di Lisbona del 2007, al Protocollo allegato n. 26, si sancisce che "*I valori comuni dell'Unione con riguardo al settore dei servizi di interesse economico generale ai sensi dell'articolo 14 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea comprendono in particolare:*

– il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti;

– la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse;

– un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente".

coesione sociale" ed è stato riconosciuto l'accesso a questi come un diritto fondamentale ad applicazione generale, derivante *ipso facto* dalla cittadinanza dell'Unione.

Occorre dunque approfondire l'impatto che tutto ciò ha avuto sugli ordinamenti degli stati membri e in particolare su quello italiano, ripercorrendo il percorso dalla legge n. 481/95 al modello attuale.

Dopo aver effettuato una ricognizione degli istituti del servizio pubblico, del servizio universale e del contratto di servizio, si è deciso di incentrarsi sull'applicazione concreta di tali regole a uno specifico settore. Quella del settore delle comunicazioni, con i due distinti – seppur ormai avvicinati dal fenomeno della convergenza – profili delle comunicazioni elettroniche e dell'audiovisivo è sembrata una scelta naturale e che consentisse un'esposizione più completa, oltre alla possibilità di individuare profili di criticità e questioni tuttora aperte.

Il particolare interesse di questo lavoro al menzionato settore regolato devono individuarsi sotto un duplice profilo e numerosi elementi che la giustificano sono disseminati nei primi due capitoli di questo lavoro.

Vedremo infatti che i servizi di comunicazione sono stati il primo settore in cui la forza propulsiva dell'azione di liberalizzazione della Comunità europea è stata applicata, andando a rappresentare uno schema di un nuovo modello d'intervento pubblico anche per gli altri settori pubblici; un modello diverso rispetto all'azione diretta dello Stato monopolista e imprenditore. Le comunicazioni dunque hanno

rappresentato un "laboratorio per le riforme"[3] o il "settore pilota" dell'utilità generale[4]. Anche l'istituto del servizio universale si è sviluppato, sia nell'ordinamento statunitense che in quello comunitario, in prima battuta relativamente a tale settore.

Si tratta dunque di un campo che consente di esaminare la concreta applicazione di tutti gli istituti centrali di quest'indagine. Da un lato, le comunicazioni elettroniche, definite il "modello di liberalizzazione di un servizio pubblico" consentono la disamina delle modalità di declinazione regolamentare di un servizio di pubblica utilità, il primo ad essere oggetto dell'azione di liberalizzazione su impulso del legislatore comunitario e in cui la nozione di servizio universale è stata utilizzata per la prima volta a livello comunitario e nel corso degli interventi susseguitisi è divenuta oggetto di un'elaborazione giuridica degli obblighi di servizio maggiormente approfondita. Il rilievo del settore sta soprattutto in questo, nel mostrare come la Comunità intervenga concretamente a selezionare gli obblighi normativi da imporre agli operatori di telecomunicazione per il perseguimento di interessi di carattere generale. D'altro canto, con riferimento al settore dell'audiovisivo, questo consente di esaminare l'applicazione concreta dell'art. 43 Cost. – stante l'iniziale riserva allo Stato dell'attività di trasmissione radiotelevisiva in ragione della

---

[3] Così F. BASSAN, *Introduzione*, in *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, 2009, Giappichelli.

[4] Così A. TIZZANO, *Nuovi orientamenti comunitari nel settore delle telecomunicazioni*, in *Istituzioni, mercato, democrazia (*Liber amicorum *per gli ottanta anni di Alberto Predieri)*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 638.

naturale scarsità di frequenze – e dell'apertura del quadro normativo di riferimento, soprattutto ad opera di una serie di pronunce innovative della Corte costituzionale che rappresentano tuttora un *unicum* nel panorama giuridico italiano. Infatti, la Corte costituzionale ha enucleato, con una serie di sentenze additive, una serie di principi generali in cui si dettavano al legislatore i necessari requisiti delle leggi di sistema. Ciò culminò nel 1988 in una pronuncia in cui la Corte dettava al legislatore non solo il contenuto del suo intervento, che in tale sede si sollecitava, ma addirittura il termine di scadenza entro il quale questo era chiamato ad adempiere, adottando una previsione legislativa sulla concorrenza nel settore radiotelevisivo che tenesse conto dei principi statuiti dalla Corte medesima.

Inoltre, il settore dell'audiovisivo consente anche di illustrare la disciplina pratica di un contratto di servizio, ovvero quello che regola il servizio pubblico radiotelevisivo, sottoscritto a cadenza triennale tra lo Stato e la concessionaria pubblica, e di esaminarne gli aspetti tuttora aperti e le criticità in essere.

CAPITOLO I
I SERVIZI PUBBLICI NELL'ORDINAMENTO NAZIONALE

1. Dallo Stato liberale allo Stato come "fornitore di utilità": breve retrospettiva sulla genesi del servizio pubblico.

Quello del servizio pubblico costituisce indiscutibilmente uno dei temi più dibattuti dall'elaborazione dottrinaria sin dal XIX secolo. Questo non unicamente in ragione della sua, pur largamente riconosciuta, rilevanza sotto una pluralità di profili giuridici ed economici, ma, verosimilmente, soprattutto a causa dell'assenza, nell'ordinamento italiano, di una definizione normativa dell'istituto, ragione che spingeva Giannini[5], nel 1986, a individuarlo come una "*tra le più tormentate*" [6] nozioni del diritto.

Gli aspetti relativi all'entità del concetto di servizio pubblico rimasti irrisolti emergono essenzialmente sotto due profili: da un lato, infatti, il confine non agevolmente definito tra quali attività possano essere fatte rientrare nel servizio pubblico e quali, invece, siano ricomprese in altri ambiti della funzione pubblica; dall'altro, il permanere del dibattito relativo all'individuazione del criterio più

---

[5] Sul punto, fra gli altri, si vedano le riflessioni di M. S. GIANNINI, Diritto amministrativo, Milano, 1993, 48 ss.; ID., Il pubblico potere, Bologna, 1986, 58 ss.

[6] M. S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986, p. 69.

valido in base al quale ricostruire gli elementi strutturali dell'istituto[7]. La progressiva diversificazione e maggiore articolazione dei compiti che la pubblica amministrazione è chiamata ad assolvere e la molteplicità dei bisogni della collettività che questa deve soddisfare, nonché l'eterogeneità dei servizi pubblici e delle rispettive modalità di organizzazione e gestione costituiscono i punti nodali su cui tuttora dibatte la comunità d'interesse.

Eppure non si tratta di certo di una costruzione giuridica recente: istituti ad esso assimilabili, quanto meno in filigrana, si rinvengono già durante l'*Ancien Régime*, e non mancano ipotesi che fanno risalire la genesi del concetto di "servizio pubblico" e le locuzioni "di utilità pubblica" ed "interesse generale" ancora a prima, nella *polis* greca prima e nella *res publica* romana poi. Sembra, infatti, che già allora venisse effettuata la distinzione tra *utilitas* pubblica e privata, rinvenibile finanche in taluni scritti dei sofisti e dello stesso Aristotele; questa distinzione permetteva di determinare la sfera di intervento della società civile da una parte e dell'apparato detentore del potere dall'altra: alla prima spettava la sfera privata, mentre la sfera del bene comune era attribuita alle istituzioni, che esercitavano il proprio potere al riguardo d'imperio, con ordini e decisioni.

---

[7] G. ROSSI, *Diritto amministrativo*, Milano, 2005, p. 309, segnala come la nozione di pubblico servizio costituisca "*uno dei casi in cui il dato giuridico viene determinato in relazione a un altro che a sua volta determina il primo: le conseguenze derivano dalla natura di servizio pubblico, ma questa è spesso individuata dal fatto che tali conseguenze vi siano*".

La concezione che uno degli obiettivi dei governanti fosse quello del controllo della qualità della "cosa pubblica" e il soddisfacimento delle necessità della pubblica utilità rafforzava il potere e il diritto degli stessi di imporsi, per tale finalità, sulle volontà private con essi eventualmente contrastanti[8]. In particolar modo, è stato sottolineato come la *res publica* romana già presentasse, *in nuce*, l'organizzazione di servizi volti al soddisfacimento di bisogni essenziali della popolazione attraverso lo svolgimento di lavori pubblici per erigere infrastrutture che garantissero la tutela della sicurezza, dell'utilità, dell'igiene e della salubrità dei cittadini, in molti casi arrivate fino ai giorni nostri: acquedotti, fogne, terme, illuminazione delle strade, granai e fienili. La *res publica* aveva inoltre attenzione anche ad aspetti meno strettamente correlati al sostentamento e più orientati alla vita sociale, organizzando servizi di scambio, di comunicazioni e finanche di cultura e svago (si pensi all'erezione di opere pubbliche quali anfiteatri, ippodromi, teatri e arene). Tutto ciò ha dunque portato a ritenere che sotto la Roma repubblicana si fossero manifestate le prime forme di organizzazione dei servizi pubblici locali[9].

Certo queste ricostruzioni, pur suggestive nel loro indubbio fascino, risultano poco pertinenti e non aiutano a sciogliere l'incertezza

---

[8] La dottrina non ha infatti mancato di rilevare come l'intervento pubblico nell'economia possa essere fatto risalire a tempi assai remoti, individuandosene gli elementi essenziali nella costruzione di opere pubbliche quali strade, ponti, acquedotti: si veda, infatti, M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995.

[9] G. J. GUGLIELMI, *Histoire et service public*, PUF, 2004.

sulla natura del servizio pubblico, così come individuare già negli scritti di Platone e Aristotele le prime riflessioni su una concezione della collettività fondata sulla coesione della comunità politica, non costituisce un supporto pertinente all'elaborazione di nozioni giuridiche moderne. Appare infatti palese l'ovvia differenziazione che intercorre tra gli interventi storici menzionati e quello dello Stato contemporaneo, interventista nell'economia in modo strutturato e articolato su plurimi livelli.

Se forme quantomeno assimilabili al servizio pubblico si rintracciano nel corso dei secoli, durante il Medioevo (il monopolio riservato al signore feudale, con conseguente divieto assoluto di apertura degli stessi da parte de privati, di strutture necessarie ai bisogni essenziali quali forni, mulini, edifici adibiti all'essiccazione dei pesci, fucine), durante il Rinascimento (si pensi ad esempio, in Francia, all'organizzazione delle "*poste aux chevaux*", ideato nel 1464 da Luigi XI o il primo servizio di trasporto a livello nazionale inaugurato da Enrico III nel 1576), l'assolutismo o l'Ancien régime (ad esempio l'illuminazione pubblica parigina che venne sottoposta a monopolio a partire dal 1769), è tuttavia con la Rivoluzione francese del 1789 che affiorano i primi germogli che condurranno a un progressivo sviluppo dell'istituto.

Legendre sottolinea che *"l'étroit mélange de traditions féodales et d'inventions modernes au sein de l'État monarchique nous empêche de voir ce qu'en vérité la Révolution n'a pas récuser, principalement tout ce qui avait jusqu'alors déjà déjoué l'organisation féodale et contribué à produire l'uniformité juridique*". Tuttavia, la Rivoluzione non procede a una semplice operazione di razionalizzazione del potere amministrativo, bensì modifica sostanzialmente gli obiettivi della politica e rimodula i principi della legittimità dei poteri dello Stato, ponendo al centro della

propria forza innovatrice l'assioma dell'"*utilité générale*". Sin dalle prime discussioni dell'Assemblea nazionale costituente nel 1789, la coscienza dell'interesse generale si dimostra un tema già maturo nel dibattito, introducendo con vigore al centro della dialettica politica e riformista la necessità di servizi pubblici, come addotto da J. L. Mestre, il quale rileva che l'espressione "*service public*" è frequentemente utilizzata nel corso delle riunioni, per essere poi ufficialmente inserita nei testi dei provvedimenti adottati dall'Assemblea. Tuttavia, l'Autore evidenzia che "*distinctes mais complémentaires*" sono le accezioni attribuibili a tale nozione, essendo l'espressione talvolta utilizzata in senso organico per definire un'articolazione del potere statale, più spesso utilizzata in senso materiale, per indicare tanto l'attività posta in essere quanto colui che la pone concretamente in essere con la finalità di destinarla alla pubblica utilità.

I Costituenti francesi già opponevano il servizio pubblico al diverso e contrapposto concetto di servizio "*particuliér*", valendo a mostrare come già all'epoca il servizio pubblico avesse una portata concettuale ben definita, cui si attribuivano dei tratti caratteristici attenenti da una parte "*au principe de l'égalité devant la loi*" e dall'altra a "*ce qu'il doit être assuré de manière continue*". Nel contrapporre tali due concetti e nel dare rilevanza a tali sfumature semantiche, i Costituenti francesi tratteggiavano dunque una nozione di servizio pubblico inevitabilmente legata alla concezione dello Stato sviluppatasi nel pensiero rivoluzionario, consacrando un'idea di servizio pubblico, inteso come servizio rivolto al "*bien commune*" (secondo l'espressione utilizzata durante l'Ancien Régime) o "*utilité commune / publique*" (termini più consoni all'ideologia rivoluzionaria e finanche citati nella "*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen"* all'articolo 1 e nella Costituzione del 3 settembre 1791 nel primo Titolo, rubricato

"*Dispositions fondamentales garanties par la Constitution*"), per cui l'interesse generale (o pubblico, che dir si voglia) costituisce l'obiettivo principale dei governanti e la ragione dei poteri di cui questi vengono dotati dal popolo.

La dichiarazione del principio della sovranità nazionale segna la fine dell'*Ancien Régime*, caratterizzato dalla commistione tra gli interessi dello Stato e quelli del sovrano; l'assioma politico e giuridico enunciato dai rivoluzionari non riafferma unicamente che la titolarità del potere proviene dal popolo, ma postula che i governanti non possano e debbano darsi, nell'esercizio delle proprie funzioni, che l'obiettivo del servizio della collettività nazionale. Si delinea, dunque, una nuova teoria dello stato in virtù della quale il servizio pubblico è, al contempo, il fondamento e il limite del potere dei governanti [10].

Abbiamo dunque, sia pur rapidamente, evidenziato come il servizio pubblico non sia di certo un fenomeno nuovo in un ordinamento giuridico; tuttavia, un sistematico studio dello stesso va invece fatto risalire a tempi molto più recenti. Il servizio pubblico come oggetto di approfondite e articolate riflessioni è strettamente correlato con, ed anzi conseguenza di, quel momento storico che si può far coincidere con la fine del XIX secolo, in occasione della riformulazione dei rapporti tra Stato e società, conseguente allo sgretolarsi dell'impostazione liberale su cui questi previamente si configuravano, sostituita dall'idea solidaristica dello Stato pluriclasse.

---

[10] J. CHEVALLIER, *Régard sur une évolution*, AJDA 1997, n. spécial, *Le service public - unité et diversité*, p. 11.

La fine dell'800 assiste infatti a un cambiamento epocale che investe l'economia, la società e di riflesso anche, fatalmente, la forma dello Stato. Sotto la pressione di diverse correnti, economiche (l'industrializzazione e la concentrazione dei mezzi di produzione), sociali (la comparsa di nuovi bisogni sociali collegata altresì all'aumento dell'incidenza della povertà, lo sviluppo dei servizi a rete e infrastrutture quali acqua, energia elettrica, gas, trasporti pubblici, che richiede una centralizzazione per la gestione degli stessi) e politiche (l'Unità d'Italia, l'affermazione del modello repubblicano in Francia, e più in generale i progressi registrati dall'idea di giustizia sociale) portano lo Stato a profondersi con un più attivo impegno nella vita sociale. Si tratta di un inedito confrontarsi per uno Stato che sino ad allora si era limitato essenzialmente alla regolazione del libero gioco delle spinte propulsive, spesso di opposta direzione, dell'economia e della società, ma che ora si vede costretto dalle congiunture illustrate all'assunzione di un ruolo di produttore e fornitore di beni pubblici[11].

Così, sul piano economico, gli interventi classici, legati al funzionamento dei servizi economico - finanziari (conio, risparmio, credito, imposte, dogane e così via) o la creazione delle infrastrutture necessarie al commercio sotto il duplice punto di vista della produzione e degli scambi (ferrovie, rete stradale, illuminazione notturna, lavori pubblici) vedono aggiungersi ad esse un sostegno apportato allo sviluppo agricolo e industriale così come la gestione

---

[11] Per un interessante approfondimento sul tema si veda L. MANNORI – B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, p. 400 e ss.

diretta delle imprese: un "*État conservateur - propulsif*", lo definì Rosanvallon nel 1990.

Si pensi allora, per esempio, in Francia, alla legge del 1810 con cui si stabiliva il monopolio dello Stato sui giacimenti minerari o al monopolio dei fiammiferi stabilito nel 1872 e gestito direttamente dallo Stato a partire dal 1889, e, in Italia, alla legge n. 103/1903, con la quale, sebbene dopo taluni interventi settorialmente molto limitati [12], per la prima volta il legislatore affrontava la questione della gestione diretta di servizi da parte delle pubbliche istituzioni, mediante un lungo elenco di attività gestite e fornite dallo Stato alla collettività[13]. Benché si riferisse ai servizi pubblici locali, la citata legge è tuttavia ritenuta dalla dottrina amministrativista una consacrazione del servizio pubblico quale istituzione di diritto positivo nell'ordinamento giuridico italiano e il principale punto di partenza per lo studio dottrinario dell'argomento.

La legge del 1903, inoltre, fissa chiaramente nella disciplina da essa dettata elementi di diritto pubblico, in modo che risultino prominenti e caratterizzanti la natura dell'istituto. Riassumendone il contenuto per elementi essenziali, il sistema delineato dal legislatore

---

[12] Ci si riferisce ad esempio alla legge del 28 giugno 1885 che regolava il servizio telegrafico, al testo unico del 3 maggio 1903 sul servizio telefonico, alla legge del 1907 sul servizio ferroviario.

[13] Intendono quale meramente esemplificativo e non tassativo l'elenco di cui all'art. 1 l.n. 103/1903 sia F. SCOCA, *La concessione di servizi pubblici,* Rimini, 1988, p. 32 che A. POLICE, *Sulla nozione di servizio pubblico locale,* in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione,* in *Atti del Convegno di studi di scienza dell'amministrazione,* Milano, 1997.

all'inizio dello scorso secolo appare così configurarsi: un'attività di servizio pubblico poteva essere assunta da un consiglio municipale a seguito di una procedura nel corso della quale gli stessi cittadini/ elettori sono chiamati a pronunciarsi mediante un referendum; successivamente, il Comune assumeva l'esercizio dell'attività e, nei settori previsti dalla legge (quali, ad esempio, trasporti funebri o pubbliche affissioni) anche in monopolio. In ogni caso, le modalità di gestione erano costruite sulla base di quelle del diritto civile e imperativamente fissate dalla legge. La presa in carico dell'attività e lo sfruttamento del servizio erano, infine, sottoposte a numerose misure di tutela.

Tradizionalmente, la nozione di servizio pubblico è stata dedotta nei suoi profili essenziali ragionando *a contrario* dal concetto di funzione pubblica[14]: in tale concetto si rilevava l'influenza della dottrina di stampo tedesco che teorizzava lo Stato-persona come esclusivo detentore del potere pubblico, come origine e, al tempo stesso, finalità dell'agire amministrativo. La concezione adottata della funzione pubblica era quella di attività il cui primario (e spesso unico) fine era la cura dell'interesse pubblico. Nel notissimo "Trattato" di V. E. Orlando, che costituisce la prima trattazione sistematica del diritto

---

[14] Si vedano sul punto, anche per una corposa ricostruzione della dottrina e della sua evoluzione, M. D'ALBERTI, Lo Stato e l'economia in Giannini, in Riv. trim. dir. pubbl., 2000, 4, p. 1087, M. A. CARNEVALE VENCHI, *Contributo allo studio della nozione di funzione pubblica*, vol. I, Padova 1969; F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano 1969.

amministrativo in Italia [15] il tema viene introdotto delineando una categorizzazione tripartita dell'agire amministrativo distinguendo tra attività "giuridica", "patrimoniale" e "sociale": in quest'ultima vengono fatti rientrare i servizi pubblici e la loro fornitura. L'attività "sociale", diretta a "promuovere la civiltà del popolo nelle sue varie manifestazioni di benessere fisico, economico ed intellettuale" [16] si distingue dall'attività giuridica (afferente, ad esempio, all'ordine pubblico, alla difesa, all'esercizio delle funzioni giurisdizionali), in quanto questa è espressione naturale e necessaria della sovranità dello Stato, senza la quale questo cadrebbe nell'anarchia: l'attività giuridica è infatti svolta senza che sia configurabile (né, d'altra parte, potrebbe esserlo) una concorrente attività privata, ed è esercitata mediante il fondamentale modello della superiorità giuridica derivante dalla spettanza dei poteri pubblicistici. L'attività "sociale", invece, si qualifica come una funzione esercitata dallo Stato sulla base di una valutazione di convenienza ed opportunità che presuppone l'incapacità, in quel momento storico, di un'alternativa privata, non negandone, tuttavia, un potenziale ripensamento in un diverso momento storico. L'attività "sociale" si distingue, altresì, dall'attività patrimoniale, in quanto, sebbene sia esercitata con modalità parzialmente analoghe e istituti in gran parte assimilabili a quelli regolati dal diritto civile, è animata da un fine diverso, ovvero da "un

---

[15] Si veda il *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano* curato da V. E. ORLANDO, Milano, 1900.

[16] V. E. ORLANDO, Trattato, op. cit., volume I, p. 58 e ss.

pubblico interesse (…) di giovare a un determinato rapporto sociale"[17]. Il pensiero dell'Orlandi poggia, in sintesi, saldamente su due pilastri, che saranno centrali nella dottrina più moderna, anche laddove questa se ne voglia distanziare: "l'idea del pubblico servizio non precede, ma segue la pubblica amministrazione"[18] dovendosi quindi costruire in senso soggettivo intorno allo Stato come persona giuridica; pur presentando caratteri di analogia negli strumenti con l'attività patrimoniale, non è disciplinato dal diritto privato, ma da un corpo di regole esorbitanti che costituisce parte integrante del diritto amministrativo. Questa teoria del corpo speciale di norme che esulano dal diritto civile per regolare l'attività di un organo amministrativo si impone quale tematica centrale del dibattito con cui la successiva dottrina necessariamente si confronterà[19]. Successivamente, il De Valles[20], nell'interpretare la ricostruzione dell'Orlando, avrebbe rilevato che a regolare l'attività giuridica sono esclusivamente "*norme di diritto, dà luogo a situazioni e rapporti di diritto, con effetti giuridici che sono sempre mezzi per il perseguimento dell'intento finale*". Nella rigida visione dell'Autore, dunque, la principale caratteristica dell'attività sociale era individuata nella "non giuridicità", alla luce della sua connaturata

---

[17] V. E. ORLANDO, op. cit. volume I, p.46.

[18] ibid. p. 58.

[19] Si vedano sul punto G. DELLA CANANEA – G. NAPOLITANO, *Per una nuova costituzione economica*, Bologna, 1998; E. SCOTTI, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003, N. Rangone, *I pubblici servizi*, Bologna, 1999; R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2001

[20] A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Vol. VI, Milano, 1930, p. 398.

materialità, oltre che dell'assenza di sistematicità che ne inficiava la definizione. Allo stato attuale una simile impostazione appare piuttosto contraddittoria, o comunque parziale: sulla base di essa, infatti, si sarebbe dovuta ravvisare la "giuridicità", intesa in senso pubblicistico, nei limitati casi in cui l'Amministrazione esercitasse la propria supremazia, dovendosi dunque negare tale connotato ad ogni attività di prestazione proveniente dallo Stato.

La nebulosità dei citati tentativi definitori, come vedremo, non solo avrebbe influenzato ogni tentativo di individuare l'elemento centrale dell'attività sociale dello Stato, ma avrebbe, altresì, esteso la propria influenza anche nelle epoche posteriori, rendendo più ardua l'indagine del discrimine tra funzione pubblica e pubblico servizio.

2. La disciplina dei servizi pubblici nell'esperienza francese.

Sulla qualificazione del servizio pubblico adottata dal legislatore del 1903 si riverbera fortemente l'influenza della dottrina francese del XIX secolo[21]: vengono fatte rientrare nel servizio pubblico tutte le

[21] La produzione sul punto è sterminata: ci si limita, in questa sede, a citare solo taluni Autori: P. DELVOLVE, Service public et libertés publiques, in RFDA, 1985; L. DUBOUIS, *Missions de service public ou missions d'intérêt général*, in RGCT, 2001, 588; J. F. BRISSON – A. ROUYERE, J. F. LACHAUME, *L'identification d'un service public industriel et commercial: la neutralisation du critére fondé sur les modalités de gestion du service*, in RFDA, 1/2006, 119 ss., E. FATOME, *La détermination du caractère des établissements publics*, in AJDA, 2001, 222 ss., S. BRACONNIER, *Droit des services publics*, Parigi,

attività prese in carico dall'amministrazione, secondo la procedura e le modalità di gestione prescritte dalla legge, indipendentemente dalle loro effettive qualità [22], tanto che la legge n. 103 elenca le attività che possono ricadere nel proprio ambito di applicazione, ma senza pretesa di esaustività.

Si avverte dunque, in una siffatta impostazione, una chiara impronta della dottrina francese di diritto amministrativo di fine diciannovesimo secolo, dominata dalle tesi di Duguit e Hauriou, basate tuttavia su un approccio metodologico da cui la successiva dottrina italiana di inizio '900, inizialmente su di esse basatasi, tenderà poi a distanziarsi. L'*environnement* giuridico francese di tale periodo costituisce indiscutibilmente il più compiuto sforzo dottrinale definitorio del tema del *service public*, influenzando anche il pensiero

---

2003; G. BRAIBANT, *Le droit administratif français*, Parigi, 1992; A. S. MESCHERIAKOFF, *L'arrêt du Bac d'Eloka. Légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique*, in RDP, 1988R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Parigi, 2001; ID., *Le service public et la puissance publique*, in RDP, 1968 ; J.-M. CHEVALIER, *L'idée de service public est-elle encore soutenable?*, Parigi, 1999;.

[22] Sul punto si veda D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in Dir. pubbl., 1999, p. 376 ss, in cui questo ricorda, in particolare, come la connotazione del diritto dei pubblici servizi quale diritto "speciale" vada addebitata non solo all'opera di Hauriou e di Jèze, ma altresì al fondamentale *arrêt* Blanco, e all'*arrêt* Bac d'Eloka, (T. C. 22 janv. 1921, Soc. comm. de l'Ouest Africain, Rec. 91, concl. Matter), in base al quale il criterio della specialità ha sostanzialmente perso la propria originaria unitarietà: è a tale momento che si fa effettivamente risalire l'ancora in vigore distinzione tra *services publics administratives* e *services publics industriels et commerciaux*, con la conseguente attrazione di questi ultimi verso la disciplina di diritto civile e la giurisdizione del giudice ordinario.

giuridico italiano a venire, seppur con le differenze che vedremo. Stante l'impatto della tradizione francese sullo studio del tema, si ritiene essenziale la rappresentazione preliminare, in apertura dello studio che ci vede qui impegnati, dei principali aspetti che ne connotano l'impostazione.

Occorre precisare innanzitutto che per illustrare la rilevanza dell'istituto di service public, ci si deve sottoporre a un cambio di prospettiva. L'intero diritto amministrativo francese è costruito e ruota intorno alla nozione di "service public", tanto che la stessa viene ritenuta l'unico strumento giustificativo alla luce del quale interpretare le regole specifiche che qualificano l'amministrazione pubblica come garante dell'interesse generale.

Il punto di partenza della teorizzazione giuridica sul servizio pubblico nell'ultimo trentennio del XIX secolo è concordemente individuato nella crisi della concezione di Stato di diritto e nell'affermarsi di principi solidaristici che segnano il passaggio a un crescente interventismo pubblico in economia, per cui alle tradizionali attività amministrative si aggiunsero nuovi ambiti di azione, volti alla fornitura di servizi di utilità collettiva. Il crescente interventismo dello Stato nell'economia e il suo attivo prodigarsi al fine di promuovere e a regolamentare la costruzione e l'unificazione di reti e infrastrutture che consentissero una più diffusa e omogenea erogazione di servizi essenziali all'intera collettività nazionale si pone essenzialmente come risposta al progressivo disgregamento della realtà nazionale sotto il profilo economico, legislativo e amministrativo. Alla teoria dello Stato, inteso come istituzione salda e unitaria, titolare esclusivamente di potestà pubbliche che esercita attraverso atti di imperio, si è gradualmente sostituita un diverso approccio ermeneutico, che rileva la duplice azione della Pubblica Amministrazione (o meglio, pubbliche

amministrazioni): a un'attività, per così dire, "tradizionalmente" pubblicistica, contraddistinta dall'agire autoritativo, si affianca un'azione di stampo più marcatamente sociale, finalizzata all'erogazione di servizi alla collettività per soddisfare bisogni generali.

In Francia, la tradizionale assunzione della nozione di servizio pubblico come clausola di riparto della giurisdizione comportava, appunto, che, in applicazione di talune leggi adottate all'epoca della Rivoluzione in ossequio al principio di separazione dei poteri espresso da Montesquieu, ai tribunali ordinari fosse denegata la possibilità di conoscere degli atti amministrativi. Questi, conseguentemente, non erano inizialmente sottoposti ad alcuna tutela giurisdizionale, per essere assoggettati, in seguito, ad appositamente istituiti tribunali amministrativi. La costruzione dell'istituto nel sistema francese viene concordemente individuata come avente origine giurisprudenziale [23]: in particolare, il punto di svolta è da individuarsi in una notissima pronuncia, l'*arrêt Blanco* emesso dal *Tribunal des conflits* dell'8 febbraio 1873[24]. Il *Tribunal* ivi afferma il principio per cui la responsabilità

---

[23] F. MERUSI, *Servizio pubblico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1970, p. 215.

[24] Il caso riguardava l'incidente occorso a una bambina di cinque anni e mezzo, Agnés Blanco, schiacciata da un carro dell'azienda di tabacchi della città di Bordeaux ribaltatosi di fronte allo stabilimento, subendo, in conseguenza, l'amputazione di una gamba. Il padre della bambina intentò un'azione legale, dinanzi al *Tribunal civil* di Bordeaux, contro i quattro operai che conducevano il carico, dipendenti pubblici, citando in solido anche lo Stato francese, come civilmente responsabile dell'imprudenza e imperizia dei suoi dipendenti, allo scopo di ottenere

extracontrattuale "*qui peut incomber à l'État pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'elle emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil pour les rapports de particulier à particulier*", bensì dalle "*règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés*".

Si è chiaramente dedotto da tale formulazione che le controversie imputabili allo Stato, riguardanti la "*puissance publique chargée d'assurer la marche des services publiques*" ricadono sotto la *juridiction administrative*. L'importanza dell'*arrêt Blanco* risiede dunque in questo, nel marcare con decisa chiarezza la distinzione tra competenza del giudice amministrativo e del giudice civile, caratterizzando in modo più strutturato la natura del servizio pubblico. La dottrina francese del XIX e XX secolo, che prende le mosse da tale fondamentale pronuncia, pone al centro della propria riflessione il servizio pubblico facendone, per usare una riuscita espressione di Gaston Jèze *"la pierre angulaire du droit administratif*" [25]. La sentenza Blanco influenzò una serie di successive pronunce che, codificando i mutamenti avvenuti nell'ordinamento amministrativo francese, sempre più caratterizzato a attività amministrative prive di quell'elemento di autoritatività che contraddistingueva l'attività pubblica, in quanto volte a soddisfare le necessità collettive, concorsero a introdurre il nuovo concetto di

---

il riconoscimento della *responsabilité pour faute* ed il conseguente risarcimento del danno subito dalla bambina. Il Tribunal civil rimise la causa al Tribunal des conflits, adducendo la propria incompetenza a dirimere la controversia.

[25] G. Jèze, *Principes Generaux du droit administratif*, 1904

servizio pubblico. Questo, da intendersi come clausola generale sulla competenza del Conseil de l'État in merito a tale tipologia di atti della pubblica amministrazione connotati da assenza di autoritatività ma comunque sottoposti a "*régles exorbitantes du droit commun*"[26]. Anzi, il

---

[26] L'idea della "specialità" pubblicistica è storicamente diffusa negli orientamenti dottrinari francesi. Ad esempio, nel campo della contrattualistica pubblica, al fine di riconoscere i contratti da assoggettare al regime di diritto pubblico, si è per anni proceduto per via interpretativa, tentando di individuare all'interno dei singoli accordi contrattuali, le cosiddette *clauses exhorbitantes*. Queste ultime coincidevano con quelle particolari condizioni in presenza delle quali poteva presumersi che le parti avessero deciso di derogare al regime di diritto comune. G. PEISER, cit., 266 richiama a titolo esemplificativo le clausole che garantiscono alla controparte dell'Amministrazione un trattamento fiscale favorevole (T. confl., 1962, Cazautets), ovvero quelle in cui si prevede che la controparte privata parteciperà ad un certo finanziamento pubblico (Cons. Et., 19 febbraio 1988, Sarl Pore Gestion, in LPA, 14 settembre 1988, 2, ss., con nota di MODERNE), o, ancora, quelle che nell'ambito di un contratto stipulato tra due Comuni prevedono che gli abitanti del Comune acquirente potranno fruire di tariffe agevolate (T. confl., 15 novembre 1999, Comune de Bourisp, in Rec., 478). Cfr., altresì, Cons. Et., 31 luglio 1912, Societé des Granites porophiroides des Vosges ; Cons. Et., 26 febbraio 1965, Societè du Velodrome du Parc de Princes. Sul punto, cfr., fra gli altri, C. FARDET, La clause esorbitante et la réalisation de l'intérét general, in AJDA, 2000, 115; J. LAMARQUE, Le déclin du critére de la clause exorbitante, Parigi, 1974 ; P. WEIL, Le critére du contrat administratif en crise, Parigi, 1974 ; G. PEISER, Droit administratif général, Parigi, 2004, 266 richiama a titolo esemplificativo le clausole che garantiscono alla controparte dell'Amministrazione un trattamento fiscale favorevole (T. confl., 1962, Cazautets), ovvero quelle in cui si prevede che la controparte privata parteciperà ad un certo finanziamento pubblico (Cons. Et., 19 febbraio 1988, Sarl Pore Gestion, in LPA, 14 settembre 1988, 2, ss., con nota di MODERNE), o, ancora, quelle che nell'ambito di un contratto stipulato tra due Comuni prevedono che gli abitanti del Comune acquirente potranno fruire di tariffe agevolate (T. confl., 15 novembre 1999,

riferimento a regole esorbitanti dal diritto comune assurge proprio a spartiacque, che distingue dal resto dell'attività pubblica quella esercitata dall'organo statale "per il tramite di un bene demaniale", sottoposta quindi a un regime giuridico esorbitante dal diritto comune che si applicava ai beni in proprietà dei privati[27].

L'applicazione di una disciplina che deroghi al diritto comune e l'attribuzione delle controversie al riguardo al giudice amministrativo, sottraendole al giudice civile, rinvengono la propria *ratio* nei "*fins sociales de l'action administrative*": la nozione di servizio pubblico fornisce, nel contempo, la specificazione del diritto amministrativo e la giustificazione della competenza del giudice amministrativo. Ciò in quanto questa, da una parte, assicura la coesione e la coerenza delle principali nozioni del diritto amministrativo: devono essere considerati come "*agents publics*" coloro che vengono impiegatizi servizio pubblico, come "*domains publics*" i beni interessati dal servizio pubblico, "*travaux publics*" sono i lavori effettuati allo scopo di fornire un servizio pubblico. Quanto alla responsabilità amministrativa, questa copre i danni causati nell'assolvimento del servizio pubblico: l'intervento del

---

Comune de Bourisp, in Rec., 478). Cfr., altresì, Cons. Et., 31 luglio 1912, Societé des Granites porophiroides des Vosges ; Cons. Et., 26 febbraio 1965, Societè du Velodrome du Parc de Princes. Sul punto, cfr., fra gli altri, C. FARDET, La clause esorbitante et la réalisation de l'intérét general, in AJDA, 2000, 115; J. LAMARQUE, Le déclin du critére de la clause exorbitante, Parigi, 1974 ; P. WEIL, Le critére du contrat administratif en crise, Parigi,1974.

[27] Così V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici,* p. 203, che individua in tale aspetto specifico un "*principio di tipicità costante dell'azione pubblica*" dell'ordinamento francese.

giudice amministrativo si giustifica in quanto a questo ci si deve rivolgere ogni qualvolta che una controversia sia relativa a un'attività di servizio pubblico, poiché, nella determinazione della giurisdizione, non ci si fonda più su un privilegio dell'amministrazione, ma sulla specifica natura delle problematiche sollevate e delle regole da applicare. In breve, per dirla con la riuscita espressione di P. Weil, il servizio pubblico diventa, per la dottrina francese, "*l'alpha et l'oméga du droit administratif*".

La promozione del criterio del servizio pubblico ha quale effetto una sensibile estensione del campo d'applicazione del diritto - e del contenzioso - amministrativo, invertendo il corso di un'evoluzione che sembrava fino ad allora andare nel senso di una crescente estensione della competenza del giudice ordinario.

Le riflessioni giuridiche di tale periodo sono dominate essenzialmente dalle opere di Léon Duguit [28] e Maurice Hauriou, che rivelano entrambi un approccio metodologico profondamente diverso da quello adottato dalla dottrina italiana[29]. L'ideologia socialista che permea la visione di Duguit prende le mosse dal legame tra socialismo e sociologia per criticare concetti giuridici che costituivano i postulati fondamentali del tradizionale diritto pubblico: la personalità giuridica

---

[28] L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, 1913; dello stesso Autore si vedano anche *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1913; e *Le droit social, le droit individuel et la transformation de L'Etat*, Paris, 1922.

[29] Chiosa M. NIGRO, in *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in Foro It., 1983, V, 253, nel dissidio tra Hauriou e Duguit la storia avrebbe dato ragione a entrambi e "L'amministrazione, oggi, è insieme service public e puissance public"

dello Stato, la sua sovranità, la contrapposizione netta tra diritti soggettivi dei cittadini e "*puissance publique*" dello Stato, sono tutti concetti di cui Duguit critica l'astrattezza e la netta distanza dal diritto concreto ed attuale, e che pertanto rifiuta come "*concettualizzazione ideologica ed astratta della realtà concreta*" [30]. Duguit intende scardinare dalla concezione di Stato gli elementi di matrice liberale che si riflettono nel concetto di "*puissance publique*", promuovendo invece un diritto amministrativo che, scevro di elementi derivanti dal giusnaturalismo, si basi su una configurazione del servizio pubblico come l'elemento che da solo e per definizione fornisce le fondamenta all'idea contemporanea di Stato[31].

Se, secondo Hauriou, il servizio pubblico è la realizzazione dell'incontro tra la decisione del potere pubblico e il concorso attivo dei soggetti coinvolti nell'attuazione della volontà pubblica, Duguit si spinge più in là nel revisionare le prerogative classiche della sovranità, spostando l'attenzione sul servizio pubblico come momento di

---

[30] Così G. F. CARTEI, Il servizio universale, Giuffrè, 2002, pag. 2.

[31] Duguit, op. cit. p. 46: "*il existe donc une correspondance intime entre la possession de la puissance et l'obligation d'accomplir certaines activités, de rendre certains services. Cette correspondance toujours sentie est comprise clairement er voulue fortement par l'homme moderne. Cela suffit pour fonder l'obligation juridique des gouvernants. Il n'y a pas aujourd'hui, dans le monde civilisé, un seul esprit qui ne soit profondément pénétré de cette idée que tous ceux qui détiennent le pouvoir à un titre quelconque, empereurs, roi, président de la république, ministres, parlements, le détiennent non pour leur profit, mais pour celui des gouvernés; et l'idée a tellement de force que tous les détenteurs du pouvoir le répètent à l'envi, alors même qu'en fait ils tachent à retirer le plus de bénéfice possible de leur situation*»

congiunzione tra doveri statali di cooperazione e di solidarietà, tra diritto privato e diritto pubblico. D'altra parte, Duguit respinge la distinzione tra atti "di autorità" e atti "di gestione", poiché ogni intervento dell'amministrazione persegue, a suo giudizio, un fine proprio, irriducibile all'interesse dei privati: il funzionamento legale, cioè, di un servizio pubblico, come prestazione volta al perseguimento del "*bien commune*". Il pensiero di Duguit è ben riassumibile nella seguente formula: "c'est toute activité dont l'accomplissement doit être réglé, assuré et contrôlé par les gouvernant, parce qu'il est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale et qu'il est de telle nature qu'il ne peut être assuré complétement que par l'intervention de la force gouvernante »[32]

3. L'esperienza italiana: teorie oggettiva e soggettiva sulla natura del servizio pubblico.

Come già si accennava in precedenza, la nozione di servizio pubblico nella dottrina italiana ha iniziato ad affermarsi e a suscitare la crescente attenzione del dibattito giuridico in un contesto storico e politico fortemente influenzato dalle teorie d'oltralpe dello Stato di diritto e dal concetto di Stato–persona, da cui discendeva il primario rilievo attribuito alla "funzione amministrativa".

La graduale estensione dell'intervento della Pubblica amministrazione, connaturata alle esigenze del neo-unificato Stato

[32] Op. cit. pag. 56 ss.

italiano, stante il moltiplicarsi di necessità di tipo economico e sociale, non risolveva tuttavia talune incertezze in ordine alla consistenza del concetto di servizio pubblico, le quali emergono fondamentalmente sotto due profili: da un lato, infatti, restava particolarmente sfumata la linea di demarcazione che consentisse di affermare quali attività possano e/o debbano rientrarvi e quali invece partecipino di altri ambiti della funzione pubblica; dall'altro, permane da oltre un secolo irrisolto il dibattito sull'individuazione del criterio più valido in base al quale ricostruire gli elementi strutturali della nozione in parola, stante la complessità e la diversificazione progressivamente crescente della natura dei bisogni che la Pubblica Amministrazione è chiamata a soddisfare, nonché l'eterogeneità dei servizi pubblici e delle rispettive modalità di organizzazione e gestione. Giova rammentare che l'elaborazione dogmatica della nozione di servizio pubblico risale a quell'epoca nella quale il soggetto Stato — fonte unica della pubblicità — raccoglieva in sé ogni potere, eventualmente distribuendolo ad altri soggetti dell'ordinamento[33]. Buona parte della dottrina italiana si è dunque ispirata alla concezione francese, intendendo per servizio

---

[33] Secondo la nota concezione di O. RANELLETTI, *Il concetto di pubblico nel diritto*, in Riv. it. sc. giur., 1905, 350 ss.: "*Tutto il concetto di pubblico in riferimento alle persone giuridiche pubbliche, alla loro attività, alla loro organizzazione ecc., allo stesso diritto che le regola, cioè il diritto pubblico, si appunta e concentra nello Stato; è pubblico tutto ciò che direttamente o indirettamente è di Stato. Lo Stato è la sintesi della cosa pubblica; non vi è cosa pubblica, se lo Stato non la consideri tale*". Su tale concezione G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971; PASTORI, *Stato e organizzazione amministrativa* in Oreste Ranelletti, in *Dir. amm.*, 1993, 46 ss.;

pubblico "il complesso degli scopi sociali che gli enti amministrativi devono proporsi" e ritenendo che questo costituisse "il fine ultimo dell'intera attività amministrativa, che si appalesa in ogni ramo di essa"[34]; non si discosta Cammeo, per il quale "*pubblico servizio in senso lato e subbiettivo è il soddisfacimento dei bisogni collettivi mediante esplicazione di attività dello Stato*"[35].

Alla luce di quanto espresso, può qui sostenersi che, nel tentativo di individuare una nozione unitaria di servizio pubblico, in una prima fase la dottrina aveva ritenuto che quest'ultimo si potesse rinvenire in ogni attività non avente forma autoritativa realizzata da un potere pubblico, sia che questi la ponesse direttamente in essere, sia che concedesse tale linea di attività a soggetti privati: su tali basi poggiava dunque la teoria cosiddetta soggettiva di pubblico servizio, che mostrava tuttavia chiaramente il suo limite alla luce dei tentativi definitori del concetto di servizio pubblico, in quanto una siffatta impostazione non facilitava stante la sua genericità, e soprattutto laddove si consideri l'impatto della lettura critica dell'articolo 43 della Costituzione della Repubblica italiana. L'impostazione assunta dalla

---

[34] Così SANTI ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, Milano, 1913, p. 357. La posizione di Santi Romano è emblematica dell'incertezza in cui versa la dottrina italiana: *ibid*. sempre a p. 357, così si pronunciava sulla distinzione tra i concetti di servizio pubblico e di prestazione di un ente pubblico "*il primo, in vero, più che ad una figura giuridica vera e propria, accenna al complesso degli scopi sociali che gli enti amministrativi debbono proporsi e comprende una quantità d'istituti e rapporti l'uno profondamente diverso dall'altro*".

[35] F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa,* Milano, p. 204

teoria soggettiva portava infatti a ritenere "pubbliche" anche attività consistenti nell'erogazione di beni e servizi a favore della collettività, come proiezione di talune funzioni amministrative su determinate prestazioni rese a privati per il soddisfacimento di esigenze di carattere generale. Dalla qualificazione del servizio pubblico come "attività che i pubblici poteri (…) si assumono divenendone titolari" [36], infatti, discendeva automaticamente l'attribuzione di ampi poteri discrezionali alla Pubblica Amministrazione tanto in ordine all'assunzione dello stesso, quanto all'organizzazione e alla gestione delle relative attività.

Ciò consentiva di spiegare ad esempio la creazione di monopoli legali e la riserva di interi settori di attività al pubblico potere, così come la peculiare natura della fattispecie concessoria, di cui l'Amministrazione si avvaleva per trasferire attività di propria competenza – quale la gestione del servizio pubblico - a privati [37]: solo in virtù di tale provvedimento, infatti, una prestazione in sé non dissimile da altre di diritto comune assumeva rilievo pubblicistico, assoggettandosi per ciò solo a una disciplina speciale. Così, si conferiva rilevanza giuridica alla finalità di rendere oggettivamente prestazioni "per il pubblico", limitandola al contempo alle sole attività che la Pubblica Amministrazione avesse assunto come servizio pubblico, includendone i risultati tra le proprie finalità. Tale impostazione, in breve, si basava sulla necessità dell'intervento di un soggetto pubblico

---

[36] M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo, I*, Milano, 1950, p. 115.

[37] Come rilevato da G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, II, 1953, pp. 72 ss.

che trasli questa propria caratteristica dentro un rapporto intersoggettivo, avente ad oggetto un'attività non autoritativa, rivolta ad una generalità di individui, con lo scopo di rispondere a bisogni di carattere sociale, perciò distinguendosi rispetto alle funzioni tradizionalmente svolte dall'Amministrazione e alle attività di diritto privato a rilevanza economica e sociale.

All'indomani della introduzione della forma di Stato repubblicana, del sistema rappresentativo democratico e della Carta Costituzionale, la dottrina più attenta ha subito rilevato alcune criticità di tale impostazione, che - negando rilevanza giuridica autonoma ai concetti di "collettività" e di "società" a tutto favore della concezione liberale dello Stato persona - contrastava fortemente con il modello di "Stato sociale" che andava affermandosi nel secondo dopoguerra.

La dottrina, conseguentemente, iniziò un superamento della teoria soggettiva per porre l'accento sul l'oggetto della prestazione del servizio.

Stanti la sempre maggiore rilevanza dell'intervento pubblico in economia, ma anche e soprattutto alla luce di un nuovo testo costituzionale che riconosceva titolo alla partecipazione dei privati nel perseguimento del pubblico interesse, la ricostruzione della teoria soggettiva sarebbe ben presto divenuta insostenibile. Troppo accentuata appariva infatti la mortificazione del servizio pubblico cosiddetto improprio, mentre eccessivo rilievo veniva attribuito in sede definitoria ad un elemento sostanzialmente marginale, come la provenienza da un soggetto pubblico dell'erogazione delle prestazioni. Ci si avvide dunque di quanto risultasse inutilmente complesso il tentativo di adattare lo strumentario amministrativistico-provvedimentale alla relazione tra lo Stato come fornitore del pubblico servizio ed il cittadino come utente, laddove poi si riqualificavano

come privatistici i rapporti tra il medesimo cittadino-utente e l'imprenditore privato-fornitore di servizi pubblici.

Ciò posto, al fine di reperire un meno sfumato e più preciso fondamento a una nozione insoddisfacentemente inquadrata, a partire dal secondo Dopoguerra, la dottrina italiana rilasciò ipotesi ricostruttive diverse rispetto alla tradizionale concezione soggettiva. Tra queste può ricordarsi la soluzione prospettata dal Nigro[38], il quale, nel sottolineare l'inadeguatezza delle precedenti teorizzazioni rispetto all'evoluzione della realtà imprenditoriale, richiamava la nozione di ordinamento sezionale, al fine di individuare una categoria cui ricondurre il fenomeno servizio pubblico. L'esistenza di più soggetti dalla varia natura giuridica che nel medesimo ambito vedono indirizzate le rispettive attività verso una destinazione unitaria aveva convinto l'Autore ad ipotizzare siffatta soluzione, sebbene in tal modo si continuasse a giudicare il pubblico servizio ricorrendo a categorie datate e non del tutto adeguate. Il contributo dell'autore, pur nella sua indubbia rilevanza ai fini del dibattito, non risolveva tuttavia i problemi di impostazione dovuti all'assenza di una vera e propria nozione sostanziale [39] : Nigro ricorreva infatti alla nozione di ordinamento di settore, ovvero un concetto anteriormente utilizzato dalla dottrina per indicare quegli ambiti in cui una plurisoggettività di operatori e la destinazione unitaria delle rispettive attività sono poste

---

[38] M. NIGRO, *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, cit., 186 ss.

[39] Tanto che, come rilevato da F. Zuelli, Servizi pubblici e attività imprenditoriale, Milano, Giuffrè, 1973,non è del tutto scontata l'ascrizione della teoria di Nigro fra le teorie oggettive.

sotto le funzioni di direzione e di coordinamento di un organo dello Stato[40].

3.1 (segue) La ricerca di una nozione inespressa nell'ordinamento italiano: il servizio pubblico tra articolo 41 e 43 della Costituzione, tra concorrenza e riserva allo Stato

Il momento di svolta nell'elaborazione relativa al pubblico servizio è da più parti indicato negli studi di Pototschnig[41], la cui diffusione iniziò intorno alla metà degli anni Sessanta.

---

[40] Così G. F. Cartei, Il servizio universale, Milano, Giuffrè, 2003, p. 38. Sul tema degli ordinamenti settoriali si vedano: M. S. Giannini, Istituti di credito e servizi di interesse pubblico, in Mon. e cred., 1949, p. 111, ss. , dello stesso A. in Diritto amministrativo , I, Milano, Giuffrè, 1970, p. 166 ss., F. Merusi, Servizio pubblico, in Novissimo Digesto italiano, vol. XVII, Torino, Utet, 1970.

[41] Della vasta produzione dell'Autore sul tema che qui ci impegna, si fa particolare riferimento a U. POTOTSCHNIG, I pubblici servizi, Padova, 1964, 49 ss. Per una retrospettiva del pensiero dell'Autore e della sua evoluzione, si rinvia altresì a D. SORACE, I servizi pubblici, in Amministrare, 3- 2001, p. 385 ss.

Pototschnig da subito segnala la singolare scarsa attenzione prestata al tema nel momento in cui egli scrive e nota come vi sia una contraddizione soltanto apparente tra questa disattenzione e lo sviluppo dei "compiti di benessere" dello Stato, dal momento che sono state proprio la moltiplicazione di queste attività non tradizionali dello Stato e la diversa disciplina giuridica di attività private socialmente rilevanti a «metter in crisi la concezione dello Stato e quindi a rendere inapplicabili e infecondi istituti e principi modellati in armonia con quella concezione». D'altra parte, secondo l'Autore, la nozione di servizio pubblico che poteva dedursi dalla dottrina era da considerarsi insufficiente perché oscillante tra una definizione diretta a trovare la distinzione tra quella nozione e quella di pubblica funzione ed una

Egli, per la prima volta, impostò la riflessione sul tema partendo dal dato offerto dal diritto positivo, con specifico riguardo alle norme che il Costituente aveva dedicato al problema del pubblico servizio, ossia gli articoli 41 e 43 della Costituzione della Repubblica italiana[42]. Ciò ha determinato, in primo luogo, il definitivo superamento di ogni equivoco derivante dalla distinzione tra attività giuridica e sociale. Anche quest'ultima infatti, al pari della prima, merita di essere inscritta tra i compiti che doverosamente l'Amministrazione è tenuta ad espletare, in virtù di quanto disposto dalle disposizioni costituzionali: appaiono in questo senso inconsistenti le più antiche ipotesi dottrinarie sulla cui base si era tentato di privare di ogni dignità giuridica l'attività volta a soddisfare i bisogni della collettività in favore della natura pubblica del soggetto erogante.

Ma, come noto, all'impostazione di Pototschnig va ascritto soprattutto il merito di aver efficacemente e definitivamente svelato le

---

qualificazione generica e imprecisa, di sapore nominalistico, idonea soltanto a distinguere servizi pubblici da servizi privati o meglio da servizi "non pubblici".

[42] Si ritiene necessario e utile qui riportare il testo integrale delle previsioni costituzionali in commento: " *Art. 41. L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali."*

"Art. 43. A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale".

debolezze della concezione soggettiva del pubblico servizio, per lo meno nella versione invalsa nella sua epoca.

In particolare, l'analisi dell'Autore si fonda su tre pilastri, contenuti negli articoli 41 e 43 della Costituzione. Le norme citate (insieme all'art. 42, Cost., il quale tratta, come noto, la proprietà) delineano un sistema economico di tipo misto, che legittima la presenza in economia sia dello Stato che di attori privati[43]. Da un lato, infatti, l'art. 43 prevede che, date le condizioni indicate dalla disposizione, determinate attività possano essere assoggettate al regime di monopolio, attribuibile anche allo Stato o agli enti pubblici, in combinato disposto con gli artt. 1679 e 2597 del codice civile, che prevedevano l'obbligo del monopolista di contrattare con chiunque richieda le prestazioni che formano oggetto dell'attività di impresa in condizioni di parità; dall'altro, inoltre, il soggetto pubblico al pari dei privati è legittimato, ai sensi dell'art. 41, comma 3, ad intraprendere attività economiche pur non riservate, fermo restando, peraltro, che l'art. 42, comma 1, oltre a definire espressamente la proprietà come "pubblica o privata", stabilisce che "i beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati". Soprattutto, centrale è la rilevanza dell'articolo 43, nel modo posto in rilievo da Pototschnig: dal momento che esso legittima il trasferimento allo Stato o a enti pubblici di imprese che si riferiscono a servizi pubblici (essenziali), ciò significa che certe attività sono da considerare servizi pubblici anche se non sono gestiti né dallo Stato o né da enti pubblici. Ebbene, norme siffatte, che sì

[43] Op. cit, p. 155 e ss.

ammettono la presenza dello Stato in economia ma tutelano in modo pieno anche l'iniziativa economica privata, non potevano che fornire dei solidi argomenti per superare la stessa concezione soggettiva del pubblico servizio.

Il che viene confermato, per un verso, dal fatto che il trasferimento è previsto come possibile ma non certo necessario; inoltre, il medesimo articolo prevede che il trasferimento possa avvenire anche a favore di comunità di lavoratori e di utenti, cioè a favore di organismi privati, a ulteriore riprova dell'esistenza di servizi pubblici che non sono in mano pubblica.

In particolare, nell'opera di Pototschnig viene segnalato come con l'art. 43 Cost. si sia prevista la mera possibilità che la legge riservi o trasferisca "*allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali*". Da tale disposizione l'Autore trae un primo, fondamentale, insegnamento: un servizio, pur a fronte della sua "essenzialità" non necessariamente e non obbligatoriamente deve rientrare nella sfera produttiva dello Stato per essere qualificato come "pubblico"[44]. La caratterizzazione pubblicistica, anche nei casi in cui l'interesse della collettività sia maggiormente sensibile, non deriva pertanto dalla natura soggettivamente pubblica del gestore.

Ulteriore conferma alla tesi è ricavata ancora dall'art. 43 Cost., nella parte in cui viene sancito che lo svolgimento del servizio

---

[44] "*La qualificazione del servizio pubblico attiene ad una particolare destinazione dell'attività economica*", così U. POTOTSCHING, *I pubblici servizi*, op. cit., p. 59.

essenziale, quand'anche venga assegnato a soggetti privati, quali le comunità di lavoratori o di utenti, non perderebbe in ogni caso la propria consistenza pubblicistica. Alla luce del testo costituzionale, dunque, la prestazione di interesse generale ben può essere assicurata da soggetti privati, conservando nel contempo la propria qualificazione di servizio pubblico[45].

Infine, dall'art. 41, comma 3, Cost. si acquisisce la conferma dell'assenza di ostacoli a livello costituzionale a che la stessa attività economica privata possa essere funzionalizzata ed indirizzata, per legge, verso la cura di fini sociali. Questi ultimi, pertanto, come possono essere perseguiti mediante la riserva o il trasferimento di attività in capo allo Stato, secondo quanto disposto dall'art. 43, Cost., allo stesso modo appaiono realizzabili laddove l'attività economica privata si svolga adeguatamente.

Dall'interpretazione della Costituzione, Pototsching giunge dunque alla conclusione che il servizio rimane pubblico sia laddove venga esercitato in monopolio dallo Stato, sia quando il compito di svolgere attività monopolizzate venga attribuito a soggetti privati, sia quando questi ultimi, secondo il modulo di cui all'art. 41, comma 3, si trovano a fornire prestazioni di interesse generale nell'ambito dei programmi e controlli previsti per legge[46]. La consistenza pubblicistica del gestore e/o fornitore, in quanto elemento chiave della definizione del pubblico servizio nell'ottica soggettivista, perde ogni valore

---

[45] Pototschnig, op. cit., p. 52

[46] U. Pototschnig, op. cit., p. 155, p. 236 ss.

discriminante. Ciò che rileva, nell'interpretazione oggettivistica e costituzionalmente orientata, diventa solo il tipo di attività svolta ed il fine sociale che mediante quell'attività viene perseguito, indipendentemente dalla natura del soggetto su cui incombe il compito gestoria[47]. Per dirla con le parole dell'Autore, "lo stesso concorso dell'attività dello Stato non può ritenersi derivazione della titolarità del servizio; anche qualora si tratti di attività riservate il cui ruolo è soltanto strumentale, nel senso che, come i privati, anche lo Stato viene a perseguire in questo caso fini che lo sopravanzano, in quanto imputabili all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese"[48]: la teorizzazione dell'Autore evidenzia il ruolo servente dell'amministrazione rispetto ad interessi collettivi quali sottoinsieme dell'interesse pubblico vero e proprio.

La citata impostazione di Pototschnig, pur avendo il riconosciuto merito di conferire piena dignità giuridica alla nozione di servizio pubblico, consentendo una teorizzazione più scientifica e meno approssimativa dell'istituto, stimolò successivamente un acceso dibattito in cui non mancarono critiche decise [49].

---

[47] Ibid., p. 458 ss.

[48] Pototschnig, op. ult. Cit., ibid.

[49] Tra le (non poche) voci che espressero dissenso nei confronti della teoria oggettiva nei termini in cui era stata elaborata da Pototschnig, possono ricordarsi M. NIGRO, *L'edilizia popolare ed economica*, in SANDULLI (a cura di) *I lavori pubblici*, Vicenza, 1967, 496 ss.. In senso critico, si esprimono, altresì, G. BERTI, *Enti pubblici in Italia*, in *Foro it.*, 1992, V, 1 ss.; S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, in *Enc. dir.*, Vol. XLII, Milano, 1990, 368 ss G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, p. 227; F. ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriali*, Milano, 1973, R. VILLATA, *Pubblici*

3.2 Servizio "dal" pubblico o servizio "per" il pubblico? La socialità dei fini come fondamento della pubblicità del servizio.

L'indubbio pregio di aver slegato la definizione di pubblico servizio dalla dimensione soggettiva alla luce degli elementi forniti sia dal diritto positivo, sia dalla realtà produttiva del Paese, era infatti destinato a scontrarsi con l'eccessiva dilatazione della categoria[50]. Il nesso soggettivo con l'Amministrazione era certamente un presupposto erroneo da un punto di vista giuridico, ma rappresentava comunque un elemento di discrezionalità – seppur eccessivo – mediante il quale era possibile evidenziare, tra le molteplici attività di pubblico interesse regolarmente svolte, quelle in cui effettivamente si concretizzava la fattispecie di pubblico servizio. Di contro, l'eccessivo dilatarsi dell'oggetto del servizio comportava un progressivo sfumarsi della nozione, rendendola inconsistente sul piano della qualificazione giuridica, ben potendosi ricomprendere nella generica locuzione dei

---

servizi, Milano, 2006, CAIANELLO, *Concessioni. Diritto amministrativo*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1981.

[50] A. ROMANO, Profili della concessione di pubblici servizi, in Dir. amm., 1994, pp. 459 s.; A. ROMANO, *La concessione di un pubblico servizio*, in AA. VV., La concessione di pubblico servizio, a cura di G. Pericu, A. Romano, V. Spagnuolo Vigorita, Giuffrè, Milano, 1995, p.11 ss.

"fini sociali" pressoché ogni attività economica dei privati, facendola così ricadere nella nozione di servizio pubblico.

In secondo luogo l'imputazione di tali fini all'organizzazione "*politica, economica e sociale del paese che è un'organizzazione di lavoratori, che si costituisce pertanto come entità giuridicamente individuata, portatrice di propri interessi e volta al raggiungimento dei propri fini*"[51] fa sì che tali fini non solo siano indeterminati ma tali da svuotare di contenuto la garanzia di libertà dell'iniziativa economica privata sancita dell'art. 41, comma 1, della Costituzione. Infine, questi "fini sociali", nel contesto di un ordinamento caratterizzato dal pluralismo sociale, fatalmente vanno a coincidere con i fini stessi dell'ordinamento: se è vero che questo si articola nelle forme e secondo i principi dettati dalla Carta costituzione, operando con le modalità di rappresentanza politica da questa previste, si determina il logico corollario di una coincidenza dei presupposti della teoria oggettiva con le tanto criticate tesi soggettiviste, che ritenevano fine pubblico, al cui soddisfacimento il servizio pubblico è assoggettato, ciò che la legge determina che sia. Ne deriva che la dottrina tradizionale del servizio pubblico in senso oggettivo finisce per cadere nella contraddizione di basare il proprio impianto sugli stessi aspetti che questa intendeva criticare nella teoria soggettivista.

D'altro canto, occorre riconoscere, ad ogni modo, alla ricostruzione di stampo oggettivo il pregio di aver ricondotto nell'alveo della fattispecie di servizio pubblico attività volte a rispondere a bisogni della collettività anche laddove gestite da privati, seppure a ciò

---

[51] IBID.

faceva da contraltare il rischio che qualsiasi prestazione che potesse anche vagamente dimostrare la propria utilità per la collettività venisse attratta nella categoria. Si è in particolare ricordato come molteplici attività private, seppur sottoposte a regolazione pubblicistica, non possono comunque essere accomunate ai compiti svolti da "*soggetti pubblici o da soggetti privati appositamente incaricati dall'Amministrazione, nel quadro di una specifica organizzazione*"[52].

Occorre altresì specificare come, conferendo troppo peso alla nozione di attività economica di cui all'art. 41, comma 3, Cost., si sarebbe generato il rischio di negare la dovuta copertura costituzionale ai servizi pubblici non economici, primi fra tutti quelli sociali[53]. Onde circoscrivere gli effetti espansivi derivanti dalla concezione oggettiva, la dottrina che, negli anni '70[54], si è accostata alla tematica ha tentato di temperare l'impostazione inaugurata da Pototschnig con taluni riferimenti tratti da una rivisitata concezione soggettiva. Quest'ultima, interpretata in senso letterale, si palesava inadeguata a descrivere il fenomeno giuridico in un quadro nuovo di principi normativi,

---

[52] G. CAIA, I *servizi pubblici*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, p. 152.

[53] Sul tema dei servizi sociali Sui servizi sociali, V. CAPUTI IAMBRENGHI, *I servizi sociali,* in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo,* Bologna, 2001, 1019; G. CAIA, *I servizi sociali degli enti locali e la loro gestione con affidamento a terzi. premesse di inquadramento,* in *www.giustiziaamministrativa.it*.; E. FERRARI, *I servizi sociali, in S. CASSESE (a cura di), Trattato di diritto amministrativo, Milano, 2003,* p. 891.

[54] Si veda, ad esempio, G. Berti, La pubblica amministrazione come organizzazione, Milano, 1968.

rischiando di rappresentare "il logico esasperato sviluppo della percezione dell'amministrazione come soggetto e del correlativo principio secondo il quale tutto ciò che è pubblico deve misurarsi in qualche modo con lo Stato come soggetto"[55].

In questo senso, secondo un primo orientamento, è stato proposto di "sdrammatizzare" l'importanza della nozione di pubblico servizio, indicandola come una mera clausola generale che, seguendo i mutamenti della società, può essere utilizzata di volta in volta per dare seguito agli interessi da questa manifestati. Secondo tale approccio, non ogni attività d'interesse generale potrebbe rientrare nel novero dei pubblici servizi o, in ogni caso, si dovrebbero rintracciare criteri idonei a restringerne l'ambito di applicazione definitorio. In questo senso si è teorizzato che dovrebbero definirsi pubblici servizi solo le prestazioni ancillari rispetto all'esercizio di pubbliche funzioni, con la logica conseguenza che la funzione autoritativa tornerebbe a porsi come discrimine dell'area giuspubblicistica e solo gli elementi che con essa relazionati in una dimensione di complementarità potrebbero esservi ricompresi[56]. Sulla medesima linea si colloca, inoltre, l'indirizzo interpretativo che riconosce la qualità di pubblico servizio alle sole attività consistenti nell'esecuzione di una pubblica funzione. Occorre altresì tenere conto che gli istituti tipici della pubblicizzazione introdotti e disciplinati dall'art. 43, ovvero riserva e nazionalizzazione,

---

[55] Così Berti, op. cit. p. 494, nota a pie' di pagina.

[56] Così G. GUARINO, *Pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1970.

richiedono che le attività considerate non siano solo riconducibili a servizi pubblici essenziali ma che vi sia anche un "*fine di utilità generale*" diverso ed ulteriore dal connotato di essenzialità, quale l'impossibilità per il mercato di erogarne in qualità, quantità e prezzi coerenti con l'interesse generale ad essi sotteso e presupposto. Oltre al carattere essenziale del servizio, dunque, l'assunzione da parte del soggetto pubblico si giustifica come deroga al generale principio di concorrenza [57] proprio per il soddisfacimento di interessi della collettività che il mercato non riuscirebbe comunque soddisfare.

Sotto il profilo delle modalità di gestione, a prescindere dalla natura pubblica o privata del gestore, la giurisprudenza costituzionale è intervenuta [58] per chiarire che l'art. 43 prevede che i servizi pubblici essenziali siano organizzati e gestiti in forma d'impresa, ossia con criteri di economicità, non risultando incompatibile la gestione imprenditoriale con la finalizzazione sociale dell'attività di pubblico servizio[59].

---

[57] Così R. FRANCESCHELLI, *Concorrenza* (voce), *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, 7, secondo il quale la libera concorrenza è codificata quale principio fondamentale dell'ordinamento italiano in base alla sua fonte giuridica in quanto riconosciuta costituzionalmente quale libertà di iniziativa economica privata nell'art. 41 Cost.

[58] Corte Cost., sentenze nn. 303/1988 (in Giur. Cost. 1988, 1251) e 1104/1988 (in Giur. Cost. 1988, 5358).

[59] Sul rapporto tra servizio pubblico e gestione imprenditoriale dell'attività, G. CORSO, *La gestione dei servizi locali fra pubblico e privato,* in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione,* Atti del XLI Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 21-23 settembre 1995), Milano, 1997, p. 21; dello

Certamente va riconosciuto alla teoria oggettiva il pregio di dilatare l'ambito dei pubblici servizi fino "ad eclissare ogni criterio di differenziazione rispetto alle diverse forme di intervento pubblico nell'economia"[60]. Occorre evidenziare che il riferimento ai concetti di programmazione e di fini sociali sarebbero forse dovuti essere oggetto di una più precisa delimitazione onde scongiurare il rischio di configurare quale attività economica programmata rientrante nel servizio pubblico ogni attività i cui effetti siano benefici per la collettività, solo per ché produttiva di utilità non giuridiche e oggetto di programmazione per disciplinarne l'edificio[61].

A fronte di tendenze in cui, in modo forse antiquato e nostalgico, tornavano echi della teoria soggettiva nel teorizzare la necessaria corrispondenza tra potere autoritativo e inclusione del servizio fornito nel novero dei servizi pubblici, negli anni Ottanta, una parte della dottrina tentò di elaborare posizioni più equilibrate. Tra queste, si segnalano l'impostazione di chi riconosce il pubblico servizio in ogni

---

stesso CORSO, *Servizi pubblici e Costituzione, Democrazia e amministrazione. In ricordo di Vittorio Bachelet,* (a cura di) G. MARONGIU – G.C. DE MARTIN, Milano, 1992.

[60] Così Cartei, op. cit. p. 41. Si vedano anche, sul superamento della teoria oggettiva, G. Berti, Enti pubblici in Italia, op. cit., G. Corso, L'attività amministrativa, op. cit. p. 227, e in particolare Villata, op. cit, p. 6 ess., in cui si contesta che l'art. 43 Cost. avvalorerebbe la tesi oggettiva del servizio pubblico, osservando in contrario che la norma riguarderebbe l'ipotesi in cui la pubblica amministrazione decida di "escludere dall'espletamento del servizio, disponendo l'assunzione diretta, ogni privato concessionario, ed è perfettamente compatibile con la concezione soggettiva". Si veda anche B. Mameli, Servizio pubblico e concessione, Milano, Giuffrè, 1998, p. 297.

[61] G.F Cartei, op. cit., p. 41.

attività, pubblica o privata, sottoposta a poteri di diritto pubblico volti al perseguimento di fini sociali, e coloro che ritengono che anche l'attività di prestazione debba essere ricondotta nell'insieme del diritto pubblico, nonostante l'assenza di elemento autoritativo nell'azione che lo eroga [62].

Appare evidente, da quanto sin qui esposto, come la dilatazione del concetto di imputazione allo Stato del servizio pubblico corrisponda a uno spostamento dell'accento della qualificazione come "pubblico" del servizio dalla natura giuridica dell'ente erogante alla effettiva finalità di promozione del benessere collettivo del servizio [63].

Per ristabilire un equilibrio nel dibattito e riaffermare una, seppur non più netta come in passato, distinzione tra libero svolgimento dell'iniziativa economica (pubblica o privata che sia) e prestazioni la cui fornitura è dovuta in base a un onere giuridico alla collettività secondo standard predeterminati, si è, più recentemente, provato a trovare soluzioni di compromesso tra le varie teorie susseguitesi [64]. In quest'ottica viene, in primo luogo, sconfessato il tentativo di contrapposizione tra amministrazione e società civile

---

[62] I. M. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1987.

[63] Così anche in R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993, p. 29.

[64] Tra le principali voci che rilevarono l'eccessiva indeterminatezza dei presupposti della teoria oggettiva per individuare l'attività di servizio pubblico, si vedano G Guarino, Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio, in Scritti del diritto pubblico dell'economia, p. 45 ss, C. Fresa, Servizio pubblico, in Dizionario amministrativo, a cura di G. Guarino, Vol. II, Milano, Giuffrè, 1983, L. R. Perfetti, Contributo a una teoria dei servizi pubblici, op. cit. p. 60 ss.

operato, con diverse intensità, dalle teorie oggettive e viene invece valorizzata la possibile, quando non necessaria, inclusione dei fini di utilità sociale nella sfera delle funzioni e degli obiettivi della moderna pubblica amministrazione, ivi comprendendosi altresì gli interessi di cui sono portatori in via originaria gli enti esponenziali di collettività territoriali.

Alcune più moderne elaborazioni dottrinarie, muovendo dall'assunto che gli aspetti normativo, organizzativo e soggettivo dell'amministrazione concorrano congiuntamente alla definizione dell'istituto, spostano, a seconda delle definizioni sistematiche, maggior peso sull'uno o l'altro criterio, dando comunque particolare rilevanza alla "*derivazione organizzatoria del servizio dalla pubblica amministrazione* [che] *non si può smentire nel momento in cui il servizio si definisce pubblico, giacché non vi può essere una misura della pubblicità di un servizio che non tragga dalla pubblica amministrazione la sua matrice*"[65]. In tale prospettiva, acquisisce dunque centralità l'elemento dello schema organizzativo, che costituirebbe lo strumento per assicurare la prestazione al cittadino/utente, mantenendo al contempo la riferibilità del servizio pubblico allo Stato.

Come si vedrà, gli anni Ottanta del XX secolo costituiscono un punto di svolta nello studio della questione, in quanto rappresentano il primo momento di contatto tra gli studi sul pubblico servizio e la dimensione comunitaria dell'istituto. Ciò ha comportato, conseguentemente, un ripensamento del generale approccio al tema del

---

[65] Così G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, p. 493 e ss.

pubblico servizio, stimolato dalla diversa prospettiva con cui l'allora Comunità europea inquadrava il tema.

Il progressivo affermarsi dei principi di diritto comunitario sgretolerà l'approccio interpretativo tradizionale, sminuendo l'importanza delle problematiche definitorie ed approfondendo le criticità insite nei rapporti tra Stato e mercato.

4. Il contratto di servizio

Avendo, a questo punto, gettato basi ricostruttive sufficienti per descrivere nei suoi elementi essenziali l'istituto del servizio pubblico, si può introdurre il concetto, di ovvia rilevanza tra gli strumenti per la regolamentazione dei rapporti tra pubbliche amministrazioni e il soggetto gestore del servizio pubblico, di contratto di servizio. La frammentazione della disciplina del contratto, il cui ambito di applicazione si è esponenzialmente espanso, stante l'utilizzo nel settore dei servizi pubblici locali – che, si evidenzia, esulano dall'ambito del presente lavoro di ricerca[66] – suggerisce di limitarsi, in questa sede, all'esposizione di elementi generali di tale figura giuridica, per rinviare, al capitolo conclusivo del presente lavoro, una disamina più

[66] Si ritiene di chiarire sin d'ora che, essendo il presente lavoro di ricerca imperniato sull'istituto del servizio pubblico e servizio universale a livello nazionale e comunitario, con specifica trattazione della disciplina di un singolo settore di rilevanza nazionale, ovvero le comunicazioni elettroniche, l'esposizione di un ambito in cui il contratto di servizio viene frequentemente utilizzato, ovvero la disciplina dei servizi pubblici locali, travalicherebbe i confini del tema di ricerca e sfocerebbe in un esercizio di stile fine a se stesso.

approfondita di una specifica tipologia di contratto di servizio: il contratto di servizio radiotelevisivo che viene sottoscritto a cadenza triennale tra lo Stato e la concessionaria del servizio pubblico.

Il contratto di servizio, con una definizione approssimativa, può essere individuato come l'atto con il quale la pubblica amministrazione e il soggetto che eroga e gestisce il pubblico servizio disciplinano le modalità, economiche e non, del loro rapporto e concordano la disciplina della fornitura del servizio agli utenti.

Il primo utilizzo della figura del contratto di servizio si registra in ambito comunitario, come modello di regolazione contrattata dei rapporti tra pubbliche amministrazioni e gestori di servizi, con l'intento di favorire l'ingresso delle regole del mercato e della concorrenza, limitando il ricorso ai tradizionali strumenti autoritativi. Il contratto, infatti, viene introdotto dal Regolamento CE 1893/1991, relativo ai trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile[67], per evitare che l'imposizione autoritativa di obblighi alle imprese di trasporto falsasse la concorrenza. Il Regolamento integra e modifica la precedente, primitiva disciplina recata dal Regolamento CEE n. 1191/69 sostituendo

---

[67] Sul contratto di servizio in ambito comunitario si segnalano in particolare B. J. DRIJBER- H. STERGOU, *Public procurement law and internal market law*, in Common Market Law Review, 2009, p. 805, A. MASSERA, *Contratto e pubblica amministrazione*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. ROPPO, VI, Milano, 2007, p. 1064; *D. U. Galetta – M. Giavazzi, Trasporti terrestri*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di CHITI-GRECO, op. cit., Tomo IV, p. 2173 e ss., A. MASSERA – C. TACCOLA, *L'uso del contratto nel diritto dei servizi pubblici*, in *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, a cura di A. Massera, Pisa, 2004, p. 268.

l'imposizione unilaterale di oneri di servizio pubblico con l'obbligo di concludere contrati di servizio[68] ; ciò legittimava le autorità competenti degli Stati membri a garantire standard minimi di servizio a tariffe agevolate a determinate categorie di utenti attraverso la stipula di contratti di servizio. Negli intenti originari del legislatore comunitario, dunque, il contratto di servizio consisteva in un rapporto di scambio corrispettivo nel quale – dietro un compenso - l'Amministrazione avrebbe potuto acquistare dall'impresa di gestione l'assolvimento degli obblighi di servizio e dunque l'erogazione di prestazioni non remunerative a beneficio dell'utenza.

Il contratto di servizio infatti prima è stato introdotto in alcune discipline settoriali[69] e poi si è affermato come strumento principale di

---

[68] Così l'art. 14 del regolamento CEE n. 18983/1991, in cui si statuisce che "per contratto di servizio si intende un contratto concluso fra le autorità competenti di uno Stato membro e una impresa di trasporto allo scopo di fornire alla collettività servizi di trasporto sufficienti (…) il contratto di servizio pubblico comprende, fra l'altro, i seguenti punti: a) le caratteristiche dei servizi offerti b)il prezzo delle prestazioni che formano oggetto del contratto, che si aggiunge alle entrate tariffarie o comprende dette entrate (..) c) le norme relative alle clausole addizionali e alle modifiche del contratto, segnatamente per tener conto dei mutamenti imprevedibili; d) il periodo di validità del contratto; e) le sanzioni in caso di mancata osservanza del contratto.

[69] Nella normativa settoriale, l. 24 dicembre 1993, n. 538, in materia di trasporto; d.L. 30 dicembre 1993, n. 558, in materia di servizi di diffusione radio-televisiva; d.P.C.M. 18 settembre 1995 in ambito di mercato elettrico; D.M 28 maggio 1999 in materia di servizi ambientali.

regolamentazione [70] dei rapporti tra Amministrazione e gestore nell'ambito della legislazione generale dei servizi pubblici locali[71].

La natura del contratto di servizio pubblico è un argomento a lungo dibattuto in dottrina, e a ragione, considerando le conseguenze tutt'altro che trascurabili da ciò derivanti. Occorre, in premessa, precisare un aspetto di particolare rilevanza: vi è una divergenza di fondo nell'impianto comunitario rispetto all'adozione a livello

---

[70] Condivisibile l'osservazione di 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, p. 297-298, per cui "*La progressiva armonizzazione del diritto degli Stati membri scaturisce da una sorta di doppio binario: istituti elaborati dagli ordinamenti interni possono venir immessi nel circuito comunitario, influenzando la produzione normativa che si sviluppa a quel livello; gli stessi istituti, disciplinati da regole comunitarie, sono poi introdotti negli ordinamenti interni, i quali progressivamente convergono verso un modello comune*".

[71] MAZZAMUTO, Concorrenza e modelli di gestione dei servizi pubblici locali: il caso paradigmatico dei trasporti, in Nuove autonomie, 2000, p. 569 e ss.; L.R. PERFETTI, La riforma dei servizi pubblici locali a rilevanza industriale tra liberalizzazione e regolazione, in Analisi economica e metodo giuridico. I servizi pubblici locali, a cura di L.R.PERFETTI – P.POLIDORI Padova, 2003; A. PERICU, Impresa e obblighi di servizio pubblico. L'impresa di gestione di servizi pubblici locali, Milano, 2001; F. GOGGIAMANI, Contratti di pubblico servizio e contratti fra privati a confronto, in Riv. Giur. Quadr. Pubbl. serv., 2001, p. 39, F. DELLO SBARBA, I servizi pubblici locali. Modelli di organizzazione e gestione, Torino, 2009, A. ROMANO TASSONE, Il contratto di servizio, in Dir. Trasp., 1998, p. 613, Cavallo Perin, Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici, Napoli, 1993, A. ROMANO, Profili della concessione di pubblici servizi, in Dir. amm., 1994, pp. 459 s.; A. Romano . La concessione di un pubblico servizio, in AA. VV., La concessione di pubblico servizio, a cura di G. Pericu, A. Romano, V. Spagnuolo Vigorita, Giuffrè, Milano, 1995, pp.11 ss,

nazionale che è stata fatta dell'istituto. Infatti, nel sistema comunitario, il contratto di servizio rappresenta una delle modalità alternative in base alle quali il gestore del servizio offre alla collettività le proprie prestazioni: l'altra facoltà è l'imposizione unilaterale in base ad atto amministrativo, di vincoli di servizio pubblico, e solo in questo caso matura la necessità di prevedere una remunerazione al gestore per la prestazione dei suoi servizi. Invece, il legislatore nazionale assegna al contratto di servizio la duplice funzione di atto obbligatoriamente previsto, al fine di erogare le prestazioni ricadenti nel pubblico servizio, imposte con atto autoritativo. Un fraintendimento che rende solo apparentemente sinallagmatico il rapporto. Nell'ambito di un contratto a seguito di procedura a evidenza pubblica, infatti, il soggetto privato, che esercita l'attività di impresa, assume volontariamente l'obbligazione di erogare il servizio e manifesta il suo consenso a quanto previsto nel bando di gara. Una prospettiva diversa dunque, che rende centrale per il contratto di servizio il meccanismo di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, mediante un sistema di imposizione da parte della p.a. di obblighi di servizio pubblico, attraverso la corresponsione di una compensazione economica: "*Oggetto del conferimento è infatti l'intero servizio programmato dal pubblico potere, sia la parte potenzialmente remunerativa, sia quella eventualmente in perdita. L'interesse pubblico è curato attraverso uno strumento consensuale gestito dall'amministrazione banditrice e contraente. L'attività, invece, è svolta dall'esercente in vista dei corrispettivi pagati dagli*

utenti e in cambio di una compensazione finanziaria a carico dell'ente locale per i servizi non remunerativi"[72]. Senza pretesa di completezza della ricostruzione del dibattito relativo alla natura del contratto di servizio, che esulerebbe peraltro dal tema di ricerca affrontato dal presente lavoro, si intende comunque riportare le principali teorie mediante le quali il contratto di servizio è stato inquadrato; queste sono essenzialmente tre i) il contratto di natura privatistica[73]; ii) il negozio in base a una concessione di servizi[74]; iii)l'accordo ai sensi dell'art. 11 della legge n. 241/90[75]. In breve, la prima dottrina qualifica il contratto di servizio come rientrante nell'area privatistica, le altre due, talvolta difficilmente distinguibili, tendono a conservare un elemento di pubblicità nella contrattazione delle pubblica amministrazione in tema di servizi di pubblico interesse, ritenendola una disciplina

---

[72] Così G. Napolitano, Regole e mercato nei servizi pubblici, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 85.

[73] Tra i numerosi Autori che hanno aderito a tale interpretazione, si citano G. Napolitano, Regole e mercato nei servizi pubblici, cit., p. 84; F. Liguori, I servizi pubblici locali, Torino, 2007, D. Sorace, Diritto delle amministrazioni pubbliche, una introduzione, Bologna, 2007, p. 143; ID. Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità, in Dir. pubbl., 1999, p. 371, A. Mozzati, Contributo allo studio del contratto di servizio, Giappichelli, Torino, 2010, p. 77.

[74] Si citano, tra coloro che appoggiano questa ricostruzione, D.U. Galetta –M. Giavazzi, op. cit., p.2230, M. Lottini, Il contratto di servizio tra diritto comunitario e diritto interno, in Riv. Quadr. Pubbl. serv. 2002, p. 53, E. Scotti, op. cit., p. 340 e ss.

[75] Cfr. E. BRUTI LIBERATI, La separazione tra funzioni di indirizzo, controllo e funzioni di gestione: il contratto di servizio, relazione tenuta al convegno Paradigma, Milano, 2003; A. MASSERA – C. TACCOLA, L'uso del contratto nel diritto dei servizi pubblici, in A. MASSERA (a cura di), op. cit., p. 271, F. Fracchia, op. cit., p. 295 e ss.

maggiormente appropriata in relazione all'oggetto del contratti medesimo, che si ricorda consistere nella gestione di un servizio di interesse generale, portando ad affermare che "*in definitiva, la figura dell'accordo amministrativo ex art. 11 l. n. 241/90 sembra pur sempre quella meglio in grado di accogliere l'accostamento dello strumento in questione alla sfera negoziale, perché esprime quella coloritura pubblica che al contratto di servizio deriva dalla penetrazione dell'interesse pubblico e collettivo nella sua stessa causa e dall'intero contesto pubblicistico nel quale esso trova la sua nascita e il suo svolgimento*" [76].

---

[76] Cfr. A. MASSERA – C. TACCOLA, *L'uso del contratto nel diritto dei servizi pubblici*, in A. MASSERA (a cura di), op. cit., p. 271, in cui gli A. sostengono che "*Il contratto di servizio segna quindi certamente l'estensione dell'area della contrattualità in campi di azione ove l'amministrazione è ancora chiamata ad operare a garanzia di preminenti interessi pubblici e collettivi, determinando per converso una vicenda di recessività dell'istanza autoritativa, con la sua sostituzione al tradizione provvedimento di concessione (anche nella forma, per così dire mediana ed ormai a sua volta tipica, della concessione-contratto) (…) in definitiva, la figura dell'accordo amministrativo ex art. 11 l. n. 241/90 sembra pur sempre quella meglio in grado di accogliere l'accostamento dello strumento in questione alla sfera negoziale, perché esprime quella coloritura pubblica che al contratto di servizio deriva dalla penetrazione dell'interesse pubblico e collettivo nella sua stessa causa e dall'intero contesto pubblicistico nel quale esso trova la sua nascita e il suo svolgimento, come attuativo delle regole, dei criteri, degli standard, dei doveri disposti dalle Autorità nazionali di regolazione alla cui osservanza – ed è questa la novità più rilevante rispetto al passato – entrambe le parti del contratto di servizio sono sottoposte*". Dello stesso tenore la posizione di G. E. BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, Milano, 2003, p. 164, ad avviso della quale la qualificazione del contratto di servizio come accordo ai sensi dell'art. 11 della l. n. 241/90, consentirebbe "*la composizione di tutte le esigenze gestionali dell'impresa produttrice*" garantendo nel contempo anche il perseguimento delle "*finalità sociali che giustificano l'intervento dell'ente pubblico*".

Le conseguenze concrete che discendono dal propendere per una dottrina o l'altra non sono di poco conto: infatti, riconducendo l'istituto al contratto di diritto privato, ancorché stipulato in esito a una procedura di evidenza pubblica, vi sarebbe da riconoscere al rapporto la stabilità connaturata al negozio di diritto privato. D'altro canto, riconducendo il contratto di servizio pubblico all'accordo sostitutivo di provvedimento ex art. 11 della l. 241/90 sul procedimento amministrativo ovvero alla concessione, e considerandolo pertanto un contratto di diritto pubblico, verrebbe ad applicarsi alla fattispecie il principio *rebus sic stantibus*, potendosi dunque configurare la facoltà, per la pubblica amministrazione, di recedere unilateralmente dalle obbligazioni assunte nei confronti dell'altro contraente.[77]

Tuttavia, un elemento che si rileva a favore della prima ipotesi, ovvero della qualificazione del contratto di servizio come privatistico, viene fornito dalla medesima legge n. 241/90 sul procedimento amministrativo, sotto al quale art. 11 i sostenitori della teoria amministrativa vorrebbero far ricadere il contratto di servizio. Ebbene, l'art. 1, comma 1-*bis* della legge in parola, introdotto dalla l. n. 15/2005, ha stabilito che l'amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge non disponga altrimenti. Ciò sembrerebbe attestare una predilezione del legislatore per la qualificazione, in linea generale, come privatistica della maggior parte dell'attività dell'amministrazione: laddove un dubbio si verificasse relativamente

---

[77] Così D.U. GALETTA - M. GIAVAZZI, op. cit., p. 2228.

alla categorizzazione dell'agire amministrativo, risulta maggiormente conforme al dettato normativo sul procedimento amministrativo la scelta della natura privatistica. Laddove, viceversa, emerga con ragionevole chiarezza che l'azione amministrativa sia esercitata mediante strumenti autoritativi, o il legislatore abbia espressamente imposto a una fattispecie una qualificazione pubblicistica, nulla quaestio. In altre parole[78], "*proprio la collocazione della cit. disposizione nel bel mezzo della norma che reca i principi generali dell'azione amministrativa pare voler esprimere un segnale forte e chiaro da parte del legislatore in ordine alla contestualizzazione e all'uso del diritto privato da parte della pubblica amministrazione, che non va ovviamente enfatizzato quale misura suscettibile di incidere precettivamente e dirompentemente sull'intera gamma degli atti non autoritativi dell'amministrazione, ma neppure sottostimata nella sua portata tendenzialmente innovativa, sia pure in un contesto in cui il legislatore, non ritenendo a ragione di poter prescindere da quel principio di specialità, che ha storicamente caratterizzato l'attività di diritto privato dell'amministrazione, si propone tuttavia di attenuarne e stemperarne, ma solo gradualmente, la portata. Le aree cd. di "privilegio della p.a. nell'applicazione del diritto privato" - storicamente fondate sull'imprescindibilità del rispetto del vincolo del fine e, in ultima analisi, sull'esigenza che l'attività dell'amministrazione, anche se svolta nelle forme del diritto privato, sia comunque preordinata al soddisfacimento dell'interesse pubblico – risultano*

---

[78] Così F. Mastragostino, La riforma del procedimento amministrativo e i contratti della p.a. – Considerazioni sull'art. 1, comma 1-bis della legge n. 241/90e ss. Mm., in www.lexitalia.it, 2006, punto 4.

così circoscritte nella loro portata generale(…) In tale prospettiva, la formula "salvo che la legge disponga diversamente" (…) esprime (…) un forte ridimensionamento del momento pubblicistico e della sua funzione di supplenza rispetto a segmenti di attività non disciplinati da norme giuridiche, essendo per il futuro affidato al solo legislatore e alla sua discrezionalità (in quanto tale sindacabile, se contrastante con i principi generali dell'azione amministrativa e, quindi, anche di quella non autoritativa, quali verranno affermandosi, secondo la linea di tendenza evocata dal comma 1 bis, in virtù di una progressiva, quanto inesorabile erosione del momento pubblicistico), la sia pur ammissibile previsione di deroghe alle regole del diritto privato.".

Occorre inoltre rilevare il dato normativo e giurisprudenziale, entrambi tesi nel senso di un riconoscimento della necessità di un equilibrio sinallagmatico tra le parti, che funge da contrappeso alla maggior forza contrattuale della pubblica amministrazione. Infatti, le discipline di settore già prevedono l'onere per le parti di conservare l'equilibrio dei rapporti[79] e in tal senso tendono altresì le pronunce giurisprudenziali sul punto, a cominciare dalla celebre pronuncia sul caso Altmark[80].

---

[79] Ci si riferisce all'art. 19 del d. lgs. n. 422/97, all'art. 14 del d. lgs. 164/2000, agli artt. 151 e 203 del d. lgs. 152/2006, facenti tutti riferimento alla necessaria ridefinizione tra le parti del contenuto del contratto in conseguenza di modifiche delle tariffe, di forti discontinuità nella quantità dei servizi richiesti e ipotesi simili.

[80] Si cita la celeberrima sentenza del caso Altmark, 24 luglio 2003, causa C-280/2000, con la quale la Corte di giustizia enuclea dei principi di diritto che andranno poi a essere codificati nel regolamento 1370/2007, che introduce quindi i criteri per l'individuazione dei parametri di compensazione economica del gestore che si sia aggiudicato il contratto di servizio dopo una gara. La sentenza Altmark,

Si ritiene dunque maggiormente convincente una ricostruzione più aderente al dato normativo oggettivo, piuttosto che alla teoria che individua la qualificazione pubblicistica del contratto di servizio per mera affinità teleologica (la "coloritura pubblica") di chi sostiene la qualificazione del contratto di servizio come provvedimento amministrativo.

---

infatti, espungeva la disciplina del contratto di servizio dagli aiuti di Stato, riqualificando la compensazione economica quale retribuzione del gestore per l'erogazione del servizio. L'intervento finanziario dell'amministrazione non ricade, secondo la Corte di Giustizia, nell'ambito di applicazione dell'art. 87 del Trattato nei limiti in cui il beneficio economico costituisca la controprestazione dell'attività di gestione e fornitura dell'operatore per l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico, purché, com'è ovvio, la compensazione economica non sia tale da assegnare arbitrariamente un vantaggio competitivo all'impresa. Per commenti alla sentenza Altmark si vedano A. Alexis, L'arrêt Altmark Trans du 24 juillet 2003 : la Cour de justice précise les conditions de financement des services d'intérêt economique général, in Competition Policy Network, 2003, n. 3, p. 2. E. Scotti, Brevi note in tema di servizi pubblici e aiuti di Stato, in Foro amm. Cons. Stato, 2003, p. 3219. G. Colombini, Il finanziamento dei servizi pubblici, in A. Massera (a cura di), op. cit., p. 149, M. Lottini, Il rapporto fra la nozione di aiuto di Stato e le compensazioni relative agli obblighi di servizio pubblico. Per la giurisprudenza interna si cita, *ex multis*, la sentenza TAR Campania-Napoli, Sez. III, 16 maggio 2007, n. 5241. L'affermazione di correttivi che mantengano l'equilibrio tra i due contraenti è in linea con l'indirizzo dottrinale che ritiene centrale l'analisi economica dei contratti di servizio pubblico, che rientrano nella categoria dei contratti incompleti in quanto caratterizzati da incertezza gravante su più aspetti del rapporto sinallagmatico: investimenti, sopravvenienze e così via, come rilevato da M. Cafagno,

5. L' "erompere" della regolazione: liberalizzazione, privatizzazione e l'istituzione delle autorità indipendenti di regolazione. La triangolazione del modello Stato – regolatore – mercato nell'ordinamento italiano.

Se il successivo capitolo sarà dedicato a una specifica disamina dell'approccio del legislatore europeo al tema dei servizi essenziali, che come vedremo, collima parzialmente con l'istituto nazionale dei servizi pubblici, si ritiene opportuno, per coerenza espositiva, anticipare al presente capitolo le ricadute avutesi nel sistema giuridico ed economico italiano e le questioni aperte derivanti dal percorso di liberalizzazione e di privatizzazione [81] che presero l'abbrivio dalle

---

[81] Si ritiene opportuno ricordare le concise ma complete definizioni date da DE VERGOTTINI, *La liberalizzazione dei servizi nell'Unione europea*, (voce), Treccani.it, 2009, disponibile al link www.treccani.it/enciclopedia/liberalizzazione-dei-servizi-nell-unione-europea_%28XXI-Secolo%29/ : "*Il termine liberalizzazione si è imposto agli inizi degli anni Novanta ed è da allora prevalentemente utilizzato per indicare l'apertura del mercato attraverso la progressiva riduzione dei vincoli al suo funzionamento e la rimozione di barriere all'entrata dello Stato, soprattutto per quanto riguarda lo svolgimento di attività di carattere economico. Più nel particolare, tale processo ha profondamente interessato i servizi di pubblica utilità, ma anche altri settori fondamentali per la competitività delle imprese europee e che, in diversa misura, necessitavano di estese riforme. Tra questi possiamo annoverare le banche, le assicurazioni, i servizi professionali, la distribuzione commerciale, il settore farmaceutico. La liberalizzazione è, quindi, un insieme di misure, adottate già dagli inizi degli anni Novanta, dirette a provocare la creazione di un libero ed efficiente mercato quando fosse riscontrabile la presenza di barriere legali di fatto limitanti fortemente la libertà di prestazione. Pertanto la liberalizzazione mira alla creazione di un mercato contendibile, a una situazione cioè in cui la semplice possibilità di ingresso nel mercato di un possibile concorrente induce imprese e individui a comportarsi in modo competitivo. Più*

politiche di apertura del mercato del legislatore europeo relativamente al mercato interno che saranno esaminate più approfonditamente nel capitolo seguente. Se un punto di svolta nel progressivo aprirsi del mercato italiano alla concorrenza e alla privatizzazione si vuole individuare, questo può essere identificato con il 1990, anno in cui, con un esatto secolo di ritardo rispetto agli Stati Uniti [82] viene introdotta in

---

specificamente, poi, quando si parla di liberalizzazione dei servizi pubblici – intendendosi i servizi che rispondono alle esigenze fondamentali della collettività – non solo ci si deve riferire alla graduale apertura dei mercati monopolistici dei vari Stati membri in determinati settori di public utilities, quindi precipuamente all'abbattimento di quelle barriere monopolistiche imposte dalle leggi statali nel mercato dei servizi pubblici, quanto anche ai fenomeni, contemporanei ma differenti, della privatizzazione e della regolazione".

[82] Lo "Sherman Act" del 1890 fu la prima legge federale statunitense emanata in risposta a quella che appariva essere una concentrazione del potere economico in grandi gruppi industriali: infatti, alcune attività commerciali in forte sviluppo, tra le quali in particolare la ferroviaria, petrolifera e del tabacco, avevano deciso di evitare la reciproca concorrenza unendo le forze e le varie società concorrenti, consolidandole in entità più grandi. Il c.d. "Standard Oil Trust", costituito nel 1882, è stato il precursore delle odierne società partecipate (c.d. "holding company"). Le azioni di nove società petrolifere fino allora in concorrenza tra loro, vennero fatte confluire e gestire da un fedecommesso (c.d. "trust") costituito *ad hoc*. Il consiglio dei fiduciari prendeva le decisioni per tutte le nove società riunite nel trust, dando così vita ad un monopolio. Lo Sherman Act nasceva proprio con lo scopo di limitare la concentrazione di potere economico di questi *trust*. Benché numerosi Stati dell'Unione federale americana avessero già emanato norme per limitare i monopoli all'interno dei propri confini, lo Sherman Act si prefiggeva lo scopo di disciplinare quanto accadeva in più Stati. Tuttavia, in quanto molte delle definizioni recate dallo Sherman Act non erano adeguate o sufficienti, la materia è stata oggetto uno notevole sviluppo giurisprudenziale. L'articolo 1 proibisce qualsiasi accordo che irragionevolmente limiti il libero commercio. Perché si possa incorrere in una violazione dell'articolo 1, almeno due parti devono essere coinvolte nella

Italia la disciplina della concorrenza [83], quale obiettivo da conseguire e strumento per raggiungerlo. Tutte le normative con cui si liberalizza il mercato dei vari servizi pubblici contengono infatti misure attive nella promozione di una concreta concorrenza tra gli operatori, rigettando l'ipotesi di limitarsi alla soppressione dei diritti esclusivi e speciali precedentemente esistenti [84], lasciando poi il mercato a regolarsi autonomamente. Per raggiungere un assetto realmente competitivo in un mercato che ancora presentava gli strascichi del monopolio – stante la permanente presenza dell'operatore ex monopolista e della sua, potremmo dire scontata, posizione dominante – occorrevano politiche

---

formulazione di un accordo illegale per concordare i prezzi di un determinato prodotto, o per ridurre la produzione a livelli prestabiliti, oppure per ripartirsi i mercati, o per rifiutare rapporti commerciali con terzi non fanno parte dell'accordo illegale. L'articolo 2 vieta i monopoli, il tentativo di costituire monopoli o qualsiasi accordo volto a dare vita ad un monopolio. *L'enforcement* è assicurato da azioni che possono essere sia amministrative, che civili ed anche penali, dalla Commissione Federale per il Commercio (c.d. "Federal Trade Commission" o "FTC"), dal "Department of Justice" e dai Procuratori Generali dei vari Stati. Anche il comune cittadino (sia esso persona fisica o giuridica) che ritiene e può provare di aver sostenuto dei danni a motivo diretto della violazioni delle leggi antitrust, è legittimato attivamente e può dare inizio ad azioni legali per far rispettare le leggi antitrust nonché per ottenere il risarcimento dei danni oltre a danni punitivi. In questi casi deve esserci sempre un sottostante interesse pubblico che giustifichi l'intervento privato.

[83] Con la legge n. 241/90, che statuisce i principi di concorrenza e istituisce l'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

[84] Si rinvia sul punto al successivo capitolo.

di liberalizzazione volte a perseguire un impulso reale alla concorrenza e all'accesso di operatori entranti sul mercato [85].

Un efficace funzionamento del gioco del libero mercato e una produttiva regolazione della concorrenza sono la risultante della compenetrazione di tre elementi: un processo di liberalizzazione di tutti i settori, affiancata da un'attività di monitoraggio e applicazione della disciplina della concorrenza e una altrettanto incisiva attività dell'altra faccia della medaglia, ovvero il consumatore e le sue necessità di tutela.

Questi aspetti, già di per sé rilevanti, divengono critici nel settore dei servizi pubblici a rete [86] : servizi quali energia, trasporti,

---

[85] F. TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici,* in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.,* 2002, p. 945.m

[86] Nella vasta bibliografia dedicata ai servizi pubblici a rete ci si limita a segnalare solo alcuni studi: G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici,* in L. MAZZAROLLI – G. PERICU – A. ROMANO – F. A. ROVERSI MONACO – F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo,* Bologna, 2001, 945 ss; E. FERRARI (a cura di), *La disciplina dei servizi a rete e la dissoluzione della figura dei servizi pubblici,* Milano, 2000, 86; A. PREDIERI – M. MORISI (a cura di), *L'Europa delle reti,* Torino 2001, E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, 2006; E. CARDI, *La nozione di rete. Seminario reti europee*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2005, p. 17, F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete. Il caso paradigmatico dell'energia elettrica,* Torino, 2005; L. AMMANNATI (a cura di), *Monopolio e regolazione pro-concorrenziale nella disciplina dell'energia*, Milano, 2005; L. AMMANNATI (a cura di), *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia*, Milano, 2005; L. AMMANNATI – M.A. CABIDDU – P. DE CARLI (a cura di), *Servizi pubblici, concorrenza, diritti,* Milano, 2001; L. AMMANNATI e P. BILANCIA (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea. Governance multilivello regolazione reti*, Torino, 2008; E. CARDI, *Mercati e regole*, Padova, 2005.

telecomunicazioni, poste, sono attività cruciali non solo per l'utente, ma anche per le altre attività economiche, per cui, di riflesso, assurgono a una speciale rilevanza che ha potenziale impatto sulle attività produttive nella loro generalità. Tali servizi necessitano ontologicamente, per la loro fornitura, di un sistema di infrastruttura a rete: la circostanza ricorrente nella prassi è tuttavia quella che, nonostante la compresenza di più operatori sul mercato, il soggetto che dispone, in genere, della dotazione infrastrutturale necessaria per l'erogazione del servizio vada a coincidere con il soggetto ex monopolista, che oltre a una posizione di più forte rispetto ai concorrente in termini di affermazione sul mercato vedeva così aggiungersi anche il poter disporre delle infrastrutture e dell'accesso a queste. Per taluni settori (l'energia, ad esempio, o la diffusione radiotelevisiva) il monopolio era giustificabile per addotte ragioni di scarsità delle risorse necessarie per la fornitura del servizio.

Il settore che per primo è stato interessato dal nuovo processo di apertura dei mercati, definito acutamente "laboratorio per le riforme"[87] o "settore pilota" dell'utilità generale [88] è stato quello delle telecomunicazioni.

Già nel giugno 1987, infatti, la Commissione appronta il "L*ibro verde sullo sviluppo di un mercato comune dei servizi e degli apparati di*

---

[87] Così F. BASSAN, *Introduzione*, in *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, 2009, Giappichell, p. 11.

[88] Così A. Tizzano, Nuovi orientamenti comunitari nel settore delle telecomunicazioni, in Istituzioni, mercato, democrazia (Liber amicorum per gli ottanta anni di Alberto Predieri), Torino, Giappichelli, 2002, p. 638.

telecomunicazioni", nel quale vengono delineati le basi che porteranno alla liberalizzazione del settore delle comunicazioni elettroniche[89] e in sequenza all'apertura dei mercati dei servizi postali[90], dell'energia[91] e dei trasporti[92].

La crescente introduzione dei principi concorrenziali e l'apertura del mercato, che vede l'arretramento dei soggetti pubblici e l'ingresso di fornitori e gestori privati, sono in parte dovute ai progressi della

---

[89] Processo iniziato poi con le direttive 88/301/CEE, 90/387/CEE e 90/388/CEE.

[90] La Commissione europea, il 13 maggio 1992, ha pubblicato il libro verde sul servizio postale, in cui si restringe notevolmente l'area dei diritti esclusivi, limitandoli alla sola corrispondenza di un certo peso; al Libro verde ha poi fatto seguito la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 dicembre 1997, 97/96/CE, concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitario e il miglioramento della qualità del servizio.

[91] I primi passi per l'apertura del mercato dell'energia elettrica si sono compiuti con le direttive 90/547/CEE del 29 ottobre 1990 relativa al transito di energia elettrica sulle grandi reti di trasporto, con la Direttiva 91/296/CEE del 31 maggio 1991, concernente il transito di gas naturale sulle grandi reti, con la direttiva 96/92/CEE del 19 dicembre 1996 sulle norme comuni per il mercato interno di energia elettrica e la speculare direttiva sulle norme comuni per il mercato interno del gas naturale, 98/30/CEE del 22 giugno 1998.

[92] Relativamente al settore dei trasporti, inizialmente il segmento maggiormente destinatario di un intervento liberalizzatore è stato quello aereo, con il regolamento 87/3975/CEE più volte modificato, che definiva le regole concorrenziali del settore. Con riferimento al settore ferroviario, la pietra miliare fu la direttiva 91/440/CEE del 29 luglio 1991 sullo sviluppo delle imprese ferroviarie in territorio europeo e il regolamento 69/1191/CEE del 26 giugno 1969, modificato dal regolamento 91/1893/CEE, che ha imposto agli Stati membri di sopprimere gli obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico nei settori di trasporto per ferrovia, su strada e natante.

tecnologia che rendevano possibile il superamento del monopolio cosiddetto naturale, ma soprattutto perché si era maturata la convinzione che le regole del mercato fossero più efficienti nel servire l'interesse generale[93].

L'esistenza di diritti esclusivi e di riserve di attività in capo agli Stati membri sembravano non poter soddisfare l'interesse diffuso dei consumatori ad ottenere beni e servizi di qualità elevata a prezzi contenuti e anzi sembravano costituire un ostacolo. Le conseguenze derivanti dalla competizione tra imprese, riteneva il legislatore europeo, avrebbero innescato quel virtuoso gioco della concorrenza che avrebbe concatenato lo sviluppo degli investimenti nella ricerca scientifica e/o tecnologica, la varietà della scelta, il contenimento dei costi o dell'offerta al pubblico, consentendo al consumatore di vedersi avanzare proposte più vantaggiose e di migliore qualità. Il processo di liberalizzazione ad ampio spettro e la progressiva cancellazione dei diritti esclusivi o speciali di cui si è trattato nel precedente capitolo, costituiscono due aspetti strettamente collegati tra loro per consentire un livellamento delle condizioni di accesso al mercato e di azione tra imprese, essendo il *level playing field* l'elemento cruciale per la concorrenza, e non potendo realizzarsi, a livello di mercato interno europeo, se non attraverso l'integrazione armonica della disciplina

---

[93] Come rilevato da T. PADOA SCHIOPPA, *Il governo dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1997, p. 20, "*La teoria economica è ormai concorde nel ritenere che i fallimenti del mercato sono piuttosto l'eccezione che a regola, che appunto, salvo eccezioni, il sistema di mercato abbia in sé la capacità di raggiungere fini di sicurezza, libertà, dignità umana, retribuzione proporzionale alla quantità e qualità di lavoro che la Costituzione enuncia*".

giuridica degli Stati membri e dall'abolizione delle posizioni di privilegio. Tuttavia, un aspetto che preme chiarire è che l'introduzione della concorrenza nel mercato e della parità di accesso per i player non risulta in un regime retto dalle sole regole del mercato di domanda e offerta, bensì a una regolamentazione del mercato, anche più incisiva di quanto precedentemente esistente, tanto che è stato sostenuto da autorevole dottrina [94] che la liberalizzazione ha comportato un intervento dello Stato nella gestione dei servizi pubblici persino maggiore rispetto a quando era a questo riservata[95]. Si è dunque così rilevato come la liberalizzazione sembri aver determinato non tanto un mercato "aperto" quanto piuttosto un mercato "ordinato", sebbene venga riconosciuta la pari opportunità economica tra imprese e la loro competitività. [96] In effetti, occorre prendere in considerazione il complicato intreccio di più ordinamenti regolamentari comportati dalle

---

[94] S. CASSESE, *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in Rass. Giur. Energia elettrica, 1998, p. 235.

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

[96] Così D. CALDIROLA, op. cit. p. 142.

liberalizzazioni: norme settoriali e verticali, norme generali e orizzontali come la disciplina antitrust, norme specifiche quali quelle relative alla tutela dei consumatori.

Generalizzando, è possibile affermare che le discipline dei servizi si dipanano lungo due direttrici essenziali: da un lato le misure che tutelano il regime della concorrenza in senso stretto, ovvero con riferimento soprattutto alla parità di accesso sui mercati e alla rimozione di barriere, anche giuridiche, in tal senso, e dall'altro quelle per così dire endogene al servizio: ovvero la qualità di questo, la sostenibilità del prezzo, la reperibilità sul mercato.

Il passaggio da un mercato chiuso e a gestione monopolista/statale non può che accompagnarsi all'imposizione di regole volte non solo a promuovere la concorrenza, ma anche ad assicurare la tutela del benessere sociale[97]. È evidente la necessità di fare leva sul nuovo assetto pluralistico del mercato, impedendo che i soggetti ex monopolisti possano abusare della propria posizione di forza protrattasi dal vecchio regime; d'altro canto, occorre altresì mantenere per il privato la garanzia di soddisfare i bisogni per tramite di quei servizi non più offerti in una logica di mercato monopolistico e quindi improntati ora alla massimizzazione del profitto. "*Per garantire una effettiva apertura del mercato è … necessario un massiccio sforzo regolativo, finalizzato a dettare regole di ordine tecnico … a fissare obblighi*

---

[97] Si veda sul punto E. FERRARI, *Introduzione: la disciplina dei servizi a rete e la dissoluzione della figura dei servizi pubblici*, in *I servizi pubblici a rete in Europa*, a cura di E. FERRARI, Raffaello Cortina editore, Milano, 2000, p. XII e ss.

gravanti sui soggetti aventi una notevole forza sul mercato … e a fissare principi di garanzia per gli utenti"[98].

La disciplina comunitaria di liberalizzazione dei servizi[99] si basa, infatti, sulla cesura tra gestione e regolamentazione, quale assetto organizzativo che si frappone tra le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale e strumentalizzazione di queste da parte del potere politico mediante l'assegnazione a compiti non pertinenti[100].

Viene infatti previsto in tutte le direttive comunitarie di liberalizzazione del settore che l'organismo cui è demandata la regolazione non sia incaricato di alcuna funzione operativa e che sia rappresentato da un'istituzione completamente separata dal fornitore del servizio. L'azione comunitaria mira a recuperare l'economicità e l'efficienza dei servizi di interesse economico generale, attraverso una gestione che perde la connotazione politica per perseguire una via più

---

[98] E. BOSCOLO, *Le telecomunicazioni in Italia alla ricerca della concorrenza*, in *Servizi a rete in Europa*, a cura di E. FERRARI, op. cit. p. 254.

[99] Sulle normative di liberalizzazione dei settori dei singoli servizi pubblici in Italia, S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica,* Roma Bari, 2004; F. PAMMOLLI - C. CAMBINI - A. GIANNACCARI (a cura di), *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in Italia*, Bologna, 2007, 27; C. DE VINCENTI - A. VIGNERI (a cura di), *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Bologna, Astrid, 2006

[100] La Corte di giustizia dell'Unione europea, nelle cause riunite C 188/190-1980, Francia, Italia, Regno Unito c. Commissione, osserva che l'influenza che i poteri pubblici possono esercitare sulle decisioni commerciali delle imprese pubbliche può derivare "*sulla base vuoi di una partecipazione finanziaria vuoi di norme che disciplinano la gestione dell'impresa*".

tecnica, in cui il momento produttivo è nettamente scisso da quello regolamentare [101]. In una siffatta prospettiva, è quasi un'ovvietà affermare la perdita di importanza, e di necessità, dell'impresa pubblica. Essendo venuta meno la facoltà per gli Stati di sviare l'attività dell'impresa pubblica, assegnandola a funzioni ed obiettivi sociali non propriamente afferenti alle caratteristiche dell'attività economica, ed essendo stato uniformato il regime giuridico di erogazione del servizio, diviene indifferente che la gestione dello stesso promani da mano pubblica o privata. Da qui, la seconda direttrice del processo di apertura del mercato, la privatizzazione.[102] La dismissione dell'impresa pubblica non viene determinata, nell'ordinamento italiano, unicamente dalla politica economica comunitaria: altri fattori hanno avuto impatto in tale soluzione.

In primo luogo, il deficit di bilancio italiano e le non dissimili condizioni economiche di perdita delle medesime imprese pubbliche, ma il processo di liberalizzazione ha invero dato un forte impulso al ridimensionamento dell'intervento economico statale [103] e la

---

[101] Ciò non comportando, come rilevato da T. PADOA SCHIOPPA, *Il processo di privatizzazione: sei esperienze a confronto*, in Riv. Soc. 1992, p. 91 e ss., non vi sia più spazio per le scelte più propriamente afferenti all'area politica, ma che queste non possano più essere prodotte all'interno dell'impresa ma debbano, se del caso, provenire dall'esterno.

[102] Sul processo di privatizzazione nel nostro ordinamento esiste un'ampia bibliografia. Si rinvia, per una ricostruzione generale corredata da ricche indicazioni bibliografiche, a G. DI GASPARE, *Privatizzazioni*, Enc. Giur, vol. XXIV, Roma, 1995.

[103] Sul tema, è significativo il preambolo al decreto legislativo 5 dicembre 1991, "Trasformazione degli enti pubblici economici, dismissioni delle partecipazioni

partecipazione pubblica alle imprese. Si può dunque affermare che gli anni 90 del ventesimo secolo hanno costituito una svolta cruciale per il settore dei servizi di pubblica utilità, interessati nel nostro paese da un processo di riforma dalla tempistica spesso altalenante, dal coordinamento delle misure spesso insufficiente, ma che tuttavia ha profondamente innovato gli assetti di mercato e di regolazione. L'abbrivio è convenzionalmente riconosciuto nel 1990, anno in cui venne adottata, dopo cento anni esatti dallo *Sherman Act* statunitense, la legge n. 287, istitutiva dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e della conseguente introduzione espressa nell'ordinamento italiano della disciplina della concorrenza. Lo *step* successivo fu il progressivo percorso, acceleratosi soprattutto nella seconda metà del decennio, di trasformazione negli assetti societari e proprietari di molte imprese di pubblica utilità, interessati dall'intervento espresso del legislatore con la legge n. 481/95, in base alla quale l'istituzione di due Autorità indipendenti di regolazione, quella dell'energia elettrica e del gas e l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni[104], i decreti di

statali ed alienazione dei beni patrimoniali suscettibili di gestione economica", convertito con legge del 29 gennaio 1992, n. 35, nel quale sono espresse le motivazioni del processo di privatizzazione, ovvero la "razionalizzazione del sistema di partecipazioni statali" e la valorizzazione delle "strutture produttive", nonché il "risanamento della spesa pubblica".

[104] La legge n. 481/95 prevede l'introduzione nell'ordinamento italiano di un regolatore del settore delle telecomunicazioni; tuttavia l'effettiva istituzione dell'Autorità per la garanzie nelle comunicazioni avviene due anni più tardi ad opera della legge n. 249/97.

recepimento delle Direttive europee di liberalizzazione del settore elettrico, del gas, delle telecomunicazioni e dei trasporti.

La maggior parte delle privatizzazioni avvenute nei servizi pubblici ha avuto prevalentemente carattere formale, per così dire, dovendosi intendere che si è essenzialmente modificata la veste giuridica delle imprese pubbliche, mutandole da aziende autonome ed enti pubblici economici in società per azioni, mantenendo, tuttavia, un'intensa partecipazione statale.

Alla progressiva riduzione del ruolo dello Stato come interventore in economia e gestore di servizi pubblici si affianca un incremento dei compiti di vigilanza, seppure esercitata con modalità diverse [105] rispetto al passato: modalità che si estrinsecano in una vigilanza dal profilo più tecnico che politico, volta a monitorare l'adeguatezza dei servizi forniti sul territorio e l'uguaglianza delle condizioni di accesso a questi, oltre che regolamentare i rapporti tra utenti e gestori dei servizi. Rispetto al passato, cambia la prospettiva dell'intervento del soggetto pubblico: piuttosto che guidare l'attività d'impresa adattandola a fini sociali, ora lo scopo dell'azione diviene

---

[105] L'art. 1-*bis* del decreto legislativo del 31 maggio 1994, n. 332, convertito in legge dall'art. 1, comma 1, della legge 30 luglio 1994, n. 474, avente ad oggetto "Norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazione dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni", che ha previsto che la dismissione della partecipazione dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni nelle società operanti nei settori dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia e degli altri pubblici servizi fossero subordinate alla "creazione di organismi indipendenti per la regolarizzazione delle tariffe e il controllo della qualità dei servizi di rilevante interesse pubblico".

quello di garantire "adeguati livelli di qualità nei servizi in condizioni economicità e redditività, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, promuovendo la tutela degli interessi degli utenti e dei consumatori" stimolando, altresì, la concorrenza e l'efficienza. Così la citata legge n. 481/1995, che costituì il punto di svolta nella disciplina dell'intervento statale nei servizi pubblici.[106]

Tale legge disegna un modello coerente di regolazione indipendente, poi largamente applicato con riferimento a tutti i settori di pubblica utilità, fortemente ispirato all'esperienza inglese e basato sull'attribuzione di vasti poteri di regolazione e controllo ad autorità di settore, la cui piena autonomia e indipendenza sono garantite sul piano sia strutturale che funzionale. Il modello tracciato inizialmente come unitario, tuttavia, è stato ben presto frammentato, per il diverso sviluppo del mercato nei vari settori. La rilevanza dell'indipendenza e della proattività tesa alla concorrenza di un modello regolatorio è particolarmente evidente laddove un determinato settore "*si apre al confronto competitivo tra una pluralità di operatori: diventa in tale caso centrale l'aspetto relativo alla essenzialità di regole neutrali e di un soggetto terzo chiamato a farle rispettare. Dove queste dinamiche non si sprigionano, invece, la pressione all'istituzione di autorità indipendenti diventa*

---

[106] Si vedano diffusamente sulla legge n. 481/95: G. CONTI, *Le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità,* in *Dir. Econ.,* 1996, 383; G. SANVITI, *Le autorità dei servizi,* in *Studi in onore di F. Benvenuti,* Modena, 1996.

inevitabilmente meno forte. Gli organi di indirizzo politico possono così recuperare alcuni importanti margini di manovra per riconquistare o difendere sfere di influenza diretta"[107].

La struttura del modello di autorità disegnato dalla legge in parola[108] e l'autonomia regolamentare, organizzativa e finanziaria di cui questa è dotata[109] sono correttivi sufficienti per evitare rischi di infiltrazioni della politica nell'organismo regolatore[110]. Il governo infatti

---

[107] Così G. NAPOLITANO, I modelli di regolazione dei servizi di pubblica utilità, in La regolazione dei servizi di interesse economico generale, op. cit. p. 35.

[108] Al cui vertice è posto un organo collegiale formato da personalità di elevata competenza nel settore, elette tramite procedure equilibrate.

[109] Si veda D. SORACE, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Milano, 2002. Sulle autorità indipendenti e il rapporto con la Costituzione in generale, e, in particolare, sul sindacato giurisdizionale sugli atti delle autorità, si rinvia a P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Roma, 2001.

[110] Inoltre, i cicli delle consiliature delle autorità amministrative indipendenti, è opportuno rilevare – quale ulteriore garanzia di indipendenza dal potere politico – non coincidono con cicli economici né con cicli politici, "nel senso che un'autorità amministrativa indipendente può avere un vertice per tempi lunghi (…), ma agisce nel tempo breve, per valori nel tempo lungo. Le autorità, non essendo dipendenti dal governo né dal parlamento, non sono soggette a cicli politici governativi con eventuali alternanze di politiche derivanti da cicli elettorali, ma si può affermare che hanno propri cicli, sfasati rispetto a quelli più propriamente politici. Certo, si occorrerebbe in un'omissione se non si ammettesse che anche le autorità indipendenti sono, in parte e indirettamente, collegate a cicli elettorali, ad esempio perché le nomine appartengono al governo o ai presidenti della Camera e del Senato: tuttavia, queste hanno una stabilità garantita dai termini fissi per la durata del mandato conferito all'organo di vertice, che consente di aggirare i rischi di ingerenza del potere politico nelle tematiche dei settori regolati per cui "*Il Parlamento potrà*

dispone unicamente di poteri di indirizzo generale in ordine allo sviluppo dei diversi settori, non potendo influenzare l'attività e le decisioni delle autorità

Tutte le competenze regolatorie in materia di rapporti tra operatori e di relazioni tra questi e i consumatori finali sono concentrate in capo all'Autorità di regolazione, secondo la previsione di una serie di prerogative che mancavano ai precedenti enti pubblici di governo settoriale.

Non è un caso che la liberalizzazione dei servizi a rete abbia richiesto la traslazione dell'intervento dello Stato da *player* del mercato ad arbitro del "gioco" della concorrenza. Specie laddove questo cambio di prospettiva si verifica nel settore della liberalizzazione dei servizi a rete L'istituzione delle autorità indipendenti di regolazione, di nuove forme di regolazione amministrativa, la diversificazione delle fonti del diritto, di matrice comunitaria ma soprattutto di una disciplina che introduce previsioni altamente tecniche e specializzate, conduce a un rinnovamento della concezione dei rapporti tra pubblico e privato mediante la fissazione di obblighi di servizio pubblico che, a prescindere dalla natura - pubblica o privata - del soggetto incaricato del servizio, incide altresì sulla posizione dei consumatori/ utenti e sul

---

istituirle, abolirle, modificarne le competenze, i procedimenti, i modi di scelta degli amministratori, ma non interferire su loro direttive. La legge potrà prevedere relazioni e comunicazioni al Parlamento, come anche al governo, ma solo con effetti conoscitivi. Non per questo possiamo pensare che il loro potere non rientri nel gioco degli equilibri e dei contropoteri." Così A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli, 1997, p. 58.

loro rapporto, come destinatari di quel servizio, con i gestori dello stesso, che siano questi poteri pubblici o imprese private.

Tali trasformazioni determinano l'insorgere di nuovi istituti giuridici, dagli obblighi di servizio pubblico ai relativi corollari del principio di universalità e del diritto di accesso ed interconnessione alle infrastrutture, che necessitano di una base normativa altamente specializzata e flessibile e che hanno impatto proprio per quella *species* del *genus* del servizio pubblico ascrivibile ai sopra enunciati servizi a rete, caratterizzati dalla presenza di un'infrastruttura indefettibilmente necessaria alla loro erogazione [111].

La disciplina dei servizi a rete non nasce sulla base di un intervento singolo, univoco e unidirezionale, ma costituisce invece un composito sovrascriversi di interventi susseguitesi nel tempo e in taluni casi anche costituito dai principi enucleati nel corso degli anni dalla giurisprudenza soprattutto comunitaria.

L'azione della Comunità Europea sul settore dei servizi a rete si si sviluppa essenzialmente su due assi: da un lato, l'ascissa economica, ovvero la consapevolezza che tali servizi sono resi da attività economiche erogate attraverso infrastrutture spesso connaturate da monopolio naturale; dall'altro, il piano più strettamente sociologico e politico, con la presa di coscienza che si tratta di servizi fondamentali per la collettività, in quanto tali elementi cruciali per il conseguimento degli obiettivi posti alla base del Trattato dell'Unione europea, ovvero

---

[111] Si vedano le indicazioni bibliografiche precedentemente riportate sub nota n. 66.

lo "*sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, (…) di un alto grado di competitività e di convergenza dei risultati economici, di un elevato livello di protezione dell'ambiente ed il miglioramento della qualità di quest'ultimo, (…) del miglioramento del tenore e della qualità della vita, della coesione economica e sociale*".

Si ricorre nella condizione di monopolio naturale quando la gestione di un determinato settore, sulla base di alcuni indicatori economici quali l'onerosità degli investimenti e il decrescere dei rendimenti medi all'esponenziale crescita della produzione, rende conveniente ed efficace l'attività se esercitata da un unico operatore[112]. L'intervento pro-concorrenziale sulla base dell'impulso comunitario, stante le ineludibili caratteristiche testé individuate, non poteva che articolarsi nella previsione di diversi sistemi normativi volti alla separazione della rete dal servizio offerto: quindi, relativamente alle reti, i principi generali della disciplina sono il diritto di accesso riconosciuto agli operatori relativamente all'infrastruttura qualificabile come monopolio naturale; relativamente al servizio, il riconoscimento della libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost. degli operatori in concorrenza tra loro, mediante la regolamentazione del diritto di accesso.

Preordinatamente a tale fine, con il dichiarato obiettivo di pervenire alla realizzazione del mercato unico, il Trattato CE (ora Trattato sull'Unione europea) dedica specifiche previsioni alle reti trans

---

[112] Così G. CERVIGNI – M. D'ANTONI, *Monopolio naturale, concorrenza, regolamentazione*, Roma, 2001, p. 54;

europee[113], introdotte nel 1992 dal Trattato di Maastricht. Tra i compiti della Comunità, viene inserito quello specifico di concorrere allo sviluppo delle reti transeuropee nei settori delle infrastrutture dei trasporti, delle telecomunicazioni e dell'energia, al fine di favorire l'interconnessione e l'interoperabilità delle reti nazionali e l'accesso alle stesse.

Pur lasciando agli Stati membri la libertà di individuare gli strumenti che ritengono più idonei al raggiungimento di tali finalità [114], la ratio dell'azione della Comunità è chiaramente e dichiaratamente ulteriore rispetto alla mera prescrizione di misure regolatorie, dandosi invece il più ampio scopo della creazione di un mercato europeo dei servizi a rete. L'istituzione delle autorità di regolazione[115] preposte alla tutela degli interessi generali multilivello - dalla tutela degli operatori del mercato a quella degli interessi dei consumatori - di un determinato settore economico e alla promozione della concorrenza in quel

---

[113] A. Predieri, Le reti transeuropee nei trattati di Maastricht e di Amsterdam, in Dir. Un. Eu. 1997, p. 305 ss.

[114] Che, come è facile immaginare, ha comportato una grande disomogeneità nell'applicazione tra i vari Stati membri, come rilevato da E. FERRARI, *La disciplina dei servizi a rete,* cit., XV ss. "Ciascuno Stato membro della Comunità Europea ha risposto traducendo quelle indicazioni all'interno di sistemi istituzionali che sono e rimangono diversi".

[115] G. AMATO, *Autorità semiindipendenti ed autorità di garanzia,* in *Riv. Trim. dir. pubbl.,* 1997, 65 ss., A. LA SPINA – G. MAJONE, *Lo Stato regolatore,* Bologna, 2000, R. DI RAIMO - V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale,* collana Cinquanta anni della Corte Costituzionale della Repubblica italiana, Napoli, 2007; V. RICCIUTO, *Lo Stato committente. Lo Stato regolatore, ibidem,* XXXIX.

medesimo settore segna un punto di svolta che non è iperbolico definire epocale.

CAPITOLO II
LA DIMENSIONE COMUNITARIA DEI SERVIZI PUBBLICI: I SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE

1. I SERVIZI PUBBLICI NELLA PROSPETTIVA DELL'UNIONE EUROPEA: I SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE (SIEG). 2. L'AMBIVALENTE APPROCCIO DEL LEGISLATORE COMUNITARIO: I SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE DA "MERA ECCEZIONE ALLA CONCORRENZA" A "PROMOTORI DELLA COESIONE SOCIALE". 3. DAI SERVIZI DI INTERESSE GENERALE EUROPEI AI SERVIZI PUBBLICI NAZIONALI. 4. CHIUDERE IL CERCHIO:
5. ACCESSO AI SIEG: UN DIRITTO FONDAMENTALE DERIVANTE DALLA CITTADINANZA DELL'UNIONE. IL SERVIZIO UNIVERSALE .

1. I servizi pubblici nella prospettiva dell'unione europea: i servizi di interesse economico generale (SIEG).

Il decennio conclusivo del ventesimo secolo si è contraddistinto, nello studio del tema che qui ci impegna, per l'ingresso nel dibattito dell'ordinamento europeo [116], il che avrebbe sancito, per taluni

[116] Si vedano, *ex multis*, N. Belloubet-Frier, Service public et droit communautaire, in AJDA, 1994, p. 270 ss., J. Delors, Vers un service public européen, Bruxelles, 1993, J. Stiglitz, Il ruolo economico dello Stato, traduzione italiana, Bologna, 1992, P. Bauby, Public service, forging an European conception, in g. Hailsch (a cura di), Service of general interest in the EU : reconciling competition and social responsibility, Institut européen d'administration publique, Maastricht, 1999,

interpreti, l'approssimarsi della fine del "*service public à la française*" in favore del modello (rispetto alla tradizionale impostazione francese) ultra-liberale dei servizi d'interesse economico generale (di seguito, anche SIEG). Non mancano, tuttavia, interpretazioni più moderate e lungimiranti, che hanno rilevato come l'approccio europeo non sia poi così distante dal servizio pubblico tradizionalmente inteso. Secondo tali studiosi, è ben possibile qualificare l'impostazione europea come "service public à l'européenne" e rilevando che "le deux modèles ne sont pas si éloignés"[117].

È indubbio che "servizi di interesse economico generale" (d'ora in avanti SIEG) e "servizio pubblico" siano due nozioni complesse, nate in epoche diverse ed afferenti a concetti non coincidenti tra loro[118]:

---

p. 49 ss., P. H. Teitgen, Les étapes de l'idée européenne, in EDCE, 1963, E. Moavero – Milanesi, Les services d'*intérêt économique général, les entreprises publiques et les privatisasions, in Rev. De l'Union Européenne, 2000, p. 117 ss.*, G. Tesauro, Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2, del Trattato CE, in Dir. Un. Eu., 1996, p. 724.

[117] Così VANNINI, *Service d'intérêt économique général, obligations de service public, service universel: où en est le droit communautaire?*, in *Questions d'Europe*, 2007/71, disponibile al link http://www.robert-schuman.eu/fr/questions-d-europe/0061-service-d-interet-economique-general-obligation-de-service-public-service-universel-ou-en

[118] D. SORACE, *I servizi "pubblici" economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, AA.VV., a cura di E. Bruti Liberati e F. Donati, Quaderni CESIFIN, Giappichelli, Torino, 2010, p. 11, a parere del quale: "*Servizi di interesse economico generale" (SIEG) e "servizi pubblici" sono due locuzioni nate in ambienti ed epoche diverse, il cui senso è ancora in discussione dal momento che il significato della prima non è ancora stabilizzato ma ha comunque destabilizzato quello della seconda. Bisogna dunque prender le mosse dalla prima locuzione a proposito della quale, peraltro, nella dottrina europea, c'è chi*

tuttavia, stante l'inevitabile impatto a livello nazionale della prospettiva europea, appare imprescindibile un inquadramento sistematico dei due sottoinsiemi quivi citati.

Un primo aspetto di comunanza che avvicina i SIEG al servizio pubblico è un curioso parallelismo. Abbiamo visto come nel nostro ordinamento i servizi pubblici non vengano mai definiti, ma bensì semplicemente menzionati in un'unica previsione costituzionale, ovvero l'articolo 43. Ebbene, nell'ordinamento comunitario non è presente la nozione di servizio pubblico come sopra delineata [119] e viene invece unicamente contemplato il concetto di SIEG, pur non essendone presente in alcuna norma dei Trattati una definizione specifica, ma solo un mero riferimento testuale, senza ulteriori esplicazioni.

L'istituto in esame viene dunque a porsi dinanzi all'interprete come un complesso dilemma ricostruttivo, in cui la chiave di lettura essenziale è fornita, in assenza di norme dei Trattati che ne regolino compiutamente la disciplina, dai documenti di lavoro e atti, vincolanti e non, prodottisi nel corso degli anni in seno alle Istituzioni comunitarie. L'istituto in commento e il suo rapporto con gli ordinamenti nazionali e le rispettive concezioni di "servizio pubblico" palesano la propria consistenza compromissoria. La scarsa chiarezza letterale della norma presta il fianco alle più variegate interpretazioni,

---

definisce quelle abitate dai SIEG "murky waters" che avrebbero bisogno di "light and transparency".

[119] Se non un mero e fuggevole riferimento testuale in tema di trasporti all'articolo 73 del Trattato sull'Unione europea.

comportando nella dottrina ma anche in talune pronunce della CGUE, oscillazioni e incertezze.

Non a caso, peraltro, il tema dei servizi d'interesse economico generale risulta essere uno dei più approfonditi dalla stessa Commissione Europea con l'elaborazione di studi e materiale variamente normativo riconducibile alla categoria della cosiddetta *soft law*[120].

2. L'ambivalente approccio del legislatore comunitario: i servizi di interesse economico generale da "mera eccezione alla concorrenza" a "promotori della coesione sociale".

---

[120] In particolare, la Commissione ha adottato, a partire dagli anni Novanta, una pluralità di atti di varia natura, tra cui comunicazioni, libri bianchi e libri verdi sul tema, che ne consentono una ricostruzione e un'ermeneutica più precisi. In tali atti vengono infatti da un lato recepiti ed esposti gli spunti di dibattito emersi dall'interlocuzione tra le Istituzioni dell'Unione europea sul punto, oltre che enucleati i principi individuabili nelle pronunce della Corte di giustizia dell'Unione sul tema. I principali documenti, che aggiungono ai precedenti anche la funzione di coiadiuvare l'interprete a chiarire e meglio comprendere la posizione delle Istituzioni europee sul punto, sono individuabili essenzialmente nella Comunicazione della Commissione *I servizi di interesse generale in Europa*, doc. COM (1996) 281, *final*; la Comunicazione della Commissione *I servizi di interesse generale in Europa*, doc. COM (2001) 17, *final*; la relazione al Consiglio Europeo di Laeken, doc. COM (2001) 598, *I servizi di interesse generale*; il Libro verde della Commissione del 21 maggio 2003, *I servizi di interesse generale*, doc. COM (2003) 270, fin.; il Libro bianco della Commissione sui servizi d'interesse generale, doc. COM (2004) 374 *final*; la comunicazione della Commissione del 20 novembre 2007, *I servizi d'interesse generale, compresi i servizi sociali d'interesse generale: un nuovo impegno europeo,* doc. COM (2007) 725.

Prima di esaminare più nel dettaglio l'istituto, occorre evidenziare da subito un carattere di primaria rilevanza nello studio del tema dei SIEG, ovvero la flessibilità e dinamicità di tali servizi, il cui significato è mutevole col tempo, adeguandosi alle differenti contemperazioni tra i valori essenziali e le esigenze economiche e sociali cui l'ordinamento comunitario si trova a dover rispondere nei diversi momenti storici [121].

In linea generale, i SIEG vengono definiti come attività consistenti nella prestazione di beni e servizi in un dato mercato: attività economiche, quindi, ma funzionalmente collegate all'interesse generale, da intendersi come interesse della collettività nel suo complesso, il cui soddisfacimento porta all'imposizione di determinati obblighi al suo fornitore. Tali servizi costituiscono una sottocategoria nell'ambito della più ampia nozione, attualmente non presente nel diritto primario né nel diritto derivato ma ricorrente nella prassi e nel dibattito degli operatori e della dottrina, di servizi d'interesse generale, indicante tutti quei servizi forniti nell'interesse generale, a prescindere dalla loro natura economica, come ad esempio i servizi sociali.

È già nel Trattato di Roma [122] che si introduce il tema dei SIEG: questi vengono inquadrati come elementi accessori al più rilevante

---

[121] Si vedano sul punto L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit., p. 307; G. CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur. quad. pubbl. serv.*, 1999, p. 1 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002, p. 34.

[122] Precisamente nell'articolo 90, rinumerato poi in articolo 86 e infine, dal 1 dicembre 2009, a seguito del Trattato di Lisbona, articolo 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Di seguito il testo della previsione: "*1. Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle*

tema della concorrenza, di importanza primaria soprattutto nella fase iniziale dell'ordinamento comunitario, prevedendoli nell'eventualità che, al verificarsi di date condizioni, su cui più approfonditamente torneremo tra breve, possa verificarsi un'eccezione all'applicazione delle norme del Trattato, con particolare riferimento a quelle concorrenziali.

La disciplina dei SIEG è dunque elemento accessorio portato alla luce e definito in funzione dell'elemento principale cui è asservito, ovvero la disciplina della concorrenza; questa, ricondotta tra le materia di competenza esclusiva dell'Unione europea dall'articolo 3, par. 1 b) del TUE, è dunque una nozione squisitamente europea.

Il tenore letterale della norma è chiaro: "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

---

imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente trattato, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 12 e da 81 a 89 inclusi.

2. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, 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.

3. La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni." (enfasi aggiunta).

loro affidata". Una formulazione che risente anche della distanza intercorrente tra le discipline nazionali e la qualificazione giuridica dell'istituto presso ciascuno degli stati membri, [123]sottesa appunto a lasciare a ogni Paese la libertà di definire, secondo il proprio ordinamento, il regime giuridico più idoneo a consentire la realizzazione di interessi collettivi e a individuare e assegnare a un'impresa compiti a rilevanza collettiva [124]. Anche i primi commentatori della disposizione in parola sottolineavano come la nozione di servizi dell'interesse economico generale dovesse essere ricercata autonomamente all'interno dei diversi ordinamenti nazionali, in quanto legata a considerazioni di natura politica ed economica spettanti a ciascuno Stato membro.

Se inizialmente l'atteggiamento adottato dalla CEE era di una sorta di "indifferenza" alle imprese incaricate della gestione di un servizio di interesse economico generale, lo scenario cambia intorno agli anni 80, con l'accelerata dell'interventismo comunitario nel

---

[123] Così M. CAMMELLI, *Comunità europea e servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo comunitario*, a cura di L. VANDELLI, C. BOTTARI E D. DONATI, Maggioli, Rimini, 1994, p. 179 e ss.

[124] Lo spunto viene da D. CALDIROLA, in *Servizi pubblici, concorrenza e diritti*, a cura di L. AMMANNATI, M. C. CABIDDU E P. DE CARLI, p. 126, in cui l'Autrice rileva come ciò parrebbe in particolare emergere dall'espressione "incarico" che presupporrebbe "una specifica investitura da parte di ciascuno Stato di compiti di interesse economico generale" ricordando che l'incarico "può derivare anche da un atto legislativo o regolamentare, non infatti è necessaria una forma particolare" come peraltro chiarito dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza 27 aprile 1994, causa C- 393/92, comune di Almeli c. EnergiebedrjifIjsselmij, in particolare ai punti 47-48.

processo che porta alla liberalizzazione [125] dei mercati incentrata principalmente sui settori tradizionalmente oggetto di monopolio pubblico. Telecomunicazioni, trasporti, energia e poste, inizialmente esclusi, stante la situazione di assenza di concorrenza del mercato, dall'ambito di applicazione della disciplina recata dalla direttiva 80/723/CEE sulla trasparenza delle relazioni finanziarie tra Stati membri e le loro imprese pubbliche, divengono così il centro di un'azione di liberalizzazione e attività pro-concorrenziale dei mercati.

---

[125] Sembra opportuno in questa sede riportarsi a quanto esposto da G. de Vergottini, *Liberalizzazione dei servizi nell'Unione europea*, Enc. Treccani, voce, 2009: *"È bene ricordare, in termini generali, cosa si intenda per liberalizzazione, e per liberalizzazione dei servizi pubblici in particolare, anche al fine di differenziarla rispetto a fenomeni a essa contemporanei e complementari ma non coincidenti, come quello della privatizzazione e della deregolamentazione o deregulation. Il termine liberalizzazione si è imposto agli inizi degli anni Novanta ed è da allora prevalentemente utilizzato per indicare l'apertura del mercato attraverso la progressiva riduzione dei vincoli al suo funzionamento e la rimozione di barriere all'entrata dello Stato, soprattutto per quanto riguarda lo svolgimento di attività di carattere economico. Più nel particolare, tale processo ha profondamente interessato i servizi di pubblica utilità, ma anche altri settori fondamentali per la competitività delle imprese europee e che, in diversa misura, necessitavano di estese riforme. Tra questi possiamo annoverare le banche, le assicurazioni, i servizi professionali, la distribuzione commerciale, il settore farmaceutico.*

La liberalizzazione è, quindi, un insieme di misure, adottate già dagli inizi degli anni Novanta, dirette a provocare la creazione di un libero ed efficiente mercato quando fosse riscontrabile la presenza di barriere legali di fatto limitanti fortemente la libertà di prestazione. Pertanto la liberalizzazione mira alla creazione di un mercato contendibile, a una situazione cioè in cui la semplice possibilità di ingresso nel mercato di un possibile concorrente induce imprese e individui a comportarsi in modo competitivo."

Il cambio di rotta della CEE, verificatosi in ragione dell'evoluzione da un lato della tecnologia, dall'altro della domanda, che consentivano e richiedevano il superamento del tradizionale regime monopolistico, si è ovviamente riflesso sui mercati nazionali e in particolare su quello italiano. Il soddisfacimento degli interessi sottesi a tali settori veniva infatti demandato, sino ad allora, mediante l'assunzione di titolarità del servizio pubblico in capo allo Stato che provvedeva alla fornitura e alla gestione del medesimo, direttamente ovvero mediante concessione a un soggetto, pubblico o privato che fosse. L'introduzione di un regime di libero accesso al mercato ha come prima conseguenza quella di escludere l'esistenza di posizioni monopolistiche pubbliche, da cui discende quale corollario l'inutilità, oltre che l'impossibilità, della gestione pubblica dell'impresa, spingendo gli Stati alla privatizzazione formale e sostanziale e all'introduzione di meccanismi privatistici di gestione delle imprese pubbliche [126]. Da un lato, non è mancato tuttavia chi abbia notato come nel momento storico in cui la Comunità nasceva, non sussistesse un forte interesse da parte dell'Europa a che si creasse un mercato interno unificato dei servizi pubblici, posto che all'epoca il principale obiettivo era costituito dalla creazione dei presupposti giuridici e politici per l'esplicazione della più ampia libertà di commercio [127]

---

[126] Così G. TALUMELLO, *Privatizzazione dei servizi pubblici e problemi di tutela giurisdizionale*, in *Contratto, Impresa, Europa*, 1999, p. 386 e ss.

[127] G. E. BERLINGERIO, op. cit.

Lo Stato, in ottemperanza al disegno pro concorrenziale adottato dal legislatore comunitario, dismette dunque l'attività di gestore dei servizi pubblici per assumere quella di arbitro del nuovo gioco della concorrenza, con ciò comportandosi tuttavia non solo un limite nella individuazione degli strumenti atti a soddisfare gli interessi pubblici cui i servizi pubblici sono sottesi. Prima ancora, ciò vincola gli Stati ad attenersi all'eteroindividuazione di matrice europea degli interessi generali; è la Comunità europea a stabilire quali attività economiche e quali settori del mercato siano concretamente individuati quali rispondenti a un interesse generale.

Si inaugura, con il Trattato di Lisbona, un nuovo corso, i cui riflessi si sono ripercossi anche sulle disposizioni originarie del Trattato: la concorrenza, da valore primario da perseguire, viene ridimensionata a uno degli elementi che può contribuire al benessere collettivo dei cittadini dell'Unione, insieme alla tutela dei diritti fondamentali e degli interessi sociali. L'attenzione crescente nei confronti degli interessi sociali comporta anche un più incisivo intervento dell'Unione nel settore dei servizi pubblici.

L'attuale articolo 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, modificato a più riprese, nella versione del 1997, introdotta dal Trattato di Amsterdam, ha integrato le norme iniziali in senso di enfatizzare ampiamente "*l'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambio dei valori comuni dell'Unione, nonché [il] ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale*" prevedendo altresì che "*la Comunità e gli Stati membri secondo le rispettive competenze e nell'ambito del*

campo di applicazione del presente Trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i loro compiti". Dello stesso tenore anche l'articolo 36 della "Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea"[128] che così prevede: "*Accesso ai servizi d'interesse economico generale. – Al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente ai Trattati*".

Nel 2009, il Trattato di Lisbona torna ad occuparsene: l'articolo 14 del nuovo TFUE integra le disposizioni sopra richiamate sottolineando la competenza degli Stati membri, mediante il riferimento al principio di sussidiarietà per cui ogni competenza non espressamente spettante all'Unione deve intendersi attribuita in via residuale agli Stati; viene inoltre fatta salva la competenza degli Stati membri di "fornire, fare e seguire e finanziare tali servizi". Inoltre, il Protocollo allegato 26, sui servizi di interesse generale (SIG, sovra insieme in cui si ricomprendono anche i servizi di natura economica) contiene disposizioni interpretative che ribadiscono e ricomprendono, tra i valori comuni dell'Unione con riguardo a tale settore:

- *il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti;*

---

[128] "Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati".

- *la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse;*
- *un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente*.

La centralità degli Stati in materia risulta ora confermata anche dalla direttiva 2006/123/CE, relativi ai servizi nel mercato interno [129] in base alla quale "*lascia impregiudicata la libertà per gli Stati membri di definire in conformità del diritto comunitario quali essi ritengano essere SIEG, in che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati, in conformità delle regole sugli aiuti concessi dagli Stati, e a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti*".

Come prima già accennato, dunque, inizialmente i servizi di interesse economico generale costituiscono inizialmente una mera eccezione alla concorrenza. Del resto, la allora Comunità economica europea nasceva con un preciso intento, quello di creare uno spazio economico interno governato da regole uniforme di applicazione orizzontale che consentissero la libera circolazione di merci, servizi, capitali e persone per eliminare ostacoli di fatto e di diritto agli scambi economici entro di questo. In altre parole, all'epoca del trattato di Roma gli obiettivi della CEE si esaurivano nella creazione di un

---

[129] Il cui articolo 1, al paragrafo 2, si premura di specificare che "*non riguarda la liberalizzazione dei servizi d'interesse economico generale riservati a enti pubblici o privati, né la privatizzazione di enti pubblici che forniscono servizi*".

mercato interno concorrenziale: l'evolversi del raggio d'azione istituzionale e la conseguente maggiore pervasività dell'azione istituzionale europea ha portato a sbarazzarsi dell'ormai riduttivo aggettivo "Economica", così come a portare la "Comunità" a intendersi come una vera "Unione".

Il ruolo della concorrenza all'interno degli obiettivi dell'azione e della politica dell'Unione viene pertanto progressivamente ridimensionato. La formulazione originaria dell'allora articolo 90 (poi, si ricorda, art. 86 e infine art. 106 TFUE) costituiva un approccio bifronte al tema: da un lato, infatti, manteneva la possibilità per gli Stati membri di attribuire diritti speciali o esclusivi a talune imprese [130]

---

[130] Il Trattato, tuttavia, non reca una definizione compiuta di diritti speciali o esclusivi. È tuttavia possibile individuare tali categorie giuridiche mediante il diritto comune. I diritti esclusivi collocano, com'è ovvio, l'impresa in una condizione di monopolio nel mercato, mentre i diritti speciali consentono a più imprese una posizione semplicemente privilegiata. La definizione è deducibile, in via generale, da una disciplina speciale, ovvero la direttiva della Commissione 90/388/CEE del 28 giugno 1990, relativa alla concorrenza, nei mercati di servizi di telecomunicazioni, come modifica dalla direttiva della Commissione 94/96/CE del 13 ottobre 1994, per diritti esclusivi intendiamo i diritti concessi a da uno Stato membro a un'impresa mediante atto legislativo, regolamentare o amministrativo, di riserva a questa dell'esercizio di una certa attività. I diritti speciali, invece, sono da intendersi come diritti concessi dallo Stato membro a un certo numero, limitato, di imprese, mediante qualsiasi tipologia di atto, che, all'interno di una data area geografica: a) limiti a due o più il numero delle imprese autorizzate a svolgere l'attività, in assenza di criteri di obiettività, trasparenza e non discriminazione, b) designa un certo numero di imprese in concorrenza tra loro non conformandosi a quei criteri; c) conferisce a ciascuna impresa, non conformandosi ai detti criteri, vantaggi legali o regolamentari che influiscono sostanzialmente sulla capacità di qualsiasi impresa di entrare nel

creando posizioni di privilegio sul mercato, dall'altro introduce l'esclusione delle imprese incaricate della gestione di un pubblico servizio dall'osservanza delle regole del Trattato e in particolare dalle norme in materia di concorrenza, nella misura in cui ciò possa ostacolare o impedire il perseguimento della missione loro affidata.

Per tali eccezioni è prevista una barriera di compatibilità. L'articolo in esame prevede infatti che l'attribuzione di diritti esclusivi o speciali non legittimi l'adozione, da parte degli Stati membri, di misure contrarie dalle norme del Trattato, mentre il regime derogatorio riconosciuto alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale non deve pregiudicare lo sviluppo degli scambi[131] in misura tale da compromettere gli interessi della Comunità. Dalla

---

mercato o di esercitare la stessa attività in condizioni sostanzialmente equivalenti. Pur se la prassi decisionale e la giurisprudenza si sono spesso pronunciate su questi temi, la Commissione non si è mai espressa su una definizione di diritto speciale: si veda sul punto E. MOAVERO MILANESI, *Les services d'interet économiques général, les entreprises publiques et les privatisations*, in *Revue de droit de l'Union européenne*, 2000, p. 120. La Commissione ha solo rilasciato una nozione definitoria settoriale, valida solo per l'ambito oggettivo di applicazione, rappresentata dalla direttiva 94/96 del 13 ottobre 1994, relativa alle comunicazioni via satellite. La Commissione ha, invece, precisato che per "diritto esclusivo" si intende quello che è conferito dai pubblici poteri a enti pubblici o privati, mediante atti legislativi, regolamentari o amministrativi che riservino loro la fornitura di un servizio o l'esercizio di una determinata attività. Sulla differenza sostanziale tra diritti speciali ed esclusivi in un settore regolamentato si veda F. BASSAN, *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazione elettroniche*, Torino, 2002.

[131] Si veda sul punto V. SOTTILI, *L'art. 86 del Trattato CE*, in *Servizi essenziali e diritto comunitario*, a cura di L. Radicati di Brozolo, Torino, Giappichelli, 2001, p. 40 e ss.

lettura della norma si evince come questa costituisca una soluzione di compromesso per tutelare le finalità economiche e di mercato della Comunità facendo tuttavia salve le prerogative degli Stati membri in materia di politica economica.

Nel ribadire con vigore la soggezione di tutte le imprese ai principi di libera concorrenza, la norma, tuttavia, salvaguarda la facoltà di ogni Stato di definire il regime economico-giuridico cui assoggettare le imprese sottoposte alla propria giurisdizione, rimettendo altresì a questi la scelta se attribuire compiti di rilevanza pubblica a una o più imprese[132]. La disposizione in commento comporta l'impossibilità di una prosecuzione di un uso distorto dell'istituto del servizio pubblico per schermare giuridicamente l'elusione, da parte degli Stati membri, delle norme del Trattato determinando in autonomia la propria politica economica.

La dottrina più acuta, tuttavia, ha rilevato come la scarsa attenzione dei Padri fondatori della Comunità europea alla nozione del servizio pubblico debba essere individuata, altresì, nella distanza (se non addirittura assenza) di tale nozione negli ordinamenti degli Stati membri [133]. L'unica norma del Trattato a contenere l'espressione "servizio pubblico" è contenuta nel marginale articolo 73, che dichiara

---

[132] A commento della norma del Trattato, si vedano, *ex multis*, G. TESAURO, *Intervento pubblico sull'economia e art. 90, op. cit.* p. 719; J. L. DEWOST, *Service public et droit communautaire*, in *L'Europe à l'épreuve de l'intérêt général*, a cura di C. STOFFAES, Parigi, 1994, p. 150 e ss.

[133] Ci si riferisce a N. Belloubet-Frier, Service public et droit communautaire, op. cit., p.68

come compatibili quegli aiuti che siano "richiesti dalle necessità di coordinamento dei trasporti" ovvero siano "corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio". Il nostro articolo 86, invece, introduce una nozione neutra, "periferica", il ricorso alla quale si è imposto al legislatore comunitario non solo per la difficile compatibilità del servizio pubblico con gli obiettivi del Trattato, ma anche, e forse soprattutto, per la difficoltà di poter poggiare le previsioni europee su una nozione comune del concetto.

Il conflitto tra monopolio tradizionale e libero mercato sostenuto dall'intervento europeo [134] si risolve mediante l'introduzione di un modello di organizzazione che, pur assecondando la diffusione di un'economia di mercato, non pregiudichi integralmente le finalità politiche e sociali garantite dalla precedente tradizione nazionale. Il processo di liberalizzazione così introdotto porta a un compiuto esame della concorrenza, dell'impatto sulle politiche degli Stati membri e della *ratio* sottesa alla sua introduzione nei mercati nazionali europei, volta alla costruzione di un mercato interno europeo. Le questioni poste dall'introduzione della concorrenza non sono infatti poche, né di scarso rilievo: dalle condizioni di accesso al mercato e permanenza nello stesso, alle garanzie che connotano la concorrenza medesima, all'organizzazione del mercato, alla sorte cui destinare i diritti speciali ed esclusivi. A tali profili, devono necessariamente aggiungersi i non pochi aspetti che esulano dal semplice ambiente economico-mercatorio,

---

[134] K. VAN MIERT, *Services publics: une approche pragmatique et progressive*, in *Revue des Affaires Européennes*, 1994, p. 9.

per andare a toccare anche caratteri sociali, solidaristici e politici. Si pensi, poi, alle implicazioni che, a fianco alla progressiva accentuazione della centralità del mercato, hanno portato altresì in rilievo interessi quali l'ambiente, l'occupazione giovanile, l'eguaglianza, la correzione degli squilibri regionali. La rilevanza meramente derogatoria con cui era visto inizialmente l'istituto ha goduto di un'interpretazione dottrinaria [135] che si è evoluta fino a spingersi a ritenere che la nozione di impresa incaricata di un servizio di interesse economico generale avrebbe dovuto essere ricercata direttamente all'interno dei singoli ordinamenti nazionali. Non si sarebbe potuto, infatti, giungere ad una nozione unitaria sulle scarne indicazioni del Trattato "che non fornisce alcuna nozione ma si riferisce evidentemente ad un incarico, e a una missione, conferiti da un'autorità nazionale [136] ", allo scopo di salvaguardare certe fondamentali esigenze "che potrebbero essere messe in pericolo da un'applicazione troppo severa delle norme del Trattato […] quali siano queste esigenze spetta a ciascuno Stato membro stabilire, sulla base delle considerazioni di ordine politico-economico".

---

[135] Ragioni che spinsero A. TIZZANO a parlare di "una lettura estremamente evolutiva, se non *tout court* creativa" dell'art. 86, in *L'azione comunitaria delle telecomunicazioni: interventi recenti e prospettive future*, in *Diritto dell'informazione*, 1998, p. 20.

[136] A. Pappalardo, Commento all'articolo 90, in R. Quadri, R. Monaco, A. Trabucchi (diretto da) Trattato istitutivo della Comunità economica europea, Commentario, Milano, 1965, Vol. I, p. 692 e ss.

Pur nel silenzio del Trattato, in una logica evolutiva legata al principio di effettività, l'Unione europea ha progressivamente assunto nella definizione di "servizio d'interesse generale" e della relativa missione, attribuendo a tali nozioni la diversa e positiva funzione – poi cristallizzata nell'articolo 16 – di individuare[137] specifiche attività di particolare rilievo giuridico non solo nazionale e locale, ma anche comunitario, meritevoli di tutela al pari o, meglio, in via subordinata rispetto alle libere attività economiche, per cui in caso di conflitto il Trattato riconosce alla realizzazione e fornitura delle attività di servizio pubblico rispetto alla tutela delle libertà di mercato. Deve sconfessarsi la tesi di chi ritiene che la rilevanza europea del servizio pubblico si esaurisce sul piano delle politiche di concorrenza né che "*la definizione del pubblico servizio resti assegnata agli ordinamenti nazionali, restando all'ordinamento comunitario la verifica della legittimità delle deroghe alla concorrenza*"[138].

La prospettiva europea assume invece un'importanza centrale nella definizione dei tratti essenziali del servizio pubblico, per i quali la norma di riferimento resta l'ex art. 90, inteso però non più come norma intesa a regolare, in relazione a un istituto giuridico di rilevanza (anche) europea, il conflitto tra discipline generali delle libertà economiche e regole speciali rivolte alla garanzia dell'interesse generale. Del resto, anche la dottrina, sin dalle prime interpretazioni,

---

[137] Per la tesi secondo cui non è possibile addivenire a una nozione "europea" di SIEG si veda R. Drago, La nozione di servizio di interesse economico generale secondo l'art. 90 del trattato istitutivo del mercato economico europeo, p. 163.

[138] L. Perfetti, Contributo a una teoria dei pubblici servizi, op. cit. p. 314

ha generalmente identificato, pur con le dovute differenze, il servizio di interesse economico generale con la nozione interna di servizio pubblico[139]. Dalla norma, secondo l'interpretazione sostenuta anche dalle pronunce della Corte di giustizia, si deduce che a caratterizzare i servizi di interesse economico generale sia un elemento essenziale di natura funzionale, ontologicamente teso al soddisfacimento di bisogni collettivi, aspetto, questo, espresso attraverso il riferimento al concetto di missione d'interesse generale. La centralità di tale assunto viene confermata dalla medesima Corte di giustizia dell'Unione europea[140], laddove, nel riconoscere, tuttavia, che rientra nella competenza del "giudice nazionale accertare se un'impresa […] sia stata effettivamente incaricata dallo Stato membro di gestire servizi d'interesse economico generale" [141] ha tuttavia, in plurime occasioni, negato la qualifica di servizi d'interesse generale e la sottesa ammissione alla deroga di cui all'art. 86, par. 2, Tr. Ce., negando la sussistenza dell'elemento di una

---

[139] Si citano solo alcuni tra i numerosi commentatori espressisi in tal senso: A. PAPPALARDO, *Commento all'art. 90,* cit., R. VILLATA, *Pubblici servizi*, cit., p. 14, G. CORSO, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario,* cit. p. 8; F. GIGLIONI, *Osservazioni sulla evoluzione della nozione di servizio pubblico*, cit. p. 2277.

[140] Si veda per un'interessante rassegna delle decisioni giurisprudenziali sui servizi di interesse economico generale, G. TELESE, *Servizi di interesse economico generale e servizio universale nella giurisprudenza e nella normativa comunitaria*, in *Jus*, 1999, 947 ss.; F. ARMENANTE, *I servizi pubblici nella giurisprudenza comunitaria*, in *Giur. it*, 1997, IV, p. 193 ss.

[141] Così Corte Giust. 27 marzo 1974, C-127/73, Belgische Radio et Televisive v. Société belge des éditeurs, in Racc. I 1974 p. 313.

specifica missione d'interesse generale [142] che viene a rappresentare il compito pubblico che deve essere assolto dall'impresa gerente nei confronti della collettività e in vista del quale si giustificano il particolare regime del servizio economico generale e l'elastico venir meno delle regole generali del Trattato.

Se l'elemento della "missione", secondo la prima interpretazione [143], andava ad identificarsi nello stesso servizio di

---

[142] Così Corte Giust. 27 marzo 1974, C-127/73 cit., in cui la Corte ha escluso che possa ritenersi incaricata di gestire SIEG "una società cui lo Stato non ha affidato alcun compito e che amministra invece interessi privati, anche se si tratta di diritti di proprietà intellettuale tutelati dalla legge. Con riguardo al settore portuale, la Corte, con la sentenza resa il 10 dicembre 1991, relativa alla causa C-178/90, Società merci convenzionali del porto di Genova c. Siderurgica Gabrielli, cit. p. 225, ha poi ritenuto che le operazioni portuali non costituirebbero servizi di interesse economico generale poiché "non risulta dagli atti di causa trasmessi dal giudice nazionale, né dalle osservazioni presentate alla Corte che l'interesse generale legato alle operazioni portuali abbia un carattere specifico rispetto a quello di altre attività della vita economica." Concludiamo questa rassegna giurisprudenziale – ridotta all'essenziale – con la sentenza 18 giugno 1998, C-266/96, Corsica Ferries France, in Racc. I, p.3949, la Corte ha ritenuto sussistente l'elemento della missione di servizio di interesse generale e ha quindi ritenuto che "le operazioni di ormeggio rivestono un interesse economico generale che presenta caratteristiche specifiche rispetto a quelle di altre attività economiche e che può farle rientrare nel campo di applicazione dell'art. 90, n. 2, del Trattato. Infatti, gli ormeggiatori sono tenuti a presentare in ogni momento e a qualsiasi utente un servizio universale di ormeggio, e questo per motivi di sicurezza nelle acque portali".

[143] Così PAPPALARDO, op. cit, par. 15, "se un'impresa è incaricata della gestione di un servizio d'interesse economico generale la sua missione specifica consisterà, appunto, nella gestione di tale servizio. Ciò non esclude […] che in determinati casi sia possibile individuare un compito ancora più specifico." È tale

interesse economico generale (*rectius*, con la gestione di questo), più moderne interpretazioni, consce che si sarebbero così consentite deroghe troppo ampie al Trattato, si sono espresse per un'interpretazione più prudente, che circoscrive l'ambito delle eccezioni, precisando che la missione va a rappresentare solo il nucleo del più esteso concetto di servizio di interesse economico generale. Per missione, conseguentemente, devono intendersi specifiche prestazioni garantite alla collettività, più conformemente attraverso il riferimento al servizio universale (su cui si veda *infra*) o a puntuali obblighi di servizio pubblico.

In tale contesto, solo una marcata volontà politica avrebbe potuto sciogliere i nodi derivanti da una previsione tanto rilevante dal punto di vista sistematico, quanto contraddittoria e di enigmatica portata. Pertanto, sebbene le ambiguità continuino ancora oggi a caratterizzare l'approccio con cui ci si accosta alla materia, pare innegabile che una precisa volontà politica si sia affermata in seno agli organi comunitari nell'ultimo trentennio, al fine di imporre istanze di tendenza liberale. La "rottura" prodotta dalla fonte giuridica comunitaria è ben confermata dal nuovo significato attribuito all'erogazione dei pubblici servizi assicurata dai privati.

In passato, come si è sottolineato in precedenza, l'attività economica privata di pubblico interesse era interpretata come un

---

coincidenza che ha indotto anche altri interpreti a sposare una siffatta interpretazione ed affermare che la "missione" non debba essere inclusa tra gli elementi da definire nell'ambito della nozione di servizio d'interesse economico generale (si veda FRANCESCHIELLI, La nozione di servizio d'interesse economico generale, cit., p.85).

fenomeno pienamente legittimo e praticabile, al quale però si connettevano le sole questioni relative da un lato alla sua collocazione dogmatica e dall'altro alle sue relazioni con l'attività economica esercitata dal soggetto pubblico.

Con l'avvento, o meglio con il rafforzamento, delle istanze comunitarie, lo scenario, come già espresso, muta. La produzione privata dei servizi d'interesse generale non appare più come un'eventualità neutra da giustapporre alla produzione pubblicistica, ma diventa una pratica da incentivare e soprattutto da tutelare da un intervento pubblico in economia che, la storia testimoniava, poteva dimostrarsi troppo incisivo (e intrusivo)[144].

In questa ottica, il ruolo dello Stato, la pervasività della sua azione e le sue finalità sono oggetto di un netto ribaltamento di prospettiva, nonostante, almeno formalmente, il Trattato CE proclami l'indifferenza della Comunità verso gli assetti consolidatisi all'interno degli Stati membri e sebbene solo con singole Direttive di

---

[144] In tal senso G. NAPOLITANO, *Towards a European legal order for services of general economic interest*, in *European Public Law*, 2005, 572, di cui si ritiene opportune evidenziare questo passaggio: "*Community law "unbundles" general interest linked to services. In this way, it establishes which ones are important and deserve protection at a European level. Only such interests can justify derogation from the European order's other laws and principles. The European model therefore introduces a profound break with the tradition of many European countries. Services no longer constitute an element of State legitimacy. Nor may they yet freely be used for purpose of social and economic policy other than those related to their own spread. On the other hand, offering services is now a private activity subject to common market and antitrust law rather than to the rules governing the actions of public authorities*".

liberalizzazione, come si vedrà, si sia imposto lo scorporo o il ridimensionamento di talune imprese pubbliche nazionali[145]. D'altro canto, nei settori in cui i processi di liberalizzazione sono giunti nella fase più avanzata, è senz'altro da addebitare all'ordinamento comunitario la progressiva ritrazione dello Stato dalla posizione di *player* del mercato a quella di arbitro della competizione.

Innanzitutto, le esigenze comunitarie hanno imposto il recupero e l'enfatizzazione della distinzione, di origine francese, tra servizi "economici" e non economici, inquadrati come "services publics industriels et commerciaux" e dei "services publics administratifs". Ragioni di opportunità politica hanno infatti sconsigliato di mettere in discussione gli assetti organizzativi con cui su base nazionale vengono tradizionalmente erogati i cosiddetti servizi sociali, salvaguardandone la gestione tendenzialmente pubblicistica.

Ciò posto, nell'azione delle Istituzioni comunitarie, si è poi correttamente intravista l'intenzione di ridurre i profili di specialità

---

[145] M. BAZEX, *L'appréhension des services publics par le droit communautaire*, in *Rev. fr. dr. adm.*, n. 11/1995, p. 301, rileva che « *pour l'essentiel, c'est donc la compétence des autorités publiques dans la détermination des conditions de gestion du secteur public qui se trouve affectée par la droit communautaire: interdiction de toute mesure "susceptible de créer une situation dans laquelle l'opérateur public est amené à commettre des abus anti-concurrentiels; nécessité d'appréciation de la conformité au traité des droits exclusifs et spéciaux octroyés aux opérateurs publics, etc. Mais cet impact peut également se manifester sur la compétence des autorités publiques dans la determination des statuts des enteprises publiques : obligation par exemple d'instituer une séparation entre las taches réglementaires et opérationnelles dans le secteur des télécommunications, ou entre la gestion des infrastructures et leur exploitation dans les transports ferroviaires* ».

che, all'interno degli Stati membri, caratterizzavano storicamente la normativa sui servizi di tipo economico, al fine di ricondurre la produzione privatistica e pubblicistica nell'orbita del diritto comune: la deroga, secondo siffatto disegno, andrebbe tollerata solo entro i limiti di quanto risulti strettamente necessario per realizzare l'interesse generale, apparendo, al contrario, illegittima l'attribuzione di qualsivoglia indebito privilegio. Condivisibile appare, altresì, la constatazione per cui, pur a fronte di una generalizzata rivalutazione del diritto comune, le singole direttive di liberalizzazione intervenute nel corso degli anni Novanta hanno comunque determinato la formazione di tanti sotto-ordinamenti corrispondenti ognuno alle specificità dei vari servizi di dimensione comunitaria. In questo senso, si presenta inopportuna ogni teoria generale ed unitaria del pubblico servizio che non tenga nella dovuta considerazione le peculiarità proprie dei singoli settori d'interesse generale.

A fronte di tali tendenze evolutive, si è parallelamente delineata un'impostazione volta a salvaguardare comunque l'alto valore sociale del pubblico servizio, nell'accezione in cui esso si era sedimentato negli Stati membri, onde proteggerlo da derive liberiste troppo accentuate. In questo senso, continuano a profilarsi diversi elementi di frizione che scaturiscono dalla concezione comunitaria di servizio d'interesse economico generale, oltre che da formulazioni normative alquanto contraddittorie. In primo luogo, il confine tra sfera pubblica e mercato si presenta ancora sin troppo variabile, non essendo tuttora definito a chi spetti il potere di individuare le cosiddette missioni d'interesse generale e, dunque, il limite entro cui l'attività produttiva possa essere funzionalizzata. Nell'ambito dei servizi liberalizzati, non risulta inoltre chiaro se sia ancora ritagliabile uno spazio in cui l'imprenditore pubblico possa competere, pur senza beneficiare di privilegi, accanto

all'operatore privato. In questo senso, è acceso il dibattito in merito alla configurabilità di validi assetti concorrenziali in cui operino sia soggetti che perseguono un lucro, sia figure costituite in vista della cura di un pubblico interesse. Sempre in tali settori, quand'anche l'Amministrazione intenda ritrarsi definitivamente dalle posizioni gestorie, permangono comunque dubbi in ordine alla natura della stessa attività pubblicistica di regolazione, al punto che tale incertezza ha determinato il riaccendersi del dibattito relativo alla consistenza oggettiva o soggettiva del pubblico servizio.

Può affermarsi che l'anno di svolta che consente di superare l'immobilismo[146] che dagli anni '50 contraddistingueva la disciplina in esame e l'interesse riscosso presso le istituzioni comunitarie sia il biennio 1985/1986. È in tale anno che si compongono i tasselli normativi che favoriscono il percorso verso una moderna concezione del servizio di interesse economico generale. In primis, il "Libro bianco" della Commissione per il completamento del mercato interno, presentato al Consiglio Europeo nella seduta tenutasi a Milano in data 28-29 giugno 1985, si focalizzava sulla necessità del definitivo abbattimento delle barriere commerciali, con l'obiettivo di costituire un unico mercato

---

[146] è stato in questo senso evidenziato come l'intero meccanismo pro-concorrenziale previsto dall'art. 86 sia stato in quell'epoca sostanzialmente "ibernato in attesa che il sistema fosse maturo". Così R. URSI L'evoluzione della nozione di servizio di interesse economico generale nel processo di integrazione europea – Parte prima, in Nuove autonomie, n. 1-2/2002, p. 147. URSI evidenzia come, tra gli anni Sessanta e Settanta, si palesa la mancanza di volontà in capo agli Stati membri di dare un'impronta alle scelte della Comunità relative ai servizi d'interesse generale.

integrato ed unificato in cui far crescere in termini di competitività le imprese europee.

Con l'Atto Unico Europeo, sottoscritto nel 1986 ed entrato in vigore il 1 luglio 1987, venivano poi concretamente predisposti gli strumenti atti a garantire il raggiungimento degli obiettivi così fissati: nel riaffermare e valorizzare le quattro fondamentali libertà di circolazione [147], conferendo un rinnovato risalto alla libertà di prestazione dei servizi[148]. Un'ulteriore novità dalla non trascurabile *vis*

---

[147] Come già espresso in precedenza, e si veda sul punto D. CALDIROLA, *op. cit.*, p. 156 ss., l'Atto unico europeo poneva grande enfasi sul ruolo dell'integrazione economica e di mercato tra i Paesi membri, inserendo tra gli obiettivi principali la realizzazione di un mercato interno, senza frontiere, in cui assicurare le quattro libertà principali di circolazione statuite dai Trattati: delle merci, delle persone, dei capitali e dei servizi. Il disegno che il legislatore comunitario si prefiggeva di realizzare un più ampio impulso alla concorrenza, rimuovendo, auspicabilmente del tutto, gli ostacoli giuridici che si frapponevano all'entrata sul mercato di nuovi *player*, attraverso la soppressione del sistema protezionistico storicamente ricorrente i numerosi Stati membri, la cui *ratio* andava rinvenuta non solo nella soddisfazione di interessi generali, ma anche, più in generale, per ragioni di sostegno dell'economia e del mercato del lavoro. Su tale ultimo profilo si veda, in una prospettiva più propriamente giuslavoristica, A. VELTRI, *La riforma del mercato del lavoro*, Bari, 2012, p. 223 e ss.

[148] G.M. RACCA, cit., 205 sottolinea, a proposito della libertà di prestazione dei servizi di cui all'art. 50, TCE (ex art. 60), come, sebbene talune attività tradizionalmente afferenti ai pubblici servizi possano, almeno in parte, rientrare nella nozione di "servizi" intesa in senso comunitario, sono state tuttavia rare le occasioni in cui vi è stata applicazione delle norme relative alla libertà di prestazione. "Altre norme", infatti, "parevano enucleare una disciplina di specie per i chiari riferimenti alla pubblica amministrazione e per le particolari deroghe alla normativa generale

innovatrice è stata l'introduzione, accolta con soddisfazione dalla dottrina, del voto a maggioranza qualificata per ogni decisione da assumere con riguardo al completamento del mercato unico, in luogo delle precedenti previsioni, che contemplavano come unica modalità il voto all'unanimità. Questa introduzione, sebbene abbia applicazione limitata nel settore del mercato, finisce per assumere una portata politica di grande rilevanza, poiché rappresenta una leva per incentivare gli Stati contrari a determinate proposte a trattare, per evitare l'integrale approvazione di un progetto cui sono contrati senza che questi propongano possibili correttivi.

La norma, tradizionalmente considerata centrale e sintomatica del mutamento di rotta, è il nuovo art. 8 A, Trattato CEE, introdotto dall'art. 13 dell'Atto Unico Europeo, ai sensi del quale: "la Comunità adotta le misure destinate all'instaurazione progressiva del mercato interno nel corso di un periodo che scade il 31 dicembre 1992 (…); il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni del Trattato".

Non sfugge a un osservatore attento che tali interventi, sicuramente decisivi per la politica economica e concorrenziale dell'Unione europea, difettano però di un'immediata ricaduta sul tema che qui ci impegna. D'altronde, l'allora art. 90 uscì da tali modifiche al Trattato del tutto immutato, senza che il rinnovato vigore riformatore

---

del Trattato che hanno consentito una sua graduale e perciò effettiva applicazione negli ordinamenti degli Stati membri".

lambisse le sue previsioni. Tuttavia, i nuovi impulsi volti al completamento del mercato interno determinarono negli anni immediatamente successivi un rinnovato interesse della Commissione alla realizzazione di politiche di liberalizzazione[149]. Dal punto di vista degli studi socio-economici v'è un insieme di concause alla base del processo di liberalizzazione, che devono individuarsi fondamentalmente in:

- la crescente internazionalizzazione dell'economia e il susseguente potenziamento della competizione di mercato;
- l'evoluzione tecnologica, particolarmente marcata in alcuni settori, in cui l'impatto è ovviamente più incisivo, quale, ad esempio, il settore delle telecomunicazioni;
- il deficit di efficienza di alcuni servizi pubblici, la complessità della cui organizzazione aumenta altresì le probabilità dell'instaurarsi di una posizione dominante;
- la crescente domanda di servizi differenziati e atti a soddisfare bisogni differenti;
- un crescente neo-liberismo di ritorno, dovuto anche a una diffusa fiducia nel mercato.

Sempre sul finire degli anni '80, anche la Corte di Giustizia avrebbe effettuato i primi importanti *révirement* nell'interpretazione dell'ex art. 90. Inoltre, non a caso, proprio nel 1987, fu adottato dalla

---

[149] Sul punto, cfr., fra gli altri, J. J. MONTERO PASCUAL, cit., 665 ss.; R. URSI, cit., 158, il quale, vede nell'emanazione del Libro Bianco dell'85 l'inizio della fase della cosiddetta "rivoluzione tranquilla"; G. E. BERLINGERIO, cit., 280 ss.

Commissione il Libro verde sullo sviluppo del mercato comune dei servizi ed apparecchi[150]. In esso, dopo aver preso atto di un'evoluzione tecnologica che imponeva di rivisitare il tradizionali assetti organizzativi entro i quali, sul piano nazionale, s'inquadrava la fornitura dei pubblici servizi.

Finché gli obiettivi comunitari, nella logica dell'Atto unico europeo erano direttamente afferenti alla politica di integrazione dei mercati, l'articolo 86, paragrafo 2, non poteva che essere letto come una norma eccezionale. La Corte di giustizia chiarisce che, sebbene agli Stati membri sia riconosciuta la possibilità di stabilire quando una determinata attività rivesta un interesse collettivo, spetta alla Commissione e alla Corte di giustizia medesima il potere di dichiarare se l'attività d'impresa possa considerarsi servizio d'interesse economico generale e se la deroga alla normativa comunitaria rispetti il principio di proporzionalità recato dall'articolo 86, paragrafo 2[151]. L'applicazione di tale articolo implicava infatti, secondo l'orientamento della Corte allora in auge, "la valutazione delle esigenze inerenti sia all'adempimento dello specifico compito affidato alle imprese […] sia all'interesse della Comunità" [152]. Un tassello di rilevante significatività

---

[150] COM(87) 290, Libro verde sullo sviluppo del mercato comune dei servizi e delle apparecchiature di comunicazione, 30 giugno 1987.

[151] Tra le numerose pronunce in tema, si vedano C. 7/1982, GVL c. Commissione europea, in Racc. 1983, p. I-483, C. 41/1983, Repubblica italiana c. Commissione europea, ibid. p. 873, C. 78/1982

[152] Il principio è espresso in una sentenza del 14 luglio 1971, C. 10/1971, Pubblico Ministero del Lussemburgo c. Miller, in Racc. 1971, p. I – 730, par. 11, per poi essere ripetutamente menzionato in numerose pronunce degli anni '80. A titolo

è costituito al riguardo dalla pronuncia resa nella causa Merci convenzionali Porto di Genova [153], nella quale la Corte nega che le operazioni di imbarco, sbarco, trasbordo, deposito e più in generale ogni movimento di merci o altro materiale in un porto possano rappresentare attività economica di interesse generale, facendo proprie le conclusioni dell'Avvocato Generale van Gerven, nelle quali veniva sottolineato come la nozione di "impresa incaricata della gestione di servizi di interesse economico generale" avesse uno specifico significato comunitario e vi rientrassero "solo attività svolte direttamente a favore della collettività". La Corte si spinge a verificare la compatibilità della posizione di privilegio concessa a talune imprese con le norme del Trattato, indipendentemente dal fatto che gli Stati membri abbiano adottato, nei confronti delle imprese a cui riconoscono diritti speciali ed esclusivi, misure ulteriori contrarie ai principi concorrenziali, superando così l'interpretazione letterale dell'art. 86 che aveva guidato le prime decisioni sul punto.

Nella sentenza del 9 marzo 1990, Repubblica francese c. Commissione europea, la Corte, nel supportare i poteri normativi esercitati dalla Commissione e riconosciutile dall'art. 86, para. 3, afferma il principio per cui l'art. 86 non presuppone assolutamente che "tutti i diritti speciali ed esclusivi siano necessariamente compatibili con il Trattato" ma che tali diritti devono essere valutati sulla base delle

---

esemplificativo, si riporta la sentenza 10 marzo 1983, C. 172/1982, Syndacat national des fabricants raffineurs d'huile de grassage c. Inter Huiles, in Racc. 1983, p. I-555.

[153] Sentenza 10 dicembre 1991, Merci Convenzionali Porto di Genova S.p.A. c. Siderurgia Gabrielli S.p.A., C. 129/90 in Racc., 1991, p. I- 5919, (27).

concrete circostanze, caso per caso, per cui non si può escludere, secondo la Corte, che da una legittima attribuzione di diritti possano derivare effetti pregiudizievoli per la concorrenza, tanto da spingere taluni interpreti a ritenere che l'oggetto delle pronunce della Corte fosse mutato, ritenendo che questa avesse "cominciato a giudicare non soltanto sull'esercizio, ma anche sull'esistena dei diritti esclusivi" [154]. In una serie di pronunce successive, la Corte chiarisce quali debbano intendersi gli effetti distorsivi derivanti dal riconoscimento di diritti speciali o esclusivi attraverso un orientamento che potremmo definire restrittivo, incentrato sul concetto di abuso di posizione dominante.[155] Si consolida, attraverso la giurisprudenza di quegli anni, un orientamento per cui la semplice creazione di una posizione dominante medianre la concessione di un diritto esclusivo ex art. 86 non rappresenta ex se una violazione del Trattato, salvo che l'impresa che beneficia non sia indotta, semplicemente esercitando i diritti a questa conferiti, a sfruttare abusivamente tale posizione, ovvero quando questi

---

[154] Così J.J. MONTERO PASCUAL, *I monopoli nazionali in un mercato unico concorrenziale*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Comm. 1997, p. 665.

[155] Nel caso Hoefner (sentenza 26 aprile 1991, causa C-41/90, Hoefner c. Maccrotron GmbH, in Racc. 1991, p. I – 2018, para. 29), la Corte ha giudicato incompatibili con il Trattato la concessione di diritti esclusivi allorché un'impresa sia "indotta, con il semplice esercizio del diritto conferitole, a sfruttare la sua posizione in modo abusivo. Similarmente, nella sentenza 10 dicembre 1991, C. 129/90, Merci convenzionali Porti di Genova S.p.A. c. Siderurgia Gabrielli S.p.A., in racc. 1991, p. I-5928. La Corte ritiene sussistente la violazione del Trattato (artt. 82 e 86) nel caso di riconoscimento di diritti esclusivi che comportano una situazione tale da indurre necessariamente l'impresa ad abusare della propria posizione sul mercato.

diritti sono atti a produrre una situazione in cui l'impresa sia indotta ad abusare del proprio beneficio. Ed è proprio l'eventualità dell'inevitabilità dell'abuso della posizione dominante ad assurgere a parametro discriminante per cui la Corte valuta la compatibilità del regime giuridico-economico che caratterizzava negli Stati membri i servizi di interesse economico generale con gli obiettivi comunitari [156], rendendo centrale il rapporto di proporzionalità tra l'autonomia organizzativa degli Stati membri e il principio di libertà della concorrenza, al quale la Corte riconosce valore preminente rispetto alle scelte interne.

L'orientamento muta laddove l'azione comunitaria si amplia verso la realizzazione di interessi che trascendono il campo economico. L'aprirsi dell'intervento della comunità alle politiche sociali avviene con il Trattato di Maastricht, che determina il contemperamento del principio liberista a cui si ispiravano il Trattato di Roma, le successive modifiche nonché l'Atto unico europeo, con valori di comunità, solidarietà e cittadinanza. Una rivoluzione copernicana della politica interna della Comunità, che non manca, com'è ovvio attendersi, di riflettersi nelle pronunce giurisprudenziali. Tali riflessi sono rinvenibili in talune pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea con cui si inaugura il nuovo corso ermeneutico della Corte: discostandosi dai precedenti orientamenti, la CGUE ritiene applicabile l'articolo 86, paragrafo 2, non soltanto quando la missione di interesse economico

---

[156] GIGLIONI, *Osservazioni sulla evoluzione della nozione di servizio pubblico*, in Foro amm. 1998, p. 2281.

generale sia impedita dall'applicazione delle regole della concorrenza, ma anche quando sia resa più difficile: la Corte non accerta più "l'imprendiscibilità dell'eccezione […] ma si limita a controllare la sua necessità"[157]. La Corte verifica se vi siano obiettive ragioni alle deroghe dei principi della concorrenza e se gli effetti restrittivi di questa possano essere ritenuti accettabili e bilanciati rispetto all'interesse economico generale perseguito. Così, nella sentenza Corbeau, [158] la Corte riconosce la legittimità del monopolio legale del servizio postale ordinario in quanto volto a erogare prestazioni non appetibili per i fornitori privati del servizio, in quanto economicamente non remunerative. La Corte ammette che dalla necessità di assicurare un servizio di interesse economico generale possano derivare restrizioni ai mercati contigui, non afferenti a interessi collettivi, ove ciò consenta all'impresa investita della fornitura di un SIEG di esercitare tale funzione in condizioni economicamente accettabili. La Corte esprime infatti la convinzione che, ammettendo la concorrenza nei settori remunerativi che consentono all'impresa incaricata del SIEG di compensare le perdite subite la fornitura del servizio, potrebbe derivarne con ogni probabilità un pregiudizio per gli stessi interessi generali, dal momento che i concorrenti, non esercitando attività in perdita, potrebbero permettersi il lusso di offrire prezzi più bassi, con

---

[157] J.J. MONTERO PASCUAL, *I monopoli nazionali pubblici in un mercato unico concorrenziale*, op. cit.

[158] Sentenza del 19 maggio 1993, C-320/1990, Regie des postes c. Paul Corbeau, in Racc. Giur. EU. 1993, I, p. 2533.

ciò pregiudicando l'equilibrio economico che consente l'adempimento degli obblighi di servizio di interesse generale.

Il principio diviene una nuova costante nelle pronunce sul tema della Corte di giustizia. Così, viene con vigore ribadito nella pronuncia relativa al caso del Comune di Almelo[159], in cui la Corte, chiamata in via pregiudiziale a valutare la legittimità dell'imposizione di una clausola contrattuale di acquisto esclusivo di elettricità da parte di un distributore regionale, in base alla quale questo proibiva ai distributori locali l'importazione di energia, ha ritenuto che le restrizioni alla concorrenza nei confronti di operatori diversi dall'impresa incaricata di fornire il servizio di approvvigionamento di energia elettrica, devono essere ammesse se risultano necessarie per consentire lo svolgimento del servizio di interesse generale, dovendosi tenere conto delle condizioni in cui opera l'impresa e in particolare dei "costi che deve sopportare e delle norme, soprattutto in materia ambientale, alle quali è soggetta". La Corte non si limita dunque a verificare la congruità delle scelte di politica economica degli Stati membri, ma si spinge sino alla valutazione dei valori sottesi alla fornitura del servizio e al perseguimento dell'interesse generale, verificando se tali valori possano essere compromessi dalla concorrenza. Oggetto del giudizio non sono, dunque, solo il principio del libero mercato e l'interesse generale addotto dallo Stato membro per l'applicazione della deroga contenuta nell'art. 86, ma un bilanciamento tra gli interessi di volta in

---

[159] Sentenza del 27 aprile 1994, C-393/1992, Comune di Almelo c. Energiebedrijf Ijsselmij, Racc. 1994, p. I-1521 par. 49.

volta contrapposti, quali, ad esempio, la tutela dell'ambiente o gli interessi dei consumatori. Appare palese che questa svolta interpretativa corrisponde a una rinnovata centralità del concetto di attività economica di interesse generale, che, se prima poteva essere valutato in relazione alla situazione concreta [160], ora richiede necessariamente, stante la sua condizione di elemento discriminante, una maggiore accuratezza definitoria e dunque astratta, applicabile a una pluralità di ipotesi. Vengono così a delinearsi, nelle pronunce della Corte, gli elementi idonei a consentire all'interprete di individuare come tale un'attività di interesse generale: questa si ha quanto si versa nell'ipotesi di un'impresa tenuta ad assicurare i propri servizi a favore di tutti gli utenti, in condizioni di uguaglianza, sia relativamente alle tariffe che sotto all'aspetto della qualità del servizio, senza che vengano in rilievo altri fattori, territoriali o di altra natura; non rientrano, invece, nella categoria quei servizi che rispondono ad esigenze di altra natura, quali le specifiche esigenze degli operatori economici o che offrono prestazioni supplementari rispetto ai SIEG e che "per la loro natura o per le condizioni cui sono offerti, quali l'area geografica in cui sono

---

[160] Si veda, sul punto, G. TELESE, Servizio di interesse economico generale e servizio universale nella giurisprudenza e nella normativa comunitaria, in Jus, 1999, p. 952. L'A. ivi espone i casi da lui riscontrati in cui la Corte GUE si è pronunciata ritenendo vi fosse attività di interesse generale: "*la navigabilità dei principali corsi d'acqua di uno Stato, la gestione monopolistica di pubblicità televisiva, la gestione di rotte aeree prive di interesse commerciale e quindi non redditizie, la gestione della rete telefonica pubblica, la gestione del servizio postale, il servizio di distribuzione di energia elettrica*".

presenti"[161] non siano in grado di minacciare l'equilibrio economico dell'impresa incaricata del servizio economico generale.

Le pronunce della Corte consentono dunque di sopperire alla scarna essenzialità, priva di indicazioni di contenuto, del concetto dio servizi di interesse generale. Permane, tuttavia, la difficoltà nel distinguere il confine tra servizi economici e non economici; sul punto, la Commissione europea, come sopra già ricordato, ha avvicendato una serie di comunicazioni interpretative e atti di soft law, tra i quali si ritiene di evidenziare l'affermazione per cui "a un tale interrogativo non può essere data una risposta a priori; è infatti necessaria un'analisi caso per caso", contenuto nella già citata Comunicazione del 2007, nella quale viene altresì ribadita l'enfasi già in passato posta sulla "*collaborazione con le autorità nazionali, regionali e locali*," in base a cui "*la Comunità possa elaborare una politica più attiva a livello europeo per garantire che tutti i cittadini d'Europa abbiano accesso ai migliori servizi*". La citata direttiva 2006/123 sui servizi e le comunicazioni interpretative della Commissione non mancano di ribadire come la libertà degli Stati membri di qualificare un dato servizio come appartenente alla categoria dei SIEG, a quali obblighi questi debbano essere assoggettati e come debbano essere finanziati e organizzati. Il già ricordato Protocollo n. 26 sui servizi di interesse generale, allegato al Trattato di Lisbona, ricorda come debba considerarsi il fatto che le autorità nazionali regionali e locali svolgano un ruolo essenziale, accompagnato

---

[161] Sentenza 19 maggio 1993, C320/1990, Regie des postes c. Paul Corbeau, cit., punto 19.

da un ampio potere discrezionale nel "fornire, commissionare, organizzare SIEG" [162] debba considerarsi uno dei "valori comuni dell'Unione".

Un notevole cambio di prospettiva, da che l'istituto era inizialmente ritenuto una mera eccezione alla concorrenza.

La Commissione, nella comunicazione del 2007 a più riprese citata, rafforza il principio per cui "spetta fondamentalmente alle autorità pubbliche, al pertinente livello, decidere sulla natura e sulla portata di un servizio d'interesse generale," e riconosce loro il potere di "decidere se erogare esse stesse i servizi oppure se affidarli ad altri soggetti, pubblici o privati, senza che rilevi se agiscono a scopo di lucro oppure no". Ciò chiaramente non significa che i poteri pubblici nazionali sia che ricoprano il ruolo di definitori del regime giuridico delle attività economiche qualificabili come servizi di interesse generale che di fornitori, diretti o indiretti, delle stesse, possano sottrarsi alle regole dettate dall'articolo 106 TFUE perle imprese sia private che pubbliche "incaricate della gestione di SIEG". L'attività ermeneutica della Commissione e soprattutto l'enucleazione di principi da parte della giurisprudenza della Corte consente di ridurre l'incertezza interpretativa , mentre ulteriori elementi essenziali per circoscrivere il concetto sono rinvenibili dalla lettera del Trattato. Così, l'art. 57 TFUE (precedentemente art. 50 TCE) definisce servizi come la fornitura di prestazioni, in particolare di carattere industriale commerciale,

---

[162] Articolo 1, primo trattino, del Protocollo n. 26 allegato al Trattato di Lisbona.

artigianale e del settore delle libere professioni, prestate attraverso il riconoscimento di un corrispettivo economico in retribuzione.

Per "servizi" ai sensi del Trattato si intende attività oggetto di gestione da parte di imprese, da intendersi come qualunque entità – indipendentemente dalla qualificazione giuridica o dalle modalità di finanziamento – che eserciti attività economica, ovvero l'offerta di beni e/o servizi su un dato mercato, anche in parallelo all'esercizio di attività non economiche[163]. Corollario di quanto sin qui esposto, per stessa ammissione della Commissione europea, è che "la stragrande maggioranza dei servizi può essere considerata attività economica ai sensi dele norme del Trattato CE in materia di mercato interno (artt. 43 e 49)". D'obbligo, tuttavia, una precisazione: perché un servizio possa definirsi come fornito dietro retribuzione non è necessario che sia pagato da coloro che ne usufruiscono: la caratteristica della retribuzione non può ritenersi presente "nelle attività svolte dallo Stato o per conto dello Stato senza corrispettivo economico nel quadro dei suoi doveri in ambito sociale, culturale, educativo, giudiziario, quali i corsi assicurati nel quadro del sistema nazionale di pubblica istruzione o la gestione di regimi di sicurezza sociale che non svolgono un'attività economica"[164] e ciò anche in caso di pagamento da parte dei destinatari del servizio di una tassa per contribuire in parte alle spese del

---

[163] Si vedano, sul punto, tra le altre, le sentenze Fenin, C-205/03 ed Enirisorse C-237/04. Sul contemporaneo esercizio di attività non economica, C49/07, sentenza Motoe.

[164] Così il considerando 34 della direttiva 123/2006.

funzionamento del sistema (si pensi, ad esempio, alle tasse per l'iscrizione a un scuola statale).

Chiaramente, non ogni attività svolta da un ufficio pubblico può considerarsi attività economica, come rilevato dalla sentenza nella causa Hoefner e Elser [165] mentre a questa conclusione si deve necessariamente arrivare quando l'attività consiste nell'esercizio dei pubblici poteri ex art. 51 TFUE [166].

Relativamente al requisito della "generalità" dell'interesse, essenziale elemento definitorio per la fattispecie de qua, l'art. 106 TFUE non è di supporto nell'offrire indicazioni utili: ciò è a un tempo causa ed effetto della mancanza di una definizione omogenea. Da un lato, la giurisprudenza utilizzava tale zona grigia per ribadire il valore della discrezionalità degli Stati membri, mentre, d'altro canto, le pronunce susseguitesi rilevavano la necessità che in qualche modo risultasse, agli atti della causa, che le attività che si pretendeva fossero considerate di interesse economico dimostrassero carattere di specificità rispetto ad altre attività a connotazione economica [167]; la mancanza di una definizione promanata dal diritto dell'Unione e l'esaltazione del ruolo discrezionale degli Stati membri hanno comportato una discrasia tra le

---

[165] C-41/90

[166] Si veda in proposito la causa SELEX C-113/07.

[167] Così, si è ritenuto applicabile, nel caso Corsica Ferries, C266/96, l'ex articolo 90 al caso di uno Stato membro conferisca a delle imprese il diritto esclusivo di assicurare il servizio di ormeggio per un prezzo comprensivo non solo del costo delle prestazioni, ma anche del supplemento che richiede il mantenimento di un servizio universale di ormeggio con tariffe diverse per porti diversi a seconda delle caratteristiche strutturali di questi ultimi.

statuizioni a livello nazionale, su cui il legislatore europeo ha preferito astenersi (assunto, questo, dimostrato dal disposto della direttiva 123/2006/CE sui servizi, che esplicitamente esclude la propria applicazione ai SIEG ribadendo, ancora una volta, di lasciare "impregiudicata la libertà per gli Stati membri di definire […] quali essi ritengano SIEG".[168] Tuttavia, occorre evidenziare come la Decisione della Commissione del 28 novembre 2005, 2005/842/CE, pur riconoscendo la discrezionalità statale in materia, ne aveva affermato la sindacabilità. Se è vero che l'art. 14 TFUE deve leggersi nel senso che "*l'importanza [dei SIEG] nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché il ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale*" sono invero la base dell'attribuzione di tale discrezionalità agli Stati membri[169], nondimeno tale previsione può altresì costituire il fondamento per le istituzioni comunitarie di sindacarne palesi errori manifesti nella definizione[170].

---

[168] Una delle più rilevanti e recenti pronunce sul punto è rappresentata dalla sentenza del 2008 resa sulla causa T-289/03 British United Provident Association, in cui si è sancito che ciò che si richiede allo Stato è essenzialmente che indichi le ragioni per cui ritiene che il servizio in questione sia connotato da caratteri di specificità ed essenzialità che lo contraddistinguano dalle altre attività economiche e lo qualificano, a loro giudizio, come SIEG.

[169] Si veda sul punto PREDIERI, Il diritto europeo come formante di coesione e come strumento di integrazione, in Il diritto dell'Unione europea, 1996, n. 1, p. 3 ss.

[170] Così la sentenza del caso Fred Olson s.a. T.17/02, del 2005, in cui la Corte si pronuncia nel senso di "errore manifesto" da parte dello Stato membro nella qualificazione di un'attività economica come SIEG.

Il riflesso sui consumatori della situazione di incertezza economica ha radicalmente ridotto la domanda sul mercato, comportando una pesante contrazione dei consumi. È in tali congiunture negative che riacquista e deve riacquistare centralità il servizio pubblico, onde offrire le adeguate garanzie di tutela e di servizio ai cittadini/utenti [171]. Una forte propulsione a tale ri-centralizzazione del servizio pubblico giunge dall'Unione europea, che, anche allo scopo di fornire agli Stati membri strumenti per fronteggiare la crisi economica, ha adottato nel corso del 2012 nuove misure in tema di aiuti di stato e del rapporto di questa disciplina con i servizi di interesse economico generale. Il cosiddetto "Pacchetto Almunia", dal nome del Commissario europeo per la concorrenza e Vice Presidente della Commissione, cessato dalla carica nel 2014, ridefinisce i principi

[171] Al riguardo, l'ex Commissario Almunia nel 2012 ha dichiarato: «*Il nuovo pacchetto SIEG offre agli Stati membri un quadro più semplice, più chiaro e più flessibile per sostenere l'erogazione ai cittadini di servizi pubblici di alta qualità che sono diventati ancor più necessari in questi tempi di crisi. Il compito della Commissione è ovviamente quello di garantire che le imprese incaricate di servizi di interesse generale non ricevano una compensazione eccessiva, il che permette di salvaguardare le attività concorrenti e l'occupazione e garantisce un impiego efficiente delle scarse risorse pubbliche*» (enfasi aggiunta). Nel corso del 2013 la Commissione europea ha poi rilasciato un corposo documento di lavoro, recante "*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*" il cui scopo è fornire chiarimenti di carattere tecnico, in particolare sulla base di sintesi concise e talvolta semplificate della normativa e della giurisprudenza in materia di aiuti di Stato, di appalti pubblici e di mercato interno e, per quanto riguarda gli aiuti di Stato, delle decisioni della Commissione relative ai SIEG e, in particolare, ai SSIG (i servizi sociali di interesse pubblico).

fondamentali in materia di aiuti di Stato, adottando un approccio più bilanciato e flessibile per i SIEG con un ambito di applicazione locale o comunque ridotto, per i casi *de minimis* e per i servizi sociali, mantenendo tuttavia a fuoco l'imprescindibile obiettivo della tutela della concorrenza: gli Stati membri godono di ampia libertà nel definire quali servi zi sono di interesse generale, tuttavia la preoccupazione della Commissione è che il finanziamento pubblico concesso per l'erogazione di tali servizi non falsi indebitamente la concorrenza nel mercato interno.

3. Dai servizi di interesse generale europei ai servizi pubblici nazionali. Chiudere il cerchio: la compatibilità dei SIEG con la Costituzione italiana.

Abbiamo sin qui descritto il sistema nazionale dei servizi pubblici e quello, sovranazionale, dei SIEG come due sistemi idealmente separati, indipendenti l'uno dall'altro. Traslando i due sistemi dal piano puramente descrittivo a quello, reale, della pratica, si palesa come ovvio, stante anche l'obbligo di recepimento del diritto europeo da parte di quello nazionale, che le nette distinzioni decadono e i due istituti devono necessariamente compenetrarsi. La differenza, come già illustrato, non è solo lessicale ma semantica, e già nel nostro ordinamento l'espressione "servizi pubblici" è utilizzata in contesti e con accezioni differenti, così non automaticamente si intende la medesima funzione a seconda che questa venga utilizzata in ambito

penale, amministrativo, di diritto del lavoro o, ed è il caso che ci riguarda, di diritto pubblico dell'economia[172].

Inoltre, occorre precisare come il nostro ordinamento non conosca unicamente l'espressione "servizi pubblici" ma anche quella "servizi di pubblica utilità" o "servizi di preminente interesse generale[173]". Tale ultima espressione, la cui genesi va individuata al momento della eliminazione dei monopoli legali pubblici, mediante le privatizzazioni e la liberalizzazione del mercato, introdotta nel quadro normativo italiano ad opera della legge n. 481/1995 (su cui v. *infra*), deve intendersi nel senso che la qualificazione come "pubblica" dell'utilità dei servizi è correlata alla destinazione di questi al pubblico. Una qualificazione dunque priva delle ambiguità insite nella tradizionale locuzione di "servizio pubblico", in cui l'elemento

---

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

[173] Così l'art. 1 del d.lgs. n. 261/1999, che così definisce "la fornitura dei servizi relativi alla raccolta, allo smistamento, al trasporto ed alla distribuzione degli invii postali nonché la realizzazione e l'esercizio della rete postale pubblica".

ermeneutico della destinazione al pubblico si fonde, come già visto, anche alla pubblicità del soggetto erogatore.

Ciò non deve indurre, tuttavia, a ritenere che i soggetti pubblici non abbiano rilievo nell'ambito dei "servizi di pubblica utilità"[174], in quanto, invece, in ossequio alle disposizioni del diritto comunitario relative alla liberalizzazione dei settori interessati, questi vedono attribuirsi dalla legge funzioni di regolazione, attribuite spesso ad autorità amministrative indipendenti[175]. In tal modo, la "mano" dello Stato continua ad avere la propria funzione anche nel settore della fornitura dei servizi qualificabili come "di pubblica utilità", esercitando le proprie competenze a seconda dell'ambito di estensione di queste, imponendo agli operatori del mercato il rispetto delle regole della concorrenza ovvero, a seconda dei casi, la predisposizione di regole volte al conseguimento dell'obiettivo di rafforzare o incentivare la concorrenza, garantendo, nel contempo, il perseguimento di obiettivi sociali predeterminati, spesso esplicitamente ricondotti al servizio universale [176]. Invece, nel modello del servizio pubblico, la funzione attribuita ai pubblici poteri si discosta da quella appena descritta, consistendo nel provvedere all'attività qualificata come servizio pubblico. Ciò può essere compiuto attraverso due modalità: o istituendo rapporti contrattuali con un'impresa che si aggiudica la

---

[174] S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*, Milano, 2008.

[175] Impossibile, tuttavia, accennare il fenomeno delle autorità amministrative indipendenti senza menzionare l'opera di A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli Editori, Firenze, 1997.

[176] Su cui si veda il capitolo seguente.

fornitura del servizio (per il tramite del contratto di servizio) oppure assumendo esso stesso l'onere della fornitura del servizio mediante la propri organizzazione interna, variamente considerata [177]. I due modelli non devono considerarsi come necessariamente separati, avvenendo in molti casi, nella pratica, che, nell'ambito di settori dei servizi di pubblica utilità, i poteri pubblici non si limitano a regolare il mercato, ma assicurano anche in prima persona lo svolgimento del sevizio (come, ad esempio, nel mercato della distribuzione del gas).

Si può così affermare, a conclusione dell'esame dell'istituto del servizio pubblico, che l'elemento della pubblicità nel servizio pubblico necessiti, per essere individuato, di un allontanamento dalla contrapposizione storica, esaminata nel primo capitolo, tra teoria oggettiva e soggettiva, e da un superamento delle stesse nel senso di pervenire a una prospettiva di sintesi armonica fra le due: la qualificazione di "pubblico" riferita a un servizio deve necessariamente compenetrare l'elemento oggettivo (destinazione al pubblico del servizio) con un'accezione soggettiva dell'ente erogante (servizio fornito dallo Stato direttamente, indirettamente o mediante la definizione da parte dei pubblici poteri del regime giuridico delle attività di erogazione).

---

[177] In realtà, nel settore dei servizi nazionali, è possibile anche la modalità che prevede l'attribuzione a una determinata impresa, da parte della legge, del compito di assicurare lo svolgimento del servizio universale, attribuendo a questa, oltre a eventuali compensazioni, anche la riserva dello svolgimento di attività del settore non comprese fra quelle qualificate come servizio universale.

Abbiamo così effettuato un percorso circolare che, partendo dalla disciplina dei servizi pubblici a livello nazionale, è poi salita al superiore rango del diritto europeo per illustrare la dimensione comunitaria dell'istituto per poi, infine, esaminare la riconduzione al piano nazionale di quest'ultimo. Ma come si concilia la Costituzione italiana con la tematica dei SIEG? Le disposizioni che immediatamente vengono in rilievo sono quelle, sopra già illustrate con riferimento alla disciplina nazionale, dell'art. 41 e soprattutto dell'art. 43. Quest'ultimo è l'alveo costituzionale in cui tradizionalmente si fa ricadere la materia dei SIEG, trattandosi, si ricorda, di norma che consente, in determinate circostanze, di riservare anche originariamente allo Stato, a enti pubblici o comunità di lavoratori o di utenti, singole imprese o intere categorie di queste. Le circostanze che consentono una siffatta impostazione risiedono, oltre che nella specificazione dei "fini di utilità generale, anche nel "carattere di preminente interesse generale" delle imprese in questione e il fatto che ciò si riferisca a "servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio".

La monopolizzazione pubblica o da parte di soggetti comunque incardinati nello Stato delle imprese veniva comunemente indicata come il massimo livello di intervento statale, il cui fondamento e i cui limiti sono individuabili nell'art. 41 della Costituzione. Questo sancisce, come già abbiamo visto, il principio fondamentale della libertà dell'iniziativa economica privata la quale viene dichiarata, tuttavia, passibile di limitazioni ove il suo esercizio risulti incompatibile con "l'utilità sociale" o possa comportare conseguenze restrittive con riferimento "alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana", prevedendo inoltre la possibilità che l'attività economica sia svolta tanto da soggetti pubblici quanto da privati, e che questa possa essere "indirizzata e coordinata a fini sociali". Una disamina della

giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di monopoli pubblici[178] rileva come interventi di cui alla previsione dell'art. 43 erano avvenuti solo per imporre una riserva di sfruttamento di giacimenti petroliferi in una data area geografica e per la nazionalizzazione dell'energia elettrica. Per il resto, le disposizioni dell'articolo in commento erano essenzialmente state utilizzate per verificare la legittimità di leggi antecedenti la Costituzione[179] ovvero, più volte nel corso degli anni, per emettere pronunce in tema di monopolio radiotelevisivo [180]. Come rilevato da autorevole Dottrina [181], quella "Costituzione economica" tratteggiata dagli artt. 3, 41 e 43 della Costituzione, preordinando un disegno di raccordo tra i principi di uguaglianza, controllo dell'economia e socializzazione, non è mai stata veramente attuata, né il sindacato della Corte costituzionale sui presupposti per l'applicazione dell'art. 43 Cost. era stato particolarmente penetrante, come rilevato da Cheli [182] che riteneva che dalla giurisprudenza esaminata "non emerge alcun approfondimento particolare in ordine alla nozione di servizio pubblico essenziale" mentre, sotto l'aspetto dell'interesse generale, l'Autore evidenziava la

---

[178] Come effettuata da E. CHELI, *Orientamenti della giurisprudenza costituzionale in tema di monopoli pubblici*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, p. 302 ss.

[179] Come nella sentenza n. 11/1960 in cui la Corte costituzionale si pronunciò sul caso delle Centrali del latte, commentato da E. CHELI, *Le centrali del latte, profili costituzionali*, in Giur. Cost.1960, I, 92 ss.

[180] Su tale tema si veda diffusamente il seguente capitolo.

[181] CHELI, *Orientamenti della giurisprudenza costituzionale*, op. cit.

[182] Op. cit, ibid.

tendenza "per lo più a conservare a questa nozione la naturale carica di indeterminatezza ed elasticità".

Analogamente, dalla ricognizione che la stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 63 del 1991, effettuava della propria produzione giurisprudenziale, risultava che il sindacato relativamente alla "*utilità sociale alla quale la Costituzione condiziona la possibilità di incidere sui diritti dell'iniziativa economica privata concerne solo la rilevabilità di un intento legislativo di perseguire quel fine e la generica idoneità dei mezzi predisposti per raggiungerlo*."[183]

La disciplina costituzionale dell'economia recata dagli articoli 41 e 43 della Costituzione appare indubitabilmente compatibile con la disciplina dei SIEG[184]: in primo luogo, anche le norme comunitarie, così

---

[183] La Corte, per esemplificare, in tale sede cita una sentenza su una legge relativa al prezzo del pane, dove rilevava che "l'interesse pubblico primario che tale disciplina speciale mira a soddisfare è costituito dall'esigenza di salvaguardare l'equilibrio locale di mercato tra domanda ed offerta, equilibrio che in tale particolarissimo settore merceologico è stato ritenuto dal legislatore del 1956 fare aggio sulla contrapposta esigenza di tutelare il libero ed incondizionato estrinsecarsi dell'iniziativa economica privata in ragione della natura di alimento di base che rivestiva il pane".

[184] Ed anzi, la Corte Costituzionale, nel 2010, rendendo la pronuncia di un giudizio di legittimità in via principale, ha addirittura affermato la sostanziale equivalenza tra i servizi pubblici locali di rilevanza economica e i servizi di interesse economico generale, sostenendo che entrambi gli istituti abbiano in comune sia la predetta rilevanza economica, sia la finalità sociale: Corte Cost., sent., n. 325, del 17 novembre 2010, secondo cui "*Dall'evidente omologia posta da tale articolo tra «servizi pubblici locali di rilevanza economica» e «servizi pubblici di interesse generale in ambito locale» si desume, innanzitutto, che la nozione di «servizio pubblico locale di rilevanza economica» rimanda a quella, più ampia, di «servizio di interesse economico generale»*

come quelle nazionali, prevedono la possibilità di deroga alle norme di divieto di riconoscimento alle imprese di diritti speciali o esclusivi nonché di deroga alla disciplina sugli aiuti di stato [185], purché giustificata da proporzionalità della limitazione, in assenza della quale sarebbe compromessa la possibilità di fornitura del servizio di interesse economico generale. Piuttosto, la compatibilità con il diritto comunitario non sarebbe certamente predicabile per quanto riguarda l'art. 43 Cost. se il suo primo comma dovesse essere inteso nel senso di

---

(SIEG), impiegata nell'ordinamento comunitario e già esaminata al punto 6. Del resto, questa Corte, con la sentenza n. 272 del 2004, aveva già sottolineato l'omologia esistente anche tra la nozione di «rilevanza economica», utilizzata nell'art. 113 bis TUEL (relativo ai servizi pubblici locali «privi di rilevanza economica» e dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla stessa sentenza), e quella comunitaria di «interesse economico generale», interpretata anche dalla Commissione europea nel Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003. In particolare, secondo le indicazioni fornite dalla giurisprudenza comunitaria e dalla Commissione europea, per «interesse economico generale» si intende un interesse che attiene a prestazioni dirette a soddisfare i bisogni di una indifferenziata generalità di utenti e, al tempo stesso, si riferisce a prestazioni da rendere nell'esercizio di un'attività economica, cioè di una «qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato», anche potenziale (sentenza Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, causa C-35/96, Commissione c. Italia, e Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003, § 2.3, punto 44) e, quindi, secondo un metodo economico, finalizzato a raggiungere, entro un determinato lasso di tempo, quantomeno la copertura dei costi. Si tratta dunque di una nozione oggettiva di interesse economico, riferita alla possibilità di immettere una specifica attività nel mercato corrispondente, reale o potenziale"

[185] Ragioni di spazio e di coerenza espositiva rendono impossibile in questa sede un approfondimento sul tema degli aiuti di Stato, su cui si rinvia a BALLARINO, BELLODI, *Gli aiuti di stato nel diritto comunitario*, Napoli, 1997 e a C. MALINCONICO, *Aiuti di Stato*, in GRECO – CHITI (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997.

rendere legittima una riserva, pubblica o comunitaria che fosse, di un'impresa o categoria di imprese per il solo fatto che, oltre ad avere "*carattere di preminente interesse generale*" svolgano un servizio pubblico essenziale ovvero operino in relazione a fonti di energia o siano in situazioni di monopolio, ovvero, in breve, senza che sia necessario dimostrare che solo con la riserva le imprese in questione possano adempiere la missione loro affidata[186].

4. Accesso ai SIEG come diritto fondamentale derivante dalla cittadinanza dell'Unione: il servizio universale.

Abbiamo visto come, specie nella prima fase della produzione normativa europea, il principio guida dell'azione normativa comunitaria fosse costituito dalla concorrenza[187] più volte auspicato, menzionato e promosso dagli atti dell'Unione europea. Numerosi sono infatti i ripetuti cenni ai principi di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza presenti nelle norme dei Trattati e in quelle di diritto derivato. A un'economia aperta e in concorrenza, tuttavia, fa da contraltare la necessità della previsione di strumenti per prevenire quelle condizioni di fallimenti di mercato per cui, in un regime di libera concorrenza, volto alla massimizzazione dei profitti, si rilevino

---

[186] Così D. SORACE, *I servizi "pubblici" economici nell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, op. cit..

[187] D. DURANTE, *Concorrenza* (Diritto comunitario) , in Enc. Dir. Agg., Milano, Giuffrè, 1997, p. 335; F. MERUSI, *Stato e mercato: convergenze e divergenze nei diritti amministrativi in Europa*, in Dir. Un. Eur., 2000, p. 507.

problemi o ritardi nella fornitura il servizio laddove questo cessi di essere economicamente conveniente per l'operatore.

Fulcro di tutte queste considerazioni è la nuova attenzione nei confronti del cittadino, la cui tutela esige che siano previste garanzie di accesso ai servizi ritenuti essenziali. L'esaltazione del mercato aperto e libero deve anche, necessariamente, cedere il passo agli interventi preposti alla tutela dell'utente di tali servizi, in quanto cittadino dell'Unione.

Ad ogni regola la sua eccezione, così, per assolvere la specifica missione di servizi di interesse (economico) generale, l'assorbimento del libero mercato di questa categoria di servizi non è e non potrebbe essere assoluta. Da ciò, l'identificazione di una serie di obblighi di pubblico servizio, aventi ad oggetto prestazioni che l'impresa, sulla base della mera convenienza economica, non svolgerebbe affatto, ma che, tuttavia, divengono essenziale per il soddisfacimento degli interessi della collettività. Questa nozione ha consentito di ritagliare uno spazio di fallimento del mercato che si è poi meglio consolidata nella nozione di "servizio universale"[188].

---

[188] Così F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 157. Sul servizio universale si segnalano in particolare la già citata monografia di G. F. CARTEI, Il servizio universale, op. cit., G. SANTI, *Il servizio universale in Italia*, in AAVV, *I servizi a rete in Europa*, Milano, 2000, p. 143-144, secondo il quale: "*il concetto di servizio universale è stato definito dalla normativa comunitaria che lo ha adottato quale elemento essenziale della nuova disciplina dei servizi di rete (…) si tratta di concetto di per sé suscettibile di ampliamenti e restrizioni in relazione alla propria intrinseca dinamicità, dipendente dalla continua evoluzione del processo tecnologico, dalle mutevoli esigenza dell'utenza, dalle caratteristiche del mercato e dallo stato*

Il servizio universale è in realtà un'espressione già conosciuta nell'ordinamento statunitense dall'inizio del ventesimo secolo nell'ambito della regolamentazione dei servizi di telecomunicazioni [189] che risente, nei suoi tratti essenziali, della diversa configurazione dell'istituto del *public service* nell'ordinamento di *common law*.[190]

In Nord America, peraltro, il fenomeno godette di particolare fortuna in quanto, stante la debolezza della struttura statale centrale a seguito del processo di unificazione della confederazione, occorreva un

---

della concorrenza". Relativamente al settore delle comunicazioni elettroniche, si segnala monografia di I. NASTI, *Il servizio universale e la tutela dell'utenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, Liguori, Napoli, 2009.

[189] L'espressione viene infatti utilizzata la prima volta nell'*Annual Report* della società americana di telecomunicazioni AT&T nel 1907, in cui l'allora presidente Theodore Vail dichiarò che il servizio fornito era basato sugli obiettivi del "*one system, one policy, universal service*". In realtà, il senso del discorso di Vail era parzialmente diverso da quanto potremmo attenderci, in quanto il termine "universal service" era inteso non tanto ad estendere il servizio garantendolo a tutti i cittadini, quanto piuttosto ad assicurare che, nella situazione che si era venuta creando successivamente alla scadenza del brevetto depositato da Bell sul telefono, ovvero una pluralità di fornitori che non assicuravano la reciprocità del servizio, si superasse la mancanza di interconnessione tra le reti, assicurando così agli utenti l'interoperabilità dei servizi forniti dai vari operatori e di poter, quindi, comunicare liberamente con tutti gli altri fruitori del servizio di telefonia, superando il sistema di separazione tra le reti mediante mutua accessibilità. Si veda sul punto G. F. CARTEI, op. cit., p. 88 e ss.

[190] In particolare, l'esperienza giuridica statunitense è contrassegnata dall'attribuzione di personalità giuridica a soggetti privati affinché fornissero servizi a fini di carattere generale, religioso o culturale. Si veda sul punto R. SEAVOY, *The public service origins of the American business corporation*, in *Business History Review*, vol. LII, 1, 1978, p. 30 e ss.

intervento diretto dei singoli Stati perché si sopperisse alla carenza del potere pubblico: tale intervento venne individuato nell'attribuzione a soggetti privati della personalità giuridica, affinché provvedessero allo svolgimento di determinate attività. Il servizio universale assurge al rango di istituto legislativamente previsto quale principio essenziale nel *Communications Act* del 1934, il quale sanciva il monopolio dei servizi di telefonia dichiarando nel contempo lo scopo "*to make available, so far as possible, to all the people of the United States a rapid, efficient, nationwide and worldwide wire and radio communication service with adequate facilities at reasonable charges*"[191]. L'istituto veniva pertanto accostato a principi di accessibilità, qualità, garanzia della copertura territoriale e fisica del servizio [192]. Tuttavia, mancavano una qualsivoglia definizione dell'istituto, elementi relativi all'identificazione del contenuto di questo e indicazioni degli standard del servizio. [193]

---

[191] *Communication Act*, 1934, Title I, Section 1. Si vedano BECHER, *Legislative History of the Communication Act*, London, 1997, p. 19, e M. Lapointe, Universal service and the digital revolution, in Rutgers Computer and Technology Law Journal, 1999, p. 67, dove afferma che l'Act del 1934 stabiliva un fine di politica sociale che sarebbe stato in seguito riferito al servizio universale.

[192] J. HILLS, *Universal service: a social and technological construct*, in *Communications and strategies*, 1993, p. 69.

[193] Secondo MUELLER, *Universal service in a telephone history: a reconstruction*, p. 354 e ss, le lacune definitorie dell'Act erano essenzialmente dovute alla mancata volontà del legislatore americano di realizzare un servizio universale come attualmente inteso. Sostiene l'A. che la corrente nozione di servizio universale deve essere fatta risalire alla fine degli anni Sessanta, con l'affermazione del regime di concorrenza nel settore della telefonia.

La comune accezione moderna del servizio universale prende le mosse dalla considerazione che determinati servizi sono volti a soddisfare esigenze considerate rilevanti nella società moderna, tanto da garantirne l'erogazione anche nei confronti di soggetti che rischierebbero di rimanerne esclusi o sprovvisti. Per dirlo come meglio non si potrebbe, si riportano le parole di Cartei: "*Da questo punto di vista, il servizio universale esprime un bisogno non solo individuale ma anche collettivo: la diffusione dei servizi, infatti, non solo individuale ma anche collettivo: la diffusione dei servizi, infatti, non solo aumenta la fruizione dei diritti fondamentali del singolo cittadino ma, consentendo l'eliminazione delle sacche di emarginazione, contribuisce al processo sociale ed alla ricchezza dell'intera collettività*" [194] . Il servizio universale può dunque essere interpretato come un fine sociale[195] che richiede tuttavia, per renderne possibile la veicolazione, di una determinazione del contenuto, ovvero l'individuazione dei servizi facentine parte e degli standard minimi di questo.

Se la legge del 1934 non forniva alcuna determinazione utile sul punto, il successivo intervento del legislatore americano, nel 1996, fu un passo avanti nel prendere atto che, di tutti i settori di interesse pubblico (nell'ordinamento statunitense identificati come *public utilities* [196]), le telecomunicazioni costituivano quello in cui meno

---

[194] Così G.F. CARTEI, op. cit. p. 99.

[195] Cfr. HILLS, op. cit. p. 61.

[196] Si riporta, stante la rilevanza di questa per la disciplina che stiamo esaminando, un passo della celebre sentenza della causa Munn v. Illinois, del 1876: quando un bene di proprietà privata è "*affected with a public interest, it ceases to bejuris*

giustificata appariva l'individuazione del monopolio naturale. L'evoluzione tecnologica [197] consentiva infatti progressi nelle caratteristiche del servizio che avevano impatto anche sull'organizzazione del mercato e sui compiti della regolazione, abbracciando sempre maggiormente l'affermazione del principio di concorrenza [198].

È in questa direzione che si incardina il Telecommunications Act del 1996[199], che, nel porsi l'obiettivo di "*to promote competition and reduce*

---

privati only. (…) when one devotes his property to a use in which the public has an interest in that use; and must submit to be controlled by the public for the common good, to the extent of the interest he has thus created. He may withdraw his grant by discontinuing the use; but, so long as he maintains the use, he must submit to the control".

[197] Si veda B. ROWE, *A new regulatory regime for Federal – State relations and universal support: Substance plus process- telecom regulation reforms to protect consumers, preserve universal service, promote competition*, University of Colorado Law review, p. 882, secondo cui "*Between technology and competition-focused policy, it's sometimes hard to say which is the chicken and which the egg*".

[198] R. W. CRANDALL, *After the breakup: U.S. Telecommunications in a more competitive era*, Washington D.C., The Brooking Institution, 1991, p. 36 ss.

[199] Per una ricostruzione storica, normativa e anche critica del quadro normativo e regolamentare nordamericano, si vedano J. CHEN, The legal process and political economy of telecommunication reform, in Columbia Law Review, 1997, p. 835 e ss.; B.A. CHERRY, S. S. WILDMAN, *Review of Federal Universal service policy in the United States*, in *Making universal service policy (Enhancing in the process through multidisciplinary evaluation)*, a cura di B.A. CHERRY, S.S. WILDMAN, A.S. HAMMOND, IV, MAHWAH, New Jersey, London, Lawrence Erlbaum Associates, 1999, p. 167 e ss. Relativamente agli autori italiani, si segnalano sul tema E. BROGI, Liberalizzazione e servizio universale: l'esperienza statunitense, in R. ZACCARIA, Trattato di diritto amministrativo, diretto da G. SANTANIELLO, vol. XXVII, Padova, CEDAM, 1999, p.

regulation in order to secure lower prices and higher quality services for American telecommunications consumers and encourage the rapid development of new telecommunications technologies", introduce nel mercato delle telecomunicazioni il principio di piena concorrenza, essendo in forza di tale atto vietato ogni atto normativo o statale o locale che abbia quale effetto il divieto di fornitura a qualunque soggetto i servizi di telecomunicazioni tra gli Stati federai o al loro interno, abolendo i diritti di *franchise* e attribuendo alla *Federal Communications Commission* poteri di intervento più incisivi al fine di impedire alterazioni della concorrenza.

Sotto il profilo del contenuto, il servizio universale viene considerato ricomprendente servizi dell'accesso alla rete telefonica pubblica, con la possibilità di effettuare comunicazioni sia in tecnica analogica che multifrequenza, l'accesso ai servizi di emergenza, ai servizi a lunga distanza, alle informazioni detenute nell'elenco abbonati. Un aspetto di particolare interesse è l'approccio di *competitive neutrality* adottato: prevede infatti la sezione 253(b) che ogni Stato possa, "*on the basis of a competitively neutral basis*", imporre quei requisiti necessari a preservare e promuovere il servizio universale. Dall'approccio concorrenzialmente neutro deriva altresì il principio di neutralità tecnologica, ovvero il divieto per il legislatore di condizionare la libera scelta degli operatori del mercato relativamente

---

437 e ss.; G. VENTURINI, Servizi di telecomunicazione e concorrenza nel diritto internazionale e comunitario, Torino, Giappichelli, 1999, p. 46 e ss.;

alla tecnologia da utilizzare, principio che rientrerà anche nell'approccio comunitario al tema.

Possiamo affermare che la riforma del 1996 ha avuto il merito di porre la tutela dei fini sociali sullo stesso piano e con la stessa rilevanza dei principi di concorrenza. Sul piano, invece, della definizione del contenuto del servizio universale non si è addivenuti a una individuazione precisa di questo, ma ciò non deve stupire: da un lato infatti occorre tenere presente il cambiamento di significato sofferto dall'espressione, transitata da istituto volto a promuovere l'integrazione delle reti a istituto che rinviene la sua centralità nella tutela dell'utenza, dall'altro si deve tener conto della rapida evoluzione sia tecnologica che regolamentare, che tende ad adeguare il disposto normativo alle novità tecnologiche dell'offerta.

Non dissimilmente avviene per l'inquadramento del servizio universale nella prospettiva comunitaria, in cui tale istituto si può interpretare quale corollario di quella promozione della coesione economica e sociale che rientra nelle funzioni essenziali assegnate ai servizi di interesse generale e dei valori di "coesione economica e sociale, della solidarietà tra gli Stati membri e della parità tra uomini e donne" di cui l'Unione europea si fa propugnatore fin dalle prime disposizioni dei Trattati. Anche l'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea prevede che l'Unione, sempre al dichiarato scopo di promuovere la coesione sociale e territoriale, "*riconosce e rispetta l'accesso ai servizi di interesse economico generale quale*

previsto dalle legislazioni e prassi nazionali" purché sempre in conformità con il Trattato[200].

La prospettiva abbracciata dalla Commissione europea è infatti aderente ai termini sopra esposti, ed è evidenziata nella citata comunicazione [201] della Commissione europea del 1996, in cui i servizi di interesse generale sono stati presi in considerazione, oltre che dal mero punto di vista della loro diretta ed immediata utilità, anche sotto il profilo simbolico di appartenenza ai cittadini alla comunità sociale europea, alla loro parità e uguaglianza a prescindere dalla nazionalità, alla loro afferenza all'identità sociale e culturale europea.

La definizione dei SIEG come "promotori della coesione sociale" deve essere dunque letta anche in quest'ottica, come coerentemente hanno fatto gli atti di *soft law* succedutesi nel tempo: oltre alla citata comunicazione del 1996, la prospettiva viene reiterata anche nella comunicazione della Commissione europea del 20 settembre 2000, in cui i SIEG sono definiti "*un fattore essenziale del modello europeo di società*"[202], nonché nella Relazione al Consiglio europeo di Laeken [203], in cui la Commissione si esprime nel senso di ritenere rilevante il contributo dei SIEG alla competitività generale dell'industria europea e alla coesione economica, sociale e territoriale. Al fine di bilanciare in

---

[200] Cfr. I. NASTI, *Il servizio universale e la tutela dell'utenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, Liguori, Napoli, 2009, p. XX

[201] COM 96 (443) final.

[202] COM (2000) 580 def., di cui si segnala un commento in L.R. PERFETTI, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi*, op. cit. p. 579.

[203] COM (2001)598 def.

modo equilibrato l'interesse generale con la promozione della concorrenza, viene ribadito che gli Stati membri possono contemperare l'apertura dei mercati con la previsione o il mantenimento di obblighi di servizio pubblico. In una siffatta situazione, è facilmente comprensibile come, se è vero che una rete di servizi essenziali favorisce la coesione sociale tra i popoli costituenti l'Unione, il servizio universale deve necessariamente controbilanciare la liberalizzazione dei servizi. Affiora così la necessità di definirne puntualmente il contenuto e gli obblighi specifici, in quanto viene ad evidenziarsi la il preminente interesse del cittadino europeo a che il gioco della concorrenza non escluda parte della popolazione dalla fruizione dei servizi di interesse generale, alterando quel processo di coesione culturale e sociale cui questi sono sottesi. Lo sviluppo, a livello comunitario, della nozione di servizio universale ha dichiaratamente lo scopo di trovare un punto d'equilibrio tra queste contrapposte esigenze, garantendo il più possibile un servizio di qualità a prezzi accessibili a tutta la popolazione.

Occorre rilevare come le disposizioni relative al servizio universale non siano presenti in tutti i servizi a rete, ma solo in quelli in cui le condizioni di mercato hanno consentito il processo di liberalizzazione, e, come vedremo nel seguente capitolo, prendono le mosse, ancora una volta, dal settore delle telecomunicazioni.

CAPITOLO III
UN "MODELLO DI LIBERALIZZAZIONE DI UN SERVIZIO PUBBLICO": LE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE E L'AUDIOVISIVO

1. Le comunicazioni elettroniche come "modello di liberalizzazione di un servizio pubblico"

Il settore delle comunicazioni elettroniche è stato efficacemente definito "un modello di liberalizzazione di un servizio pubblico" [204].

Il termine "comunicazioni elettroniche" è stato coniato in ambito comunitario e, in particolare, dalla Commissione europea, nella Comunicazione del 10 novembre 1999 intitolata "Verso un nuovo quadro per l'infrastruttura delle comunicazioni elettroniche ed i servizi correlati". In tale sede viene dunque sostituito il precedente termine, convenzionalmente utilizzato, di "telecomunicazioni", prendendo atto dell'evoluzione tecnologica che aveva comportato un progresso nelle infrastrutture, rendendo possibile lo sviluppo di nuovi servizi.

Le telecomunicazioni [205] assumono senza dubbio rilevanza di servizio di interesse economico generale sin dalle prime comunicazioni

---

[204] L'efficace espressione è presa da L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Il diritto delle telecomunicazioni. Un modello di liberalizzazione di un servizio pubblico*, Giappichelli, Torino, 1999.

[205] Le Convenzioni internazionali di Madrid del 6 dicembre 1932 e di Buenos Aires del 22 dicembre 1952 sulle telecomunicazioni definivano queste ultime come quelle forme di "emissione, trasmissione o ricezione di segni, di segnali, di scritti, di

sui SIEG della Commissione europea, mentre, nell'ordinamento nazionale, sono qualificate quale servizio pubblico. In tal senso, erano già individuate dall'art. 1 del d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156, recante "*Testo unico delle disposizioni legislative in materia postale, di bancoposta e di telecomunicazioni*", che le ricomprendeva esplicitamente tra i servizi pubblici gestiti in esclusiva dallo Stato[206].

---

immagini, di suoni o di informazioni di qualsiasi natura, per filo, radioelettrica, ottica o a mezzo di altri sistemi elettromagnetici.". Da tale definizione, a giudizio di R. ZACCARIA, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, CEDAM, Padova, 2010, p. 230, risulta ancora oggi di utilità per comprendere le principali caratteristiche tecniche del sistema delle telecomunicazioni, ovvero i tre momenti decisivi della comunicazione a distanza – emissione, trasmissione, ricezione – e la possibilità che in tali tipologie di comunicazioni possano essere incluse diverse modalità trasmissive – via cavo, telefax, radiocomunicazioni ovvero, in virtù del progresso tecnologico, nuove modalità quali il cavo coassiale, in fibra ottica, la trasmissione satellitare.

[206] In tal senso, conseguentemente, le pronunce rese nel corso degli anni dalla Corte costituzionale e dalla Corte di Cassazione. Relativamente alla giurisprudenza costituzionale, si cita innanzitutto, *ex multis*, Corte cost. 20 dicembre 1988, n. 1104, anche in Foro It., 1989, p. 184, con nota di V. ZENO ZENCOVICH, *La tutela dell'utente telefonico e i riflessi sui servizi telematici*, e altresì in Corr. Giur. 1989, p. 269, con nota di F. FELICETTI, *Illegittime le limitazioni di responsabilità dei concessionari dei servizi telefonici*. La pronuncia dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 6 del medesimo d.P.R. 156/73, nella parte in cui disponeva che il concessionario del servizio telefonico non fosse tenuto al risarcimento dei danni per le interruzioni del servizio dovute a sua colpa, ai di fuori dei casi e dei limiti fissati dall'art. 89, comma 2, R.D.19 luglio 1941; la Corte afferma infatti che "*la deroga apportata al principio della piena risarcibilità dei danno dovuti a colpa è tale da alterare, per l'insussistenza o l'irrisorietà del ristoro previsto, l'equilibrato componimento degli interessi riferibili alle parti del contratto di utenza, non trovando, d'altro canto, una ragionevole giustificazione nelle esigenze proprie del servizio pubblico*.". Nella di poco precedente sentenza del 17 marzo 1988, n. 303, in Foro It. 1989, I, p. 56, la Corte, indirettamente, afferma il fondamento costituzionale di tali

servizi nell'art. 43 Cost., ritenendo che "Secondo una formula tralaticia, ricorrente nella giurisprudenza meno recente (…), l'esenzione dell'Amministrazione delle Poste da responsabilità per danni verso l'utenza si giustificherebbe per la necessita <di garantire all'Amministrazione la più ampia discrezionalità nell'organizzazione del pubblico servizio>, ponendola <al riparo da sanzioni risarcitorie per inconvenienti e imperfezioni nell'adempimento delle prestazioni, inseparabili dalle scelte organizzative da essa fatte, le quali possono anche tradursi nel mancato rispetto di regole di servizio da parte del dipendente, delle quali, per la complessità dell'organizzazione e la difficoltà dei controlli, non è possibile garantire l'assoluta e costante osservanza>. Ma una simile giustificazione, improntata a una concezione del servizio postale come servizio puramente amministrativo, non regge di fronte all'art. 43 Cost., che ha istituito uno stretto collegamento tra la nozione di servizio pubblico essenziale e la nozione di impresa. Se ne deduce che tutti i servizi pubblici essenziali devono essere organizzati e gestiti in forma di impresa, ossia, come dispone l'art. 2 della legge 17 maggio 1985 n. 210 per il servizio ferroviario, <con criteri di economicità>, i quali comportano la conformazione dei rapporti con gli utenti come rapporti contrattuali, fondamentalmente soggetti al regime del diritto privato. (…) Solo una discrezionalità organizzativa responsabilizzata secondo criteri di economicità può assicurare, tra l'altro, una seria politica delle assunzioni improntata esclusivamente a rigorosi requisiti di professionalità. (…)il servizio postale non può essere più considerato un bene patrimoniale dell'erario e si configura invece, secondo il criterio organizzativo impartito dall'art. 43 Cost., come un'impresa gestita dallo Stato in regime di monopolio, ossia come una forma di partecipazione dello Stato all'attività economica." Relativamente alle pronunce di legittimità si veda, ex multis, Cass., Sez. VI, 9 luglio 1998, in Giust. Pen., 1999II, p. 485, secondo la quale, anche dopo la privatizzazione di Poste Italiane S.p.a., i servizi di poste e telecomunicazioni permangono nel novero dei servizi pubblici, per un duplice ordine di motivi: da un lato, per la situazione di sostanziale monopolio dell'operatore ex statale, dall'altro, per la necessità di tutelare i valori costituzionali cui le comunicazioni sono sottese, in base all'art. 15 Cost., garantendo l'espletarsi del servizio, senza che abbia alcun rilievo la possibilità comunque garantita che alcune attività del servizio vengano svolte in regime di concessione amministrativa permanendo la funzione e il ruolo di pubblico interesse del servizio.

1.1. Dalle telecomunicazioni alle comunicazioni elettroniche.

L'orientamento delle istituzioni comunitarie nel settore [207] delle telecomunicazioni, si delinea, nei suoi elementi essenziali, già nel 1985,

---

[207] Relativamente all'evoluzione nella liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni, per una ricostruzione storica si veda E. NOAM, Telecommunications in Europe, Oxford University Press, Oxford, 1992. Per un profilo più analitico sotto il punto di vista della concorrenza, N. CURIEN, M. GENSOLLEN, Telecomunicazioni: monopolio e concorrenza, Il Mulino, Bologna, 1995. Si rinvia, inoltre, a C. KOENIG, A. BARTOSCH, J.D. BRAUN (a cura di), EC Competition and Telecommunications Law, in e alla ricca bibliografia ivi indicata. Si fa in particolare riferimento ai saggi ivi contenuti di A. BARTOSCH, *The Liberalisation of European Telecommunications and Broadcasting Markets. The Road from Monopolies to Competition and Universal Service*, 71 ss. e J.D. BRAUN, R. CAPITO, *The Emergence of EC Telecommunications Law as a New Self-Standing Field Within Community Law*, p. 51 ss. Si vedano anche C. SCOTT, O. AUDEOUD (a cura di), *The Future of EC Telecommunications Law*, Bundesanzeiger, Köln, 1996, P. NIHOUL, P. RODFORD, *EU Electronic Communications Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004; L. GARZANITI, *Telecommunications, Broadcasting and the Internet: EC Competition Law and Regulation*, Sweet & Maxwell, London, 2000; J. SCHERER, *Telecommunication Laws in Europe*, Butterworths, London, 1998; L. BANCEL-CHARENSOL, *La déreglementation des télécomunications dans les grands pays industriels*, Economica, Paris, 1996; C. WATSON, T. WHEADON, *Telecommunications. The EU Law*, Palladian Law Publishing Ltd, Bembridge, 1999. Nella dottrina italiana, cfr., F. CARDARELLI - V. ZENO ZENCOVICH, *Il diritto delle telecomunicazioni. Principi, normativa, giurisprudenza*, Laterza, Roma, 1997; G. BOGNETTI e R. FAZIOLI (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Giuffrè, Milano, 1999; i saggi in BONELLI, S. CASSESE (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni, cit.*; L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Il diritto delle telecomunicazioni,*

nella pronuncia della Corte di Giustizia relativa al caso *British Telecommunications*. È a tale momento che viene convenzionalemente fatto risalire il momento iniziale del processo di liberalizzazione del settore che costituirà il modello per l'introduzione della concorrenza e l'apertura dei mercati negli altri settori di pubblica utilità. In tale pronuncia, la Corte intervenne, infatti, a delimitare i casi in cui le regole della concorrenza contenute nei Trattati non si applicano alle imprese che gestiscono servizi di interesse economico generale. Sulla base dello stesso articolo 90 TCE, oggi art. 14 TFUE, già approfonditamente esaminato nel precedente capitolo, non è dunque errato riconoscere che per tali imprese possano essere previste, in ragione della loro missione ed al fine del raggiungimento degli obiettivi connessi, deroghe alle regole della concorrenza. Tutto dipende, quindi, dall'interpretazione che si dà dei presupposti che giustificano le deroghe. La Corte di giustizia nella sentenza *British Telecommunication*[208] affermò, tuttavia, l'illegittimità di un'automatica disapplicazione delle norme sulla concorrenza in ragione del fatto che il servizio di interesse economico

---

op. cit.; R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, Giuffré, Milano, 2002; R. PEREZ, *Comunicazioni elettroniche* (voce), in GRECO – CHITI, a cura di, *op. cit.*

[208] L'intervento della Corte di Giustizia fu promosso dal ricorso dell'Italia nei confronti di una decisione della Commissione europea (pubblicata in GUCE, L 360/36 del 21 dicembre 1982) che aveva sanzionato *British Telecom* per abuso di posizione dominante in relazione a restrizioni dell'uso degli impianti e dei servizi telex e telefonici. La Corte si pronunciò con la sentenza del 20 marzo 1985, (pubblicata in *Raccolta*, 1985, 873 ss. causa n. 41/83, Italia c. Commissione), e ritenne che *British Telecom*, pur gestendo un servizio di interesse economico generale, non fosse per ciò stesso esentata dalla regole di concorrenza.

generale venisse erogato da un'impresa pubblica. Di conseguenza, ne derivò che le norme sulla concorrenza contenute nei Trattati avrebbero dovuto essere applicate alle imprese indipendentemente sia dalla loro qualificazione giuridica (ovvero, indipendentemente dalla loro natura di imprese pubbliche o private), sia dalla loro eventuale titolarità di diritti esclusivi nazionali per la gestione di un servizio o di una rete[209]. Sempre nella sentenza *British Telecommunication*, la Corte di giustizia riconobbe sulla base dell'(allora) art. 86, comma 3, TCE, alla Commissione europea la competenza a vigilare sulla corretta applicazione delle norme sulla concorrenza e, qualora fosse necessario, la possibilità di intervenire con proprie decisioni o direttive per rimuovere gli ostacoli che impedissero o ostacolassero la libera concorrenza. In questo modo la Corte di Giustizia affidò alla Commissione europea, indirettamente, anche il compito di valutare, in concreto, la possibilità di accordare un regime derogatorio alle imprese incaricate dello svolgimento di servizi di interesse economico generale.

Proprio quest'ultima competenza riconosciuta alla Commissione europea di accordare, sulla base della previsione del Trattato, le eventuali deroghe ebbe una notevole rilevanza. Questo perché, in tal

---

[209] Questo principio è stato ribadito nella sentenza *Commissione europea c. Italia (Transparency)* della Corte di giustizia CEE del 16 giugno 1987, causa C-118/85 (pubblicata in *Raccolta*, 1987, p. 2599 ss). La Corte ha in questa decisione sostenuto che anche un organo dello Stato può essere considerato un'impresa ai sensi della definizione offerta dai Trattati comunitari qualora eserciti un'attività economica, chiarendo che quello che rileva ai fini della sottoposizione alle regole della concorrenza non è tanto la natura giuridica dell'impresa, ma piuttosto la natura industriale o commerciale dell'attività esercitata.

modo, attraverso l'intervento della Commissione europea ex art. 86, comma 3, TCE, fu sancita la legittimità dell'intervento diretto della Comunità europea nel campo dei servizi pubblici.

British Telecommunications può dunque essere considerata il punto d'avvio del processo di liberalizzazione nel settore delle telecomunicazioni. Non solo: con questa sentenza si pongono le basi per l'inizio di un processo più ampio di liberalizzazione che parte dalle telecomunicazioni e coinvolge tutte le *public utilities* e che vede la Comunità europea intervenire in settori fino a quel momento gelosamente in mano agli Stati. La giurisprudenza della Corte di giustizia che seguì la storica pronuncia *British Telecommunications* si focalizzò sulla legittimazione dei primi interventi comunitari volti all'applicazione integrale delle regole della concorrenza nel settore delle telecomunicazioni. Sul fronte dell'armonizzazione delle discipline nazionali apparve, invece, immediatamente evidente la necessità di accompagnare l'interpretazione giurisprudenziale offerta dalla Corte di giustizia con l'introduzione nei Trattati istitutivi di nuove specifiche competenze comunitarie nel settore delle telecomunicazioni.

Ciò avvenne dapprima a livello generale con il già citato Atto Unico Europeo che, ampliando gli obiettivi della Comunità europea, legittimò un intervento comunitario più ampio nell'attività di armonizzazione delle discipline nazionali connesse con la libera circolazione delle merci e dei servizi[210]. In seguito, il già esaminato

---

[210] Già l'Atto Unico Europeo conteneva norme idonee a garantire un'evoluzione normativa nel settore delle telecomunicazioni giacché inseriva tra gli

Trattato di Maastricht,[211] che ampliò l'ambito di estensione delle competenze della Comunità e introdusse nel Trattato CE disposizioni normative specificamente riferite alle reti di telecomunicazioni. In

---

obiettivi della Comunità: a) l'adozione delle misure destinate all'instaurazione di un mercato unico interno in grado di garantire la libera circolazione di beni, persone e servizi, non solo attraverso l'eliminazione delle barriere doganali bensì anche attraverso l'eliminazione di ogni ostacolo di tipo fisico, tecnico e fiscale; b) nuove politiche (contenute nei nuovi Titoli V e VI della Parte III del Trattato di Roma) concernenti la necessità di procedere ad un'armonizzazione delle regole nazionali al fine di rafforzare la coesione economica e sociale e lo sviluppo della ricerca e della tecnologia europea.

[211] Il Trattato di Maastricht muta, come è noto, il sistema stesso di ripartizione delle competenze fra gli Stati e la Comunità non più basato solo sulla semplice attribuzione di competenze dei primi alla seconda ma anche, ex art. 5 TCE, sul principio di sussidiarietà. La codificazione del principio di sussidiarietà ha un effetto evidente sull'espansione delle competenze della CE. Esso, inoltre, trascende il sistema di riparto delle competenze ingenerando un cambiamento di prospettiva per cui l'attenzione dell'Unione Europea, coerentemente con un progetto più generale che coinvolge l'intero apparato istituzionale, sembra spostarsi decisamente sugli utenti ossia sui cittadini che usufruiscono dei servizi. Ciò determina, coerentemente con gli obiettivi posti dai Trattati, l'adozione di politiche e di regole che hanno un fondamento specifico nella coesione economica e sociale così come nella protezione dei consumatori, tendenza accentuata dal Trattato di Amsterdam e, in particolare, dal Protocollo sull'applicazione del principio di sussidiarietà allegato al Trattato di Amsterdam. Cfr. S. SMISMANS, *Law, Legitimacy, and European Governance. Functional Participation in Social Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2004. Nella dottrina italiana, sul ruolo propulsivo delle istituzioni comunitarie e sul prinicpio di sussidiarietà, si vedano F. PIZZETTI, *Sussidiarietà, interessi degli Stati e tutela dei cittadini*, in P. BILANCIA (a cura di), *Il processo costituente europeo*, Giuffrè, Milano, 2002, 77 ss.; Id., *Il principio di sussidiarietà nell'Unione Europea e in Italia: il rispetto del cittadino di fronte alle nuove esigenze di* governance, in V. ANGIOLINI, L. VIOLINI E N. ZANON (a cura di), *Le trasformazioni dello Stato regionale*, Giuffrè, Milano, 2002, 181 ss.

questo senso, vanno intese le norme del Titolo XI del Trattato CE (ex Titolo XII), rubricato "Reti transeuropee". In particolare, l'art. 154 (ex art. 129 B) ha riconosciuto che la costituzione e lo sviluppo di reti transeuropee nel settore delle telecomunicazioni contribuisce alla creazione di un mercato interno aperto ed alla promozione dello sviluppo armonioso della Comunità europea. Ciò è tanto più calzante in quanto confermato dalle successive disposizioni del Trattato di Amsterdam con l'inserimento dell'art. 16 del TCE tra i principi del Trattato CE, che come abbiamo già visto ha riconosciuto "*l'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale*". Questa disposizione ha, dunque, impegnato tanto la Comunità europea quanto gli Stati membri a favorire, ciascuno nel proprio ambito di competenze, il raggiungimento degli interessi generali tipici di tali servizi.

Nonostante tale norma si presti ad interpretazioni tra loro molto differenti è innegabile che essa abbia concorso a valorizzare la funzione sociale dei servizi di interesse economico generale in un contesto in cui, in precedenza, era sembrato prevalente il principio di libera concorrenza. L'inclusione nei Trattati istitutivi di nuovi basi normative ha, come si è visto, legittimato via via l'intervento della Comunità europea nel settore delle telecomunicazioni[212]; un intervento che si è sviluppato in più fasi scandite dall'adozione di direttive volte alla

---

[212] A. QUADRIO CURZIO, *Sussidiarietà e sviluppo. Paradigmi per l'Europa e per l'Italia*, Vita e pensiero, Milano, 2002

liberalizzazione ed all'armonizzazione del settore delle telecomunicazioni.

In particolare, sono state adottate sia direttive cd. di liberalizzazione sia direttive di armonizzazione. Nonostante l'identico effetto che le direttive di liberalizzazione e le direttive di armonizzazione hanno dal punto di vista concreto, degli obblighi di trasposizione e di esecuzione che gravano sugli Stati membri, è necessaria una distinzione a priori dei due atti.

Infatti, mentre le direttive di armonizzazione o di riavvicinamento delle legislazioni nazionali sono adottate dal Consiglio e dal Parlamento e sono, quindi, lo strumento normativo comunitario "ordinario", le direttive cd. di liberalizzazione vennero adottate direttamente dalla Commissione europea ex art. 86 comma 3, TCE, e sono uno strumento del tutto peculiare, in quanto possono essere adottate autonomamente dalla Commissione Europea, senza alcun coinvolgimento del Parlamento e del Consiglio (e quindi degli Stati membri) qualora ricorrano i presupposti dell'art. 86, comma 3, del TCE (ex art. 90, comma 3), ovvero nei casi in cui sia necessario un intervento diretto della Commissione per garantire l'applicazione delle norme sulla concorrenza contenute nei Trattati[213].

---

[213] Le direttive della Commissione sono uno strumento eccezionale perché, in via generale i Trattati non prevedono che la Commissione europea abbia autonomi poteri normativi. In realtà le direttive ex art. 86 TCE sono formalmente uno strumento esecutivo ma sostanzialmente normativo. Sul punto. A. BARTOSCH, *The Liberalisation of European Telecommunications and Broadcasting Markets. The Road from Monopolies to Competition and Universal Service*, *cit.*, 71 ss., spec. 79-93; L.G. RADICATI

La specificità della liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni è rappresentata proprio dal fatto che esso è stato il solo settore in cui la Commissione ha fatto un uso continuo di tale potere, preferendo, invece, in altri campi, anch'essi rientranti nella categoria dei servizi di interesse economico generale, quali i servizi postali, gas ed elettricità, ferrovie e servizi aerei, perseguire l'obiettivo della liberalizzazione dei mercati e l'applicazione delle norme sulla concorrenza attraverso la predisposizione di iniziative normative di armonizzazione delle discipline nazionali e rimesse, quindi, per l'approvazione al Consiglio dei ministri ed al Parlamento secondo le modalità di partecipazione delle due Istituzioni previste dai Trattati.

Da un punto di vista teorico va, infine, segnalato che le direttive di liberalizzazione e le direttive di armonizzazione adottate nel settore delle telecomunicazioni sembrano a prima vista perseguire obiettivi differenti. Le direttive di liberalizzazione, infatti, aboliscono e vietano le norme nazionali su cui si sorreggono i monopoli; le direttive di armonizzazione introducono, invece, una regolazione dei mercati al fine di promuovere la loro concorrenzialità, di mantenere condizioni di mercato competitive e di favorire l'ingresso di nuovi operatori.

DI BROZOLO, *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni. Un modello di liberalizzazione di un servizio pubblico*, *cit.* In generale sul potere della Commissione europea di adottare decisioni e direttive cfr., J.P. Sloat, *Article 90 Case Notes*, in CMLR, 1991, p. 964. ss.; E.J. MESTMÄCKER, *Staat und Unternehmen im europäische Gemeinschaftsrechts. Zur Bedeutung von Artikel 90 EWG-Vertrag*, in *Rabelszeitschrift*, 1988, 526 ss.; C. HOCEPIED, *Les directives articles 90 paragraphe 3: un espéce juridique en voie de disparition?*, in *Revue des affaires européenne*, n. 2-1994, p. 49 ss.

Di qui una differenza concettuale tra due obiettivi diversi e, come è stato correttamente osservato, in perenne tensione ed equilibrio tra loro: l'introduzione della concorrenza e la regolazione dei mercati. Non devono però intendersi come interventi slegati fra loro, in quanto costituenti, invece, le due linee di azione che si intersecano verso l'obiettivo complementare di un unico complessivo progetto volto alla liberalizzazione sostanziale del settore.

La prima fase dell'intervento normativo comunitario nel settore delle telecomunicazioni è tradizionalmente fatta coincidere con la presentazione, avvenuta nel 1987, del *Libro Verde sullo sviluppo del mercato comune dei servizi ed apparati di telecomunicazioni*[214], in cui la Commissione europea si prefiggeva una serie di proposte normative che avrebbe adottato nel settore delle telecomunicazioni[215]. Gli obiettivi che l'azione della Commissione si proponeva erano relativi agli *step* già esaminati, dal punto di vista della disciplina generale, della liberalizzazione del mercato attraverso l'abolizione dei diritti speciali o esclusivi, passando poi per l'armonizzazione delle normative nazionali e per lo stimolo alla concorrenza sulla base delle relative norme contenute nei Trattati. Il Libro verde del 1987 pose, inoltre, in luce alcuni obiettivi concreti che avrebbero dovuto orientare, e che

---

[214] COM (1987) 290 del 30 luglio 1987.

[215] È bene tuttavia ricordare che il progetto di liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni ha costituito altresì il piano ispiratore per la liberalizzazione di altri mercati connessi a servizi pubblici, quali quello dell'energia, dei trasporti (prima arerei, poi, come già ricordato nel capitolo precedente, ferroviari) o dei servizi postali.

effettivamente orientarono, l'attività della Comunità europea nel settore delle telecomunicazioni per il successivo decennio: la rapida apertura del mercato degli apparecchi terminali di telecomunicazione verso la piena concorrenza; il reciproco riconoscimento di *standard* tecnici per gli apparecchi terminali; la progressiva apertura dei mercati attinenti ai servizi ed alle reti di telecomunicazioni; la chiara separazione tra le funzioni di regolazione e le funzioni imprenditoriali; la predisposizione di condizioni di libero accesso a reti e servizi attraverso una cd. *Open Network Provision*[216].

L'importanza del Libro Verde del 1987 non è però limitata agli interventi normativi volti alla liberalizzazione del settore, ma anche per il metodo di procedere che propone, fondato sulla concertazione tra Istituzioni comunitarie e sulla consultazione (o comunque coinvolgimento in diverso modo) dei soggetti economici e sociali interessati dagli effetti delle riforme proposte. *In nuce*, si rilevano dunque in tale settore gli elementi essenziali dell'attuale azione regolatrice delle istituzioni comunitarie, ovvero il cosiddetto *notice and comment*, l'acquisizione dei pareri e delle opinioni degli *stakeholder* interessati dall'iniziativa in corso, sottoposta a consultazione pubblica.

Abbiamo già visto nel precedente capitolo come il primo intervento di rango legislativo fosse la direttiva 88/301/CEE, con la

---

[216] I cui obiettivi furono poi inseriti in un calendario con le "tappe" della liberalizzazione predisposto dalla Commissione, approvato, insieme al Libro Verde, dal Consiglio con la *Resolution on the development of the common market for telecommunications services and equipment up to 1992* (in GUCE C/257/1 del 30 giugno 1988).

quale la Comunità intervenne in primo luogo mediante l'abolizione dei diritti speciali ed esclusivi, ovvero le restrizioni più incisive all'esercizio di un'attività imprenditoriale. In concreto, la direttiva 88/301 pose in capo agli Stati membri l'obbligo di provvedere alla soppressione dei diritti speciali o esclusivi concessi alle imprese, sia pubbliche che private, al fine di commercializzare, di allacciare, di installare e di procedere alla manutenzione degli apparecchi terminali di telecomunicazioni[217]. Sembra opportuno rilevare in questa sede che, improntando la propria azione alla neutralità delle specifiche tecniche di trasmissione delle comunicazioni, l'art. 6 della direttiva 88/301/CEE stabilì che il controllo sulla loro formulazione e sulla loro omologazione fosse rimesso a livello nazionale ad un ente in posizione di indipendenza rispetto alle imprese, pubbliche o private che fossero, operanti nel settore delle telecomunicazioni. Ciò significa che, già in questa prima fase, la Commissione europea indicò che il passaggio da un regime fondato sul monopolio pubblico ad uno di libero mercato

[217] La direttiva della Commissione non si limitò però alla soppressione formale dei diritti speciali o esclusivi. Essa obbligò, altresì, gli Stati membri a fornire alla Commissione un elenco di tutte le specifiche tecniche e di tutte le procedure di omologazione esistenti per l'allaccio alla rete pubblica nei singoli Paesi, al fine di consentire alle imprese produttrici, al di là dell'abolizione formale del monopolio in tale specifico settore, di poter organizzare la propria produzione di apparecchi terminali potendo facilmente conoscere le specifiche adottate nei singoli Paesi e le procedure di omologazione. Inoltre, proprio la direttiva 88/301/CEE fu successivamente modificata dalla direttiva 94/46/CE del 13 ottobre 1994, che ne ampliò l'oggetto estendendo i principi di liberalizzazione anche alle apparecchiature delle stazioni terrestri per i collegamenti via satellite.

avrebbe dovuto essere "governato" da un ente indipendente sia dal potere politico sia dal potere economico[218]. Un ente avente sia il compito di assicurare l'imparzialità e la neutralità tecnica delle scelte di regolazione sia il compito di garantire che ad un sistema fondato su un monopolista pubblico non se ne sostituisse uno egualmente non concorrenziale, ma dominato da un monopolio o da un oligopolio privato. Relativamente al profilo dell'armonizzazione, questo venne incentivato non contestualmente all'intervento di liberalizzazione, ma avvenne ad opera della direttiva 91/263/CE del 29 aprile 1991, modificata e integrata due anni più tardi. Quest'ultima è basata sull'armonizzazione a livello europeo dei requisiti tecnici delle apparecchiature e delle procedure di omologazione delle stesse. Essa detta, dunque, una disciplina uniforme a livello comunitaria che riguarda sia le apparecchiature radio (radio e televisioni) sia le apparecchiature terminali di telecomunicazione (telefoni fissi e mobili) sia le apparecchiature per i collegamenti via satellite (parabole e *decoder).*

La svolta nel percorso relativo al settore in esame è da individuarsi nel momento in cui si passò dall'armonizzazione delle apparecchiature di ricezione agli interventi normativi operati in concreto sui servizi di telecomunicazione.

---

[218] Sul punto, F. Cardarelli, Riserva statale dei servizi di telecomunicazione e disciplina comunitaria della concorrenza, in Dir. Inf. 1995, p. 120.

1.2. Liberalizzazione e armonizzazione: dalla Open network provision al Pacchetto di direttive del 2002.

Il processo di liberalizzazione dei servizi di telecomunicazione e di armonizzazione delle discipline nazionali ebbe inizio con l'adozione, nello stesso giorno, di due distinti atti normativi: la direttiva della Commissione 90/388/CE relativa alla liberalizzazione [219] e la direttiva del Consiglio 90/387/CE in tema di armonizzazione (nota come direttiva *Open network provision* ovvero ONP), una sorta di

---

[219] La liberalizzazione dei servizi di telecomunicazione avviata dalla Commissione con l'adozione della direttiva 90/388 fu inizialmente parziale, in quanto tarata sulla distinzione tra servizi cd. riservati all'esercizio dello Stato e servizi cd. non riservati. Nella prima categoria si facevano rientrare i servizi di base, includendovi i servizi di telefonia che dunque, inizialmente, erano paradossalmente esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva. In una prima fase applicativa, dunque, la liberalizzazione era relativa solo a taluni servizi rientranti nelle telecomunicazioni, quali i cd. servizi a valore aggiunto, i servizi di trasmissione dati, i servizi delle reti private di società e dei gruppi chiusi di utenti (sulla eccessiva ristrettezza di tale ambito applicativo, che lasciava fuori i servizi di telefonia aperti al pubblico, si veda L. RADICATI DI BROZOLO, *op. ult. cit.*, p.15). Solo per pochi servizi, dunque, la Commissione dispose l'abolizione di tutti i diritti esclusivi concessi dagli Stati membri alle imprese nonché l'obbligo di rimuovere tutti gli ostacoli nazionali in grado di condizionare l'accesso degli operatori privati di telecomunicazione alla rete pubblica. Inizialmente, quindi, l'impatto della direttiva 90/388 fu piuttosto ridotto; tuttavia la direttiva, negli anni a seguire, venne modificata ed integrata più volte, in senso tale da allargarne l'ambito di applicazione oggettiva e consentire che anche servizi inizialmente sottratti alla sua applicazione vi rientrassero. In particolare, tra gli interventi di modifica susseguitisi nel tempo, si segnala la direttiva 96/19/CEE, che ricomprende la telefonia fissa nei servizi liberalizzati (cd. Direttiva *full competition*).

dichiarazione di intenti da parte della Comunità europea in cui si esaltava l'obiettivo di addivenire a un sistema regolamentare armonizzato a livello europeo che consentisse, con le opportune garanzie, per il tramite di una rete aperta di telecomunicazione, la progressiva liberalizzazione sostanziale [220] dei servizi di telecomunicazione regolando il diritto d'accesso alla rete pubblica per i fornitori privati di servizi[221].

L'adozione contestuale delle due direttive palesa la volontà dell'allora Comunità europea di addivenire a un'azione complementare di liberalizzazione che non si limitasse a consentire solo formalmente l'ingresso di nuove imprese, ma che promuovesse le condizioni per un'effettiva apertura all'ingresso di nuovi operatori sul mercato. Un obiettivo che necessariamente passa per l'armonizzazione delle discipline nazionali, in modo da garantire il passaggio dai monopoli statali a un vero mercato "interno" a livello europeo.

---

[220] Sull'impatto nazionale della politica comunitaria in tema di liberalizzazione del settore in esame, si veda V. CARBONE, *Abuso di posizione dominante, rifiuto della prestazione e provvedimento di urgenza*, in Corr. Giur. 1995, p. 351.

[221] Nello specifico, l'art. 3 della direttiva 387/90 stabilì che l'accesso alla rete pubblica dovesse essere consentito a tutti, che fossero fornitori privati od utenti, sulla base di criteri obiettivi, trasparenti e non discriminatori. La direttiva introduce quindi la garanzia che l'accesso potesse essere limitato solo nei casi individuati dalla direttiva medesima: ovvero laddove ciò fosse necessario per tutelare la sicurezza ed il funzionamento della rete, mantenerne l'integrità, garantire l'interoperabilità dei servizi assicurando nel contempo la protezione dei dati personali.

L'eliminazione di monopoli legali sui servizi, tuttavia, di per sé non rappresenta un soddisfacente stimolo di apertura del mercato, che consenta di risolvere o quantomeno ricondurre a condizione fisiologica la carenza di concorrenza dovuta alla presenza di operatori ex monopolisti. A questi, nonostante la liberalizzazione, permaneva un netto vantaggio competitivo derivante da un rilevante potere di mercato e dalla proprietà, fosse solo indiretta, delle infrastrutture necessarie per l'erogazione del servizio. Il modo più efficace per affrontare questa fase di transizione, incoraggiando o quantomeno non dissuadendo l'ingresso di operatori privati sul mercato, è stato ritenuto quello di tentare un riassetto del potere di mercato, ancora decisamente sbilanciato in favore dell'operatore ex monopolista, mediante una graduazione degli obblighi che gli operatori sono tenuti a sopportare. Una cosiddetta "regolamentazione asimmetrica", introdotta appunto sulla base del programma incardinato nella direttiva ONP, più leggera per i nuovi entranti, per non disincentivarli e anzi incoraggiarli all'ingresso sul mercato, più incisiva per l'operatore *incumbent*.

Tra gli obblighi asimmetrici posti, in una prima fase, a carico dei soggetti ex monopolisti vengono introdotti nell'ordinamento comunitario e, di riflesso, in quelli nazionali, gli obblighi relativi al servizio universale. Il concetto nasce, come abbiamo visto a conclusione del precedente capitolo, per superare il fallimento di mercato generato laddove gli operatori in concorrenza non forniscano un servizio ritenuto essenziale per la collettività, qualora questo smetta di essere conveniente. La *ratio* è appunto quella di assicurare la fornitura a tutti i

cittadini europei[222], a un prezzo accessibile, di un servizio di buona qualità, o meglio di "*un insieme minimo di servizi di determinata qualità (...) disponibili a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e (...) ad un prezzo accessibile*"[223].

La prima applicazione dell'istituto al settore delle telecomunicazioni, che fu, è bene ricordarlo, la prima applicazione in assoluto dell'istituto del servizio universale in Europa, fu alquanto disorganica e poco sistematica: obblighi specifici a vario titolo rientranti tra gli obblighi di servizio universale furono inizialmente determinati in modo poco strutturato, sviluppandosi via via che si procedeva alla liberalizzazione dei servizi. Infatti, il settore, incluse le disposizioni sul servizio universale, trova una più organica e compiuta sistemazione via via che il percorso del legislatore comunitario si arricchiva di nuovi

---

[222] M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, *cit*., p. 181.

[223] Così recitava l'art. 2, comma 1, lett. g) della direttiva 97/33/CE. Sulla nozione di servizio universale nelle telecomunicazioni, oltre alle indicazioni bibliografiche già riportate, si segnalano, in particolare, F. CASTELLI, *Il servizio universale nelle telecomunicazioni*, Franco Angeli, Milano, 1997, M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 181 ss.; F. SAMPERI, *Il servizio universale: concorrenza versus regolamentazione*, in C. VACCA (a cura di), *Regole giuridiche ed evoluzione tecnologica*, EGEA, Milano, 1999, p. 51 ss; A. VALASTRO, *Il servizio universale, fra libertà di comunicazione e diritto all'informazione*, in *DRT*, n. 1, 1999, 56 ss.; si ritiene inoltre di segnalare una "voce fuori dal coro", ovvero quella di S. CASSESE, *La retorica del servizio universale*, in S. FROVA (a cura di), *Nozione ed evoluzione del Servizio Universale nelle telecomunicazioni*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 91 e ss., in cui l'A. si esprime nel senso di ritenere superflua la previsione di un servizio universale in quanto non sarebbe interesse degli operatori escludere una porzione della popolazione dal proprio servizio.

interventi. Il legislatore comunitario si è trovato nella necessità di contemperare due esigenze non immediatamente conciliabili: una nozione troppo ristretta avrebbe comportato, in potenza, effetti lesivi a carico degli utenti, escludendo possibilmente fasce di popolazione dall'accesso al servizio; dall'altro, una nozione eccessivamente estensiva comportava rischi di possibile ostruzione all'accesso sul mercato, dissuadendo gli operatori dall'iniziare le proprie attività, in un circolo vizioso che dall'abbassamento del livello della concorrenza porta potenzialmente a un livellamento in senso deteriore della qualità dei servizi, dei prezzi e dell'attenzione alle innovazioni tecnologiche.[224] La Commissione, conscia dei rischi di una *two tiers society*[225], ha sottolineato con vigore, nella Comunicazione del 13 marzo 1996, intitolata "*Universal service for telecommunications in the perspective of a fully liberalised environment. An essential element of the information society*", la necessità che, nell'ordinamento degli Stati membri, siano adottati criteri comuni, che, al tempo stesso, siano sufficientemente elastici e dinamici da adattarsi alle evoluzioni sociali, culturali e tecnologiche dei cittadini europei. Nel corso del medesimo anno, proseguivano le riflessioni della Commissione sul punto; infatti, con la Comunicazione

---

[224] Così anche G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, op. cit., p. 150.

[225] L'espressione *two tiers society* si può intendere in una duplice accezione, potendo questa indicare sia un divario interno alla popolazione dal punto di vista economico –sociale sia una distinzione tra paesi ricchi e nazioni sottosviluppate. Il servizio universale, garantendo uniformità di accesso tra i cittadini indipendentemente dalla fasce sociali, può essere inteso come un esempio di servizio sociale, secondo la lettura datane da I. NASTI, op. cit., p. 10.

della Commissione europea del 27 novembre 1996, si dettavano agli Stati membri le linee guida relative agli obblighi di contribuzione del servizio universale, chiedendo nel contempo agli Stati membri di fornire adeguate giustificazioni in ordine all'estensione degli obblighi di servizio universale agli operatori mobili, anche in baso al "grado di sostituibilità tra telefonia mobile e telefonia vocale su rete fissa."[226]

Altra questione centrale diveniva la sostenibilità degli obblighi di servizio universale sia dal punto di vista del finanziamento dello stesso che dal punto di vista dell'accessibilità da parte degli utenti. La predisposizione della disciplina di dettaglio viene demandata alle autorità nazionali di regolazione (ANR), con la raccomandazione, da parte della Commissione, di garantire in ogni caso a tutti gli utenti la fruizione delle prestazioni qualificate quale servizio universale[227]. È infatti palese quanto sia cruciale che gli utenti, in particolare le categorie più deboli e disagiate, possano vedere tutelato il proprio accesso ai servizi mediante garanzie quali tariffe speciali, tetti massimi (cd. *price caps*) o altri criteri idonei. La direttiva 96/19/CE, nota come

---

[226] Nella comunicazione sui servizi di interesse generale in Europa del 2001, in esito a tale attività da parte degli Stati membri, la Commissione, all'allegato I, afferma l'esistenza di un sufficiente grado di sostituibilità tra telefonia fissa e mobile, rilevando come "un numero significativo di utenti privati, specie quelli meno abbienti, opta ormai per il solo telefono portatile invece del servizio di linea fissa".

[227] F. SAMPERI, Il servizio universale: concorrenza versus regolamentazione?, in C. Vacca (a cura di) Regole giuridiche ed evoluzione tecnologica, Milano, 1999, p. 51.

direttiva *full competition* [228], nel far rientrare nell'ambito liberalizzato la telefonia fissa diretta agli utenti, prevede altresì che gli Stati membri consentano ai propri operatori di telecomunicazioni di riequilibrare le tariffe, tenendo conto delle specifiche condizioni del mercato e della necessità di garantire la possibilità economica di accedere al servizio universale.

È nel 1998, con la direttiva 98/10/CE del 14 gennaio 1998, che i vari interventi sino a quel momento stratificatisi con una disomogenea pluralità di atti normativi vengono risolti da una sistemazione più organica e razionale del quadro normativo. In particolare, la direttiva 98/10 costituisce una dichiarazione di intenti già dai considerando: nel primo, infatti, viene ribadito il già ricordato principio in base al quale il servizio universale è una nozione dinamica, che si evolve conformemente al progresso tecnologico, alle tendenze del mercato e alla domanda degli utenti. Le previsioni della direttiva forniscono una più precisa definizione di servizio universale – nel terzo considerando e all'art. 2, comma 2, lett. f) – "*un insieme minimo di servizi, di una data qualità, a disposizione di tutti gli utenti, indipendentemente dalla localizzazione geografica e offerto, in funzione delle specifiche condizioni nazionali, ad un prezzo abbordabile*". La direttiva prevedeva altresì criteri relativi alla qualità del servizio e del relativo prezzo (ricordiamo necessariamente abbordabile), stabiliva una pluralità di disposizioni

---

[228] Un approfondito commento è presente in P. CASSINIS, *Liberalizzazione dei servizi delle infrastrutture di telecomunicazioni in ambito comunitario: prime considerazioni sulla direttiva* full competition, in *Dir. Inf.*, 1997, p. 249.

riguardanti i diritti degli utenti, con particolare riferimento alla tutela della categoria dei disabili, introducendo inoltre l'obbligo per gli Stati di approvare adeguati meccanismi di finanziamento del servizio universale per assicurarne la copertura dei costi. Si ritiene di particolare rilevanza evidenziare questo passaggio: l'introduzione del servizio universale segna un'inversione di prospettiva del legislatore comunitario, passando da un'azione incentrata sulla concorrenza a una maggiore focalizzazione sui diritti degli utenti e la tutela degli stessi.

Tuttavia, gli interventi sin qui esaminati non erano e non potevano essere considerati sufficienti[229]. Ciò non deve stupire, visto che *in nuce* le stesse norme comunitarie esaminate ammettevano la possibilità di una revisione per poter mantenere aderenza al tessuto sociale ed economico della Comunità. In realtà, la genesi del secondo processo di riforma deve farsi risalire a un momento antecedente, anche se di poco, alla direttiva del 1998: si parla del Libro verde sulla convergenza tra i settori delle telecomunicazioni, dell'audiovisivo e delle tecnologie dell'informazione e sulle sue implicazioni normative, presentato nel dicembre del 1997.

L'analisi della Commissione individuò come punto di partenza la necessità di definire un quadro normativo che disciplinasse la convergenza tra il settore delle telecomunicazioni e quello radiotelevisivo e stimolasse la crescita e l'accesso di nuovi soggetti al nuovo mercato in via di formazione. Di qui, la necessità di procedere

---

[229] J.E. STIGLITZ, *Globalization and Its Discontents*, trad. it. *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Einaudi Editore, Torino, 2002.

ad un estensivo intervento di riforma, quanto più possibile uniforme a livello comunitario. Il Libro Verde del 1997 indicò diverse opzioni di sviluppo, tra cui prevalse un modello che, prendendo atto del tema della convergenza che, stante il progresso tecnologico, portava a un progressivo sgretolarsi dei confini, ora non più non così netti, delle aree dei servizi di telecomunicazione e della radiotelevisione. Il risultato cui tende in tale momento storico l'azione della Comunità è quello di creare un unico sistema normativo, rompendo la tradizionale e netta separazione della regolazione del contenuto da quella del servizio. Si suggella così il passaggio dalla vecchia dicitura di "telecomunicazioni" per la presente ed attuale "comunicazioni elettroniche", contrassegnata dal venir meno della separazione verticale in settori ma da una disciplina articolata orizzontalmente tra reti, servizi e contenuti[230].

---

[230] La disciplina specifica dei contenuti è tuttavia rimasta indipendente dal quadro normativo in tema di comunicazioni elettroniche, rinvenendo la propria base legislativa attualmente nel testo consolidato rappresentato dalla direttiva 2010/13/UE, cd. Direttiva sui servizi di media audiovisivi, che ha abrogato le precedenti direttive di sistema 89/553/CEE, cd. Direttiva TV senza frontiere, e 2007/65/CE, cd. Direttiva SMAV. Infatti, come previsto nel Considerando 5 della direttiva 2002/21/CE "*La convergenza dei settori delle telecomunicazioni, dei media e delle tecnologie dell'informazione implica l'esigenza di assoggettare tutte le reti di trasmissione e i servizi correlati ad un unico quadro normativo. (…) È necessario separare la disciplina dei mezzi di trasmissione dalla disciplina dei contenuti. Di conseguenza, il presente quadro normativo non si applica ai contenuti dei servizi forniti mediante reti di comunicazione elettronica che utilizzano servizi di comunicazione elettronica, come i contenuti delle emissioni radiotelevisive, i servizi finanziari e taluni servizi della società dell'informazione e lascia quindi impregiudicate le misure adottate a livello comunitario o nazionale riguardo a tali servizi in ottemperanza alla normativa comunitaria, per promuovere la diversità culturale e linguistica e per assicurare la difesa del pluralismo dei mezzi di informazione. Il contenuto*

La svolta che portò all'adozione delle proposte normative si ebbe con la cd. "*Review 1999*", ovvero la Comunicazione COM 1999 (539) della Commissione europea intitolata "*Verso un nuovo quadro per l'infrastruttura delle comunicazioni elettroniche e i servizi correlati – Esame del 1999 del quadro normativo delle comunicazioni*". In tale atto si trovano le duplici linee portanti della politica che la Comunità intendeva perseguire sul tema: da un lato, una sorta di "testo consolidato" che riordinasse in modo organico la disciplina del settore, dall'altro gettava le basi per la futura regolazione del settore.

Le proposte di azione della *Review '99* entrarono peraltro a far parte di una nuova Comunicazione della Commissione europea contenente il "Piano d'azione *e-Europe*" e le indicazioni programmatiche fornite dalla Commissione nella *Review* sfociano in un percorso di razionalizzazione ed evoluzione del quadro normativo in tema di comunicazioni elettroniche, il cui avvio viene convenzionalmente fatto risalire al 29 giugno del 2000, con il Consiglio europeo riunitosi a Feira, che diede il via libera alla Commissione europea per avviare formalmente il procedimento legislativo. Nel luglio dello stesso anno, la Commissione presentò un "pacchetto

---

dei programmi televisivi è disciplinato dalla direttiva 89/552/CEE del Consiglio del 3 ottobre 1989, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive. La separazione della disciplina dei mezzi di trasmissione dalla disciplina dei contenuti non incide sul riconoscimento dei collegamenti fra i due aspetti, in particolare al fine di garantire il pluralismo dei mezzi di informazione, la diversità culturale e la protezione dei consumatori."

normativo" che, al termine di due anni di intensa attività consultiva tra le istituzioni e gli Stati membri, sarebbe divenuto nel 2002 il nuovo quadro normativo delle comunicazioni elettroniche. Questo è stato approvato al termine di una lunga elaborazione, caratterizzata da un ampio confronto avente quali parti principali le Istituzioni comunitarie, gli Stati membri e gli stakeholder, tenendo altresì conto delle indicazioni ricevute dai Consigli europei di Lisbona[231] e di Feira e si compone di cinque direttive d'armonizzazione approvate dal Parlamento europeo e dal Consiglio; di una direttiva della Commissione, di una decisione adottata ex art. 95 del TCE e di un regolamento[232]. Tale pacchetto sostituisce i numerosi atti normativi stratificatisi nel tempo, il cui numero ammontava a oltre venti.

Gli elementi in cui si articola il nuovo quadro normativo sono le direttive del Parlamento europeo e del Consiglio 2002/21/CE (cd. direttiva quadro), 2002/19/CE (cd. direttiva accesso), 2002/20/CE (cd. direttiva autorizzazioni), 2002/22/CE (cd. direttiva servizio universale),

---

[231] Il Consiglio europeo di Lisbona tenutosi il 23 e 24 marzo 2000 ha messo in atto una complessa strategia di durata decennale volta a trasformare il mercato europeo in maniera da renderlo competitivo alla luce delle profonde trasformazioni in atto al termine del processo di apertura alla concorrenza.

[232] Ci si riferisce al Regolamento 2887/2000/CE del 18 dicembre 2000 relativo all'accesso disaggregato alla rete locale è pubblicato in GUCE n. L 336/4 del 30 dicembre 2000. Quest'ultimo, seppur non approvato contestualmente al resto del "Pacchetto", ne costituisce parte integrante. Il contenuto del Regolamento è relativo all'obbligo di consentire l'accesso al tratto finale (cd. ultimo miglio) o di singoli elementi della rete locale dell'operatore di telecomunicazioni proprietario dell'infrastruttura, consentendo agli operatori cd. nuovi entranti il diritto di accesso e conseguentemente la facoltà di offrire ai clienti finali i propri servizi.

2002/58/CE (cd. direttiva protezione dati), la direttiva della Commissione 2002/77/CE (cd. direttiva concorrenza), cumulativamente denominate altresì "direttive speciali", la decisione 2002/676/CE (decisione spettro radio) ed il regolamento 2887/2000/CE (regolamento accesso disaggregato)[233].

Il quadro normativo del 2002 appare particolarmente innovativo soprattutto relativamente all'*acquis communautaire* fino ad allora consolidatosi. Per apprezzarne la portata evolutiva nella regolazione del settore, si ritiene di passare in rasegna i principali punti che costituiscono i pilastri della riforma. In via generale, per apprezzare la portata propulsiva dello sviluppo comportato dall'adozione del pacchetto, occorre evidenziare l'estensione del campo di applicazione della nuova disciplina comunitaria fin dalle definizioni. L'art. 1, comma 1, della direttiva quadro è una chiara dichiarazione di intenti: istituire "un quadro normativo armonizzato per la disciplina dei servizi di

[233] Il quadro normativo come sopra esposto è inoltre arricchito da ulteriori atti che meglio declinano le disposizioni ivi espresse ovvero ne costituiscono applicazione. Ci si riferisce, tra gli altri, alla decisione della Commissione 2002/627/CE, del 29 luglio 2002, che istituisce il Gruppo dei regolatori europei (ERG), alle Linee guida elaborate dalla Commissione per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato del 9 luglio 2002 e la Raccomandazione sui mercati rilevanti dei prodotti e dei servizi nell'ambito del nuovo quadro regolamentare delle comunicazioni elettroniche adottata dalla Commissione l'11 febbraio 2003.

comunicazione elettronica, delle reti di comunicazione elettronica e delle risorse e dei servizi correlati" [234].

L'ambito d'applicazione risulta, quindi, ampliato rispetto alle precedenti formulazioni. Infatti, nella nozione di reti di comunicazione elettronica rientrano, ai sensi dell'art. 2, lett. a), della direttiva quadro, gli impianti di trasmissione, le reti di telecomunicazioni fisse e mobili, le reti di radiodiffusione e telediffusione terrestre e le reti internet. Tra i servizi di comunicazione elettronica disciplinati dal pacchetto, invece, rientrano ai sensi dell'art. 2, lett. d), della direttiva quadro, "*i servizi ... consistenti esclusivamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazione elettronica compresi i servizi di telecomunicazione e di trasmissione nelle reti utilizzate per la diffusione circolare dei contenuti*". Infine, l'art. 2, lett. e), definisce che per risorse correlate ad una rete o ad un servizio di comunicazione elettronica vanno intese quelle necessarie per supportare la fornitura delle reti e dei servizi come ad esempio i sistemi d'accesso condizionato o le guide elettroniche ai programmi. Per contro non rientrano nel campo d'applicazione del pacchetto di direttive, in quanto espressamente esclusi, i servizi di comunicazione elettronica che forniscono contenuti o che esercitano un controllo editoriale su tali contenuti, i servizi della società dell'informazione non consistenti interamente e prevalentemente nella

---

[234] Cfr. P. NIHOUL, P. RODFORD, EU Electronic Communications Law. Competition and Regulation in the European Telecommunications Market, cit., p. 21, F.M. SALERNO, Telecomunicazioni ed Autorità indipendenti: appunti sullo sviluppo dei rapporti tra diritto comunitario ed organizzazione amministrativa europea, in Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comun., 2003, p. 679 ss.

trasmissione di segnali su reti di comunicazione elettronica, i servizi relativi alle trasmissioni televisive, in quanto espressamente esclusi dal considerando 5. Il legislatore europeo opta infatti, pur prendendo atto della convergenza che già allora iniziava ad avvicinare i due settori, ritiene che una regolazione parallela del servizio e del contenuto sia più confacente al raggiungimento degli obiettivi di una maggiore efficacia e specificità della regolazione, dimostrando in tal modo di aver preso atto del superamento della identificazione tra mezzo fisico di trasmissione impiegato e contenuto trasmesso, che per molto tempo è stata principio cardine della disciplina del settore.

Il nuovo quadro è, quindi, neutrale rispetto alla scelta della tecnologia trasmissiva: in altre parole, ai fini della disciplina di settore, è indifferente che si tratti di servizi telefonici, fissi o mobili che siano, ovvero di trasmissione dati, che ciò avvenga via fax oppure, ad esempio, per email, o che la rete utilizzata per la trasmissione sia via cavo, via etere, via satellite oppure via internet[235]. L'approccio del legislatore comunitario è dunque "tecnologicamente neutrale", volendo sottoporre tutti i menzionati servizi a una disciplina uniforme, individuando esso stesso le esclusioni dall'ambito di applicazione, non concedendo tale facoltà agli Stati membri. L'obiettivo di armonizzazione che il legislatore comunitario si prefiggeva può dunque dirsi, in questa fase, conseguito. Se questo è il nuovo approccio

---

[235] Così, F. DONATI, Il pluralismo informativo nello scenario della convergenza, in G. MORBIDELLI e F. DONATI (a cura di), Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?, Giappichelli, Torino, 2003, p. 78.

utilizzato dalla Comunità europea per assicurare un'omogenea disciplina di settore negli Stati membri, il pacchetto del 2002 vede un ruolo di maggior risalto, rispetto al quadro normativo previgente, per le Autorità nazionali di regolazione.

L'obbligo comunitario, per cui in ogni Stato debba essere istituito un soggetto indipendente con compiti di regolazione e vigilanza nel settore delle telecomunicazioni elettroniche risale già alla direttiva 88/301/CEE, in modo da fornire un "arbitro" che potesse guidare il passaggio dal monopolio di Stato al libero mercato. Le caratteristiche di tale ente (indipendenza, elevata specializzazione tecnica, criteri procedurali ed operativi) sono andati delineandosi sempre più precisamente via via che gli interventi comunitari si susseguivano.[236]

---

[236] Non è mancata, in dottrina, chi abbia fatto rilevare come la sempre maggior precisione e specificità della normativa comunitaria in tema potesse costituire una crescente ingerenza comunitaria nel sistema amministrativo nazionale. Si è parlato a tale proposito di "signoria comunitaria" sui diritti amministrativi nazionali e le autorità nazionali di regolazione sono state interpretate come enti autarchici comunitari. Ci si riferisce a S. CASSESE, La signoria comunitaria sul diritto amministrativo, in Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario, n. 2-3 del 2002, p. 291 ss. Meno netta la posizione di F. ASTONE, Riforma della P.A. e ordinamento comunitario, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2002, p. 60, che ritiene il sistema delle ANR come coamministrazione, ritenendo, tuttavia, che, se da un lato si può affermare che appare ormai parzialmente superato il principio comunitario per cui l'organizzazione amministrativa degli Stati è riservata alla competenza di questi ultimi, in virtù dell'indifferenza dell'assetto istituzionale dei paesi aderenti alla Comunità, tuttavia, pur con i caveat del caso, la Corte di giustizia aveva già provveduto ad affermare con la sentenza Marleasing, causa 106/89, Raccolta 1990-1-4135, come in linea generale si debba applicare il principio di leale collaborazione di cui all'art. 10 del Trattato CE, per cui l'amministrazione è tenuta ad adottare le

Inoltre, le caratteristiche e le funzioni di tale ente sono state precisate dalle direttive che hanno liberalizzato i servizi e le reti di telecomunicazioni. Le normative comunitarie che si sono susseguite hanno, infatti, provveduto da un lato a disegnare in maniera via via più precisa le caratteristiche istituzionali e funzionali dell'ente, dall'altro a selezionare ed attribuire ad esso direttamente funzioni e compiti di regolazione.

1.3. L'affermazione del servizio universale e il ruolo delle istituzioni nazionali.

La prima novità circa il ruolo delle ANR nel nuovo sistema normativo delle comunicazioni elettroniche discende direttamente dal

---

misure di carattere generale e particolare che siano necessarie al rispetto ed all'esecuzione degli obblighi comunitari, consentendo, secondo J.H.H. WEILER, Il sistema comunitario europeo, Il Mulino, Bologna, 70 di armonizzare maggiormente la disciplina interna con quella europea. In riferimento, infine, all'impatto della normativa comunitaria in materia di comunicazioni elettroniche sull'organizzazione degli Stati membri, si vedano, S. CASSESE, Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni, in G. MORBIDELLI e F. DONATI (a cura di), Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?, cit., 33 ss., e R. PEREZ, Telecomunicazioni e concorrenza, cit., 113. Secondo PEREZ è necessario sottolineare che l'amministrazione europea non si sostituisce a quelle nazionali, in quanto il rapporto è di integrazione o comunque di sinergia di funzioni tra l'amministrazione europea e quella nazionale, sulla base del principio di sussidiarietà, per il raggiungimento dei fini individuati in sede europea. La convergenza amministrativa, infatti, avrebbe per l'A. il pregio di agevolare una crescente integrazione dei due ordinamenti. A conclusioni simili giunge anche E. KLEIN, L'influenza del diritto comunitario sul diritto amministrativo degli Stati membri, in Riv. it. dir. pubbl. comun., 1993, p. 683 ss.

campo d'applicazione del pacchetto del 2002, in quanto, essendosi ampliato l'ambito di applicazione della disciplina, si estendeva altresì, come logica conseguenza, anche il campo sottoposto ai poteri regolatori e di vigilanza delle ANR. L'ampliamento del campo d'azione delle ANR è evidente sia nella direttiva quadro sia nelle direttive speciali, le quali, individuano, ciascuna in riferimento al proprio oggetto, obblighi generali e obblighi asimmetrici che le ANR possono imporre agli operatori di rete ed ai fornitori di servizi.

Per ciò che attiene ai requisiti soggettivi e funzionali la "direttiva quadro" procede, all'art. 3, rubricato "Autorità nazionali di regolazione[237], alla definizione ed all'individuazione degli elementi distintivi che devono necessariamente caratterizzare le ANR. Requisito imprescindibile è innanzitutto la rispondenza al criterio demandato dal diritto comunitario dell'indipendenza. Ai sensi dell'art. 3, comma 2, della direttiva quadro, gli Stati membri devono, infatti, garantire che queste "siano giuridicamente distinte e funzionalmente autonome da tutti gli organismi che forniscono reti e/o servizi di comunicazione elettronica". Inoltre, qualora gli Stati membri mantengano la proprietà o il controllo di imprese che operano nel settore delle comunicazioni elettroniche, la norma introduce un obbligo di separazione strutturale

---

[237] Come è stato rilevato da F.M. SALERNO, Soggetti, funzioni e procedure della regolazione, in G.F. CARTEI – M. CLARICH (a cura di), Il Codice delle comunicazioni elettroniche, p. 72., tale articolo riassume "il processo di stratificazione normativa che si è verificato a livello comunitario in merito alla definizione del soggetto titolare del potere di regolazione nel settore delle telecomunicazioni nei sistemi giuridici nazionali".

tra attività di regolamentazione ed attività relative alla gestione e al controllo. Trova così collocazione nel quadro normativo un duplice principio elaborato in sede comunitaria: da un lato l'indipendenza legale, dall'altro la separazione strutturale [238], principi che, fondendosi, arricchiscono di maggior pervasività ed efficacia la nozione di indipendenza del regolatore nazionale. La formulazione della norma, tuttavia, lascia sorgere una questione di non scarsa rilevanza: in dottrina ci si è infatti interrogati se la precisazione che, qualora lo Stato mantenga la proprietà o il controllo di un fornitore di servizi di comunicazioni elettroniche, l'ANR deve essere strutturalmente separata dal potere politico consenta, in generale, l'assunzione delle funzioni di regolazione da parte del Ministro competente qualora, ovviamente, lo Stato non mantenga il controllo o la proprietà di un operatore [239]. Il dato normativo letterale non sembra escludere in astratto questa possibilità; è solo l'attività ermeneutica della

---

[238] F.M. SALERNO, Telecomunicazioni ed Autorità indipendenti: appunti sullo sviluppo dei rapporti tra diritto comunitario ed organizzazione amministrativa europea, cit., 701

[239] Così R. PEREZ, *Disciplina europea delle comunicazioni elettroniche e ordinamento nazionale,* in R. PEREZ (a cura di), Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche, Giuffrè, Milano, 2004, p. 12 (nota 24). Si v. anche P. NIHOUL, P. RODFORD, *EU Electronic Communications Law. Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, cit., p. 24. In maniera parzialmente difforme R. ZACCARIA, *Le competenze dello Stato e delle Regioni in materia di "ordinamento della comunicazione",* in V. CERULLI IRELLI, C. PINELLI (a cura di), *Verso il federalismo. Normazione e amministrazione nella riforma del Titolo V della Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 2004,p. 267 ss.

Commissione europea a chiarire [240] che le istituzioni comunitarie prediligono un sistema in cui i compiti di vigilanza e regolazione siano attribuita a un'autorità slegata dal Governo. Oltre che sulla base della maggiore preparazione tecnica posseduta dall'autorità di regolazione rispetto al Ministero, la Commissione prende soprattutto in considerazione la preoccupazione che l'assunzione di (tutti o solo di alcuni) poteri regolatori in capo al Ministero competente in tema di comunicazioni, possa in qualche modo alterare il regolare recepimento e svolgimento dell'attività di regolazione, legandola agli equilibri e alle mutevoli tendenze politiche, esponendo a possibili rischi l'uniformità dell'applicazione del diritto comunitario all'interno.

La direttiva quadro, all'art. 3, comma 3, quale ulteriore garanzia di sistema, accanto al requisito soggettivo dell'indipendenza gli Stati membri devono anche garantire che le ANR esercitino i loro poteri in modo imparziale e trasparente. Tale obbligo di trasparenza ed imparzialità ha come specifiche ricadute procedimentali il principio del contraddittorio, il diritto di accesso delle parti interessate e la conoscibilità delle decisioni dell'ANR.

---

[240] Infine, sul punto specifico si veda *l'Ottava Relazione sull'attuazione del quadro normativo per le telecomunicazioni. La regolamentazione e i mercati europei delle telecomunicazioni*, in cui la Commissione europea approfondisce la possibilità di adottare un sistema "misto" che preveda poteri concorrenti di Ministero competente e Autorità di regolazione. Al termine dell'analisi comparativa, la Commissione statuisce espressamente di rigettare, per più motivi, questa ipotesi, privilegiando il modello "ANR-centrico", in cui tutte le funzioni che appartenevano al Ministero sono state trasferite ad un'Autorità indipendente.

Un'attenzione specifica deve essere, quindi, posta a quelle norme procedurali, dettate nel nuovo quadro normativo europeo, che obbligano tutte le ANR nell'esercizio dei loro compiti a garantire l'instaurarsi del contraddittorio nei procedimenti decisionali.

A questo riguardo ha un particolare rilievo l'art. 6 della direttiva quadro che introduce in via generalizzata, e cioè per qualunque procedimento previsto dalla direttiva quadro oppure dalle "direttive speciali", il procedimento basato sul "notice and comment", ovvero l'apertura del procedimento a tutte le parti interessate, cui viene riconosciuta la facoltà di presentare le proprie osservazioni sul progetto di misure che l'ANR intende adottare, prima, quindi, dell'adozione definitiva del provvedimento.

Ora, per quello che qui rileva, si deve sottolineare che l'uniformazione delle procedure a livello comunitario, compresa la definizione di principi essenziali circa i procedimenti amministrativi, ha un impatto notevole sui sistemi amministrativi nazionali ed in particolare in quegli ordinamenti che vedono disciplinati i procedimenti amministrativi con specifiche norme.

L'obiettivo del legislatore europeo era infatti anche quello di uniformare quanto più possibile, semplificandolo nel contempo, il quadro procedurale e amministrativo, per garantire anche dal punto di vista procedimentale una maggiore armonizzazione.

Nell'ambito del pacchetto del 2002, la più volte menzionata direttiva quadro, che oltre alla "europeizzazione" delle autorità nazionali di regolazione prevede la procedura per l'imposizione di obblighi ex ante agli operatori che rivestono un significativo potere di mercato oltre a costituire una disciplina generale, rispetto alla quale le altre direttive del pacchetto recano disciplina di dettaglio, applicabile solo nel rispetto delle previsioni generali. Si intende, nel prosieguo del

presente capitolo, dare conto di una sola delle direttive di dettaglio, ovvero la direttiva 2002/22/Ce, già menzionata, di seguito anche direttiva servizio universale, esaminando il suo impatto sull'ordinamento nazionale e la sua implementazione ad opera dell'Autorità nazionale di regolazione italiana, individuata nell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, sopra già menzionata, oltre che delle altre amministrazioni su cui la regolazione del servizio universale ha impatto, ovvero il Ministero [241], l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, la Commissione europea.

Come emerge dai considerando, la direttiva sostituisce la precedente normativa comunitaria, la cui evoluzione abbiamo tratteggiato nei precedenti paragrafi, in aderenza ai principi disposti dalla direttiva quadro già citata, disciplinando con un approccio neutrale e convergente le reti e i servizi di comunicazione elettronica[242].

La nozione di servizio universale (d'ora in poi anche SU) per uanto riguarda il tenore letterale della norma è confermata nella formulazione di cui alla già vista direttiva 96/19/CE, come arricchiata di nuove sfumature dalla direttiva 97/33/CE: il servizio universale è "un insieme minimo definito di servizi di determinata qualità disponibile a

---

[241] Essendo venuto meno, nel 2008, il Ministero delle comunicazioni, accorpato ora con il Ministero dello sviluppo economico, con il termine "Ministero" ci si riferisce in prosieguo alla competente Direzione del Ministero per lo sviluppo economico competente per materia.

[242] Ma non, come abbiamo già visto, i contenuti dei servizi stessi, che rientrano nella disciplina specifica recata dalla direttiva sui servizi di media audiovisivi.

tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e, tenuto conto delle condizioni specifiche nazionali, ad un prezzo abbordabile". Se insomma la forma definitoria del SU non cambia, cambia, decisamente, la sostanza: abbiamo già visto come la direttiva quadro allargasse l'ambito oggettivo di applicazione della disciplina delle comunicazioni elettroniche in un'ottica di neutralità regolamentare e di presa d'atto del fenomeno della convergenza. Possiamo quindi affermare che, poiché il disposto della direttiva servizio universale si impernia sulle previsione della direttiva quadro, il servizio universale si intende per ciò solo automaticamente steso alla disciplina della fornitura di tutte le reti e i servizi di comunicazione elettronica agli utenti finale, includendosi quindi anche le reti utilizzate per la distribuzione di servizi di radiodiffusione televisiva o radiofonica[243] al pubblico, che sia via cavo, via satellite o via frequenze terrestri [244] ;

---

[243] Sull'impatto della direttiva servizio universale sul servizio pubblico radiotelevisivo si rinvia alla successiva sezione del presente capitolo, e si veda V. Zeno Zencovich, Il "servizio pubblico radiotelevisivo" nel nuovo quadro normativo comunitario, in Dir. Inf., 2003.

[244] Allora si parlava di televisione analogica, al giorno d'oggi, dopo il cd. *Switch off* del 2012, che concludeva, con un gravoso ritardo, il percorso iniziato con la l. 66/2001, le frequenze terrestri sono integralmente utilizzate con tecnologia digitale. Ciò non vuol dire che la trasmissione avvenga con una tecnica diversa dalle radiofrequenze, ma che ci si avvale di una diversa tecnica trasmissiva che rende la capacità trasmissiva delle medesime frequenze terrestri assai più ampia, consentendo dunque la possibilità di ospitare molte più emittenti e quindi di consentire l'accesso sul mercato di un maggior numero di operatori. Sul cd. Pluralismo esterno si veda la prossima sezione del presente capitolo. Per un maggior approfondimento sul tema del digitale terrestre si rinvia a F. BRUNO – G. NAVA, *Il nuovo ordinamento delle*

inoltre, la disciplina può applicarsi anche alle reti non espressamente menzionate dalla direttiva, ma usate da un numero significativo di utenti finali [245] quali mezzo principale di ricezione di servizi di diffusione. Possiamo così affermare che, in base al combinato disposto delle previsioni specificamente dedicate dalla direttiva SU con quelle della direttiva quadro sull'ambito di applicazione, la disciplina sul servizio universale abbraccia ora l'intero settore dei mezzi di comunicazione di massa [246]. Gli articoli da 3 a 10 della direttiva descrivono quei servizi che rientrano nella nozione di servizio universale propriamente intesa, che sono gli unici a poter essere computati come costo netto e quindi ammessi al meccanismo di finanziamento ai sensi dell'art. 13, comma 2. Di particolare rilevanza il disposto dell'art. 3, in base al quale gli Stati membri determinano il modo più adeguato ed efficace per garantire l'attuazione del servizio universale, nel rispetto dei principi di obiettività, trasparenza, non discriminazione e prporzionalità, mirando a limitare le distorsioni del mercato, il particolare la fornitura di servizi a prezzi o ad altre

---

comunicazioni – Radiotelevisione, comunicazioni elettroniche, editoria, Giuffrè, Milano, 2006,p. 933 e ss., in particolare da p. 941 in poi.

[245] Così il considerando 44 della direttiva SU: "Le reti utilizzate per la distribuzione di servizi di diffusione televisiva o radiofonica al pubblico includono reti di trasmissione via cavo, via satellite e terrestre; esse potrebbero inoltre includere altre reti purché un numero significativo di utenti finali le utilizzi come mezzo principale di ricezione di tali servizi di diffusione".

[246] Sulla base della regola della convergenza, che vede le norme comunitarie siano applicate anche al settore radiotelevisivo, pertanto, anche al servizio pubblico radiotelevisivo si dovranno applicare i principi del servizio universale così delineati.

condizioni che divergano dalle normali condizioni commerciali, tutelando nel contempo l'interesse pubblico.

Tra le prestazioni costituenti il servizio universale rientrano il servizio di telefonia vocale in postazioni fisse e la fornitura di servizi telefonici, ivi inclusa la connessione alla rete di comunicazione pubblica a velocità di trasmissione tale da consentire "un accesso efficace"[247] a internet, la fornitura periodica dell'elenco degli abbonati, l'accesso ad almeno un servizio di consultazione degli elenchi, l'installazione dei telefoni pubblici a pagamento, sempre che l'ANR non verifichi, sulla base di procedure di consultazione, la loro ampia disponibilità. Specifiche previsioni, poi, sono adottate con riferimento alla garanzia a utenti disabili o con specifiche esigenze sociali fruiscano di un accesso a condizioni abbordabili a un servizio che sia equivalente a quello degli altri utenti finali.

Sotto al profilo della gestione del servizio universale, la direttiva SU prevede che gli Stati possano attribuire anche a più operatori l'obbligo di fornitura degli stessi, fermo restando in ogni caso l'obbligo di un sistema di assegnazione efficace, trasparente, e non discriminatorio, in cui non possa verificarsi che un'impresa sia a priori esclusa.

Con riferimento alle tariffe, la direttiva attribuisce alle ANR il compito di svolgere un'attività di controllo sull'evoluzione e il livello delle tariffe al dettaglio dei servizi compresi nel servizio universale, con

---

[247] Si rinvia al successivo paragrafo per una critica sulla formulazione scelta dal legislatore comunitario.

particolare riguardo ai prezzi di consumo e al reddito dei consumatori, avendo la possibilità di prevedere, per categorie di utenti disagiati o con particolari esigenze, correttivi tariffari che agevolino la possibilità per questi di fruire dei servizi. In tale eventualità, le ANR provvedono a che le condizioni tariffarie siano pubbliche, trasparenti, non discriminatorie e che non impongano all'utente oneri iniqui o che non risultino necessari per il servizio richiesto. Inoltre, il consumatore deve vedersi riconosciuto il diritto a controllare le proprie spese e a non subire ingiustificatamente una cessazione del servizio.

L'art. 11 della direttiva prevede la pubblicazione di informazioni sui parametri predeterminati e metodi di misura e l'inadempimento degli obblighi qualitativi può determinare l'adozione di misure specifiche secondo quanto previsto dai provvedimenti generali di autorizzazione. L'art. 12 prevede invece la disciplina relativa ai costi di fornitura del servizio, stabilendo che, laddove si imponga un onere finanziario eccessivo, le ANR possono procedere al calcolo del costo netto degli obblighi, computando altresì il vantaggio derivante dalla fornitura di questi alle imprese, oppure utilizzare i costi netti della fornitura del servizio universale. In applicazione dei principi-guida di trasparenza e accessibilità delle informazioni, la norma prevede altresì, in tale eventualità, la sottoposizione del costo netto alla verifica dell'autorità di regolazione (o, se del caso, di un organismo indipendente) e la pubblicazione dei risultati del calcolo e della relativa verifica. Sotto al profilo del ristoro dei costi sopportati dall'operatore, laddove l'onere sia eccessivo, l'art. 13 prevede l'indennizzo dell'operatore mediante il ricorso, in condizioni di pubblicità e trasparenza, a fondi pubblici all'uopo attivati, ovvero attraverso il ristoro dei costi netti da parte delle imprese del settore. Infine, di particolare interesse la previsione dell'art. 15, in base al quale la

Commissione è tenuta ad effettuare un riesame periodico (dopo due anni dall'entrata in vigore della direttiva, ogni tre anni in seguito) del contenuto del servizio universale, soprattutto per proporre le modifiche che si verifichino necessarie al Parlamento europeo e al Consiglio; la ratio della norma è chiara, essendo un bilanciamento di sistema che tenga conto di quella elasticità e dinamicità dei criteri dei servizio universale che abbiamo già menzionato, in modo da rendere l'istituto facilmente adattabile alle evoluzioni sociali, culturali e tecnologiche dei cittadini europei.

Il recepimento in Italia è avvenuto ad opera del d.lgs. 259/2003, recante il "Codice delle comunicazioni elettroniche", *corpus* normativo nel quale trovano collocazione le norme di recepimento delle quattro direttive del 2002 e che sostituisce le disposizioni di settore del già menzionato d.P.R. 156/73, recante Codice postale di bancoposta e delle telecomunicazioni. Trattandosi di norme di recepimento in gran parte aderenti al disposto della direttiva, si ritiene di segnalare soltanto le disposizioni che maggiormente comportano rilievi critici o la cui portata si discosta parzialmente rispetto all'originaria disposizione comunitaria. Un primo aspetto che colpisce è la scomparsa, rispetto alla norma comunitaria, dell'espresso riferimento del diritto degli utenti finali alla ricezione dei servizi rientranti nel paniere del servizio universale. Infatti, il recepimento nel Codice inizia, inspiegabilmente, dalla disposizione equivalente all'art. 3 della direttiva 2002/22[248]. Un primo profilo si collega al tema già anticipato sopra laddove si parlava

[248] Come rilevato da I. Nasti, op. cit., p. 47.

della possibile attribuzione a organi politici di competenze in tema di comunicazioni elettroniche: ci si riferisce alla competenza concorrente, in materia, tra l'ANR, individuata nell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, e il competente Ministero[249]. Il Codice, infatti, agisce sulla ripartizione di competenze tra Ministero e AGCOM attribuendo al primo talune nuove competenze e funzioni consultive più incisive che nella previgente disciplina[250], quali la funzione di vigilanza sui comportamenti degli operatori, la vigilanza sull'elenco abbonati e i servizi di consultazione degli elenchi, il potere di disciplinare la portabilità del numero. Relativamente agli obblighi di fornitura del servizio universale, è il Codice stesso a individuare, all'art. 58, il soggetto designato, ovvero Telecom Italia, non escludendo, tuttavia, in linea generale, che il servizio possa essere in futuro fornito da altri operatori del settore, anche se il Codice non stabilisce regole procedurali per l'individuazione del contraente. Soccorrono, in tale caso, i principi generali cui deve conformarsi l'azione degli Stati membri: ovvero i principi di trasparenza, pubblicità e non discriminazione.Gli articoli 62 e 63 descrivono il calcolo del costo netto degli obblighi di servizio universale e il relativo finanziamento.

---

[249] V. supra, nota 242

[250] Per una ricostruzione dei rapporti e del sovrapporsi delle competenze tra Autorità di regolazione e Ministero competente, si veda R. Zaccaria, op. cit., p. 137 e ss. Si rinvia inoltre a M. Mensi, I rapporti tral'autorità nazionale di regolazione e la Commissione europea nel nuovo quadro normativo, in Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche, R. Perez, a cura di, Milano, p. 43 e ss.

Occorre premettere come, concretamente, tre[251] siano le modalità di finanziamento del servizio universale: la compensazione [252], la perequazione ovvero sistema cd. pay or play[253], la ripartizione dei costi tra i corrispettivi dovuti dagli utenti a seconda che gli stessi vivano in zone remunerative o no. Il sistema delineato nel nostro ordinamento è il secondo, ed essendo gestito attualmente il servizio universale da un singolo soggetto, sussiste l'obbligo di provvedere al ristoro economico per i fornitori che non partecipino all'erogazione dello stesso; le

---

[251] Come rilevato da Nasti, op. cit. p. 53.

[252] In breve, si concretizza nella sottrazione alla concorrenza di segmenti di mercato, che rimangon assegnati in esclusiva all'operatore ex monopolista,m il quale compenserà le attività non remunerative mediante i ricavi proveniente dalle attività gestite in esclusiva e che siano remunerative. Una siffatta situazione è stata rigettata dalla Commissione europea, che rileva come, di fatto, si mantenessero i monopoli per taluni segmenti del mercato.

[253] Si tratta di un principio di derivazione comunitaria, che si basa sul semplice metodo di far partecipare l'impresa alla fornitura del servizio universale, ovvero, ove ciò non avvenga, al rimborso dei costi gravanti sul fornitore. Critici sull'impostazione generale F. Lattanzi, Francesco Cantella, in F. Bassan, a cura di, op .cit., p. 119 e ss. In cui si rileva come appare assai poco verosimile che una procedura selettiva per la selezione di ulteriori organismi da deseignare quali fornitori di singole componenti del servizio universale possa incontrare un effettivo interesse: "A ben vedere, se in una certa zona del territorio nazionale (aree rurali scarsamente popolate)non sono disponibili alcuni essenziali servizi di comunicazione questo dipenderà dalla scarsa appetibilità commerciale di quell'arerache non ha stimolato alcuna concorrenza, ma in una condizione di fallimento di mercato è ragionevolmente immaginare una tensione competitiva fra organismi di tlc sufficiente per indurli a contendersi la fornitura di prestazioni quasi certamente non remunerative, per la cui erogazione soprattutto gli operatori alternativi debbono effettuare anche investimenti strutturali?"

modalità sono quelle già esaminate della verifica del costo netto in caso di imposizione di oneri iniqui (elemento, quest'ultimo, che non può essere dato per assodato senza una complessa procedura di verifica, che rientra tra i compiti dell'Autorità).

1.4. La terza riforma di sistema del 2009: un'occasione mancata.

Il Pacchetto del 2002 è poi stato modificato nel 2009 (e recepito nell'ordinamento italiano nel 2012 mediante le modifiche opportune al Codice delle comunicazioni elettroniche e al d. lgs. 196/203 recante cd. Codice privacy), dopo un attento percorso di revisione che ha avuto inizio nel 2005, con un invito (call) rivolto a Stati membri, istituzioni, stakeholder e anche singoli cittadini, a presentare contributi, seguito poi da un'audizione pubblica, tenutasi all'inizio del 2006, cui hanno partecipato oltre 440 soggetti e che ha visto il deposito di circa 160 contributi, di cui la Commissione ha tenuto conto nel predisporre la propria Comunicazione del 29 giugno 2006 sul riesame del quadro normativo. Relativamente a questa seconda fase della consultazione, per la quale vennero depositati 224 contributi recanti osservazioni sulla Comunicazione, questa si è conclusa mediante l'adozione del cd. Telecom Package del 2009[254]. Questo, composto da due direttive e un

[254] La distanza temporale tra le due consultazioni pubbliche e l'adozione del Pacchetto definitivo (oltre 4 anni) è dovuta al travagliato iter di approvazione del Pacchetto, avvenuta solo in terza lettura, facendo addirittura ricorso al Comitato di conciliazione tra Parlamento europeo e Consiglio. Per una ricostruzione del lungo e

regolamento, modifica il pacchetto del 2002: in particolare, la direttiva 2009/140/CE, cd. *Better Regulation*, riforma il quadro normativo volto a garantire la concorrenzialità dei mercati tanto sul versante delle regole asimmetriche quanto sul versante dell'accesso al mercato, per adeguarle al mutato quadro tecnologico e alle esigenze, ormai superate, di mantenere taluni obblighi. Per questo modifica la direttiva 2002/21/CE, cd. direttiva quadro, la direttiva 2002/19/CE, cd. direttiva accesso, la direttiva 2002/20/CE, cd. direttiva autorizzazioni. La direttiva 2009/136/CE, cd. *Citizens' Rights* interviene a modificare il quadro normativo posto a tutela degli utenti tanto sul versante degli obblighi di servizio universale e in genere della protezione dei consumatori, quanto sul versante della protezione dei dati personali generati e veicolati nel settore delle comunicazioni elettroniche, modificando dunque la direttiva 2002/22/CE sul servizio universale e la cd. direttiva e-privacy 2002/58/CE. Infine, il regolamento 2009/1211/CE istituisce il BEREC, ovvero l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche, che costituisce, di fatto, un incardinamento strutturale dell'ERG, European regulatory group, articolandolo come sede privilegiata di discussione tra le ANR nazionali e la Commissione, della quale costituisce una struttura di supporto, con sede a Riga, in Lettonia[255].

---

complesso iter, oltre che della portata della riforma anche per gli aspetti che esulano dal servizio universale, si rinvia a M. OROFINO, Il Telecoms Package: luci ed ombre di una riforma molto travagliata, Riv. it. dir. pubbl. comunit. 2010, 02, p. 513.

[255] Più specificamente sul BEREC, i retroscena della sua istituzione, le sue funzioni e la sua natura giuridica si veda F. BASSAN, *L'evoluzione della struttura*

In realtà, la terza riforma di sistema innova poco relativamente ai profili che qui ci interessano, costituendo anzi un'occasione sprecata stante la mancata ridefinizione del perimetro del servizio universale.

Si attendevano, infatti, dalla riforma comunitaria indicazioni più precise e ridefinizione delle zone più critiche della prassi applicativa, quali la remunerazione del servizio o l'eventuale riconduzione allo stesso anche dell'accesso ad internet con un livello minimo di qualità e velocità della connessione. Speranze riposte invano: il legislatore comunitario, sotto il profilo del servizio universale che qui ci interessa, si è limitato nel suo intervento a interventi chiarificatori di poco conto.

In primo luogo, nel prendere atto della pluralità di soluzioni adottate dagli Stati membri nella trasposizione tra le varie possibilità consentite dalla direttiva, senza preoccuparsi di aumentare il livello di armonizzazione, alquanto scarso, sul punto. Né ha ritenuto necessario, nello specificare l'inclusione della connessione alla rete pubblica fissa per l'accesso via internet[256], di determinare un livello minimo di qualità o velocità del servizio, ritenendo che spetti agli Stati definirla sulla base delle circostanze specifiche del mercato nazionale. La diretta conseguenza è svuotare di significato il tentativo di armonizzazione: se

---

istituzionale nelle comunicazioni elettroniche: una rete non ha bisogno di un centro, in F. BASSAN, a cura di, Diritto delle comunicazioni elettroniche, op. cit., p. 33 e ss., in particolare da p. 47 in poi.

[256] Dall'art. 4, comma 2, della direttiva SU come modificata dalla direttiva Citizens' Rights "La connessione fornita è in grado supportare le comunicazioni vocali, facsimile dati, a velocità di trasmissione tali da consentire un accesso efficace ad internet (..)".

la direttiva non prevede standard di riferimento, gli Stati possono applicare le misure in maniera disomogenea, elevando o diminuendo, a seconda delle possibilità, la velocità della connessione o la qualità di questa, ponendosi dunque evidenti questioni di *digital divide* su cui si ripropone l'ombra della società a due velocità che abbiamo in apertura di capitolo esaminato, con un conseguente indebito frastagliamento della qualità del servizio che varia da paese a paese. Infatti, la direttiva Citizens' Rights sul punto conferma quanto già contenuto nella direttiva servizio universale, laddove essa prevede che la connessione alla rete debba essere in grado di supportare le comunicazioni vocali e dati, a velocità di trasmissione tali da consentire anche un accesso efficace a Internet, tenendo conto delle tecnologie prevalenti usate dalla maggioranza degli abbonati e della fattibilità tecnologica. Questo riferimento a un "accesso efficace" è quanto mai inutile, stante la sua imprecisione. Alla luce degli innumerevoli servizi per cui l'accesso ad internet può essere utilizzato cambia, ovviamente, la richiesta di velocità e di banda al variare dell'applicazione e del servizio. Una connessione sufficiente - in termini di velocità e di ampiezza di banda - per accedere alla propria casella email o per consultare un sito internet è chiaramente diversa rispetto a servizi quali la telefonia VOIP (si pensi a Skype) o per accedere a un servizio di video *on demand* e selezionare un'opera audiovisiva. Molto criticata dalla dottrina [257] la mancata introduzione di una disposizione specifica sull'accesso alla rete internet

[257] Si vedano F. Bassan, op. cit., p. 15 e 16, e M. Orofino, op. cit. .

in regime di servizio universale così come l'indicazione di uno standard minimo di velocità della connessione[258].

Terzo elemento di novità introdotto dalla novella del 2009 è che per la fornitura del servizio universale possono proporsi indifferentemente operatori di rete fissa o mobile, stante il consolidato approccio di neutralità tecnologica adottato da l legislatore comunitario. Quarta e ultima modifica di rilievo, viene specificata la rilevanza autonoma dell'accesso alle pagine utili, ai numeri di emergenza e all'accesso ai servizi da parte degli utenti disabili.

Un profilo generale chiarito dalla direttiva 2009/136/CE è la conferma della possibilità che il servizio universale non sia fornito da un unico soggetto, ma che più operatori, su base geografica ovvero dei singoli servizi da distribuire siano incaricati della fornitura del servizio. Inoltre, si evidenzia come il legislatore europeo, in tale sede di revisione, nulla abbia aggiunto al "paniere" di servizi in cui si sostanzia il servizio universale: da un lato, infatti, non ha ritenuto di aggiungere il servizio di telefonia mobile, ritenendo che le ampie possibilità di accesso a quest'ultimo a prezzi accessibili e concorrenziali non consentisse di dichiarare sussistente la necessità di inserirlo tra i servizi oggetto di obbligo di fornitura. Alla stessa stregua, non è stato inserito, nonostante la grande aspettativa al riguardo, il servizio di connessione internet a banda larga[259]: al riguardo, la Commissione europea ha

---

[258] Specie laddove si consideri che la precedente disposizione di recepimento della prima riforma di sistema, il d.P.R. n. 318/97, prevedeva un velocità minima di connessione di almeno 2400 bit/s.

[259] Sul punto, F. Bassan, op. cit, p. 118, Bruno – Nava, op. cit., p. 617

rappresentato[260] di ritenere, a seguito di analisi del settore, che "i tassi attuali di penetrazione in rapporto al numero di abitanti non soddisfa il criterio di un utilizzo del servizio da parte della maggioranza dei consumatori; pertanto, non sono soddisfatte le condizioni per includere i servizi a banda larga nell'ambito del servizio universale". Certo il tasso di diffusione forse non era sufficientemente elevato, ma dovuto soprattutto a ritardi nelle infrastrutture o a carenza di investimenti per un servizio ritenuto, a torto, di "élite": la diffusione elevatissima di servizi sempre più "pesanti" in termini di dati trasmessi, dai contenuti on demand al crescente traffico di telefonia VOIP (voice over protocol, in cui la trasmissione vocale avviene sulla rete internet anziché sulle tradizionali reti telefoniche) ha creato una vera e propria "fame" di disponibilità della banda larga; l'inserimento nel servizio universale avrebbe potuto, anziché scegliere di fotografare l'esistente, svolgere una funzione di promozione, di volano per lo sviluppo di infrastrutture a banda larga, con conseguente stimolo allo sviluppo dell'industria e ricadute positive nei confronti degli utenti finali.

La speranza è quella che, nelle future revisioni del contenuto del servizio universale, che potrebbero avvenire a breve,[261] il legislatore

---

[260] Nella Comunicazione COM (2006) 163 definitivo, recante "Relazione sui risultati del riesame del contenuto del sevizoi universale ai sensi dell'art. 15, paragrafo 2, della direttiva 20002/22/CE", del 7 aprile 2006.

[261] Occorre in questa sede dar conto delle prospettive di modifica del quadro normativo europeo che potrebbero verificarsi prossimamente e di cui occorrerà verificare l'impatto sull'utente finale, essendo stata approvata dalla Commissione europea, in data 11 settembre 2013, una proposta di modifica del quadro normativo vigente in materia di comunicazioni elettroniche che dovrà ora essere sottoposta

comunitario sappia cogliere in modo più lungimirante e incentivante lo sviluppo del settore.

2. Il servizio pubblico radiotelevisivo. Premessa.

La scelta di adottare il settore delle comunicazione elettroniche e dell'audiovisivo come paradigma per analizzare compiutamente un settore di servizio pubblico è dovuta, come già espresso, al fatto che è l'unico settore che consente di apprezzare il fenomeno dell'istituto in tutte le sue sfaccettature. Se, infatti, le comunicazioni elettroniche consentono di esaminare da vicino il primo settore liberalizzato per mano europea, consentendo una traslazione dal piano teorico a quello reale della liberalizzazione, dell'introduzione della concorrenza, degli obblighi di servizio universale, ecco che il settore della radiotelevisione

---

all'esame del Parlamento europeo e del Consiglio. La bozza di regolamento reca un testo legislativo volto a consolidare ed espandere il mercato unico digitale, consentendo ad utenti e professionisti di accedere a servizi di comunicazione elettronica ovunque questi siano prestati all'interno dell'Unione, senza restrizioni transfrontaliere né costi addizionali ingiustificati, assicurando ai fornitori di poter operare e prestare il proprio servizio ai consumatori indipendentemente da dove questi si trovino all'interno della UE.

Sembra tuttavia prematuro valutare una stima dell'impatto che le modifiche proposte dalla Commissione potrebbero avere sulla tutela dell'utenza in siffatta materia, in quanto ancora lontana appare l'approvazione di un testo definitivo.

consente di mettere in luce altri riflessi pratici del settore dei servizi pubblici. In primo luogo, come vedremo a breve, il settore radiotelevisivo ha costituito a lungo un caso esemplare di applicazione pratica dell'art. 43 Cost., laddove veniva affermata, per endemica scarsità delle risorse rappresentate dalla frequenze terrestri, la riserva allo Stato dell'esercizio dell'attività di trasmissione televisiva. Il tema consentì lo sviluppo di un'intensa produzione giurisprudenziale consistente in sentenze additive della Corte costituzionale, creando un caso unico nel nostro ordinamento: una sequenza pluriennale di interventi del legislatore regolarmente dichiarati incostituzionali dalla Corte, che, per stimolare all'adozione di una legge che introducesse il pluralismo nel sistema radiotelevisivo italiano, svolge una vera e propria attività di "pungolo" dell'attività normativa, arrivando a dettare al Parlamento non solo il contenuto e le modalità applicative dell'intervento che la Corte, con la sua pronuncia, sollecitava, ma assegnando addirittura un termine essenziale entro il quale procedere all'approvazione di una nuova legge di sistema.

Inoltre, secondo profilo di interesse, la cui attualità perdura ai giorni nostri, è che nel settore della radiotelevisione permane ancora oggi un'area delimitata per cui è legislativamente prevista una peculiare modalità di contratto di servizio pubblico nazionale per l'esercizio dell'attività radiotelevisiva.

2.1. L'attività radiotelevisiva da riservata allo Stato, ex art. 43, all'introduzione della concorrenza. La triplice accezione dell'articolo 21 Cost.

Un curioso aneddoto, che forse lasciava presagire la grande quantità di sentenze che la Corte costituzionale avrebbe emesso relativamente all'art. 21 Cost. è che la storia della giustizia costituzionale in Italia ha avuto il suo inizio proprio con una sentenza in tema di libertà di espressione: la prima sentenza emessa dalla Corte Costituzionale, la n. 1 del 14 giugno del 1956, era infatti relativa alla violazione della libertà di espressione di alcune norme del Testo unico di pubblica sicurezza del 1931, limitative delle pubbliche affissioni, di cui la Corte sanciva pertanto l'incostituzionalità.

A questa pronuncia ne sono seguite, negli anni, moltissime altre relative all'articolo 21 Cost., che hanno consentito alla Corte di esaminare tale articolo dettagliamente, sotto tutti i profili: dall'ambito di applicazione oggettivo, al contenuto effettivo, ai mezzi di comunicazione cui era possibile applicarlo, mettendo in luce o estendendo profili ulteriori a quelli desumibili da una prima lettura. Sicuramente, molte sono state le pronunce relative all'art. 21 Cost. sotto il profilo della libertà di pensiero, essendo questa sicuramente estrinsecazione pratica della democrazia: tuttavia, in questa sede, a rilevare sono le pronunce relative dapprima alla riserva allo Stato dell'attività di trasmissione radiotelevisiva, ai sensi dell'art. 43 Cost., e successivamente il progressivo allargamento della Corte costituzionale fino a divenire costante stimolo per il legislatore affinché introducesse, nell'ordinamento italiano, una legge di sistema che recepisse l'invito all'introduzione della concorrenza nel settore.

Seppure ovviamente l'estensione al mezzo radiotelevisivo non fosse prevista dal Costituente, essendo la radiodiffusione a un livello di sviluppo sperimentale se non embrionale nel 1948, tuttavia tale mezzo fu quello sul quale, più che ogni altro, la Corte poggiò le fondamenta della propria lettura additiva del mero dato testuale della disposizione costituzionale, costruendo, sul concetto di libertà di manifestazione del pensiero, un concetto di diritto dell'informazione e di diritto all'informazione, "che ha concorso ad arricchire il quadro delle libertà costituzionali, anche alla luce di orientamenti espressi, tanto in sede scientifica che giurisprudenziale, nei vari paesi dell'Unione europea, oltre che nell'ambito delle stesse istituzioni comunitarie"[262]. La Corte, nelle numerose pronunce susseguitesi relativamente alla configurazione del "diritto dell'informazione" ha spesso travalicato la mera lettura della disposizione come rivolta al singolo, per darne una lettura più sistematica e funzionale alla figura di creazione giurisprudenziale che si voleva sottolineare. Confermando così l'art. 21 Cost. come "pietra angolare" della democrazia[263], dall'altro ha valorizzato la distinzione tra la disciplina dei contenuti e la disciplina dei mezzi della comunicazione di massa, intesi come "servizi oggettivamente pubblici o comunque di pubblico interesse"[264]. A parità di ordinamento, arricchire la libertà di espressione del pensiero con un'accezione informativa è stata sicuramente la soluzione migliore. Il

---

[262] Così E. Cheli, Libertà di informazione e pluralismo informativo negli indirizzi della giurisprudenza costituzionale, su www.cortecostituzionale.it

[263] Così definito nella sentenza n. 89/1969

[264] Sentenza n. 94/1977.

problema di fondo, che ha spinto la Corte ad intervenire per costruire, con lo stratificarsi di pronunce sul punto, la figura del diritto dell'informazione è l'assenza di una previsione più specifica nel nostro ordinamento, dovuta secondo alcuni a una "miopia istituzionale"[265], secondo altri al fatto di aver "preso di mira le esperienze del passato, ben più che le prospettive a venire"[266].

Si ritiene quanto mai condivisibile tale ultima affermazione, laddove si consideri che i costituenti, quando affrontarono il tema della libertà di espressione e dei mezzi del suo esercizio, ritenevano maggiormente rilevante l'introduzione di un sistema di contrappesi per evitare il controllo dei mezzi di comunicazione come si era verificato durante il regime fascista (si pensi all'autorizzazione, la censura o il sequestro degli stampati) piuttosto che di aprirsi alle prospettive verso cui avrebbe condotto lo sviluppo tecnologico. Non sorprende, quindi, che ben quattro dei sei commi dell'art. 21 siano dedicati alla stampa, ma senza curarsi di individuare contrappesi per evitare ingerenze del

---

[265] COSTANZO P., *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Digesto disc. Pubbl.*, VIII, 1993

[266] L. PALADIN, Libertà di pensiero e libertà di informazione: le problematiche attuali, in Quad. cost., 1987, n. 7, pp. 11-12. Si veda anche A. CERRI, Libertà negativa di manifestazione del pensiero e di comunicazione, in Giur. cost., 1965, pp. 620 ss., il quale giunge a concludere che due soli ordini di limiti alla libertà di pensiero (sia positiva che negativa) sono concepibili: «il rispetto della vita umana» e «i principi del sistema democratico».

potere economico [267] e non vi siano cenni ai mezzi di comunicazione che pure erano affermati già all'epoca, quali ad esempio la radio.

Si tratta di lacune che divengono ancor più evidenti se si paragona il contenuto dell'art. 21 con le formulazioni espresse in altre carte internazionali e costituzionali all'incirca adottate nel periodo della Costituzione italiana[268] . Non per questo l'art. 21 merita solo critiche[269]: un pregio indiscutibile che ha molto influito sullo sviluppo della nostra giurisprudenza costituzionale va individuato nella elevata flessibilità della norma e, in particolare, del suo primo comma, dove si fa riferimento a tutti i possibili mezzi di diffusione indipendentemente dalle tecnologie trasmissive adottate. Questa apertura è stata, per la

---

[267] Tema di cui i costituenti non si sono curati, se non per il fugace cenno al comma 5 sul possibile intervento della legge sulla trasparenza delle fonti di finanziamento della stampa periodica, senza altro prevedere riguardo a misure anticoncentrative .

[268] Come evidenziato da A. Pace, Commentario della Costituzione, 2009.

Si pensi, ad esempio alle previsioni dell'art. 19 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, approvata dalle Nazioni Unite nel 1948 (dove si riconosce il diritto di ogni individuo di "cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo"); o nell'art. 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, stipulata nel 1950 (dove si ricomprende nella libertà di espressione "la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza possibilità di ingerenze da parte di autorità pubbliche"); ovvero nell'art. 5 della legge fondamentale della Repubblica federale tedesca del 1949 (dove si riconosce il diritto di ciascuno ad informarsi e dove alla libertà della stampa si affianca la libertà della radio, della televisione e del cinema).

[269] V. Crisafulli, Problematica della "libertà di informazione", in Il Politico, 1964, p. 286, P. A. Capotosti, Problemi della riserva statale dell'attività radiotelevisiva, Roma, 1979.

Corte, lo spiraglio che ha consentito l'evoluzione ermeneutica delle sue pronunce, ampliando progressivamente l'ambito oggettivo dell'articolo dalla stampa a tuti i mezzi di comunicazioni tecnicamente possibili. Inoltre, la Corte, ragionando *a contrario*, nell'ammettere la libertà di manifestare il pensiero a scopi di informazione, ha eretto un'altra pietra miliare del suo pensiero, ovvero il riconoscimento del profilo passivo, che si articola nella libertà di ricevere informazione e quindi di essere informati. In breve, la Corte, sfruttando l'elasticità della previsione di cui all'art. 21 Cost., ha costruito, mediante le tecniche dell'interpretazione estensiva e sistematica[270], ha potuto declinare in tre accezioni il contenuto della previsione: alla libertà di manifestare il pensiero, unica derivante dal mero dato testuale, si sono aggiunti il diritto a informare e il diritto a essere informati[271]..

Il ruolo della Corte, tuttavia, non si ferma qui. Stante l'inerzia del legislatore in campo di mezzi di trasmissione radiotelevisivi, che comportava l'assenza di una disciplina sul punto che prendesse atto delle mutate circostanze sociali e tecnologiche, rendendo opportuno un intervento adeguato sul punto, è stata la Corte che deciso di ritagliarsi, curiosamente, il ruolo di "supplente" del legislatore, tamponandone l'accidia mediante una serie di pronunce che funsero da "pungolo" per addivenire a una riforma del sistema radiotelevisivo. Tutte le leggi adottate nell'arco degli ultimi trent'anni, originano da pronunce

---

[270] Si rinvia ad A. Cerri, Corso di giustizia costituzionale, Giuffrè, 2001, p. 70

[271] C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958,

"d'indirizzo" adottate dalla Corte costituzionale[272]. I tre pilastri della giurisprudenza costituzionale consistono in: i) il riconoscimento dell'esistenza di un "diritto all'informazione" inteso come risvolto passivo della "libertà di informare"; ii) l'individuazione del pluralismo come valore primario sotteso all'intero sistema dell'informazione; iii) la definizione dei caratteri fondamentali del servizio radiotelevisivo inteso come "servizio pubblico essenziale" in applicazione dell'art. 43 Cost., ma destinato a cercare un equilibrio con i principi di cui agli artt. 21 e 41 Cost.

Per quanto concerne il "diritto all'informazione", abbiamo già visto come la Corte, in linea generale, ha sempre considerato la libertà di informazione nel suo profilo attivo e passivo, ivi includendosi la libertà a ricevere informazioni, dal momento che le notizie (al pari delle opinioni) vanno ricondotte all'ambito delle espressioni del pensiero[273].

In questa ottica, di un "interesse generale" all'informazione, indirettamente protetto dall'art. 21 cost., la Corte inizia a parlare con la

---

[272] Il peculiare ricorrere di pronunce di indirizzo della Corte costituzionale a fronte delle leggi di volta in volta adottate dal legislatore vede la Corte determinare l'approvazione della legge n. 103 del 1975, di riforma del servizio pubblico radiotelevisivo, con la sent. n. 225 del 1974; la legge 223 del 1990 (c.d. "legge Mammì") costitutiva del "sistema misto", ad opera della sent. 826 del 1988; la legge 249 del 1997 (c.d. "legge Maccanico"), diretta a garantire un'equilibrata distribuzione delle risorse tecnologiche ed economiche, nella sent. 420 del 1994; infine, la legge 112 del 2004 (c.d. "legge Gasparri"), destinata a orientare il passaggio dalla tecnologia analogica alla tecnologia digitale, nella sent. 466 del 2002.

[273] sent. nn. 122/70; 105/72; 1/81; 194/87. Si veda V. Crisafulli, op. cit., per l'esposizione del punto di vista di chi fu relatore di queste sentenze.

sentenza n. 105 del 1972, relativa alla possibilità dei singoli di accedere ai mezzi di diffusione, pronuncia che avrà un seguito nella sent. n. 94 del 1977, dove dall' "interesse generale" all'informazione viene fatta discendere la natura di "servizi oggettivamente pubblici o comunque di pubblico interesse" dei grandi mezzi di comunicazione di massa.

Ma all'affermazione di un vero "diritto all'informazione" la Corte giungerà soltanto nel 1987, con la sent. n. 153, che correlava tale "diritto" agli obblighi contrapposti della concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo. I contenuti di tale pronuncia verranno successivamente sviluppati dalla sent. n. 112 del 1993, dove si affermava anche l'"inviolabilità" dello stesso diritto all'informazione ai sensi dell'art. 2 cost. In questa sentenza si precisava come "il diritto all'informazione" andasse "determinato e qualificato con riferimento ai valori fondanti della forma di Stato delineata dalla costituzione, i quali esigono che la nostra democrazia sia basata su una libera opinione pubblica e sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale". Da qui l'esigenza di caratterizzare e qualificare il "diritto dell'informazione" in ragione del pluralismo delle fonti di informazione; dell'obbiettività e dell'imparzialità dei dati forniti; della completezza, della correttezza e della continuità dell'attività informativa; del rispetto della dignità umana e degli altri valori primari garantiti dalla costituzione.

La Corte affermava, così, per gradi, l'esistenza di un vero e proprio "diritto all'informazione", nettamente più esteso e garantista della lettura che inizialmente ne era fatta di "diritto alla notizia"[274].

E proprio da questi obblighi specifici di inclusione dei singoli nell'accesso ai mezzi di comunicazione e di non discriminazione nella fornitura di questi, la Corte faceva anche derivare il dovere per lo Stato di garantire le condizioni per la presenza di un sistema informativo fondato su una pluralità di fonti di informazione in libera concorrenza tra loro. Entra così in scena il pluralismo[275], destinato ad assumere

---

[274] Cfr. P. Caretti, Diritto dell'informazione e della comunicazione, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 107 e ss.; G. E. Vigevani, Informazione e democrazia, Milano, 2009, secondo il quale "La rilevanza centrale che l'informazione assume ai fini dell'attuazione del principio democratico trova conferma nelle affermazioni che esaltano la libertà di espressione quale «pietra angolare dell'ordine democratico» (Corte cost. n. 84 del 1969), «fondamento della democrazia» (Corte cost. n. 172 del 1972), «il più alto, forse dei diritti fondamentali» (Corte cost. n. 138 del 1985). Il contributo della Corte costituzionale non si è fortunatamente limitato alle affermazioni di principio: collegando il principio della libera manifestazione del pensiero al contesto complessivo del quadro costituzionale e ad altri valori, quali in primis la sovranità popolare, il principio pluralista, l'uguaglianza formale e sostanziale e l'universalità dei diritti politici, ha progressivamente esteso il concetto di "manifestazione del proprio pensiero" attribuendo copertura costituzionale alla libertà di divulgare notizie e al diritto di cronaca (Corte cost. n. 105 del 1972, n. 94 del 1977, n. 826 del 1988, n. 348 del 1990, n. 112 del 1993). Inoltre, ha contribuito, seppur con un atteggiamento prudente, all'emersione di un profilo passivo del diritto all'informazione, affermando la necessità di un pluralismo delle fonti cui attingere conoscenze e notizie e l'esistenza di un interesse del cittadino all'informazione".

[275] In quest'ottica, un primo accenno al tema del pluralismo si rinviene nella sent. n. 225 del 1974, in tema di monopolio pubblico radiotelevisivo e di illegittimità della riserva statale sui ripetitori di programmi esteri. In tale sentenza la legittimità

primaria rilevanza nel sistema costituzionale italiano e presupposto essenziale per una concreta articolazione del diritto all'informazione, qualificabile come il "diritto riferito ai cittadini di accedere a queste fonti"[276]. Stante il necessario rispetto dei "fini di utilità generale" richiamati nell'art. 43 Cost., "*il monopolio pubblico deve essere inteso e configurato come necessario strumento di allargamento dell'area di effettiva manifestazione della pluralità delle voci presenti nella nostra società*". Dal che l'indicazione rivolta al legislatore di prevedere un accesso al mezzo "*aperto, nei limiti massimi consentiti, imparzialmente ai gruppi politici, religiosi, culturali nei quali si esprimono le varie ideologie presenti nella società*". Considerato che le modalità di svolgimento del servizio, all'epoca della pronuncia, venivano esercitate in condizioni di monopolio, il pluralismo veniva inizialmente configurato quale parità di accesso, sul mezzo radiotelevisivo alle diverse correnti ideologiche e culturali della società realizzata all'interno dello stesso mezzo: di qui la definizione di "pluralismo interno", cioè "dentro" al mezzo.

Inizialmente, le pronunce della Corte tendevano, pur nell'affermare la triplice lettura dell'art. 21 sopra esposta, una sorta di tutela del monopolio pubblico, basato sulla riserva allo Stato delle attività radiotelevisive in ragione della naturale scarsità delle

---

del monopolio statale veniva, infatti, affermata con riferimento all'esigenza di assicurare, attraverso lo stesso, "il massimo di accesso, se non ai singoli cittadini, almeno a tutte quelle più rilevanti formazioni nelle quali il pluralismo sociale si esprime e si manifesta".

[276] Così E. Cheli, La giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di media, su www.cortecostituzionale.it

frequenze, che ne giustificava la restrizione all'accesso del mercato per assicurare la garanzia dell'obiettività e imparzialità e di un uso corretto e democratico del mezzo trasmissivo[277].

---

[277] Si veda la prima pronuncia di sistema, la sentenza della Corte cost. n. 59/60, in cui, per dirla con le parole di E. Cheli, Libertà e pluralismo informativo nelle pronunce della Corte costituzionale, Relazione, 2008. , con riferimento al monopolio pubblico, si pongono le premesse che verranno poi a ispirare, secondo una linea di continuità, tutti gli sviluppi successivi della giurisprudenza costituzionale in tema di radiotelevisione. Queste premesse possono essere riassunte nelle proposizioni seguenti: a) la limitatezza di fatto dei canali utilizzabili (cioè la scarsità della risorsa tecnologica frequenziale) caratterizza la televisione "come attività predestinata, in regime di libera iniziativa, quanto meno all'oligopolio". L'attività radiotelevisiva rientra, quindi, in quelle "situazioni di monopolio" (privato) rispetto a cui l'art. 43 cost. consente la riserva in mano pubblica; b) l'attività radiotelevisiva, per l'altissima rilevanza degli interessi (di informazione, cultura, svago) che tende a soddisfare sia verso i singoli che verso la collettività, assume quei caratteri di "preminente interesse generale" che l'art. 43 cost. richiama ai fini della sottrazione di un'area economica alla libertà di iniziativa privata; c) l'avocazione del servizio radiotelevisivo in mano pubblica viene a trovare la sua giustificazione, sempre ai sensi dell'art. 43 cost., in ragioni di "utilità generale", dal momento che lo Stato è istituzionalmente in grado di esercitare il servizio "in più favorevoli condizioni di obbiettività, di imparzialità, di completezza e di continuità in tutto il territorio nazionale".

Alla luce delle valutazioni espresse dalla Corte in questa prima pronuncia le limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata nell'uso di un mezzo di diffusione del pensiero qual è la radiotelevisione possono risultare giustificate soltanto quando l'uso del mezzo, per le sue caratteristiche tecniche, sia tale da dar luogo, in regime di libera concorrenza, ad un "privilegio di pochi", determinando "situazioni di monopolio - o il che è lo stesso - di oligopolio". Ma per garantire un uso del mezzo conforme al disegno costituzionale, lo Stato monopolista deve anche "assicurare, in condizioni di imparzialità ed obbiettività, la possibilità potenziale di goderne - naturalmente nei limiti che si impongono per questa come per ogni altra libertà e nei modi richiesti dalle esigenze tecniche e di funzionalità - a chi sia

La Corte, tuttavia, prende atto, nel corso degli anni, dell'impatto positivo del progresso tecnologico, che porta a sviluppare tecniche trasmissione che consentono un'allocazione meno intensiva della risorsa scarsa rappresentata dalle frequenze, che portano a un'apertura del mercato prima a solo livello locale (con la sentenza 202 del 1976, che segna appunto il venir meno della riserva statale a livello regionale), e successivamente a una totale rottura della riserva statale anche a livello nazionale con la sentenza n. 148 /1981, in cui la Corte lascia intendere come le ragioni della risrva allo Stato "non debbano tanto collegarsi alla natura di servizio pubblico essenziale di preminente interesse generale, dell'attività radiotelevisiva svolta su scala nazionale, quanto piuttosto nell'assenza d una normativa idonea a contrastare i fenomeni concentrazionistici in atto e gli effetti negativi sul tasso di pluralismo della fonti normative che pongono. Insomma, una volta sancita la configurabilità del sistema misto pubblico / privato, la Corte cala un nuovo concetto di estrema rilevanza: il "pluralismo esterno", ovverola configurabilità dell'accesso di operatori privati nel settore, purché venga assicurato il rispetto dei principi generali anticoncentrazionistici per evitare il configurarsi di un monopolio o oligopolio privato.

Questo passaggio trovava la sua espressione più completa nella sent. 826 del 1988, che resta tuttora la sentenza-pilota ai fini della sistemazione concettuale della nozione di pluralismo. Secondo questa pronuncia la garanzia del pluralismo ha come obbiettivo fondamentale

---

interessato ad avvalersene per la diffusione del pensiero nei vari modi del suo manifestarsi".

"di evitare l'accentramento dell'attività radiotelevisiva in situazioni di monopolio ed oligopolio privati", situazioni che consentirebbero ai privati "di esercitare, in una posizione di preminenza, una influenza sulla collettività incompatibile con le regole del sistema democratico". In questa visione il pluralismo nell'informazione radiotelevisiva significa innanzitutto "possibilità di ingresso, nell'ambito dell'emittenza pubblica e di quella privata, di quante più voci consentano i mezzi tecnici, con la concreta possibilità nell'emittenza privata - perché il pluralismo esterno sia effettivo e non meramente fittizio - che i soggetti portatori di opinioni diverse possano esprimersi senza pericolo di essere emarginati a causa dei processi di concentrazione delle risorse tecniche ed economiche nelle mani di uno o di pochi e senza essere menomati nella loro autonomia". E qui il pluralismo viene di nuovo collegato al "diritto all'informazione", cioè "alla possibilità di scelta per tutti i cittadini tra una molteplicità di fonti informative, scelta che non sarebbe effettiva se il pubblico al quale si rivolgono i mezzi di comunicazione audiovisiva non fosse in condizione di disporre, tanto nel quadro del settore pubblico che in quello privato, di programmi che garantiscono l'espressione di tendenze aventi caratteri eterogenei".

Un pluralismo così configurato è destinato, dunque, a realizzarsi, secondo la Corte, in forme diverse nel settore pubblico e nel settore privato: mentre compito del servizio pubblico "è di dar voce - attraverso un'informazione completa, obbiettiva, imparziale ed equilibrata nelle sue diverse forme di espressione - a tutte, o al maggior numero possibile di opinioni, tendenze, correnti di pensiero politiche, sociali e culturali presenti nella società …. secondo i canoni del pluralismo interno", nei confronti dell'emittenza privata si tratta invece "di comporre il diritto all'informazione dei cittadini … con le libertà

assicurate alle imprese principalmente dall'art. 21, oltre che dall'art. 41 cost., in ragione delle quali il pluralismo interno e l'apertura alle varie voci presenti nella società incontra sicuramente dei limiti. Di qui la necessità di garantire, per l'emittenza privata, il massimo di pluralismo esterno, onde soddisfare, attraverso una pluralità di voci concorrenti, il diritto del cittadino all'informazione"[278].

Possiamo così delineare due fasi nella produzione giurisdizionale della Corte cost.: una prima fase, prevalentemente orientata verso la liberalizzazione controllata del sistema; e in una seconda fase, diretta, invece, alla conformazione progressiva del sistema parzialmente liberalizzato ai principi del pluralismo[279]. Appartengono alla prima fase le sentenze che - partendo dalla constatazione dello stato delle tecnologie ai fini della valutazione dei rischi di formazione di monopoli o di oligopoli di fatto - aprono alla libera iniziativa dei privati prima l'utilizzo dei ripetitori di programmi esteri (sent. 225/74); poi l'esercizio (anche in ragione dei suoi costi limitati) della televisione via cavo di carattere locale (sent. 226/74);

---

[278] Tutte le citazioni sono tratte dalla sentenza n. 826/1988, definita da Caretti, op. cit. p. 121, "una sorta di summa dell'intera giurisprudenza della Corte in materia di informazione radiotelevisiva e insieme uno dei tentativi più arditi di condizionare non solo il contenuto dell'operato del legislatore, ma anche i tempi del varo della riforma".Questo perché la sentenza, che si impernia sulla "legge provvisoria" 10 del 1985, pur lasciando intendere l'incostituzionalità della norma, non si pronuncia in tal senso, ma si rivolge direttamente al legislatore dettando il contenuto dell'intervento di riformA, che necessariamente avrebbe dovuto sciogliere il nodo dell'antitrust televisivo, e altresì pungolandolo ad ottemperare entro un breve termine..

[279] Bruno – Nava, op. cit. p. 27 e ss.

infine, l'intera emittenza via etere su scala locale, per cui viene esclusa - "sulla base delle diffuse cognizioni tecniche e delle pratiche realizzazioni in atto" - la limitatezza della risorsa frequenziale (sent. 202/76) per poi aprire il settore a livello nazionale ma spostando l'attenzione sui necessari contrappesi per evitare il formarsi di un monopolio privato, che la Corte paventava come soluzione ovviamente meno garantista e meno democratica rispetto alla riserva al pubblico (sent. n. 826/88, v. nota precedente). A questa sentenza seguiva la legge n. 223 del 1990, cd. Legge Mammì, costitutiva del sistema "misto" radiotelevisivo, che solo 4 anni dopo veniva censurata con la sent. 420 del 1994, veniva a censurare[280].

Ai contenuti di quest'ultima sentenza il legislatore cercava di ottemperare (anche se con ritardo) mediante la legge n. 249 del 1997, dove si stabiliva, ai fini della liberazione di una quota delle frequenze analogiche detenute dai privati, il trasferimento sul satellite di una delle tre reti nazionali detenute dallo stesso soggetto privato (e, corrispondentemente, l'abbandono della pubblicità da parte di una delle tre reti pubbliche). Anche questa disciplina era, però, destinata a incorrere in una censura di incostituzionalità, espressa con la sentenza 466 del 2002, in ragione dell'eccessiva discrezionalità del procedimento di definizione del termine finale stabilito per l'operazione di trasferimento su satellite di una delle reti nazionali private, termine che

[280] La dichiarazione di incostituzionalità era relativa alla parte riguardante la possibile attribuzione della risorsa frequenziale ad uno stesso soggetto privato secondo un tetto (il 25% delle risorse complessive, pari a 3 reti su 12 reti nazionali) considerato troppo elevato ai fini della tutela del pluralismo.

veniva dalla stessa Corte improrogabilmente fissato, con una pronuncia di tipo additivo, al 31 dicembre 2003.

Ma anche in questo caso la prescrizione dell'organo di giustizia costituzionale (così come quella già contenuta nella sentenza n. 420 del 1994), veniva scavalcata dal legislatore attraverso il varo - dopo il rinvio alle Camere operato dal Capo dello Stato il 5 dicembre 2003 di un primo disegno di legge di sistema - di nuove norme di sanatoria espresse, prima, con il DL n. 352 del 2003 e, poi, con la legge n. 112 del 2004 (c.d. "legge Gasparri"), cui seguiva l'adozione del d. lgs. 31 luglio 2005, n. 177, recante Testo unico sui servizi di media audiovisivi [281], che, nell'introdurre robusti sistemi per aggirare il pericolo di un monopolio privato, mediante l'introduzione del cd. SIC, sistema integrato delle comunicazioni, che vieta per legge a un operatore il controllo di una porzione del mercato delle comunicazioni estensivamente inteso superiore al 20%, viene ritenuto un contrappeso sufficiente per assicurare il pluralismo esterno e conseguentemente anche quello interno.

In conclusione del presente paragrafo, preme evidenziare come, con tutte le sue luci e le sue ombre, la giurisprudenza in tema di informazione e di attività radiotelevisiva rappresenta, nella storia della Corte costituzionale, uno dei capitoli più rilevanti e forse un caso unico di dialogo tra la Corte e il legislatore Relativamente alle prospettive future, l'evoluzione tecnologica sta assottigliando il confine tra l'art. 21

---

[281] Denominazione mutata dalla modifiche introdotte nel 2010 per recepire la disciplina comunitaria contenuta

Cost., in tema di comunicazione di massa, e l'art. 15 Cost., in tema di comunicazione personale (basti una parola: internet); dall'altro, la convergenza sta sempre più fondendo i sistemi normativi di audiovisivo e comunicazioni elettroniche, stante anche la dimensione sovranazionale assunta dai nuovi servizi, che attribuiscono dunque sempre maggiore rilevanza alla necessità di un'armonizzazione della disciplina che travalichi i confini nazionali, aumentando esponenzialmente le aree di intervento del legislatore comunitario.

Di fronte a queste prospettive ci si può domandare se l'art. 21 cost., nella formulazione attuale, possa essere ancora in grado di contenere la complessità di questo nuovo quadro e di orientarne gli sviluppi verso la tutela e il risalto dei valori democratici sui mezzi di comunicazione , stante anche che la disposizione è invero "datata" e risalente a un periodo, dal punto di vista socioculturale e, soprattutto, tecnologico, distante anni-luce dai giorni nostri. Tuttavia l'iter logico e giurisprudenziale che abbiamo qui riassunto, che dimostra l'elasticità consentita dalla formulazione dell'art. 21 e lo stratificarsi di pronunce di importanza fondamentale della Corte costituzionale, che hanno consentito un'evoluzione e una capacità di adattamento della norma al nuovo contesto regolamentare, tecnologico e socio-culturale, attestano come l'art. 21 Cost. sia perfettamente in grado di fronteggiare le sfide della convergenza e dei mutamenti del settore, non rendendo, a nostro giudizio, assolutamente necessario un intervento di revisione sul punto.

2.2. Il servizio pubblico radiotelevisivo: contratto di servizio e prospettive di evoluzione.

Avendo così esaminato, seppur rapidamente, la cornice costituzionale entro alla quale ci muoviamo, si possono ora tratteggiare i principali aspetti del servizio pubblico radiotelevisivo.

Si deve aprire con una constatazione: applicare l'istituto del servizio pubblico al campo della radiotelevisione presenta delle criticità e delle specificità che lo distinguono rispetto ad altri settori. Questo perché esso si determina dall'incontro tra una nozione che più pubblicistica non si potrebbe, quella, ovviamente, di servizio pubblico, con una libertà, quella di manifestazione del pensiero oppure libertà dell'attività economica dell'impresa, che viceversa appartiene al versante dei diritti di libertà personale [282]. Il servizio pubblico radiotelevisivo è una figura giuridica che, già priva della qualificazione di "radiotelevisivo", come abbiamo visto nel primo capitolo, già creava problemi all'interprete[283]: l'aggiunta dell'applicazione a un settore non tradizionalmente immobile, ma dinamico e innovativo quale quello della radiotelevisione rende ancora più ineffabile la definizione.

L'applicazione della categoria di servizio pubblico al settore radiotelevisivo è un'"invenzione" importata dalla Gran Bretagna e ideata nella prima metà del XX secolo. Lo scopo era portare quanto vi fosse di meglio in ogni campo della conoscenza umana nel maggior numero possibile di case, affidando la funzione a un soggetto pubblico

---

[282] Così P. Caretti, L'evoluzione del servizio pubblico radiotelevisivo in Italia, 2006, su www.astridonline.it

[283] Ricordiamo M. S. Giannini, già citato, che individua il servizio pubblico come "una tra le più tormentate nozioni del diritto".

perché la svolgesse nell'interesse comune [284]. Con il boom della televisione, per quasi un secolo il più pervasivo mezzo di comunicazione di massa, il concetto godette di grande fortuna sia in Europa che nel resto del mondo e si diffuse capillarmente, adattandosi pervicacemente e superando mutamenti tecnologici, crisi economiche, mutamenti sociali e politici, mantenendo pressoché intatta la propria struttura. Senza ricordare, in questa sede, lo sviluppo storico e normativo che ha portato al sistema attuale [285] va innanzitutto menzionato il contenuto del Protocollo annesso al Trattato di Amsterdam del 1997, espressamente dedicato al "sistema di radiodiffusione pubblica" e che ne afferma il riconoscimento a livello comunitario come insopprimibile esigenza in una società democratica, tanto da far cedere il passo alla disciplina sugli aiuti di Stato. Infatti, il protocollo allegato così si esprime: " Le parti contraenti, considerando che il sistema di radiodiffusione pubblica negli Stati membri è direttamente collegato alle esigenze democratiche , sociali e culturali di ogni società, nonché alla esigenza di preservare il pluralismo dei mezzi di comunicazione, hanno convenuto che…le disposizioni del Trattato che istituisce la Comunità europea non pregiudicano la competenza degli Stati membri a provvedere al finanziamento del servizio pubblico di radiodiffusione, nella misura in cui tale finanziamento sia accordato agli organismi di radiodiffusione ai fini dell'adempimento della missione di servizio pubblico conferita, definita e organizzata da

---

[284] J. Reith, Broadcast over Britain, London, Hodder, 1924, p. 24.
[285] Pe ril quale si rinvia a R. vZaccaria, A. Valastro, op. cit, p. 385 e ss.

ciascuno Stato membro e nella misura in cui tale finanziamento non perturbi le condizioni degli scambi e della concorrenza nella Comunità in misura contraria all'interesse comune, tenendo conto nel contempo dell'adempimento della missione di servizio pubblico".

Si tratta di affermazioni di grande rilievo sotto diversi, ma connessi, profili. Innanzitutto, il Protocollo garantisce come presupposto l'esistenza di servizi pubblici radiotelevisivi, in quanto collegati ad esigenze insopprimibili che in ogni società vanno soddisfatte: una concezione dunque funzionale alla collettività. Inoltre, esclude esplicitamente il finanziamento a favore delle emittenti di servizio pubblico dalle fattispecie ricadenti sotto la disciplina degli aiuti di Stato, prevista dal Trattato e sviluppata, come abbiamo visto nel precedente capitolo, grazie alla giurisprudenza della Corte, in primo luogo dalla celebre sentenza Altmark. Ad ogni modo , tale deroga non è assoluta, ma condizionata al rspetto di due elementi: la stretta correlazione tra finanziamento dello Stato ed utilizzo di questo per consentire lo svolgimento della missione di servizio pubblico, e il fatto che la misura del finanziamento non sia tale da determinare una alterazione sproporzionata del gioco della concorrenza nel settore di riferimento.

Se la sopravvivenza dei servizi pubblici radiotelevisivi non è messa in discussione dal diritto comunitario, la sua concreta disciplina da parte dei legislatori nazionali appare oggi assai più condizionata che in passato, relativamente alle concrete modalità di fornitura del servizio. Tra i profili problematici che vengono in rilievo, innanzitutto, sull'onda lunga del Trattato di Amsterdam, si è assistito negli ultimi anni a una valorizzazione delle modalità di fornitura del servizio pubblico, con la forma del contratto di servizio, che tende ad assumere maggiore centralità: introdotto dalla legge n. 206/93, reca la dsiciplina

di detaglio del rapporto tra Stato e RAI, la concessionaria di servizio pubblico individuata legislativamente in quanto tale fino al 2016: il contratto, sottoscritto a cadenza triennale tra Ministero dello Sviluppo economico – Dipartimento comunicazioni e RAI, sulla base di linee guida emesse dall'AGCOM, contiene obblighi modali, produttivi e tecnici- finanziati che costituiscono il triplice ordine di contenuto del servizio pubblico.

Per obblighi modali, si intendono i requisiti di programmazione che il servizio pubblico è chiamato ad assolvere: una particolare attenzione alla cultura, alla qualità della programmazione, alla trasmissione di contenuti di particolare interesse per la società, di un'adeguata disposizione di generi, comprendendosi anche obblighi specifici di informazione, una disciplina più restrittiva in periodo di campagna elettorale, la previsione di intrattenimento di qualità ed educativo per minori, il rispetto particolarmente rafforzato delle categorie più deboli di utenti, che hanno diritto a servizi speciali per poter usufruire dei programmi (es. i sottotitoli per non udenti, la descrizione in radio per i non vedenti, oppure obblighi di utilità sociale quali informazioni sul traffico o messaggi di utilità sociale). Tra gli obblighi specifici di natura tecnico finanziaria, sono previsti obblighi di dislocazione n sedi regionali, per ottemperare altresì al servizio più legato al territorio e al locale, e la separazione contabile che consente di semplificare il controllo sull'utilizzo dei fondi derivanti dal pagamento del canone, la scelta di finanziamento in Italia, e di quelli derivanti dall'attività radiotelevisiva svolta in concorrenza (ricavi da investimenti pubblicitari, sponsor e così via). Il contratto di servizio è sottoscritto ogni tre anni in modo da poter essere sufficientemente elastico nell'adattarsi alle mutevoli esigenze della società e a effettuare di volta in volta quei ritocchi che si rendono necessari in virtù di

mutate esigenze politico sociali ovvero tecnologiche, prendendo atto della convergenza e inglobando nel servizio pubblico nuove tecnologie.

Viviamo in un momento storico in cui, come prima si accennava, la convergenza e l'evoluzione tecnologica hanno portato a ridefinire l'intero scenario televisivo, sia dal punto di vista dell'assetto del relativo "mercato" che offre ora servizi che travalicano i confini nazionali, offrendo altresì *user experience* assai più evolute, mediante la molteplicità dei terminale, delle nuove modalità di fruizione del contenuto, dei nuovi linguaggi. Calata in questo contesto, una disciplina stabile dell'attività radiotelevisiva "classicamente intesa" e, in particolare, del segmento rappresentato dal servizio pubblico sembra inadeguato o démodé. Lo Stato si trova dunque ad affrontare interrogativi nuovi, che rimettono in discussione la nozione stessa di servizio pubblico e la sua sopravvivenza. La chiave di lettura è quella di adeguarsi alle sfide della convergenza e dei mutamenti societari per non venirne travolti.

BIBLIOGRAFIA

A. ALEXIS, L'arrêt Altmark Trans du 24 juillet 2003 : la Cour de justice précise les conditions de financement des services d'intérêt economique général, in Competition Policy Network, 2003, n. 3, p. 2.

F. ASTONE, Riforma della P.A. e ordinamento comunitario, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2002

A. BARTOSCH, *The Liberalisation of European Telecommunications and Broadcasting Markets. The Road from Monopolies to Competition and Universal Service*,

F. BASSAN, Diritto delle comunicazioni elettroniche, 2009, Giappichelli

F. BASSAN, Diritto degli audiovisivi, Giappichelli, 2010,

F. BASSAN, *L'evoluzione della struttura istituzionale nelle comunicazioni elettroniche: una rete non ha bisogno di un centro*, in F. BASSAN, a cura di, Diritto delle comunicazioni elettroniche, op. cit., p. 33 e ss., in particolare da p. 47 in poi.

F. BASSI, Contributo allo studio delle funzioni dello Stato, Milano 1969

G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1999

G. BERTI, *Enti pubblici in Italia*, in *Foro it.*, 1992, V, 1 ss.;

S. BRACONNIER, *Droit des services publics*, Parigi, 2003;

G. BRAIBANT, *Le droit administratif français*, Parigi, 1992;

J. F. BRISSON – A. ROUYERE, J. F. LACHAUME, L'identification d'un service public industriel et commercial: la neutralisation du critére fondé sur les modalités de gestion du service, in RFDA, 1/2006, 119 ss

B. J. BRIJBER- H. STERGOU, *Public procurement law and internal market law*, in Common Market Law Review, 2009, p. 805,

F. BRUNO – G. NAVA, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni – Radiotelevisione, comunicazioni elettroniche, editoria*, Giuffrè, Milano, 2006

G. CAIA, *I servizi sociali degli enti locali e la loro gestione con affidamento a terzi. premesse di inquadramento,* in www.giustiziaamministrativa.it.

G. CAIA, I *servizi pubblici*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, p. 152.

CAIANELLO, *Concessioni. Diritto amministrativo*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1981.

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

A. CAPOTOSTI, Problemi della riserva statale dell'attività radiotelevisiva, Roma, 1979.

CAMMELLI M., *Le imprese pubbliche in Europa: caratteri e problemi*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1993, p. 1171.

CAMMELLI E ZIROLDI *La società a partecipazione pubblica nel sistema locale* Rimini, 1999.

CAPANTINI M. "*I servizi pubblici tra ordinamento nazionale comunitario ed internazionale:evoluzione e prospettive*"in (a cura di Massera A.) "*Il Dritto Amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*.", Pisa 2004

CATTANEO S., *Servizi pubblici,* in *Enc.dir.,* vol. XLII., Milano.

Giuffrè, 1990;

V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici,* p. 203

V. CAPUTI IAMBRENGHI, *I servizi sociali,* in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo,* Bologna, 2001, 1019;

V. CARBONE, *Abuso di posizione dominante, rifiuto della prestazione e provvedimento di urgenza*, in Corr. Giur. 1995, p. 351.

F. Cardarelli, Riserva statale dei servizi di telecomunicazione e disciplina comunitaria della concorrenza, in Dir. Inf. 1995, p. 120.

CARDARELLI F.-.ZENO ZENCOVICH V., *Il diritto delle telecomunicazioni, Principi, normativa, giurisprudenza,* Bari-Laterza, 1999

P. CARETTI, L'evoluzione del servizio pubblico radiotelevisivo in Italia, 2006, su www.astridonline.it

P. CARETTI, Diritto dell'informazione e della comunicazione. Stampa, radiotelevisione, telecomunicazioni, teatro e cinema, Il Mulino, Bologna, 2009.

CARNEVALE VENCHI, Contributo allo studio della nozione di funzione pubblica, vol. I, Padova 1969;

G. F. CARTEI, Il servizio universale, Giuffrè, 2002

G.F. CARTEI – M. CLARICH (a cura di), Il Codice delle comunicazioni elettroniche, 2003

S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971

S. CASSESE, La signoria comunitaria sul diritto amministrativo, in Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario, n. 2-3 del 2002, p. 291 ss.

S. CASSESE, Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni, in G. MORBIDELLI e F. DONATI (a cura di), Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?

S. CASSESE, *La retorica del servizio universale*, in S. FROVA (a cura di), *Nozione ed evoluzione del Servizio Universale nelle telecomunicazioni*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 91

P. CASSINIS, *Liberalizzazione dei servizi delle infrastrutture di telecomunicazioni in ambito comunitario: prime considerazioni sulla direttiva* full competition, in *Dir. Inf.*, 1997, p. 249

F. CASTELLI, *Il servizio universale nelle telecomunicazioni*, Franco Angeli, Milano, 1997

S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, in *Enc. dir.*, Vol. XLII, Milano, 1990, 368 ss

R. Cavallo Perin, Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici, Napoli, 1993,

A. CERRI, Corso di giustizia costituzionale, Giuffrè, 2001, p. 70

A. CERRI, Libertà negativa di manifestazione del pensiero e di comunicazione, in Giur. cost., 1965, pp. 620 ss.,

CERULLI IRELLI V. La gestione dei servizi pubblici privi di rilevanza industriale, relazione al convegno "La riforma dei servizi pubblici locali alla luce della finanziaria del 2002 e della normativa comunitaria" Milano Paradigma 18-19 febbraio 2002.

V. CERULLI IRELLI, C. PINELLI (a cura di), *Verso il federalismo. Normazione e amministrazione nella riforma del Titolo V della Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 2004

CHAPUS, *Droit administratif général*, Parigi, 2001; ID., *Le service public et la puissance publique*, in RDP, 1968

E. CHELI, La giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di media, su www.cortecostituzionale.it

E. Cheli, Libertà di informazione e pluralismo informativo negli indirizzi della giurisprudenza costituzionale, su www.cortecostituzionale.it

J.-M. CHEVALIER, *L'idée de service public est-elle encore soutenable?*, Parigi, 1999.

J.-M. CHEVALLIER, Régard sur une évolution, AJDA 1997, n. spécial, Le service public - unité et diversité, p. 11.

M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 181 ss.;

COSTANZO P., *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Digesto disc. Pubbl.*, VIII, 1993

V. CRISAFULLI, Problematica della "libertà di informazione", in Il Politico, 1964, p. 286, P.

G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, p. 227;

G. CORSO, *La gestione dei servizi locali fra pubblico e privato,* in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione,* Atti del XLI Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 21-23 settembre 1995), Milano, 1997, p. 21;
G. CORSO, *Servizi pubblici e Costituzione, Democrazia e amministrazione. In ricordo di Vittorio Bachelet,* (a cura di) G. MARONGIU – G.C. DE MARTIN, Milano, 1992.

A. D'ALBERTI, Lo Stato e l'economia in Giannini, in Riv. trim. dir. pubbl., 2000, 4, p. 1087,

L. DE LUCIA, La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità, Torino, 2002

A. DE VALLES, I servizi pubblici, in Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano, Vol. VI, Milano, 1930, p. 398

G. DELLA CANANEA – G. NAPOLITANO, Per una nuova costituzione economica, Bologna, 1998

F. DELLO SBARBA, I servizi pubblici locali. Modelli di organizzazione e gestione, Torino, 2009

P. DELVOLVE, Service public et libertés publiques, in RFDA, 1985

F. DONATI, Il pluralismo informativo nello scenario della convergenza, in Morbidelli – Donati, v. infra.

F. DUBOUIS, Missions de service public ou missions d'intérêt général, in RGCT, 2001, 588

L. DUGUIT, *Les transformations du droit publi*c, Paris, 1913;

L. DUGUIT ,*Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1913;

L. DUGUIT *Le droit social, le droit individuel et la transformation de L'Etat*, Paris, 1922

C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958,

C. FARDET, La clause esorbitante et la réalisation de l'intérét general, in AJDA, 2000, 115;

E. FERRARI, *I servizi sociali, in S. CASSESE (a cura di), Trattato di diritto amministrativo, Milano, 2003,* p. 891.

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, p. 297-298

R. FRANCESCHELLI, *Concorrenza* (voce), *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, 7,

C. FRESA, Servizio pubblico, in Dizionario amministrativo, a cura di G. Guarino, Vol. II, Milano, Giuffrè, 1983,

D. U. Galetta – M. Giavazzi, Trasporti terrestri, in Trattato di diritto amministrativo europeo, a cura di CHITI- GRECO.

M.S. GIANNINI, Diritto amministrativo, Milano, 1993, 48 ss.; ID., Il pubblico potere, Bologna, 1986, 58 ss.

M. S. GIANNINI, Diritto pubblico dell'economia, Bologna, 1995.

M. S. GIANNINI, Il pubblico potere, Bologna, 1986, p. 69

M. S. Giannini, Istituti di credito e servizi di interesse pubblico, in Mon. e cred., 1949, p. 111, ss.

M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo, I*, Milano, 1950, p. 115.

F. GOGGIAMANI, Contratti di pubblico servizio e contratti fra privati a confronto, in Riv. Giur. Quadr. Pubbl. serv., 2001, p. 39

G. GUARINO, *Pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1970

J. GUGLIELMI, Histoire et service public, PUF, 2004

G. JEZE, *Principes Generaux du droit administratif*, 1904

E. KLEIN, L'influenza del diritto comunitario sul diritto amministrativo degli Stati membri, in Riv. it. dir. pubbl. comun., 1993, p. 683

C. HOCEPIED, *Les directives articles 90 paragraphe 3: un espéce juridique en voie de disparition?*, in *Revue des affaires européenne*, n. 2-1994, p. 49 ss.

J. LAMARQUE, Le déclin du critére de la clause exorbitante, Parigi, 1974

P. LAZZARA, Le autorità indipendenti e discrezionalità, 2001,

F. LIGUORI, I servizi pubblici locali, Torino, 2007,

V. LOSTORTO, I servizi pubblici, Il quadro normativo, l'organizzazione, i modelli gestionali, Franco angeli, Milano, 2007.

M. Lottini, Il contratto di servizio tra diritto comunitario e diritto interno, in Riv. Quadr. Pubbl. serv. 2002

B. Mameli, Servizio pubblico e concessione, Milano, Giuffrè, 1998, p. 297

MANNORI – B. SORDI, Storia del diritto amministrativo, Roma-Bari, 2001, p. 400 e ss.

M. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1987

A. MASSERA, *Contratto e pubblica amministrazione*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. ROPPO, VI, Milano, 2007, p. 106

A. MASSERA – C. TACCOLA, *L'uso del contratto nel diritto dei servizi pubblici*, in *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, a cura di A. Massera, Pisa, 2004, p. 268.

R. Mastroianni, Riforma del sistema radiotelevisivo italiano e diritto europeo, Torino, Giappichelli, 2004

R. Mastroianni, La direttiva servizi di media audiovisivi, 2009,

Mastroianni, Servizio pubblico radiotelevisivo tra diritto interno e diritto comunitario,in Le istituzionei del federalismo, spppl. 1 , 2006

MAZZAMUTO, Concorrenza e modelli di gestione dei servizi pubblici locali: il caso paradigmatico dei trasporti, in Nuove autonomie, 2000, p. 569 e ss.;

M. MENSI, I rapporti tra l'autorità nazionale di regolazione e la Commissione europea nel nuovo quadro normativo, in Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche, R. Perez, a cura di, Milano, p. 43 e ss

F. MERUSI, *Servizio pubblico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1970, p. 215.

E.J. MESTMÄCKER, *Staat und Unternehmen im europäische Gemeinschaftsrechts. Zur Bedeutung von Artikel 90 EWG-Vertrag*, in *Rabelszeitschrift*, 1988, 526 ss.;

G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, II, 1953, pp. 72 ss.

G. MORBIDELLI e F. DONATI (a cura di), Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?, Giappichelli, Torino, 2003

A. Mozzati, Contributo allo studio del contratto di servizio, Giappichelli, Torino, 2010, p. 77.

G. Napolitano, Regole e mercato nei servizi pubblici, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 85.

NAPOLITANO G., *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti,* in *Mercato Concorrenza e regole* 2-2000, p. 429

M. NIGRO, in *È ancora attuale una giustizia amministrativa?,* in Foro It., 1983, V, 253,

M. NIGRO, *L'edilizia popolare ed economica,* in SANDULLI (a cura di) *I lavori pubblici,* Vicenza, 1967, 496 ss

P. NIHOUL, P. RODFORD, *EU Electronic Communications Law. Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, London, 2009.

ORLANDO, Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano, Milano, 1900

M. OROFINO, Il Telecoms Package: luci ed ombre di una riforma molto travagliata, Riv. it. dir. pubbl. comunit. 2010, 02, p. 513

A, Pace, Commentario della Costituzione, 2009

L. PALADIN, Libertà di pensiero e libertà di informazione: le problematiche attuali, in Quad. cost., 1987, n. 7, pp. 11-12

PASTORI, *Stato e organizzazione amministrativa* in Oreste RANELLETTI, in *Dir. amm.*, 1993, 46 ss

R. PEREZ, *Disciplina europea delle comunicazioni elettroniche e ordinamento nazionale,* in R. PEREZ (a cura di), Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche, Giuffrè, Milano, 2004,

A. PERICU, Impresa e obblighi di servizio pubblico. L'impresa di gestione di servizi pubblici locali, Milano, 2001

L. R. Perfetti, Contributo a una teoria dei servizi pubblici,

L.R. PERFETTI, La riforma dei servizi pubblici locali a rilevanza industriale tra liberalizzazione e regolazione, in Analisi economica e metodo giuridico. I servizi pubblici locali, a cura di L.R.PERFETTI – P.POLIDORI Padova, 2003;

POLICE, Sulla nozione di servizio pubblico locale, in Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione, in Atti del Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 1997.

U. POTOTSCHNIG, I pubblici servizi, Padova, 1964, 49 ss

A, QUADRIO CURZIO, *Sussidiarietà e sviluppo. Paradigmi per l'Europa e per l'Italia*, Vita e pensiero, Milano, 2002

O. RANELLETTI, *Il concetto di pubblico nel diritto*, in Riv. it. sc. giur., 1905, 350 ss.

N. RANGONE, I pubblici servizi, Bologna, 1999

J. REITH, Broadcast over Britain, London, Hodder, 1924, p. 24.

A. ROMANO, Profili della concessione di pubblici servizi, in Dir. amm., 1994, pp. 459 s.;

A. ROMANO, *La concessione di un pubblico servizio*, in AA. VV., La concessione di pubblico servizio, a cura di G. Pericu, A. Romano, V. Spagnuolo Vigorita, Giuffrè, Milano, 1995, p.11 ss.

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

A, ROMANO TASSONE, Il contratto di servizio, in Dir. Trasp., 1998, p. 613,

G. Rossi, Diritto amministrativo, Milano, 2005, p. 309,

F.M. SALERNO, Soggetti, funzioni e procedure della regolazione, Riv. It. Dir. Pbl. Com. 2005

F.M. SALERNO, Telecomunicazioni ed Autorità indipendenti: appunti sullo sviluppo dei rapporti tra diritto comunitario ed organizzazione amministrativa europea, in Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comun., 2003, p. 679 ss.

F. SAMPERI, *Il servizio universale: concorrenza versus regolamentazione*, in C. VACCA (a cura di), *Regole giuridiche ed evoluzione tecnologica*, EGEA, Milano, 1999

F. Scoca, La concessione di servizi pubblici, Rimini, 1988,

D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in Dir. pubbl., 1999,

D. SORACE, I servizi pubblici, in Amministrare, 3- 2001, p. 385 ss.

D. Sorace, Diritto delle amministrazioni pubbliche, una introduzione, Bologna, 2007, p. 143;

D. Sorace, Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità, in Dir. pubbl., 1999,

E. SCOTTI, Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee, Padova, 2003,

J.P. SLOAT, *Article 90 Case Notes*, in CMLR, 1991, p. 964. ss.;

J.E. STIGLITZ, *Globalization and Its Discontents*, trad. it. *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Einaudi Editore, Torino, 2002.

A. TIZZANO, Nuovi orientamenti comunitari nel settore delle telecomunicazioni, in Istituzioni, mercato, democrazia (Liber amicorum per gli ottanta anni di Alberto Predieri), Torino, Giappichelli, 2002, p. 638.

A. VALASTRO, *Il servizio universale, fra libertà di comunicazione e diritto all'informazione*, in *DRT*, n. 1, 1999, 56 ss

G. E. Vigevani, Informazione e democrazia, Milano, 2009,

R. VILLATA, *Pubblici servizi*, Milano, 2006,

R. VILLATA, Pubblici servizi. Discussioni e problemi, Milano, 2001

J.H.H. WEILER, Il sistema comunitario europeo, Il Mulino, Bologna, 1998

P. WEIL, Le critére du contrat administratif en crise, Parigi, 1974 ; G. PEISER, Droit administratif général, Parigi, 2004, 266

R. ZACCARIA, *Le competenze dello Stato e delle Regioni in materia di "ordinamento della comunicazione"*, Cerulli Irelli – Pinelli, a cura di, op. cit.
R. Zaccaria – A. Valastro, Diritto dell'informazione e della comunicazione, CEDAM, 2010.
V. Zeno Zencovich, Il "servizio pubblico radiotelevisivo" nel nuovo quadro normativo comunitario, in Dir. Inf., 2003.
F. ZUELLI, Servizi pubblici e attività imprenditoriale, Milano, Giuffrè, 1973