

lo studio e la
diritto civile.
enti di attività
gni di politica
istruzioni ita-
getti pubblici
e questioni giu-
regionali, or-
gole di in-
missioni di
pubblicazioni
la interna-
n. a. di per-

ATTI

Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile

I rapporti civilistici nell'interpretazione
della Corte costituzionale

INIZIATIVA ECONOMICA E IMPRESA

tomo terzo

Atti del 2° Convegno Nazionale

18-19-20 aprile 2006
Grand Hotel Quisisana - Capri

pubblicazioni del
Società Italiana degli
Studiosi del Diritto Civile



Edizioni Scientifiche Italiane

VINCENZO MELI

RISERVA ORIGINARIA
E GESTIONE IN REGIME DI MONOPOLIO DI IMPRESE:
L'ESSENZIALITÀ DEL SERVIZIO

SOMMARIO: 1. L'art. 43 Cost.: i presupposti per la riserva. – 2. I servizi pubblici essenziali. – 3. I servizi pubblici essenziali nella giurisprudenza della Corte costituzionale. – 4. L'evoluzione alla luce del diritto comunitario: i servizi di interesse economico generale. – 5. La risposta all'esigenza di garantire l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico. – 6. Un esempio: i servizi postali. – 7. Un cenno alla vicenda dei servizi pubblici locali. – 8. L'«essenzialità» per competere. La concorrenza come missione di servizio pubblico.

1. Partiamo da un dato storico: l'art. 43 Cost., che l'Assemblea costituente approvò con ben minori contrasti di quelli che accompagnarono l'art. 41, fu giudicato positivamente persino da esponenti di orientamento accentuatamente liberista¹. La circostanza è tutt'altro che paradossale, se si considera che la norma, pur configurando quel «limite estremo fino al quale può spingersi il potere di conformazione del diritto di impresa»², costituito dalla sostituzione della gestione pubblica o socializzata a quella privata anche in interi settori economici, collega tale opzione a presupposti alquanto restrittivi. Ben legittimamente, agli occhi dei costituenti, gli spazi per quel tipo di intervento potevano apparire non più ampi di quelli concessi nell'impianto moderatamente interventista affermatosi già in epoca pre-fascista³. La riserva o il tra-

¹ Si veda A. DI MAJO, *L'avocazione delle attività economiche alla gestione pubblica o sociale*, in *Trattato Galgano, La Costituzione economica*, Padova, 1977, p. 338.

² M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 197. Si veda anche A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001, p. 230 ss.

³ La specificità «socialista» rimasta nella disposizione può, invece, che le attività in questione siano riservate o trasferite a «comunità di lavoratori e utenti» (cioè a cooperative: si vedano, in tal senso, G. MINERVINI, *La cooperazione e lo Stato*, in *Riv.*

sferimento di imprese o categorie di imprese può, infatti, intervenire solamente allorché le attività in questione si riferiscano a «servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio che abbiano carattere di preminente interesse generale»⁴ e solo laddove l'intervento venga attuato «a fini di utilità generale». Interessante è notare, del resto, come questo testo rappresenti l'approdo di un percorso avviatosi con ben altre mete. Il testo presentato alla III Sottocommissione per la discussione il 1 ottobre 1946 dal relatore On. Pesenti (PCI), era incentrato sulla proprietà e non sulle attività, e appariva improntato a spirito accentuatamente collettivista. Affermava, infatti, che «Ogni proprietà che nel suo sviluppo ha acquistato o acquista, sia per riferirsi a servizi pubblici essenziali o a situazioni di monopolio o a fonti di energia, o a dimensioni relativamente rilevanti, caratteri tali da assumere un aspetto di preminente interesse nazionale deve diventare proprietà della collettività nazionale od essere posta sotto il diretto controllo della Nazione». È evidente che in esso il riferimento ai servizi pubblici essenziali aveva scarsa importanza prescrittiva, posto che la riserva (obbligata, e non solo facoltativa, come nella stesura definitiva dell'art. 43) poteva darsi in genere per qualunque proprietà di «dimensioni relativamente rilevanti», vero obiettivo cui mirava la norma. Nel testo definitivo, invece, le categorie di attività indicate, lungi dal rappresentare occasioni aggiuntive di riserva pubblica, divengono le uniche ad essa assoggettabili, purché ricorrano, per di più, le altre condizioni indicate nella norma⁵. L'art. 40 del progetto, che viene portato in discussione all'adunanza plenaria il 13 maggio 1947 differisce rispetto al definitivo art. 43 nel suo *incipit* («Per coordinare le attività economiche», anziché «A fini di utilità generale») e, soprattutto, perché afferma che «la legge riserva», anziché «può riservare».

Venendo al definitivo art. 43 Cost., il riferimento ai monopoli e alle

fonti di energia non limitare a ricordarsi politico (si vedano necessità di combattere legge *antitrust* san- tre, era già emersa strategica delle fonti zionalizzazione dell' all'ENI, con la privatizzazione degli idr riserva delle attività solo detto che è la collettivizzazione del parata previsione essenziali».

Fonte di peculiare categoria dei «servizi determinatezza. In per sé sfuggente e dibattito dottrinale, «senzialità».

2. L'uso dell'espresso, aggiunge la riserva zato per dirimere servizio pubblico, l' interno di interpretare

Quanto al primo a parlare in Francia ramento della riserva semplicemente di g e del potere coercitivo ristico, i poteri de estesi alla prestazione testo, la dottrina e attività indispensabile ciale, che dovesse pubblico potere, in

dir. civ., 1969, I, p. 621; A. DI MAJO, *o.c.*, p. 365; F. GALGANO, *Art. 43*, in *Comm. cost.* Scialoja-Branca, Bologna, 1982, p. 199).

⁴ Per una valorizzazione di questa espressione, pur «generica ed enfatica», si veda M. LIBERTINI, *La regolazione amministrativa del mercato*, in *Tratt. dir. comm.* Galgano, III, *L'azienda e il mercato*, Padova, 1979, p. 486 s.

⁵ Nell'art. 11, *Impresa*, approvato dalla III Sottocommissione il 26 ottobre 1946, il requisito del «preminente interesse generale» è ancora utilizzato in funzione qualificatrice delle attività indicate e non come requisito ulteriore: «Allo scopo del bene comune, quando l'impresa per riferirsi a servizi pubblici essenziali, o a situazioni di privilegio o di monopolio, o a fonti di energia, assume carattere di preminente interesse generale, la legge può autorizzare l'espropriazione mediante indennizzo, devolvendone proprietà ed esercizio, diretto o indiretto allo Stato, o ad altri enti pubblici o a comunità di lavoratori e di utenti».

⁶ Si vedano, per l' XVII, Torino, 1970, e XXVIII, Roma, 1992.

può, infatti, intervenire
 «servizi pub-
 di monopolio che
 e solo laddove l'in-
 ». Interessante è no-
 l'approdo di un percorso
 alla III Sottocommis-
 il relatore On. Pesenti
 attività, e appariva im-
 ». Affermava, infatti, che
 o acquista, sia per
 di monopolio o a
 rilevanti, caratteri tali da
 nazionale deve diventare
 posta sotto il diretto
 il riferimento ai ser-
 prescrittiva, posto che
 nella stesura defini-
 qualunque proprietà di «di-
 cui mirava la norma.
 indicate, lungi dal
 pubblica, divengono le
 per di piú, le altre con-
 etto, che viene portato
 1947 differisce ri-
 e coordinare le attività
 e, soprattutto, per-
 «riservare».

mento ai monopoli e alle

no, Art. 43, in *Comm.*

«generica ed enfatica», si veda
 in *Tratt. dir. comm.* Gal-

missione il 26 ottobre 1946,
 in funzione quali-
 «Allo scopo del bene
 essenziali, o a situazioni di
 di preminente inte-
 mediante indennizzo, devol-
 Stato, o ad altri enti pubblici

fonti di energia non presenta rilevanti problemi interpretativi: ci si può limitare a ricordare che anche componenti liberali dello schieramento politico (si vedano gli interventi di Einaudi) avevano evidenziato la necessità di combattere i monopoli (non a caso, il primo progetto di legge *antitrust* sarà presentato, circa dieci anni dopo, dai liberali); inoltre, era già emersa una piú moderna consapevolezza dell'importanza strategica delle fonti di produzione dell'energia (prima ancora della nazionalizzazione dell'energia elettrica, come è noto, verranno riservate all'ENI, con la l. n. 136 del 1953, la prospezione, la ricerca e la coltivazione degli idrocarburi, che, comunque, erano già ricomprese nella riserva delle attività minerarie, prevista dal r.d. n. 1443 del 1927). Va solo detto che è alla luce della proposta originaria (mirante alla collettivizzazione dei beni e non tanto delle attività), che si spiega la separata previsione delle «fonti di energia» rispetto ai «servizi pubblici essenziali».

Fonte di peculiari problemi interpretativi è stata, invece, proprio la categoria dei «servizi pubblici essenziali», caratterizzata da evidente indeterminazione. Indeterminazione duplice, dal momento che alla già di per sé sfuggente categoria dei «servizi pubblici», già oggetto di ampio dibattito dottrinale, venne aggiunta l'allora inedita qualifica dell'«essenzialità».

2. L'uso dell'espressione «servizi pubblici essenziali», dunque, da un lato, aggiunge la norma costituzionale al materiale normativo analizzato per dirimere la risalente controversia sulla nozione giuridica di servizio pubblico; dall'altro, ovviamente, pone un inedito problema interno di interpretazione del peculiare dato costituzionale.

Quanto al primo aspetto, com'è noto, di *service public* si comincia a parlare in Francia, sul finire del secolo XIX, per far fronte al superamento della rigorosa concezione liberale dello Stato come titolare semplicemente di poteri autoritativi, espressione diretta della sovranità e del potere coercitivo; con l'imporsi di nuove istanze di tipo solidaristico, i poteri dell'amministrazione pubblica in economia risultano estesi alla prestazione di beni e servizi alla collettività. In questo contesto, la dottrina classica identificò il servizio pubblico con qualsiasi attività indispensabile all'esistenza e allo sviluppo della convivenza sociale, che dovesse essere esercitata, direttamente o indirettamente, dal pubblico potere, in quanto solo esso era in grado di garantirla⁶. Tale

⁶ Si vedano, per una ricognizione, F. MERUSI, *Servizio pubblico*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970, p. 215 ss.; P. CIRIELLO, *Servizi pubblici*, in *Enc. giur.* Treccani, XXVIII, Roma, 1992; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999, p. 13 ss.

concezione soggettiva o nominalistica, pur con varietà di indirizzi, aveva inizialmente influenzato anche il contesto italiano: servizio pubblico e gestione pubblica, dunque, erano ritenute coincidenti.

Al momento in cui la Costituzione viene elaborata, tuttavia, il quadro risulta assai modificato rispetto a quello in cui la teoria soggettiva del servizio pubblico si era affermata. Già tra l'inizio del secolo e i primi anni Venti era stato creato il monopolio pubblico nei trasporti ferroviari (r.d. 9 maggio 1912, n. 1447) e nelle poste e telecomunicazioni (d.l. 27 febbraio 1936, n. 645), e si era attuata la municipalizzazione dei servizi pubblici locali (r.d. 29 marzo 1903, n. 103, Legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni, e r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578, Testo unico comunale e provinciale). Più in generale, nel periodo tra le due guerre si era assistito ad un incremento massiccio e ad una diversificazione dell'intervento dello Stato nell'economia, interpretato in chiave ideologica dal regime fascista, ma, in realtà, perfettamente in linea con una tendenza già in atto in tutti i Paesi del mondo industrializzato. Se, da un lato, le attività dello Stato, in tutte le sue articolazioni, divengono ben più complesse e teleologicamente diversificate, d'altro canto, cresce il numero delle attività che, pur svolte da privati, rispondono ad interessi primari dell'intera collettività. La costruzione che aveva identificato il servizio pubblico con l'ambito dell'attività amministrativa c.d. paritetica entra perciò in crisi, perché inidonea, per un verso per eccesso, per un altro per difetto, ad abbracciare la complessità della nuova realtà economica.

In questa chiave, il riferimento dell'art. 43 Cost. ai «servizi pubblici» possibile⁷ oggetto di nazionalizzazione o di socializzazione⁸, viene visto come contributo decisivo al tramonto della costruzione soggettiva (se la riserva o il trasferimento è solo possibile, è evidente che la valutazione dell'esistenza di un servizio pubblico deve precederla e non dipenderne).

Ma, come detto, l'art. 43 Cost. non prevede che ogni attività riferentesi a servizi pubblici possa essere oggetto di esercizio riservato da parte dello Stato, di enti pubblici, ecc., ecc. Prevede invece che ciò possa accedere in riferimento ai «servizi pubblici essenziali». Nell'esame della nozione, si è prodotto così in dottrina un vero cortocircuito interpretativo. Chi ha interpretato la nozione in continuità con

⁷ La riserva automatica era stata oggetto di proposta all'Assemblea Costituente, ma non era passata; si vedano gli Atti dell'Assemblea costituente sul sito della Camera dei deputati (www.camera.it).

⁸ Su tali nozioni, si veda A. PREDIERI, voce *Collettivizzazione*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 223 ss.

la nozione giuridica appunto, si è limitando rendendolo nel dibattito è che, come ricorso a porre alcun limite a questa nozione è stata quella che è stata mai attuata in origine allo Stato, ciò ricorso allo Stato l'art. 43 Cost. ha consentito, di qua consolidato.

Pochi autori hanno significato costituzionale sembra di poter interpretazione sistema sco in special modo quale provò a ricominciando coincidere può esercitarsi la g. 41, comma 3, Cost. sostanziale alla nozione minato momento ciabili dell'individuo

⁹ M. CLARICH, *Servizi pubblici in Italia e tedesca a cura di*, 2003, p. 7.

¹⁰ U. POTOTSCHENKO, altri autori hanno interpretato il riferimento al art. 41 e art. 43, ritenendo che quello di apprestare la riserva dovrebbe essere liberamente contrastanti con il principio di riserva e indirizzo, ecc. Si veda anche G.F. CASSINELLI.

¹¹ Come rilevato in dottrina, il risultato cui si è giunti in seno dell'Assemblea Costituente.

¹² V. SPAGNUOLO, voce *Servizi pubblici essenziali*, in *Enc. dir.*, VII, Napoli, 1959, p. 327 ss.

¹³ M.S. GIANNINI.

con varietà di indirizzi, aveva italiano: servizio pubblico e coincidenti.

ne elaborata, tuttavia, il quale in cui la teoria soggettiva tra l'inizio del secolo e il monopolio pubblico nei trasporti nelle poste e telecomunicazioni era attuata la municipalizzazione 1903, n. 103, Legge sulla parte dei Comuni, e r.d. 15 (statale e provinciale). Più in generale assistito ad un incremento dell'intervento dello Stato nell'economia dal regime fascista, ma, in presenza già in atto in tutti i settori, le attività dello Stato, anche le più complesse e teleologiche, e il novero delle attività che, per interessi primari dell'intera collettività, il servizio pubblico con la paritetica entra perciò in crisi, e, per un altro per difetto, ad una crisi economica.

art. 43 Cost. ai «servizi pubblici o di socializzazione⁸, viene prevista la costruzione soggettiva. È evidente che la costruzione del servizio pubblico deve precederla e non

prevede che ogni attività riferita al servizio pubblico è di esercizio riservato da parte dello Stato. Prevede invece che ciò che è di servizio pubblico essenziali». Nell'ambito di questa dottrina un vero cortocircuito si crea nella nozione in continuità con

proposta all'Assemblea Costituente, e la costituzione sul sito della Camera

socializzazione, in *Enc. dir.*, VII,

la nozione giuridica di servizio pubblico, ha trascurato l'essenzialità e, appunto, si è limitato a registrare il riferimento costituzionale, inserendolo nel dibattito generale sul servizio pubblico. Il risultato pratico è che, come ricordato di recente⁹, l'art. 43 non si è mostrato idoneo a porre alcun limite significativo al legislatore: se l'unica nazionalizzazione è stata quella dell'industria elettrica (e nessuna socializzazione è stata mai attuata), assai consistente è il novero delle attività riservate in origine allo Stato o ad enti pubblici locali ed esercitate con massiccio ricorso allo strumento della concessione. Si può anche ben dire che l'art. 43 Cost. ha avuto minore importanza per ciò che di nuovo ha consentito, di quanto non ne abbia avuta per ciò che di vecchio ha consolidato.

Pochi autori hanno provato invece a riconoscere un peculiare significato costituzionale alla nozione di servizio pubblico essenziale. Mi sembra di poter individuare tre filoni: un primo ha accentuato l'interpretazione sistematica all'interno del dato costituzionale. E mi riferisco in special modo all'importantissimo contributo di Pototschnig, il quale provò a ricostruire l'unità della Costituzione economica¹⁰, facendo coincidere i servizi pubblici essenziali con le attività sulle quali può esercitarsi la potestà programmatica dello Stato, ai sensi dell'art. 41, comma 3, Cost.¹¹; un secondo ha provato invece a dare contenuto sostanziale alla nozione, riferendosi ora ai bisogni diffusi in un determinato momento storico¹² ora ai soli bisogni elementari ed irrinunciabili dell'individuo¹³; un terzo ha provato a spazzare via i lacci che

⁹ M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, Siena Memos and Papers on Law & Economics, Siena, 2003, p. 7.

¹⁰ U. POTOTSCHNIG, *Pubblici servizi*, Padova, 1964, p. 70 ss. In anni più recenti, altri autori hanno ripreso il tema. Si veda, ad es., la costruzione di L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001, il quale combina ancora art. 41 e art. 43, ritenendo che servizio pubblico sia l'attività economica il cui risultato è quello di apprestare le condizioni per rendere effettivi libertà e diritti. Tale attività potrebbe essere liberamente esercitata, ma se ciò si traducesse in esiti insoddisfacenti, contrastanti con il comma 2 dell'art. 41, potrebbe essere soggetta a misure di regolazione e indirizzo, ex comma 3 del medesimo art. 41 e, laddove neanche ciò bastasse, a regime di riserva pubblica ex art. 43. Sulla relazione tra art. 43 e servizi pubblici si veda anche G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002, p. 24 ss.

¹¹ Come rilevato da A. DI MAJO, *o.c.*, p. 340 s., la rottura di tale unità fu proprio il risultato cui aveva mirato, con successo, lo schieramento conservatore all'interno dell'Assemblea Costituente.

¹² V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, p. 307 ss.

¹³ M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, 1ª ed., Bologna, 1977, p. 139; di

legano la nozione al dibattito sulla nozione giuridica di servizio pubblico, per vedervi fotografato, invece, un fenomeno economico. Così, se il difetto del criterio sostanzialistico è quello di rimettersi ad una costruzione a geometria variabile a seconda dei momenti storici, per dare stabilità alla nozione ci si deve comunque riferire solo «a quei (beni o) servizi che il mercato non è in grado di produrre in quella misura o a quei prezzi che consentono di soddisfare, al livello più elevato, i bisogni della popolazione»¹⁴. Va però osservato che tale lettura in termini di *market failure*, pur corretta nel definire un presupposto dell'attivazione della speciale disciplina pubblicistica, lascia impregiudicata l'individuazione dei servizi per cui lo Stato, di fronte, appunto, ad un fallimento del mercato, dovrebbe intervenire con la riserva: il problema del rimedio ai fallimenti del mercato non può che porsi successivamente alla qualificazione dell'attività come doverosa e, dunque, eventualmente bisognevole del rimedio¹⁵. Come vedremo, il diritto comunitario prenderà infine atto che tale qualificazione, con riferimento ai servizi economici, è sostanzialmente impossibile una volta per tutte; nella sua applicazione verranno dunque individuate specifiche attività definibili come servizi di interesse economico generale, ma sarà lasciata ai legislatori nazionali la definizione di altre: a questo punto, tuttavia, il problema dell'ampiezza della potenziale riserva pubblica non si pone più, essendo stato sostanzialmente escluso il ricorso a tale strumento.

Il dibattito sulla Costituzione economica interna si è, ovviamente, assai affievolito negli ultimi anni, in virtù dello spostamento dell'attenzione degli interpreti verso la Costituzione economica comunitaria, alla quale, dunque, si dovrà fare riferimento.

Per inciso, va ricordato che una definizione di «servizi pubblici essenziali» si ritrova nell'art. 1 della l. 12 giugno 1990, n. 146, modificata dalla n. 83 del 2000, che dispone in materia di sciopero, appunto,

carattere sostanzialistico è anche la costruzione di F. MERUSI, *o.c.*, p. 220, per il quale il potere pubblico potrebbe individuare caso per caso spazi di servizio pubblico, a partire dalle contingenti circostanze sociali. Per vero, non manca neppure chi, come R. VILLATA, *Pubblici servizi*, Milano, 2003, p. 12, aggiorna la concezione soggettiva, ritenendo che sia rilevante la decisione della p.a. di considerare tale una certa attività, potendo poi questa essere svolta direttamente dalla stessa p.a., oppure da questa sottoposta a vigilanza e controllo, nel qual caso essa potrà anche essere esercitata da imprese private «senza con ciò perdere l'intrinseco legame del servizio con la struttura organizzativa della collettività».

¹⁴ Si veda M. LIBERTINI, *o.c.*, p. 484 s. Si veda, da ultimo, anche M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 194.

¹⁵ Per la critica, si veda M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000, p. 115.

nei servizi pubblici considerati servizi pubblici giuridici del rapporto o mediante contratti della persona libertà ed alla sicurezza sociale. Tuttavia, di una definizione di cui alla attività di carattere fondamentale, l'istruzione, ecc.

Il termine «essenziale» che nell'art. 117 dello Stato vi è a prestazioni concordati su tutto il nostro discorso, quali quelli sanitari.

3. La natura di molte pronunce di queste ipotesi, la Corte la flessibilità per i vantaggi, non limitando così stati considerati la distribuzione di e, in buona sostanza particolare:

– nella sentenza timo il monopolio «la pastorizzazione con i caratteri di il diritto esclusivo tezione di un interesse a fini di utilità generale» l'art. 2 della l. n.

¹⁶ Per una ricognizione veda M. MELI, *Monopoli*, R. DI RAIMO e V. R. *Il contributo della giurisprudenza*

giuridica di servizio pubblico fenomeno economico. Così, quello di rimettersi ad una serie dei momenti storici, per non riferire solo «a quei momenti di produrre in quella attività, al livello più elevato osservato che tale lettura non definisce un presupposto economico, lascia impregniare lo Stato, di fronte, appunto, intervenire con la riserva: il fatto non può che porsi successivamente doverosa e, dunque, come vedremo, il diritto di partecipazione, con riferimento possibile una volta per tutte; individuate specifiche attività di generale, ma sarà lasciata a questo punto, tuttavia, la riserva pubblica non si pone il ricorso a tale strumento. La interna si è, ovviamente, dello spostamento dell'attività economica comunitaria, di «servizi pubblici essenziali» del 1990, n. 146, modificata di sciopero, appunto,

Mazzoli, *o.c.*, p. 220, per il quale «gli spazi di servizio pubblico, a cui non manca neppure chi, come abbiamo la concezione soggettiva, considerare tale una certa attività, stessa p.a., oppure da questa sottratta anche essere esercitata da im-

di ultimo, anche M. CLARICH, *o.c.*, p. 194.

zione della sfera pubblica, To-

nei servizi pubblici essenziali: «Ai fini della presente legge sono considerati servizi pubblici essenziali, indipendentemente dalla natura giuridica del rapporto di lavoro, anche se svolti in regime di concessione o mediante convenzione, quelli volti a garantire il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla vita, alla salute, alla libertà ed alla sicurezza, alla libertà di circolazione, all'assistenza e previdenza sociale, all'istruzione ed alla libertà di comunicazione». Si tratta, tuttavia, di una definizione inutile ai fini della ricostruzione della nozione di cui all'art. 43 Cost., in quanto contenente anche riferimenti ad attività di carattere non economico, per le quali la riserva troverebbe fondamento in altre norme costituzionali (diritto alla salute, all'istruzione, ecc., ecc.).

Il termine «essenziale», riferito a servizi pubblici, è utilizzato anche nell'art. 117, lettera m), Cost., in cui, tra le competenze esclusive dello Stato vi è, appunto, la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale»: anche qui, però, si esula dal nostro discorso, in quanto il riferimento è a servizi non economici, quali quelli sanitari, di assistenza e scolastici.

3. La natura di «servizio pubblico essenziale» viene invocata in non poche pronunce della Corte costituzionale riguardanti l'art. 43. In queste ipotesi, la Corte non definisce la categoria, ma ne sfrutta piuttosto la flessibilità per collegarla al sistema di valori costituzionalmente rilevanti, non limitandosi al solo contesto dei bisogni economici¹⁶. Sono così stati considerati «servizi pubblici essenziali» la pastorizzazione e la distribuzione del latte, la telediffusione via etere su scala nazionale, e, in buona sostanza, la vendita dei tabacchi e l'estrazione del sale. In particolare:

– nella sentenza 15 marzo 1960, n. 11, con cui fu ritenuto legittimo il monopolio comunale delle centrali del latte, la Corte affermò: «la pastorizzazione e la distribuzione del latte è un servizio pubblico con i caratteri di servizio essenziale di preminente interesse generale; il diritto esclusivo di vendita concesso alle centrali è un mezzo di protezione di un interesse igienico – sanitario pubblico e quindi risponde a fini di utilità generale. Tutto ciò è chiarito dal primo comma dell'art. 2 della l. n. 851 del 1938, ove è detto che le centrali sono isti-

¹⁶ Per una ricognizione ragionata della giurisprudenza costituzionale sull'art. 43, si veda M. MELI, *Monopolio statale ed esigenze di socializzazione della produzione*, in R. DI RAIMO e V. RICCIUTO, *Impresa pubblica e intervento dello Stato in economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 69 ss.

tuite e gestite «nel prevalente interesse dell'igiene e della salute pubblica»».

– la natura di servizio pubblico essenziale viene poi costantemente ravvisata nell'attività radiotelevisiva. Nella sentenza 6 luglio 1960, n. 59 – la prima in cui la Corte affronta la questione della legittimità costituzionale del monopolio pubblico – la Corte basa essenzialmente la propria decisione conservativa di quell'assetto sul pericolo di oligopolio privato, data la scarsità delle frequenze, sottolineando poi la ricorrenza del preminente interesse generale, voluta dall'art. 43. In successive pronunce richiama, in aggiunta, la categoria del «servizio pubblico essenziale». Così, nelle sentenze 9 luglio 1974, nn. 225 e 226 (con cui viene ritenuto illegittimo il monopolio della televisione via cavo), dopo avere ancora evidenziato il rischio di monopolio o oligopolio privato su un mezzo fondamentale per la diffusione del pensiero, la Corte aggiunge che «non potendosi minimamente dubitare che nell'attuale contesto storico la radiotelediffusione soddisfi un bisogno essenziale della collettività, si deve convenire che trattasi di un servizio pubblico essenziale». Afferma, in particolare, che «la radiotelevisione adempie a fondamentali compiti di informazione, concorre alla formazione culturale del Paese, diffonde programmi che in vario modo incidono sulla pubblica opinione». A séguito di tali due sentenze, la natura di «servizio pubblico essenziale ed a carattere di preminente interesse generale, in quanto volta ad ampliare la partecipazione dei cittadini ed a concorrere allo sviluppo sociale e culturale del Paese in conformità ai principi sanciti dalla Costituzione» viene affermata esplicitamente nella l. n. 103 del 1975, con la quale l'esercizio del servizio radiotelevisivo viene affidato in concessione alla RAI, trasformata in società a capitale interamente pubblico. Tale natura viene ancora confermata con le successive pronunce 28 luglio 1976, n. 202 e 14 luglio 1981, n. 148, limitatamente all'attività di telediffusione via etere in ambito nazionale. In particolare, nella n. 148 del 1981, la Corte afferma «il servizio pubblico essenziale di radioteletrasmissione, su scala nazionale, di preminente interesse generale, può essere riservato allo Stato in vista del fine di utilità generale costituito dalla necessità di evitare l'accentramento dell'emittenza radiotelevisiva in monopolio od oligopolio privato. Necessità, va aggiunto, che non emerge soltanto in relazione alla maggiore o minore disponibilità delle frequenze di trasmissione, ma attiene altresì alla natura del fenomeno delle radioteletrasmissioni visto nel contesto socio-economico in cui esso è destinato a svilupparsi». La natura di servizio pubblico essenziale viene invece esclusa per quelle in ambito locale e, con la sentenza 6-13 maggio 1987, n. 153, per l'attività di trasmissione verso l'estero.

– due pronunce della sentenza 15 luglio 1974, n. 153, concernenti la vendita statale sulla vendita di beni pubblici, di vario genere, esistenti nell'assicurazione della salute pubblica e nei servizi di date zone del territorio, e la situazione di totale inattuazione dello stesso servizio, cui si possano mettere a data per adeguare il servizio, risulta rivolta in merito ai pubblici»; 2) con la sentenza è legittimo il monopolio «esclusiva o riservata» di servizio pubblico, alimentare, di beni economici e patrimoniali.

La Corte, peraltro, è dunque respinto la natura di disfezione deve essere che si debba consistere sia essenzialmente e incidente con la tutela è in grado di assicurare in quei casi in cui il legislatore può fare l'interesse collettivo.

4. Dall'impatto Cost. esce ridimensionato. Quanto ai presupposti finiscono oggi con il fine generale», ma l'essenza caratteristica dell'attività di gestione. Quanto al comunitario viene non è più quella di alla mano pubblica.

Quanto, dunque, la nozione viene in particolare, di in

conomica pubblica

zione e della salute pub-

zione poi costantemente
sentenza 6 luglio 1960, n.

zione della legittimità co-

base essenzialmente la

sul pericolo di oligopo-

lineando poi la ricor-

dall'art. 43. In succes-

del «servizio pubblico

nn. 225 e 226 (con cui

missione via cavo), dopo

o oligopolio privato

del pensiero, la Corte ag-

are che nell'attuale con-

bisogno essenziale della

un servizio pubblico es-

televisione adempie a

arre alla formazione cul-

modo incidono sulla

tenenze, la natura di «ser-

eminente interesse gene-

azione dei cittadini ed a

del Paese in conformità ai

firmata esplicitamente nella

el servizio radiotelevisivo

firmata in società a capi-

ancora confermata con le

4 luglio 1981, n. 148, li-

erare in ambito nazionale.

e afferma «il servizio pub-

scala nazionale, di premi-

lo Stato in vista del fine

– due pronunce, infine, si occupano di monopoli fiscali; 1) con la sentenza 15 luglio 1976, n. 209, viene ritenuto legittimo il monopolio statale sulla vendita dei tabacchi sulla base del perseguimento di «fini pubblici, di vario e complesso contenuto e caratteristicamente consistenti nell'assicurazione di entrate tributarie, nella salvaguardia della salute pubblica e nell'occupazione dei lavoratori, di date categorie e in date zone del territorio nazionale», per cui, «Per il passaggio dalla situazione di totale monopolio del settore a quella di totale liberalizzazione dello stesso, è inevitabile una fase intermedia e provvisoria in cui si possano modificare le strutture della rete di distribuzione e vendita per adeguarle alle nuove esigenze ed in cui l'attività relativa risulta rivolta in modo essenziale al perseguimento di rilevanti fini pubblici»; 2) con la sentenza 22 giugno 1994, n. 257, la Corte ritiene legittimo il monopolio statale sull'estrazione del sale, affermando che «esclusiva o riserva, derivanti dalla natura di bene patrimoniale indisponibile delle miniere, perseguono interessi essenziali (dal lato igienico, alimentare, industriale, ecc.), oltre la valutazione dei riflessi economici e patrimoniali, che nella fattispecie esplicano notevole incidenza».

La Corte, per l'individuazione dei servizi pubblici essenziali, ha dunque respinto la tesi che li individua in bisogni essenziali la cui soddisfazione deve essere garantita alla collettività. Piuttosto, ha ritenuto che si debba considerare quelle situazioni in cui l'attività in questione sia essenzialmente connessa al perseguimento di finalità pubbliche, coincidente con la tutela di taluni valori costituzionali, che solo la riserva è in grado di assicurare. In sintesi, si ha servizio pubblico essenziale in quei casi in cui, pur essendosi in presenza di attività economica, il legislatore può fare prevalere sulla legittima aspirazione al profitto un interesse collettivo di carattere extraeconomico.

4. Dall'impatto con il diritto comunitario la previsione dell'art. 43 Cost. esce ridimensionata (per non dire sostanzialmente abrogata). Quanto ai presupposti in essa configurati, è vero che i servizi pubblici finiscono oggi con il coincidere con i «servizi di interesse economico generale», ma l'essenzialità, come si vedrà, non rappresenta più una caratteristica dell'attività, bensì un tipo di obbligo connesso al suo svolgimento. Quanto alla disciplina, la risposta che su pressione del diritto comunitario viene oggi fornita alle esigenze riassunte nell'art. 43 Cost. non è più quella della riserva o del trasferimento, diretto o indiretto, alla mano pubblica.

Quanto, dunque, ai servizi pubblici, essenziali o meno, dicevo che la nozione viene sostituita da quella di servizi di interesse generale e, in particolare, di interesse economico generale, richiamati innanzitutto

dall'art. 16 del Trattato, secondo il quale «fatti salvi gli articoli 73, 86 e 87, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, la Comunità e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione del presente trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i loro compiti».

Certo, non è che stabilire cosa e quali siano i servizi di «interesse economico generale» sia molto più agevole che stabilire cosa siano i «servizi pubblici»¹⁷. Per determinare la portata della nozione la copiosa giurisprudenza comunitaria si è per lo più attenuta al criterio del caso concreto, avvertendo, in via generale, che la categoria deve essere interpretata restrittivamente, dato che la sua funzione è quella di delimitare l'applicazione delle regole di concorrenza¹⁸. Una definizione generale è stata comunque ormai più volte fornita dalla Commissione nelle sue numerose comunicazioni. Nel Libro Verde sui servizi di interesse generale¹⁹ si legge che «l'espressione si riferisce a servizi di natura economica che, in virtù di un criterio di interesse generale, gli Stati membri o la Comunità assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico. Il concetto di servizi di interesse economico generale riguarda in particolare alcuni servizi forniti dalle grandi industrie di rete quali i trasporti, i servizi postali, l'energia e la comunicazione. Tuttavia, il termine si estende anche a qualsiasi altra attività economica soggetta ad obblighi di servizio pubblico». Emerge già da questa definizione come perda di significato la qualificazione di determinate attività come «servizi pubblici». Si parla, invece, di «obblighi di servizio pubblico», connessi ad attività di interesse economico generale, inten-

¹⁷ Sulla nozione si vedano, tra altri, N. RANGONE, *o.c.*, p. 18 ss.; M. MAZZAMUTO, *o.c.*, p. 103 ss.

¹⁸ Si vedano Corte giust., 27 marzo 1974, c. 127/73, *Br t. c. Sabam Fonior*, in *Racc.*, 1974, p. 51; Corte giust., 20 marzo 1985, c. 41/83, *Italia c. Commissione*, *ivi*, 1985, p. 873; Corte giust., 4 maggio 1988, c. 30/87, *Bodson c. Pompes funèbres*, *ivi*, 1988, p. 2479; Corte giust., 11 aprile 1989, c. 66/88, *ivi*, 1989, p. 2087; Corte giust., 13 dicembre 1991, c. 18/88, *Régie des Téléphones et des Télégraphes Sa c. GB-Inno-BM*, *ivi*, 1991-1, p. 5941; Corte giust., 19 marzo 1993, c. 320/91, *P. Corbeau*, *ivi*, 1993-1, p. 2532; Corte giust., 27 aprile 1994, c. 393/92, *Comune di Almelo c. Ijm*, *ivi*, 1994-1, p. 1477.

¹⁹ COM (2003) 270, Bruxelles, 21 maggio 2003, definitivo, in precedenza si vedano la comunicazione «I servizi di interesse generale in Europa», in G.U., C 281 del 26 settembre 1996, aggiornata nel 2000, con la comunicazione «I servizi di interesse generale in Europa», in G.U., C 17 del 19 gennaio 2001; la relazione al Consiglio Europeo del 17 ottobre 2001 COM (2001) 598 def. Rapporto di Laeken.

endosi «obblighi di servizio pubblico», connessi ad attività di interesse economico generale, non che all'«essenzialità» del servizio.

Essa emerge nel caso di servizio di attività di interesse economico generale quello definito servizio di interesse economico generale, in quanto messo a disposizione del cittadino in condizioni qualitative stabilite dalla legge, a un prezzo accessibile a tutti, e in modo da consentire a ogni cittadino di accedere a tale servizio. Si pone l'obbligo alla Commissione di specificare, in sede di attuazione, le condizioni di accesso al servizio. E ancora «Il servizio di interesse economico generale garantisce che i requisiti di interesse economico generale, in termini di sviluppo politico, sociale, economico e culturale, siano adeguati per soddisfare le esigenze collettive del servizio pubblico essenziale finché è possibile».

5. Come si garantisce l'accesso al servizio pubblico, connessi ad attività di interesse economico generale?

Come abbiamo visto, il servizio pubblico di interesse economico generale della riserva originaria (attività di interesse economico generale) può apparire straniero in quanto non è soggetto a obblighi di servizio pubblico ed è principio di diritto che il servizio pubblico essenziale (già 90,

²⁰ Cfr. art. 3, par. 3, del regolamento del 7 marzo 2002 del Consiglio, relativo alla fornitura di reti e di servizi di telecomunicazioni (G.U. l. 24 aprile 2002, n. 117).

²¹ Altri obblighi di servizio pubblico sono previsti laddove per la sua natura il servizio è di interesse economico generale; la accessibilità del servizio; la sicurezza del servizio; il pluralismo dei mezzi di comunicazione; il servizio universale e la concorrenza (F. CARTEI, *o.c.*).

salvi gli articoli 73, 86
servizi di interesse econo-
dell'Unione, nonché del
sociale e territoriale, la Co-
ttive competenze e nel-
te trattato, provvedono
pi e condizioni che con-

no i servizi di «interesse
che stabilire cosa siano i
della nozione la copiosa
enuta al criterio del caso
categoria deve essere in-
nazione è quella di deli-
za». Una definizione ge-
nita dalla Commissione
Verde sui servizi di in-
riferisce a servizi di na-
di interesse generale, gli
specifici obblighi di ser-
esse economico generale
dalle grandi industrie di
e la comunicazione. Tut-
altra attività economica
emerge già da questa de-
zione di determinate at-
di «obblighi di servizio
onómico generale, inten-

p. 18 ss.; M. MAZZAMUTO,

B. e. Sabam Fonior, in *Racc.*,
Commissione, *ivi*, 1985,
Pompes funèbres, *ivi*, 1988,
p. 2087; Corte just., 13 di-
graphes Sa c. GB-Inno-BM,
1991; P. Corbeau, *ivi*, 1993-1,
e c. Almelo c. Ijm, *ivi*, 1994-

definitivo, in precedenza si ve-
Europa», in G.U., C 281 del
nazione «I servizi di interesse
la relazione al Consiglio Eu-
di Laeken.

endosi «obblighi che l'impresa, ove considerasse il proprio interesse commerciale, non assumerebbe o non assumerebbe nella stessa misura né alle stesse condizioni». Ed è attraverso questa via che si recupera l'«essenzialità» dei servizi, di cui parla l'art. 43 Cost.

Essa emerge nella elencazione degli obblighi connessi con l'esercizio di attività di interesse economico generale, ed in particolare in quello definito servizio universale. Esso viene riferito²⁰ «ad una serie di requisiti di interesse generale che assicurano che taluni servizi siano messi a disposizione di tutti gli utenti e consumatori finali al livello qualitativo stabilito, a prescindere dall'ubicazione geografica dei medesimi e, tenuto conto delle specifiche circostanze nazionali, ad un prezzo accessibile». Si precisa che «il concetto stabilisce il diritto di ogni cittadino di accedere a taluni servizi considerati essenziali e impone l'obbligo alle industrie di fornire un servizio definito a condizioni specificate, che includono fra l'altro una copertura territoriale totale». E ancora «Il concetto di "servizio universale" è dinamico. Garantisce che i requisiti di interesse generale tengano conto degli sviluppi politici, sociali, economici e tecnologici e consente, ove necessario, di adeguare periodicamente tali requisiti all'evoluzione delle esigenze collettive dei cittadini». In sintesi, la nozione di servizio pubblico essenziale finisce con il coincidere con il servizio universale²¹.

5. Come si garantisce l'adempimento di tali obblighi di servizio pubblico, connessi all'esercizio di attività definibili di interesse economico generale?

Come abbiamo visto, la risposta fornita dall'art. 43 Cost. è quella della riserva originaria o trasferimento alla mano pubblica (o la socializzazione). Anche sotto questo profilo, l'art. 43 appare superato. Anzi, può apparire strano che il contrasto piuttosto evidente tra tale disposizione ed i principi sanciti nel Trattato CE, in primo luogo, l'art. 86, comma 2 (già 90, comma 2), abbia tardato a balzare agli occhi degli

²⁰ Cfr. art. 3, par. 1 della dir. 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva sul servizio universale), G.U. l. 24 aprile 2002, n. 108, pag. 51.

²¹ Altri obblighi connessi a tutti o ad alcuni SIEG sono la continuità del servizio, laddove per la sua natura la prestazione non possa subire interruzioni; la qualità del servizio; la accessibilità delle tariffe; la tutela degli utenti e dei consumatori; la sicurezza; la sicurezza dell'approvvigionamento; l'accesso e l'interconnettività alle reti; il pluralismo dei mezzi di comunicazione di massa. Per un raffronto tra la disciplina del servizio universale e la tradizionale disciplina del servizio pubblico, si veda ancora G. F. CARTEI, *o.c.*

studiosi²². La verità è che l'attacco comunitario alle posizioni monopolistiche create o garantite dalla mano pubblica comincia a manifestarsi concretamente solo a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta, allorché si innesca quel processo che porterà la libera concorrenza sempre più al centro del sistema di principi sanciti dal Trattato. Ciò trova sanzione con il Trattato di Maastricht (poi ulteriormente modificato con i Trattati di Amsterdam e di Nizza), in cui la tutela della concorrenza viene promossa al rango di principio informatore della politica economica comune.

Per ciò che riguarda il nostro tema, centrale diviene l'art. 86 (già 90) del Trattato, ai sensi del quale:

1. Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente Trattato, specialmente a quelle contemplate dagli artt. 12 e da 81 a 89 inclusi.

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.

Tale valorizzazione del principio di tutela della concorrenza consente l'uscita dal letargo di quelle norme che indicano agli Stati membri gli strumenti attraverso i quali risolvere anche il problema delle forme in cui devono essere adempiuti gli obblighi di servizio pubblico connessi ai servizi di interesse economico generale. E la regola è che sia innanzitutto il mercato ad assicurare la prestazione dei servizi. Laddove il mercato presenti snodi critici, nei quali esso non è in grado di assicurare, attraverso la libera contrattazione, la migliore soddisfazione di consumatori e utenti, il primo strumento a disposizione è la regolamentazione.

Vi sono casi, tuttavia, in cui il mercato non può funzionare, perché su di esso si riscontrano situazioni di monopolio naturale. In queste ipotesi, ferma la necessità della regolamentazione che si sovrappone alla libera contrattazione delle condizioni di accesso a tali servizi, la concorrenza nel mercato viene surrogata da una concorrenza per il mercato. In sintesi, è possibile mantenere una riserva di attività, in cui

²² Sull'irriducibile contrasto tra art. 43 Cost. e art. 86, comma 2 (già 90, comma 2) del Trattato, si veda G. CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur. quadr. dei pubblici servizi*, 1999, p. 9.

l'esercente sia però concorrenziale. In assicurato il servizio da questa relazione esso comporta la p Talvolta i diver Talvolta ciò avviene completa liberalizz

6. Per fare un e tire dal già ricorda blico, riservato in del servizio postale Parlamento europeo cata dalla Direttiva

Esso comprende tualmente con con alla società Poste i di servizio universa qualità determinata torio a prezzi acces

E tale servizio u

– offrire un serv ziali;

– offrire agli ut tico;

– fornire un ser politico, religioso o

– fornire un ser salvo casi di forza n

– evolvere in fu nonché delle esigen

I servizi riservab servizio universale s

la raccolta, il tra di corrispondenza i

trata, tramite conseg di prezzo che segue

dal 1 gennaio 2003 Gli Stati membri d

correnza: a decorrer inferiore a 100 gran

ario alle posizioni mono-
blica comincia a manife-
onda metà degli anni Ot-
porterà la libera concor-
ncipi sanciti dal Trattato.
stricht (poi ulteriormente
di Nizza), in cui la tutela
di principio informatore

trale diviene l'art. 86 (già

antengono, nei confronti
riconoscono diritti speciali
me del presente Trattato,
12 e da 81 a 89 inclusi.
i servizi di interesse eco-
opolio fiscale sono sotto-
particolare alle regole di
di tali norme non osti al-
o, della specifica missione
deve essere compromesso
unità.

la della concorrenza con-
e indicano agli Stati mem-
e anche il problema delle
obblighi di servizio pubblico
generale. E la regola è che
prestazione dei servizi. Lad-
tali esso non è in grado di
la migliore soddisfazione
a disposizione è la rego-

non può funzionare, per-
opolio naturale. In que-
stazione che si sovrappone
il accesso a tali servizi, la
a una concorrenza per il
a riserva di attività, in cui

o. 86, comma 2 (già 90, comma
di diritto comunitario, in Riv.

l'esercente sia però periodicamente selezionato con strumenti di tipo concorrenziale. In ogni caso, laddove necessario, deve essere sempre assicurato il servizio universale, ponendosi poi la questione, che esula da questa relazione, del suo finanziamento, visto che, per definizione, esso comporta la prestazione di servizi in perdita.

Talvolta i diversi regimi convivono nello stesso ambito di attività. Talvolta ciò avviene in una fase interinale, che accompagna verso una completa liberalizzazione.

6. Per fare un esempio, si pensi al servizio postale. Questo, a partire dal già ricordato d.l. n. 645 del 1936 era un tipico servizio pubblico, riservato in tutte le sue componenti allo Stato. Oggi, il regime del servizio postale è delineato sulla base della Direttiva 97/67/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 dicembre 1997, (modificata dalla Direttiva 2002/39/CE), recepita in Italia con il d.lg. n. 261/99.

Esso comprende una parte che può essere affidata in esclusiva (attualmente con concessione quindicennale, a partire dal 6 agosto 1999, alla società Poste italiane s.p.a.) a fronte dell'imposizione di obblighi di servizio universale, corrispondente ad un'offerta di servizi postali di qualità determinata forniti permanentemente in tutti i punti del territorio a prezzi accessibili a tutti gli utenti.

E tale servizio universale deve rispondere alle seguenti esigenze:

- offrire un servizio che garantisca il rispetto delle esigenze essenziali;
- offrire agli utenti, in condizioni analoghe, un trattamento identico;
- fornire un servizio senza discriminazioni, soprattutto di ordine politico, religioso o ideologico;
- fornire un servizio che non possa essere sospeso o interrotto, salvo casi di forza maggiore;
- evolvere in funzione del contesto tecnico, economico e sociale, nonché delle esigenze degli utenti.

I servizi riservabili in funzione dell'assolvimento degli obblighi di servizio universale sono:

la raccolta, il trasporto, lo smistamento e la distribuzione di invii di corrispondenza interna e di corrispondenza transfrontaliera in entrata, tramite consegna espressa o no, nell'ambito dei limiti di peso e di prezzo che seguono. Il limite di peso è di 100 grammi a decorrere dal 1 gennaio 2003 e di 50 grammi a decorrere dal 1 gennaio 2006. Gli Stati membri devono tuttavia aprire il servizio postale alla concorrenza: a decorrere dal 2003 per gli invii di corrispondenza con peso inferiore a 100 grammi (oppure se il prezzo è pari o superiore a tre

volte la tariffa pubblica per l'invio di lettere normali); a decorrere dal 2006 per gli invii di corrispondenza con peso inferiore a 50 grammi (oppure se il prezzo è pari o superiore a due volte la tariffa pubblica per l'invio di lettere normali). Nel 2003 l'insieme degli invii di corrispondenza transfrontaliera sarà aperto alla concorrenza. Tale servizio può essere riservato dagli Stati membri soltanto nei casi in cui questo segmento di mercato sia necessario per garantire il servizio universale.

Gli Stati membri provvedono affinché le tariffe di ciascuno dei servizi che fanno parte della fornitura del servizio universale siano fissate nel rispetto dei seguenti criteri:

- i prezzi debbono essere ragionevoli e permettere di fornire servizi accessibili all'insieme degli utenti;
- i prezzi debbono essere correlati ai costi;
- l'applicazione di una tariffa unica non esclude il diritto del/dei fornitore/i del servizio universale di concludere con i clienti accordi individuali in materia di prezzi;
- le tariffe debbono essere trasparenti e non discriminatorie, anche quando si tratta di tariffe speciali accordate, ad esempio, per servizi prestati a utenti che esercitano attività commerciali;
- salvo casi eccezionali, è vietato il trasferimento di sovvenzioni ad elementi del servizio universale non compresi nel settore riservato.

Per garantire la fornitura transfrontaliera del servizio universale, gli Stati membri incoraggiano i loro fornitori di servizio universale a far sí che nei loro accordi sulle spese terminali per la posta transfrontaliera intracomunitaria siano rispettati i principi seguenti:

- fissazione delle spese terminali in relazione ai costi di trattamento e di distribuzione della posta transfrontaliera in entrata;
- collegamento dei livelli di remunerazione con la qualità di servizio fornita;
- garanzia di spese terminali trasparenti e non discriminatorie.

I fornitori del servizio universale devono attuare la separazione contabile almeno per ciascun servizio compreso nel settore riservato da un lato e, per i servizi non riservati, dall'altro. La contabilità per i servizi non riservati dovrebbe chiaramente distinguere tra quelli che fanno parte del servizio universale e quelli che non ne fanno parte.

In relazione al servizio universale siano fissati e pubblicati obiettivi in materia di qualità al fine di garantire un servizio postale di buona qualità. Le norme di qualità riguardano in particolare i tempi di in-
stradamento, la regolarità e l'affidabilità dei servizi.

7. La riserva pubblica basata sul presupposto della natura di servizio pubblico di un vasto complesso di attività ha trovato in ambito

locale ben maggi
ha resistito più a

Il già ricordat
camente indenne.
mative che lo ha
enti locali approv
fare i conti con
rando in ambito
tato, applicabili s
mercio tra gli Stati
in materia di libe
pitali, oltre che de
bito alla crisi del
tribuito anche l'az
che ha vincolato
corsi trasparenti
l'esecuzione di lav
1990, distinguend
comuni di gestire
nomia o attraverso
a prevalente capita
vede che «gli enti
vedono alla gestio
duzione di beni ed
vere lo sviluppo ec
dei servizi pubblici
siva, ma attraverso
mente a società a p
sia selezionato attr
stita con il sistema
zione ovvero affida
dall'ente, che su di
esercitato sui prop
della propria attivit
Come si vede, in
serva di attività all
di discrezionalità la
L'Autorità garante
cercato di affermar

²³ Si vedano le segn
cale; AS133, del 2 apr

normali); a decorrere dal
inferiore a 50 grammi
volte la tariffa pubblica
me degli invii di corri-
correnza. Tale servizio
o nei casi in cui questo
re il servizio universale.
enze di ciascuno dei ser-
universale siano fissate

mettere di fornire ser-

clude il diritto del/dei
re con i clienti accordi

non discriminatorie, anche
ad esempio, per servizi
retali;

mento di sovvenzioni ad
nel settore riservato.

el servizio universale, gli
servizio universale a far
per la posta transfronta-
seguenti:

re ai costi di trattamento
in entrata;

e con la qualità di servi-

non discriminatorie.

trare la separazione con-
nel settore riservato da

La contabilità per i ser-
trare tra quelli che fanno
ne fanno parte.

sati e pubblicati obiettivi
servizio postale di buona
particolare i tempi di in-
servizi.

sto della natura di servi-
ta ha trovato in ambito

locale ben maggiore spazio di quello occupato in ambito nazionale e ha resistito più a lungo al vento comunitario.

Il già ricordato t.u. sugli enti locali del 1925 ha attraversato praticamente indenne, fino a non molti anni fa, la storia italiana e le normative che lo hanno seguito (da ultimo il t.u. sull'ordinamento degli enti locali approvato con d.lg. n. 267 del 2000) hanno infine dovuto fare i conti con l'applicazione dei principi comunitari. Pur non operando in ambito locale le regole di tutela della concorrenza del Trattato, applicabili solo laddove ricorra il possibile pregiudizio al commercio tra gli Stati membri, le questioni sono sorte sulla base dei principi in materia di libera circolazione degli individui, delle imprese, dei capitali, oltre che degli stessi servizi. Ciò ha portato anche in quest'ambito alla crisi dei tradizionali modelli di gestione. A tale crisi ha contribuito anche l'azione armonizzatrice comunitaria in tema di appalti, che ha vincolato gli Stati e gli enti locali a prevedere procedure concorsuali trasparenti per l'assegnazione all'esterno di incarichi riguardanti l'esecuzione di lavori o la fornitura di beni o servizi. Se la l. n. 142 del 1990, distinguendo tra servizi sociali e servizi economici, consentiva ai comuni di gestire i primi attraverso le istituzioni e i secondi o in economia o attraverso la concessione, l'azienda speciale o la società mista a prevalente capitale pubblico, secondo il T.U.E.L. (il cui art. 112 prevede che «gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali»), la gestione dei servizi pubblici con rilevanza economica può essere affidata in esclusiva, ma attraverso procedure di evidenza pubblica; o affidata direttamente a società a prevalente capitale pubblico, ma il cui socio privato sia selezionato attraverso procedure di evidenza pubblica; o essere gestita con il sistema *in house*, cioè direttamente attraverso l'amministrazione ovvero affidandola ad imprese che sono interamente controllate dall'ente, che su di esse deve esercitare un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e che realizzano la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti che la controllano.

Come si vede, in ambito locale sopravvive il regime di possibile riserva di attività all'ente pubblico. L'impressione è, però, che l'ambito di discrezionalità lasciato ancora agli enti sia in fase di restringimento. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha finora invano cercato di affermare, attraverso numerose segnalazioni²³, il principio

²³ Si vedano le segnalazioni AS125, del 26 febbraio 1998, Trasporto pubblico locale; AS133, del 2 aprile 1998, Azienda municipale di servizi Comune di Vicenza;

per cui l'assunzione diretta o l'affidamento ad un solo soggetto dovrebbero consentirsi solamente quando il mercato non sia idoneo ad assicurare la presenza di piú operatori in concorrenza.

In sintesi, è facile prevedere che la spinta per la gestione in concorrenza dei servizi pubblici (lo si ricorda: di rilevanza economica) ben presto investirà in pieno anche l'ambito locale, chiudendo definitivamente l'art. 43 Cost. nell'album dei ricordi.

8. Come si è detto, gli obblighi di servizio pubblico, in un sistema che non vede piú la riserva alla mano pubblica come soluzione al loro assolvimento, gravano indifferentemente su imprese pubbliche e private, cosí come imprese pubbliche e private, quali che siano le attività gestite – e cioè anche se queste rappresentino servizi di interesse economico generale –, sono assoggettate alla concorrenza. Ebbene, si è rilevato come l'art. 43 elenchi separatamente servizi pubblici essenziali e situazioni di monopolio. Ciò che hanno in comune queste due situazioni è che in entrambe le ipotesi sorge il rischio dello sfruttamento e della insufficiente soddisfazione della domanda (di servizi «essenziali» per il pubblico, nel primo caso; di beni o servizi in generale, nel secondo).

La risposta moderna al monopolio di fatto (già si è detto del differente problema del monopolio naturale), non è la sostituzione con un monopolio pubblico, suggerita dall'art. 43 Cost. È, piuttosto, il controllo dei comportamenti del monopolista – o, come si dice, dell'impresa in posizione dominante – attraverso gli strumenti del diritto *antitrust*. Tali comportamenti possono consistere nello sfruttamento del mercato, ma anche e soprattutto nell'impedimento a che una concorrenza si formi o si rafforzi.

In ambito comunitario (e, di conseguenza, anche nell'applicazione dei diritti nazionali che a quel modello si sono ispirati), dalla previsione diretta a colpire gli abusi di posizione dominante è stata ricavata l'esistenza di una «speciale responsabilità» dell'impresa dominante di non peggiorare ulteriormente le già minorate condizioni concorrenziali dei mercati su cui essa opera²⁴. La speciale responsabilità dell'impresa dominante ha finito col far gravare in misura talmente estesa l'obbligo di astenersi da azioni abusive, dal farlo talvolta coincidere con l'imposizione di obblighi positivi di comportamento. È in tale chiave che

AS182, del 21 ottobre 1999, Riordino dei servizi pubblici locali; AS222, dell'8 novembre 2002, Disciplina dei servizi pubblici locali.

²⁴ Affermata, per la prima volta, in Corte giust., 9 novembre 1983, c. 322 /81, Michelin c. Commissione, in *Racc.* 1983, p. 3461.

è stato configurato
cesso a risorse da
ché sia avviata o
presa opera e su
prassi e nella giur
dell'impresa che
struttura essenzia
lità con coloro ch
come controparte
zione. È la regola
completa il cerchio
posizione domina

In breve, vene
derate servizi di
lunque impresa p
tata all'adempime
spingersi a garanti
zio universale), l'e
trollo sul mercato
bligio di servizio p
non discriminatori
mento della concor

In conclusione,
rata solo il contest
vità che sono con
blico». Come tale,
deputate, ma anche
sul mercato, sono i
bligate a prestare a
vizi essenziali per
o del tutto impedit

²⁵ Si veda Commissione

²⁶ Su questi temi, si
concorrenza nel diritto a

È un solo soggetto dedicato non sia idoneo ad concorrenza.

per la gestione in concorrenza economica) ben chiudendo definitivamente.

pubblico, in un sistema come soluzione al loro imprese pubbliche e private che siano le attività servizi di interesse economico. Ebbene, si è riferiti pubblici essenziali comune queste due sistemi dello sfruttamento (di servizi «essenziali» servizi in generale, nel

già si è detto del difetto è la sostituzione con. È, piuttosto, il concetto, come si dice, dell'istruzioni del diritto *ante* nello sfruttamento del fatto a che una concorrenza

anche nell'applicazione (ispirati), dalla previsione dominante è stata ricavata dall'impresa dominante di condizioni concorrenziali responsabilità dell'impresa naturalmente estesa l'obbligo che coincidere con l'impegno. È in tale chiave che

è stato configurato l'obbligo dell'impresa dominante di consentire l'accesso a risorse da essa detenute in esclusiva, che siano «essenziali» perché sia avviata o mantenuta la concorrenza sul mercato in cui l'impresa opera e su altri mercati. Ma v'è di più: qua e là emerge, nella prassi e nella giurisprudenza comunitarie²⁵ la configurazione, a carico dell'impresa che esercita un controllo monopolistico su una infrastruttura essenziale, dell'obbligo di contrattare in posizione di neutralità con coloro che richiedono di accedere a tale infrastruttura e non come controparte interessata a trarre il massimo vantaggio dalla situazione. È la regola dell'*independent operator standard*, con la quale si completa il cerchio dell'imposizione sull'impresa anche privata, ma in posizione dominante, di un obbligo di servizio pubblico²⁶.

In breve, venendo alla conclusione, se l'esercizio di attività considerate servizi di interesse economico generale, fa incombere su qualunque impresa privata che le eserciti la possibilità di essere assoggettata all'adempimento di obblighi di servizio pubblico, che possono spingersi a garantire in qualunque caso le prestazioni essenziali (servizio universale), l'esercizio di qualunque attività in posizione di controllo sul mercato o sui mercati dipendenti o connessi comporta l'obbligo di servizio pubblico di garantire l'accesso, a condizioni eque e non discriminatorie, a quei beni o servizi essenziali per il mantenimento della concorrenza.

In conclusione, nel sistema attuale la concorrenza non è considerata solo il contesto ottimale per la prestazione di servizi alla collettività che sono considerati essenziali, ma è essa stessa «servizio pubblico». Come tale, l'obbligo di garantirla grava sì sulle istituzioni a ciò deputate, ma anche sulle imprese che, per la loro posizione di potere sul mercato, sono in grado di pregiudicarla; queste possono essere obbligate a prestare ai concorrenti, attuali o potenziali, quei beni o servizi essenziali perché la concorrenza non venga ulteriormente ridotta o del tutto impedita.

²⁵ Si veda Commissione, 21 dicembre 1993, *Sea Containers c. Stena Sealink*.

²⁶ Su questi temi, si rinvia al mio *Rifiuto unilaterale di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Torino, 2003.