

SISTEMA DEL DIRITTO  
AMMINISTRATIVO ITALIANO

*Diretto da* F.G. Scoca - F.A. Roversi Monaco - G. Morbidelli

---

RICCARDO VILLATA - SARA VALAGUZZA

# PUBBLICI SERVIZI



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

## INTRODUZIONE

Il lettore attento non tarderà a constatare che il presente volume, pur se privo del sottotitolo “Discussioni e Problemi”, è qualcosa di più di un semplice parente di quello apparso in cinque edizioni tra il 1999 e il 2008, del quale il medesimo si confessa debitore, pur se non pretende di esaurire la (per vero inesauroibile) esposizione dell’intera materia.

E tuttavia gli autori sono convinti che dei pubblici servizi siano fondamentali taluni profili, appunto quelli analizzati nei saggi contenuti nelle menzionate edizioni e ripresi, ampliandoli, nei capitoli che seguono.

Nel dettaglio.

In primo luogo, una più puntuale definizione (che potremmo definire “soggettiva temperata”) dei pubblici servizi, fondata su tratti comuni di disciplina che evitino paralizzanti “invasioni di campo” in esito a problematiche schiettamente penalistiche, inevitabile precipitato delle teorie oggettive (dalla giurisprudenza amministrativa sovente, almeno a parole, condivise).

In secondo luogo, e di conseguenza, la netta distinzione delle attività, pur esse destinate alla fruizione da parte della collettività, alle quali pare ben attagliarsi la qualifica di “mercati regolati”.

In terzo luogo, l’incidenza della normativa di fonte europea, non dimenticando tuttavia che la prospettiva in prevalenza orientata alla tutela della concorrenza non deve far dimenticare le differenze esistenti tra i “servizi” collegati al “pubblico”.

In quarto luogo, gli effetti sul diritto interno dell’ingresso delle due nozioni, squisitamente europee, dell’“organismo di diritto pubblico” e dell’“*in house providing*”, effetti indubbiamente di primario rilievo sul piano sia sostanziale (tipologia delle forme di gestione del servizio), sia processuale (ampliamento, o meglio esplosione, della giurisdizione del giudice amministrativo).

In quinto luogo, il faticoso percorso per l’attuazione di riforme volte alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali, di cui rappresenta una fat-tispecie esemplare la vicenda, di durata oramai ventennale, del decollo



delle gare per la gestione del servizio di distribuzione del gas (per tacere di un referendum inficiato alla base da un più o meno consapevole inganno circa il rischio della “privatizzazione” di una risorsa essenziale, che continua ancor oggi a disperdersi in una rete obsoleta).

Così giustificati, si ritiene, i contenuti del presente volume, qualche parola sulla struttura dei diversi capitoli.

Gli autori sono al riguardo altresì convinti che lo stato attuale della materia sia il risultato di un percorso svoltosi nelle linee essenziali nel decennio tra il tramonto del ventesimo secolo e l'alba del nuovo millennio.

Da qui la scelta di rileggere come dottrina e giurisprudenza si siano via via orientate nel tracciare quel percorso, segnato da novità e incertezze normative.

Solo così è dato comprendere il quadro odierno dei pubblici servizi, come questo si sia assestato in un equilibrio moderatamente instabile (ci si perdoni l'ossimoro), tra discussioni tuttora aperte e vivaci.

Infine è rimasta immutata l'aspirazione a una per quanto possibile completezza di informazione, anche se su certe questioni la giurisprudenza, un tempo scarna e innovativa, appare oramai pacifica nei contenuti e sovrabbondante nella quantità, sì che la pretesa di dar conto di tutte le sentenze risulterebbe impraticabile, e ancor prima inutile.

Da ultimo un mio particolare ringraziamento a Sara Valaguzza, senza l'impulso e la collaborazione della quale il presente volume forse non avrebbe visto la luce.

La speranza è che il lettore concluda che questo sia un evento felice.

Riccardo Villata

## CAPITOLO I

### **SULLA NOZIONE DI PUBBLICO SERVIZIO (CON UNO SGUARDO ALLA RILEVANZA PENALISTICA DELLA STESSA)**

#### SOMMARIO

1. Concezione soggettiva ed oggettiva. – 2. Sulle nozioni comunitarie e la loro incidenza sul concetto di servizio pubblico. – 3. Sul concetto penalistico di funzione pubblica. – 4. Il servizio pubblico secondo il testo originario dell'art. 358 c.p. – 5. La riforma del 1990. Gli amministratori delle società miste. – 6. ... e la giurisdizione della Corte dei Conti.

#### **1 Concezione soggettiva ed oggettiva**

La nozione di servizio pubblico assume oggi spiccato rilievo in relazione a numerose problematiche: e così condiziona l'applicazione di molteplici norme contenute nel codice penale, dove la riforma del 1990 ha esteso le fattispecie incriminatrici (si pensi alla concussione e all'abuso d'ufficio, contestabili anche all'incaricato di pubblico servizio, come pure l'induzione indebita a dare o promettere utilità, fattispecie introdotta dalla riforma del 2012).

E se l'art. 358 c.p. enuncia «agli effetti della legge penale» una definizione specifica, non v'è dubbio che, ove pur non si accolga una tesi strettamente monista (come pare corretto), i due settori di disciplina – penale ed amministrativo – non possono ritenersi reciprocamente impermeabili; pertanto, ai fini dell'interpretazione di tale norma, gli esiti della riflessione degli amministrativisti rappresentano un dato di cui occorre tenere il debito conto.

L'intreccio con il diritto amministrativo è reso ancora più evidente dalla modifica all'art. 323 del codice penale ad opera del d.l. n. 76/2020, che ha riformulato la norma nei termini che seguono «1. Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione, *di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla*



legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da uno a quattro anni» (barrato e corsivo nostri, indicano le modifiche di recente introdotte).

Ha affermato un'autorevole dottrina, proprio con riguardo ai settori di attività di cui ci occuperemo nelle pagine seguenti, che la nozione giuridica rilevante è «... una nozione di servizio pubblico in senso soggettivo, un'attività cioè rispetto alla quale un soggetto pubblico svolge in quanto tale un ruolo determinante»<sup>1</sup>.

Affermazione che forse potrebbe suscitare ad una prima lettura più di una perplessità, – atteso che da molti<sup>2</sup> si vede nell'art. 22 della legge n. 142/1990 (oggi art. 112 del d.lgs. n. 267/2000: «Gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali.») l'ulteriore riconoscimento, a fronte della oramai generalmente avvertita insufficienza della visione soggettiva<sup>3</sup>, della con-

---

<sup>1</sup> Così testualmente D. SORACE, *Pubblico e privato*, 52. L'autore conferma i propri convincimenti in *I servizi "pubblici" economici*, 22 ss. ove si sottolinea che nel modello «servizio pubblico» il potere pubblico o provvede con adeguata organizzazione propria all'attività o s'affida ad un'impresa sicché non appare condivisibile E. BRUTI LIBERATI, *Servizi pubblici di interesse economico generale*, laddove scorge nel pensiero di Domenico Sorace un particolare recupero della concessione oggettiva di servizio pubblico elaborata da Umberto Pototschnig (così a p. 537). Ma cfr. subito anche G.D. FALCON, *Lezioni*, 187 ss.

<sup>2</sup> Cfr. ad es. R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni*, 472-473; F. CARINGELLA, *Le società per azioni*, 1366: «la nozione in senso oggettivo è stata recepita dalla legislazione in tema di autonomie locali»; ma la natura dell'equivoco sta nella precedente osservazione secondo cui la nozione di servizio pubblico soggettivo sarebbe entrata in crisi nel momento in cui si avvertì la sempre più pressante necessità di affidare la cura dei servizi a concessionari privati: in realtà, come si vedrà meglio subito, la concezione soggettiva non è affatto smentita dalla presenza dei concessionari; se così non fosse, sarebbe nata già morta. Ad avviso di B. MAMELI, *Servizio pubblico*, 317, l'art. 22 in esame non prenderebbe posizione né in favore della teoria oggettiva né in favore della teoria soggettiva.

<sup>3</sup> Ritengono pacifico che la concessione soggettiva del servizio pubblico sia oggi definitivamente superata in favore di quella oggettiva ad es. B. MAMELI, *Servizio pubblico*, 294; R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni*, 473; F. CARINGELLA-R. GAROFOLI-M.T. SEMPREVIVA, *L'accesso*, 143 ss.; mentre E. FERRARI, *I servizi sociali*, 138, ritiene oggi prevalente la seconda. Naturalmente il riferimento principale è a U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cui ora deve aggiungersi il denso saggio monografico di L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*.

cezione oggettiva del pubblico servizio – ma non di meno del tutto condivisibile ove si ponga mente ai reali termini della questione<sup>4</sup>, e che del resto negli ultimi anni ha ricevuto molteplici adesioni<sup>5</sup>.

Non è questa la sede per ripercorrere diacronicamente il susseguirsi delle discussioni relative alla definizione di pubblico servizio, tanto più

---

<sup>4</sup>Sulle due diverse concezioni di servizio pubblico vedasi da ora la rapida ma precisa sintesi di F. BASSI, *Lezioni*, 32; S. CASSESE, *Le basi*, 123; V. CERULLI IRELLI, *Corso*, 56 ss. (ove la nozione oggettiva viene scorporata in tre significati, dei quali tuttavia il primo – riferito ad attività che possono essere gestite sia dai pubblici poteri sia da privati concessionari – coincide in effetti con la nozione soggettiva, mentre agli altri due – deducibili dagli artt. 41 e 43 Cost. – si riconosce soltanto valore descrittivo o politico); V. DOMENICHELLI, *Dall'edilizia popolare*, 92 ss.; G. CAIA, *Legislazione sui servizi pubblici*, 313; R. CAVALLO PERIN, *I principi*, 57 ss. Ed ancora, negli anni recenti; V. PARISIO, *Pubblici servizi*, 101 ss.; G.E. CARTEI, *Il servizio pubblico*, 35; S. VARONE, *Servizi pubblici*, 2 ss.; S. PIGNATARO, *I servizi pubblici*, 1 ss.; F. SPIEZIA-P. MONEA-E. IORIO, *I servizi pubblici*, 23 ss.; R. GIOVANNOLI, *Il contenzioso*, 117 ss.; G. MONTEDORO, *Servizi pubblici*, 98 ss.; G.E. BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, 17 ss.; G. ROSSI, *Diritto amministrativo*, II, 68 ss.; R. GAROFOLI, *I servizi pubblici*, 315 ss.; A. BRANCASI, *Il trasporto terrestre*, 11 ss.; M. CAPANTINI, *I servizi pubblici*, 15 ss.; R. DI PACE, *Partenariato pubblico*, 16 ss.; M.C. COLOMBO-F.C. RAMPULLA-L.P. TRONCONI, *I modelli*, 134 ss.; A. POLICE, *Spigolature*, 79 ss.; C. IANNELLO, *Poteri pubblici*, 50 ss.; B. DELFINO, *La responsabilità*, 8 ss.; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, 5523; A. PIOGGIA, *L'amministrazione pubblica in forma privata*, 481 ss.; M. RENNAS. VACCARI, *I servizi pubblici*, 177 ss. Ed ancora A. DI GIOVANNI, *I servizi di interesse generale*, 1 ss.; M. DUGATO, *La crisi del servizio pubblico locale*, 521 ss.; R. RINALDI, *La posizione giuridica soggettiva dell'utente*, 16 ss.; P. LAZZARA, *Responsabilità pubbliche e private*, 544 ss.; A. ARENA, *La nozione di servizio pubblico*, 3 ss.; G. BERTI DE MARINIS, *Disciplina del mercato*, 9 ss.; A. CROSETTI-A. GIUFFRIDA, *Lineamenti*, 235 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni*, 363 ss.; M. D'ALBERTI, *Lezioni*, 136 ss.; G. RIZZO, *La concessione*, 14 ss.

<sup>5</sup>Molto decisa in tal senso è la posizione di E. SCOTTI, *Il pubblico servizio*. Della stessa autrice appare anche assai dettagliata la ricostruzione svolta nella voce *Servizi pubblici locali*, 653, in cui, con chiara adesione alla tesi soggettiva, si ribadisce che «alla base del servizio pubblico v'è l'individuazione di un bisogno collettivo e l'assunzione, da parte dell'ente locale, della garanzia che le prestazioni necessarie a soddisfarlo siano rese alla collettività secondo canoni di universalità, uguaglianza, accessibilità e secondo un programma di offerta pre-determinato».

Ma si vedano pure le posizioni di Dugato, Piperata, Montedoro negli scritti citati alle note seguenti. In giurisprudenza si ricorda Cass., Sez. Un., 27 novembre 2002, n. 16831, in *Urb. e app.* 2003, 529 ss., con nota di critica di V. DI GIOIA, *Le Sezioni Unite rilanciano la concezione c.d. soggettiva*, che, nell'ambito delle attività di pubblico interesse disciplinate dal d.P.R. n. 915/1982 concernente lo smaltimento dei rifiuti, sembra riconoscere la natura di pubblico servizio solo all'attività di smaltimento dei rifiuti urbani («in quanto obbligatoriamente riservato ai comuni in privativa», sicché ciò evidenzia come il legislatore in tale materia abbia seguito la concezione c.d. soggettiva del servizio pubblico).

Cfr. poi sin d'ora G. CAIA, *I servizi pubblici nell'attuale ordinamento*, 139 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici*, 945 ss.



che al riguardo non difettano né pregevoli ricostruzioni di sintesi né analisi dettagliate<sup>6</sup>.

Sembra allora sufficiente ricordare che all'origine della riflessione dottrinale<sup>7</sup> venne proposto di utilizzare il criterio per cui il servizio pubblico ricorre allorché l'attività, imputabile direttamente o indirettamente allo Stato, sia volta a fornire prestazioni ai cittadini *uti singuli*<sup>8</sup>, onde la tematica<sup>9</sup> venne poi coerentemente risolta nella teoria delle prestazioni amministrative rese ai privati<sup>10</sup>.

Ma una simile proposta ricostruttiva non poteva risultare soddisfacente<sup>11</sup>:

---

<sup>6</sup> Cfr. ad es. F. MERUSI, *Servizio pubblico*, 217 ss.; S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, 364 ss.; P. CIRIELLO, *Servizi pubblici*, 3 ss.; C. FRESA, *Servizio pubblico*, 1343 ss.; F. ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*; I. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*; R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province*, 29 ss.; E. FERRARI, *I servizi sociali*, 138 ss.; U. POTOSCHNIG, *I pubblici servizi*; G. MARCHIANÒ, *Modelli di organizzazione*, 22 ss.; P. PIRAS, *Servizi pubblici*, 23 ss.; S. NICODEMO, *Società locali*, 622 ss.; B. MAMELI, *Servizio pubblico*, 294 ss.; F. GIGLIONI, *Osservazioni*, 2265 ss.; V. PARISIO, *Servizi pubblici*, 689 ss.; A. POLICEA-NIUTTA, *Forma e realtà*, 474 ss.; G. ROSSI, *Introduzione*, 55 ss.; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, 299 ss.; S. CASSESE, *La nuova costituzione*, 83 ss.; F. LIGUORI, *Iniziativa privata*, 89 ss.; D. SORACE, *Servizi pubblici*, 404 ss.; A. CLARIZIA, *Società miste*, 3 ss.; M.A. VENCHI CARNEVALE, *Diritto pubblico*, 489 ss.; A. ZUCCHETTI, *Commento*, 1338 ss.; C. VARRONE, *Stato sociale*, 53 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa*, 16 ss.; G. MARCHIANÒ, *I servizi pubblici locali*, 25 ss.; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, 116 ss. (anche per la dottrina antecedente a De Valles); R. GAROFOLI, *I servizi pubblici*, 315 ss.; L. ALLA, *La concessione*, 37 ss.; F. VETRO, *Il servizio pubblico*, 16 ss.; C. INGRATOCCI, *Trasporti*, 41 ss.; C. MASTROCOLA, *Le società*, 85 ss.; F. FIGORILLI, *I servizi pubblici*, 506 ss.; G. CORSO, *Manuale*, 355 ss.

Per la dottrina più risalente una pregevole analisi in G. MIELE, *Pubblica funzione*, 140 ss. L'intera vicenda dottrinale è stata negli anni recenti ripercorsa da L. PERFETTI, *Contributo*, 11 ss. Cfr. pure C. IANNELLO, *Poteri pubblici*, 73 ss.

Da ultimo l'ampia monografia di E. SCOTTI, *Il pubblico servizio, passim*; ed ancora G.E. BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, 49 ss.

<sup>7</sup> Cfr. ora sulle prime trattazioni della problematica che qui interessa E. SCOTTI, *Il pubblico servizio*, cit., 21 ss.

<sup>8</sup> In tal senso A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, 579 ss., 613 ss. Osserva tuttavia E. FERRARI, *I servizi sociali*, 152 che in realtà per questo autore non sono pubblici semplicemente perché assunti dal pubblico potere, ma perché siffatta assunzione pone in luce l'esistenza di un interesse pubblico alla realizzazione degli scopi propri di un determinato servizio. Vegga-si peraltro L. PERFETTI, *Contributo*, 39 ss., spec. 42; G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, 49; A. DE CHIARA, *Attività private*, 136 ss., che nella individuazione da parte di De Valles della categoria del «servizio pubblico improprio» ravvisa profili oggettivi.

<sup>9</sup> Come notato da F. MERUSI, *Servizio pubblico*, 217.

<sup>10</sup> Dall'ALESSI nell'opera omonima. Cfr. pure sul punto P. CIRIELLO, *Servizi pubblici*, 3, nonché i rilievi critici di I. MARINO, *Servizi pubblici*, 236 ss., ed ancora L. PERFETTI, *Contributo*, 44 ss.; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, 127 ss.; B. BOSCHETTI, *Diritti e rapporti*, 80-81.

<sup>11</sup> In quanto non prospettava una nozione tecnicamente precisa; cfr. pure C. INGRATOCCI, *Trasporti*, 51.

basta infatti constatare come essa finisse con il ricomprendere, ad esempio, sia il «servizio» della giustizia civile sia il «servizio» di trasporto pubblico per convincersi della sua inutilizzabilità.

Si coglie allora perché la dottrina sia andata alla ricerca di un diverso criterio discretivo del servizio pubblico, inteso sempre in senso soggettivo o nominalistico, criterio individuato nell'assenza di poteri autoritativi<sup>12</sup>.

E così si osserva che «la nozione di pubblico servizio in senso soggettivo può rendersi con quella di attività non autoritativa assunta da un pubblico potere»<sup>13</sup>, ovvero che un ruolo importante può essere svolto dalla concezione del servizio pubblico ruotante intorno all'idea di una P.A., o meglio, di uno Stato, che cura in modo concreto (amministra) gli interessi della collettività senza far uso dei poteri che gli permettono di comprimere o limitare la sfera di libertà dei cittadini<sup>14</sup>, mentre una nota ed autorevole dottrina richiede, oltre al carattere privato dell'attività del soggetto pubblico, un minimo di accessorietà e strumentalità rispetto alla pubblica funzione<sup>15</sup>. Altri ha proposto di intendere la definizione di servizio pubblico considerando che essa «comprende la produzione di beni, la predisposizione di infrastrutture, e, talvolta, di impianti e dotazioni materiali per uso pubblico, e, più spesso, l'erogazione di prestazioni-attività, materiali, industriali o tecniche, esplicate su base paritetica, dirette a garantire la creazione di un'utilità, considerata di rilevanza sociale dell'Ente esponenziale che, in esecuzione di un *dictum* legislativo puntuale o sulla base di una previsione legislativa di carattere generale, le riconosce ovvero le assume come rientranti nei propri fini istituzionali e, conseguentemente, ne garantisce l'assolvimento direttamente o indirettamente (...)»<sup>16</sup>.

Un aspetto va a questo punto sottolineato: nella prospettiva soggettivistica del servizio pubblico non rientra affatto l'idea che esso debba essere gestito in modo diretto ed in via esclusiva dalla P.A.: già nel momento in

---

<sup>12</sup> Si veda soprattutto G. MIELE, *Pubblica funzione*, 150 ss.; *Brevi note*, 1071. Sul pensiero di tale Autore di recente v. L. PERFETTI, *Contributo*, 34 ss. e F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata*, 73 ss.; P. DURET, *Sussidiarietà*, 135 ss.

Cfr. sul punto anche C. FRESA, *Servizio pubblico*, 1349; I. MARINO, *Servizi pubblici*, 40 e 101 ss.

<sup>13</sup> Così testualmente M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 24.

<sup>14</sup> S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, 371 ss.

<sup>15</sup> G. GUARINO, *Pubblico ufficiale*, seguito da F. MERUSI, *Servizio pubblico*, 238. Cfr. pure I. MARINO, *Servizi pubblici*, 40.

<sup>16</sup> S. PIGNATARO, *Il pubblico servizio nel diritto interno*, 391. Per G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, 385, «un'attività può essere qualificata servizio pubblico se un ente territoriale ritiene che corrisponda a un interesse a protezione necessaria».



cui scrivevano i sostenitori delle tesi tradizionali era vigente, e dai medesimi fatta oggetto di analisi, la legge 29 marzo 1903, n. 103, seguita poi dal T.U. 15 ottobre 1925, n. 2578<sup>17</sup>.

Si vuol dire, in altri termini, che l'affidamento del servizio pubblico ad un privato è vicenda che non mette in crisi (ma anzi è perfettamente compatibile con) la nozione soggettiva<sup>18</sup>, giacché quello che conta è l'imputabilità all'organizzazione pubblica complessiva, la titolarità del servizio, non la sua gestione<sup>19</sup>.

Se si preferisce, si può parlare al riguardo di concezione soggettiva temperata<sup>20</sup>, ma a questo punto si tratta solo di intendersi sulle parole<sup>21</sup> e la sostanza non muta: non si ha servizio pubblico senza imputazione all'Amministrazione pubblica, pur se l'attività viene concretamente svolta da un privato secondo un modulo di tipo concessorio, da sempre conosciuto anche dalla impostazione soggettivistica più tradizionale<sup>22</sup>.

---

<sup>17</sup> Cfr. F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione*, 38 ss. e A. TRAVI, *La riforma dei servizi pubblici locali*, 8 ss. Scrive G.D. FALCON, *Lezioni*, 187: «La nozione di servizio pubblico in senso soggettivo ... non implica che il servizio sia svolto *direttamente* da soggetto pubblico».

<sup>18</sup> Come ritiene R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni*, 404; veggasi pure P. CIRIELLO, *Servizi pubblici*, 3; F. GIGLIONI, *Osservazioni*, 2267; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, 300 e 309; F. VETRÒ, *Il servizio pubblico*, 33-34; R. DI RAIMO, *Contratto e gestione*, 47-48.

<sup>19</sup> Ampiamente ora E. SCOTTI, *Il pubblico servizio*, 49 ss. e *passim*. Peraltro, si rammenta che la formulazione dell'art. 113 del T.U. n. 267/2000, anche là dove prevedeva il conferimento «della titolarità del servizio» postulava, in ogni caso, l'attribuzione di diritti di esclusiva in un determinato ambito territoriale, conseguenza della riserva in favore del soggetto pubblico della titolarità formale del servizio pubblico, C. VIVIANI-R. SECONDO, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, 42.

<sup>20</sup> Cfr. R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province*, 33 ss.; in tale concezione può rientrare la tesi proposta da M. NIGRO, *L'edilizia popolare*, spec. 192, sulla quale ampiamente F. ZUELLI, *Servizi pubblici*, 23 ss., e ora L. PERFETTI, *Contributo*, 69 ss. Cfr. anche M.A. CABIDDU, *I servizi*, 8. Alla tesi soggettiva temperata aderiscono G. MONTEDORO, *Servizi pubblici*, 102, ss.; e ora anche M. DUGATO, *La crisi dei servizi*, 25-26; critici invece R. GIOVAGNOLI, *Il contenzioso*, 128 ss.; V. DI GIOIA, *Le Sezioni unite*, 534.

<sup>21</sup> E così V. CERULLI IRELLI, *Corso*, 61, scrive che i servizi pubblici in senso oggettivo designano, in una prima accezione, attività esercitata sia dai pubblici poteri, tramite assunzione diretta, sia da soggetti esterni, ma con un'attività regolata e controllata segnatamente mediante atti e rapporti concessori. A ben vedere questa però è proprio la nozione soggettiva di pubblico servizio ed è forse il caso di evitare varianti terminologiche che possono ingenerare confusione.

<sup>22</sup> Basti leggere gli scritti di A. DE VALLES e G. MIELE già sopra ricordati.

Non si concorda pertanto con la notazione di P. CIRIELLO, *Servizi pubblici*, 3, secondo cui già nella ricostruzione di De Valles si trova contenuta anche una concezione di tipo oggettivo, se non nel senso che la concezione soggettiva è perfettamente consapevole che la gestione del servizio può non essere direttamente svolta dalla P.A. Si veda del resto pure E.

È parimenti, allora, consentito mettere in rilievo come tale attività sia caratterizzata da tratti oggettivi di diritto positivo indipendentemente dal soggetto che la svolge<sup>23</sup>, sicché la qualificazione dell'attività stessa come di interesse pubblico assume una propria rilevanza oggettiva, ed in virtù di questa la natura e la disciplina del servizio pubblico si manifestano in modo indipendente dal soggetto, eventualmente privato, che la esercita in concreto. Ma tutto ciò nel quadro di un'attività assunta come punto di riferimento dell'organizzazione pubblica<sup>24</sup>.

Il vero momento di rottura, nel senso di una nozione rigorosamente oggettiva di servizio pubblico, si ha invece con il noto ed apprezzato insegnamento che, muovendo dalla lettura dell'art. 43 Cost.<sup>25</sup>, ne trae un pressante stimolo per una rinnovata elaborazione della materia<sup>26</sup>, in quanto la citata norma imporrebbe di sottolineare profili del tutto innovativi e antitetici rispetto alla dottrina tradizionale: poiché, infatti, la Costituzione consente, ma non esige, la riserva o il trasferimento nel settore pubblico di imprese che si riferiscono a servizi pubblici (essenziali), ne segue che detti servizi ben possono essere espliciti da imprese private, con la conseguenza di far crollare d'un tratto dalle fondamenta la concezione nominalistica tradizionale<sup>27</sup>.

Del servizio pubblico il dato costituzionale imporrebbe dunque una nozione del tutto oggettiva, riferibile ad imprese private pure in assenza di uno specifico conferimento da parte della P.A., nozione il cui contenuto andrebbe poi individuato, in forza dell'art. 41 della Carta fondamentale, nelle attività economiche indirizzate a fini di utilità generale tramite programmi e controlli<sup>28</sup>.

---

FERRARI, *I servizi sociali*, 164-165; nonché L. PERFETTI, *Contributo*, 42; F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata*, 36 ss.

<sup>23</sup> Così M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 23.

<sup>24</sup> Cfr. pure I. MARINO, *Servizi pubblici*, 44 ss.; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, 188, osserva che la denominazione servizio pubblico (in senso stretto) sottolinea non soltanto che si tratta di servizi che soddisfano un interesse pubblico, ma anche che sono i pubblici poteri che si assumono un ruolo organizzativo per assicurarne la fruizione da parte dei cittadini e dunque finisce per mettere in rilievo un aspetto non solo oggettivo ma anche soggettivo della pubblicità.

<sup>25</sup> Sui rapporti tra tale articolo e la nozione di servizio pubblico cfr. pure A. DI CAPUA-S. PANIZZA-E. STRADELLA, *I servizi pubblici*, 63 ss.

<sup>26</sup> Si allude naturalmente a U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi, passim*, segnatamente 46 ss., al quale in linea di massima sembra aderire G. CORSO, *Manuale*, 379.

Sulle regole deducibili dall'art. 43 Cost. circa i servizi pubblici veggasi da ultimo G. CORSO, *La gestione dei servizi locali*, 28-29; F. GIGLIONI, *Osservazioni*, 2268.

<sup>27</sup> U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, 52-53.

<sup>28</sup> U. POTOTSCHNIG, *op. cit.*, 152 ss.



Peraltro, siffatta impostazione<sup>29</sup>, che identifica i servizi pubblici senza più alcun richiamo all'organizzazione pubblica, sebbene lucidamente argomentata e sorretta da approfondite e documentate riflessioni, deve essere risolutamente disattesa<sup>30</sup>, e non solo perché, secondo una notazione comune nella dottrina posteriore<sup>31</sup>, appare troppo generica, fa perdere qualsiasi specificità al concetto e lo risolve nella disciplina pubblica dell'iniziativa economica, praticamente funzionalizzando qualsiasi attività privata non sprovvista di aspetti ritenuti meritevoli di regolamentazione pubblicistica<sup>32</sup> e quindi fatalmente estendendo a dismisura l'ambito di operatività della categoria<sup>33</sup>, ma piuttosto per una più decisiva obiezione.

Occorre infatti schiettamente evidenziare che la tesi poggia su un argomento solo in apparenza appagante e pertinente, ma in realtà fuorviante: si dice infatti, in estrema sintesi, che l'art. 43 Cost. – in quanto prevede che il servizio pubblico possa, ma non debba, essere assunto dalla mano pubblica – comporta l'irrilevanza di qualsivoglia riferimento al soggetto gestore. Ma la confutazione sembra assai facile: la norma si attaglia

<sup>29</sup> Alla quale si rifà anche l'interessante studio di B. BOSCHETTI, *Diritti e rapporti*, 67 ss. Ma si veda pure V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica*, 771 ss.

<sup>30</sup> Cfr. subito le riflessioni critiche di F. ZUELLI, *Servizi pubblici*, 46 ss.

<sup>31</sup> A ben vedere la maggioranza degli autori successivi non accetta affatto la tesi di U. Pototschnig proprio nel suo aspetto essenziale.

E così F. MERUSI, *Servizio pubblico*, 219-220, osserva che l'art. 43, lungi dallo sconvolgere i tradizionali approcci giuridici ad una teoria dei servizi pubblici, enuncia una clausola generale rilevante al fine di legittimare un procedimento che ha per fine il mutamento dei titolari dell'attività stessa; per V. CATTANEO, *Servizi pubblici*, 370, l'impostazione di cui si discute accomuna una serie di situazioni non omogenee e non si vede la validità di una categoria che ricomprenda attività economiche assunte ed organizzate da un soggetto pubblico ed attività economiche private rientranti in uno dei tanti programmi di settore; P. CIRIELLO, *Servizio pubblico*, 4, scrive che una nozione così ampia di servizio pubblico perde ogni attitudine definitoria e non è idonea ad individuare una specifica forma di intervento; in termini analoghi si esprime C. FRESA, *Servizio pubblico*, 1351; ad avviso di F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata*, 302 la concezione in esame va criticata in quanto riferisce la pubblicità a interi settori e non la limita a singole e specifiche attività; cfr. pure I. MARINO, *Servizi pubblici*, 175 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province*, 43; V. CERULLI IRELLI, *Corso*, 62-63; G. CAIA, *La disciplina*, 920-921; V. DOMENICHELLI, *Dall'edilizia popolare*, 83; A. POLICE, *Sulla nozione*, 473; F. LIGUORI, *Iniziativa privata*, 88 ss.; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, 309; B.G. MATTARELLA, *L'attività*, 642; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, 204-205; M.C. COLOMBO-F.C. RAMPULLA-L.P. TRONCONI, *I modelli*, 136 ss.; A. POLICE, *Spigolature*, 84 ss.; B. DELFINO, *La responsabilità*, 18-19.

<sup>32</sup> Tale rischio è ora sottolineato pure da E. SCOTTI, *Il pubblico servizio*, 104.

<sup>33</sup> Così anche E. SCOTTI, *op. loc. ult. cit.*

Basti pensare che rientrerebbe senza difficoltà in nozioni di servizio pubblico così oggettivamente ricostruite ad esempio l'attività di vendita al minuto.

pianamente all'ipotesi in cui l'Amministrazione decida di escludere dall'espletamento del servizio, disponendone l'assunzione diretta, ogni privato concessionario, ed è dunque perfettamente compatibile con la concezione soggettiva (che non significa affatto, sembra superfluo precisarlo ancora, gestione necessaria da parte dell'ente pubblico).

Ma se così stanno le cose, se cioè in buona sostanza l'art. 43 riguarda soltanto l'assunzione in esclusiva<sup>34</sup>, sostituendo tale regime (ove non si tratti di riserva originaria) a quello che contempla l'affidamento ai concessionari privati<sup>35</sup>, la nozione realmente oggettiva in senso pieno del servizio pubblico viene a cadere.

Né sembra pertinente osservare in contrario come a ben vedere la tesi qui non accolta si riferisce alla possibilità che, in forza dell'art. 41 Cost., il privato svolga attività costituente oggettivamente servizio pubblico e non all'impossibilità per l'amministrazione di delegare ad un terzo gestore il servizio dalla prima monopolizzato<sup>36</sup>.

Siffatta obiezione invero trascura che la nozione sopra criticata postula una lettura dell'art. 43 dalla quale emerga come unico significato ammissibile del precetto costituzionale quello che imporrebbe l'abbandono di qualsiasi rilevanza del profilo soggettivo per individuare i pubblici servizi. Ma una volta evidenziata la sussistenza di interpretazioni alternative plausibili, ne discende la necessità di ricercare altrove l'eventuale fondamento della nozione stessa.

Neppure decisivo appare l'argomento che fa leva sulla menzione nell'art. 43 dell'ipotesi di riserva o di trasferimento del servizio a comunità di lavoratori ed utenti, ossia «a soggetti che ben possono assumere natura privata»<sup>37</sup>: anche non tenendo conto della circostanza che la qualifica privatistica di tali figure soggettive, sconosciute nell'esperienza concreta,

---

<sup>34</sup> In senso conforme G. CAIA, *La disciplina*, 953.

<sup>35</sup> Si ricordi che M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 29-30, scrive che l'art. 43 regola in realtà con il «trasferimento» un fatto diacronico: quando l'attività costituente servizio pubblico voglia essere attribuita ad un pubblico potere, all'atto con cui si dispone la riserva deve accompagnarsi un atto di trasferimento delle opere con espropriazione e indennità.

Insomma, il testo costituzionale, riguardante solo la fattispecie dell'assunzione diretta, che si verifica pure allorquando questa prenda il posto di concessionari privati, non comporta affatto l'abbandono della concezione soggettiva dei pubblici servizi.

<sup>36</sup> Per questa obiezione si veggia L. PERFETTI, *Contributo*, 98. D'altro canto l'art. 41 Cost. non impedisce affatto, si direbbe, che il privato svolga attività costituente oggettivamente un pubblico servizio in forza di un provvedimento concessorio (ovvero, detto diversamente, quale gestione di un servizio di cui titolare è l'Amministrazione).

<sup>37</sup> Così testualmente R. GIOVAGNOLI, *Il contenzioso*, 136.



resterebbe un dato tutto da verificare (operazione peraltro di scarso interesse, attesa appunto la carenza di vicende applicative), ricorre pure qui una scelta di strumenti organizzativi volta a garantire interessi della collettività, tramite un'attività di prestazione qualificata doverosa da un soggetto pubblico.

Sicché è stato convincentemente concluso che «in realtà la Costituzione vuole probabilmente esprimere un concetto più semplice: il legislatore può ritenere che determinati servizi gestiti da imprese siano talmente essenziali per la vita associata che, ove ve ne sia bisogno, essi possono essere sottratti alla logica del mercato per divenire servizi *pubblici*: s'intende: a quel punto, in un senso tendenzialmente soggettivo»<sup>38</sup>.

D'altro canto, non convince la proposta<sup>39</sup> secondo cui nella tesi esaminata si dovrebbe scorgere un'anticipazione delle attuali prospettive europee. In particolare, si osserva in detta proposta che la concezione oggettiva dei servizi pubblici apparirebbe perfettamente compatibile, sia pur con qualche attenuazione<sup>40</sup>, con la disciplina comunitaria della materia poiché, in buona sostanza, i programmi e controlli che indirizzano e coordinano un'attività economica privata a fini sociali equivarrebbero alla regolazione di quella medesima attività<sup>41</sup>.

E ad analoghe conclusioni si perviene approfondendo il tema della regolazione economica come strumento funzionale alla tutela della concorrenza, che ha lo scopo precipuo di realizzare mercati concorrenziali nello specifico campo dei servizi pubblici<sup>42</sup>, senza con ciò alterarne la titolarità (in capo al soggetto pubblico).

---

<sup>38</sup> Così G.D. FALCON, *op. cit.*, 190, al quale aderiscono M.C. COLOMBO-F.C. RAMPULLA-L.P. TRONCONI, *I modelli*, 136-137.

<sup>39</sup> Per la quale cfr. D. SORACE, *I servizi pubblici*, 397 ss.

<sup>40</sup> Così D. SORACE, *op. ult. cit.*, 399.

<sup>41</sup> D. SORACE, *op. ult. cit.*, 398. L'autore ribadisce questa tesi in *I servizi "pubblici" economici*, 26 ss.

<sup>42</sup> Così F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, 92, che giunge a sostenere l'inutilizzabilità della categoria del servizio pubblico per quei segmenti di mercato che sono aperti al libero accesso da parte delle imprese private. Secondo l'Autore, l'inclusione nel mercato dei SIEG comporta l'abbandono delle tradizionali categorie giuridiche riconducibili alla nozione di servizio pubblico, 51 ss., 362 ss. Sulle diverse e complementari logiche che percorrono la disciplina dei servizi pubblici e, in particolare, sulla necessità che convivano le esigenze di contendibilità dei mercati con la matrice pubblicistica di modelli anche anti-economici, R. ARRIGONI, *Servizi pubblici locali*, 670 ss.; l'Autrice, ponendosi l'interrogativo di quale sia lo spazio per la tutela della concorrenza nei servizi pubblici locali, evidenzia una situazione critica per la presenza di un monopolio legale, elemento

Senonché diverso appare il significato della comparsa dello «Stato garante», «che ha il compito nuovo di garantire la concorrenza; di determinare le regole e di garantirne il rispetto, così come di garantire che soggetti divenuti privati assicurino il raggiungimento di interesse collettivo, *in primis* la tutela dei diritti fondamentali dei cittadini utenti»<sup>43</sup>. Ed invero non sembra proprio che l'attività di regolazione abbia qualcosa in comune con la programmazione<sup>44</sup>, risolvendosi la prima<sup>45</sup> nella formulazione di regole condizionali concernenti rapporti interprivati a tutela di interessi oggettivi della collettività nell'ambito di un'economia ispirata al mercato concorrenziale, costituendo invece la seconda un tipico strumento delle economie (più o meno) collettivistiche. In altri termini, la programmazione (e così pure gli altri consimili atti di indirizzo) «contenevano norme sostanziali sull'esercizio del diritto di libertà economica», mentre la regolazione «stabilisce soltanto regole processuali perché tutti i cittadini possano esercitare ad armi pari la stessa libertà consistente nella possibilità di concorrere in un mercato rilevante»<sup>46</sup>.

Ma se la regolazione non ha nulla a che fare con il servizio pubblico<sup>47</sup>,

---

necessariamente caratterizzante la nozione in questione, R. ARRIGONI, *Servizi pubblici locali*, 681 ss.

Lo scopo di estendere i principi concorrenziali e favorire i processi di liberalizzazione dei mercati è stato perseguito, tra gli altri, dal c.d. decreto Bersani, d.l. n. 223/2006, che ha ridimensionato la presenza delle società pubbliche; in senso descrittivo veggasi B. GILIBERTI-I. RIZZO, *Posizionamento e margini di operatività*, che ravvisano nelle disposizioni appena menzionate uno snodo teorico particolarmente significativo, 2513 e, dei medesimi Autori, *Le società pubbliche nel mercato*, 268 ss. Sulla regolazione come strumento di apertura al mercato dei servizi pubblici pure G. PITRUZZELLA, *I servizi pubblici economici*.

<sup>43</sup> F. MERUSI, *Lo schema della regolazione*, 323.

<sup>44</sup> Cfr. F. MERUSI, *La nuova disciplina*, 64 ss.

<sup>45</sup> Si vedano per tutti L. TORCHIA, *Il controllo pubblico*; G. VESPERINI, *La Consob*; S. FREGO LUPPI, *L'Amministrazione*; L. DE LUCIA, *La regolazione*; A. PERICU, *Impresa*, 107; F. TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni*, 952; F. MERUSI-L. ZANOTTINI, *Servizi pubblici*, 13: lo Stato gestore «cede il passo allo Stato regolatore, il quale anziché dirigere e gestire attività economiche che presentano una rilevanza pubblica, si limita a porre le regole del gioco, lasciando in larga misura che siano i privati a giocare».

<sup>46</sup> Così testualmente ora F. MERUSI, *La nuova disciplina*, 67. Diversamente F. IACOVONE, *Regolazione*, 65-66. Sull'abbandono della programmazione quantitativa dell'offerta nei servizi a rete cfr. S. TORRICELLI, *Il mercato*, 162 ss. In tema di regolazione si veda ancora G. NAPOLITANO, *I modelli di regolazione*, 33 ss.; F. DONATI, *I servizi di interesse economico generale*, 53 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Servizi di interesse economico generale*, 75 ss.; C.M. SARACENO, *Regolazione amministrativa*, spec. 65 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni*, 369 ss.; M. D'ALBERTI, *Lezioni*, 142 ss.

<sup>47</sup> Così F. MERUSI, *La nuova disciplina*, 68. Analogamente E. SCOTTI, *Il pubblico servizio*, 51; cfr. pure consonantemente, se non erro, F. TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni*, 951 ss. che



se (molti dei tradizionali) servizi pubblici sono oramai divenuti «parti del mercato» in quanto «attività private sottoposte ad una regolazione speciale»<sup>48</sup>, giacché si resta nell'ambito dei settori nei quali il diritto della concorrenza appare sufficiente «all'adempimento della missione di interesse generale di cui certe attività risultano investite»<sup>49</sup>, se non possono essere qualificate servizi pubblici – al fine di trarne determinate conseguenze giuridiche – le regolazioni dei mercati concorrenziali<sup>50</sup>, se insomma la transizione verso la regolazione svuota il servizio pubblico dei suoi connotati fondamentali che giustificavano specifiche discipline, sicché il mantenimento della denominazione «servizio pubblico», ove così si preferisca, non deve in ogni caso condurre «a connotare, quanto a regime giuridico, in senso oggettivamente pubblico, un'attività soggettivamente privata»<sup>51</sup>, la prospettiva europea<sup>52</sup> non pare in modo convincente richiama-

---

conclude: «in quanto il problema [di un mercato non concorrenziale] venga risolto attraverso il metodo regolativo, l'attività privata che così si espande non è prestazione di servizio pubblico, bensì esplicazione di libertà economica» (*op. cit.*, 954); G. CAIA, *I servizi pubblici*, 147. Diversa, se ho ben compreso è la posizione di L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa*, 40 ss. Cfr. pure V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti*, 230-231; G. DI GASPARE, *La public utility*, 264-265. Ad avviso di G. IACOVONE, *Regolazione*, 58 ss., vanno distinti due tipi di regolazione, di cui uno concerne i servizi pubblici in quanto funzionale a valori diversi dal puro interesse economico concorrenziale, e precisamente al contemperamento con esigenze sociali. In tema di regolazione si veda ancora G. NAPOLITANO, *I modelli di regolazione*, 33 ss.; F. DONATIVI, *I servizi di interesse economico generale*, 53 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Servizi di interesse economico generale*, 75 ss.; C.M. SARACINO, *Regolazione amministrativa*, spec. 65 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni*, 369 ss.; M. D'ALBERTI, *Lezioni*, 142 ss.

Sui rapporti tra mercato e servizi pubblici cfr. pure P. DE CARLI, *Sussidiarietà*, 238 ss. La distinzione tra due modelli alternativi, attività «regolata» e servizio pubblico, è ben evidenziata da D. SORACE, *I servizi "pubblici" economici*, 22 ss. Lo riconosce E. BRUTI LIBERATI, *Servizi pubblici*, 538-539.

<sup>48</sup> Così G. NAPOLITANO, *Regole e mercato*, 74.

<sup>49</sup> Così S. TORRICELLI, *Il mercato*, 26, tuttavia nel quadro di una diversa impostazione di fondo sulla quale si ritornerà.

<sup>50</sup> F. MERUSI, *op. cit.*, 73. Diversa è la posizione di S. VALENTINI, *Diritto e istituzioni*, 84 ss. per il quale esiste una corrispondenza biunivoca tra regolazione e servizi pubblici, ma forse le differenze vanno ricondotte all'uso della stessa formula «servizi pubblici» per indicare fenomeni diversi; ciò dipende dal fatto che la formula in questione può essere e viene di fatto utilizzata come sintesi verbale di discipline normative non omogenee.

<sup>51</sup> Così E. SCOTTI, *Il pubblico servizio*, 310. Ma di tale saggio cfr. pure le osservazioni svolte a p. 283 ed ancora a p. 307 ss.

Si vuole dunque qui sottolineare che nulla vieta di chiamare «servizio pubblico» un mercato regolato che vede la collettività destinataria delle prestazioni offerte dagli operatori di quel mercato, purché da ciò non si pretenda di trarre la giustificazione per applicare precetti normativi concernenti i veri e propri servizi pubblici.

<sup>52</sup> Per la quale v. *infra*. Cfr. intanto G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, 290 ss., ad avviso del quale i servizi pubblici sono svolti da soggetti aventi forma giuridica privata che perse-

bile per rivalutare una nozione di servizio pubblico rigorosamente oggettiva, una nozione cioè «caratterizzata non da prestazioni amministrative fornite da un soggetto pubblico<sup>53</sup>, bensì dalla disciplina pubblicistica di soggetti privati»<sup>54</sup>.

Né in tal modo, a ben vedere, si finisce per rendere giustizia a chi la nozione radicalmente oggettiva del pubblico servizio ha con vigore e coerenza sostenuto, nel quadro di una visione complessiva dei fenomeni economici tutt'altro che incline a vedere nel mercato un sistema economico meritevole di particolare consenso, ma anzi nettamente orientata ad apprezzare i più tradizionali ed incisivi interventi pubblici nell'economia per garantire valori quali la solidarietà sociale e la crescita della persona umana<sup>55</sup>.

Deve invece esaminarsi con attenzione il recente tentativo<sup>56</sup> di nuovamente fondare sugli artt. 41 e 43 della Costituzione una visione marcatamente oggettiva dei pubblici servizi e soprattutto polemica nei confronti delle posizioni soggettivistiche, nell'ambito di una ricostruzione che ritiene profondamente errato e da scartare totalmente il richiamo a qualunque intermediazione del legislatore nell'individuazione di ciò che è pubblico servizio<sup>57</sup>.

L'analisi si articola in una pluralità di riferimenti e notazioni, non di rado stimolanti, dei quali tuttavia ci si limiterà a riassumere i passaggi essenziali.

È dato, si dice, rinvenire direttamente nell'art. 41 Cost. una definizione dell'attività economica concretante la prestazione di servizi pubblici, giacché:

– occorre distinguere tra utilità sociale di cui al comma 2 e fini sociali di cui al comma 3<sup>58</sup>; la prima consiste nella dimensione autoesecutiva delle libertà fondamentali e dei diritti sociali che la Costituzione enu-

---

guono fini di lucro in regime generalmente di libera iniziativa; ancora, detti servizi sono attività economiche organizzate imprenditorialmente, rette dal diritto privato e forniscono prestazioni dietro il pagamento di un corrispettivo. Dal concorrere di tali indici l'Autore trae la conclusione che oggi «la prestazione di servizi al pubblico costituisce un'attività privata e non pubblica» (*op. cit.*, 291).

<sup>53</sup> Naturalmente anche attraverso la collaborazione di soggetti privati.

<sup>54</sup> Così F. MERUSI, *La nuova disciplina*, 70, che conclude: «una simile nozione non esiste, come probabilmente non è mai esistita neppure in passato».

<sup>55</sup> Sul rischio di svilire e svuotare il contenuto delle tesi in questione S. TORRICELLI, *Il mercato*, 340-341.

<sup>56</sup> Si allude naturalmente all'ampia monografia di L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*. In senso adesivo G.C. SALERNO, *Servizi di interesse generale*, 91 ss.; A. DE CHIARA, *Attività private*, 130 ss.; R. RINALDI, *La posizione giuridica soggettiva*, 131 ss.

<sup>57</sup> L. PERFETTI, *Contributo*, 178 ss.

<sup>58</sup> L. PERFETTI, *Contributo*, 228 ss.



clea<sup>59</sup>; i secondi<sup>60</sup> invece presentano una dimensione dinamica, tesa a rendere effettivi diritti e libertà nella dimensione non autoesecutiva<sup>61</sup>;

– pubblico servizio è l'attività economica di prestazione dei servizi intesi a realizzare le condizioni che consentano la piena esplicazione della dimensione non autoesecutiva delle libertà e dei diritti sociali sanciti dalla Costituzione<sup>62</sup>;

– tale attività si svolgerà ordinariamente in regime di libera concorrenza, salvo solo il limite della mancanza di contrasti con l'utilità sociale, limite il cui rispetto potrà richiedere misure di coordinamento; in caso di mancato raggiungimento dei fini sociali, interverrà nuovamente il legislatore tramite misure di indirizzo o, addirittura, nell'ipotesi di ulteriore fallimento del mercato, con l'affidamento ad un soggetto organizzato in forma di impresa avente il compito di realizzare il fine che costituisce lo statuto del servizio pubblico<sup>63</sup>;

– «È pubblico servizio, quindi, l'attività economica il cui risultato è quello di apprestare le condizioni perché libertà e diritti divengano effettivi. Dal punto di vista del regime giuridico l'attività di pubblico servizio si svolgerà secondo tre diverse modalità, come attività libera, regolata o riservata»<sup>64</sup>.

Ora, non si intende certo negare l'astratta coerenza logica della definizione di pubblico servizio così proposta. Ma si pongono subito molteplici questioni, riassumibili nella seguente fondamentale domanda: quale è la valenza normativa di siffatta definizione?

Qui invero i dubbi si affollano.

E così: all'unicità del concetto non pare corrispondere uniformità di disciplina. Il servizio pubblico troverebbe infatti il proprio elemento

<sup>59</sup> L. PERFETTI, *Contributo*, 234.

<sup>60</sup> L. PERFETTI, *Contributo*, 261 ss.

<sup>61</sup> L. PERFETTI, *Contributo*, 262: «Mi pare si possa dire che ricorreranno fini sociali tutte le volte in cui una libertà costituzionale o un diritto sociale costituzionalmente garantito richiedano un'azione positiva o la creazione di un'organizzazione perché libertà e diritti vengano resi effettivi e questo obiettivo costituzionalmente determinato non venga già conseguito altrimenti».

<sup>62</sup> L. PERFETTI, *Contributo*, 298.

<sup>63</sup> L. PERFETTI, *Contributo*, 299.

<sup>64</sup> Così testualmente L. PERFETTI, *Contributo*, 302.

Naturalmente l'orientamento dottrinale (per tutti recentemente P. DURET, *Sussidiarietà, passim*) che muove dalla valorizzazione dell'amministrazione in senso oggettivo non può che ritenere infondato ogni tentativo di non escludere il profilo soggettivo dalla nozione di servizio pubblico. Critico nei confronti della concezione soggettiva è pure R. DI RAIMO, *Contratto e gestione*, 45 ss., ma sul presupposto che tale concezione esiga che gestore sia un ente pubblico.

identificatore nella funzionalizzazione ai diritti ed alle libertà costituzionali. Ma poi vengono indicati tre differenziati livelli di intervento del legislatore: disciplina comune (e dunque attività libera, salvo appunto i limiti di natura generale), regolazione specifica, sottrazione al libero mercato e assunzione da parte della P.A. Ebbene, quale tratto unificante residua, idoneo a tracciare i confini del pubblico servizio, a fronte di tre diversi regimi giuridici? Che cosa distingue sul piano normativo il presunto pubblico servizio soggetto solo alla disciplina comune ad ogni attività economica da tutte le altre attività di eguale natura che, seppur sottoposte alla medesima disciplina, pubblici servizi non sono?

Restando all'interno della tesi in esame, è coerente per un verso ricondurre agli strumenti previsti dal comma 3 dell'art. 41 Cost. la garanzia dei fini sociali propri del servizio pubblico e per altro verso ammettere la realizzazione di detti fini pure tramite soltanto l'osservanza dei limiti di cui al comma 2 dello stesso articolo<sup>65</sup>?

Ancora: si considera gravissimo errore metodologico quello di cercare nella legge e non nella Costituzione il criterio che qualifica un servizio come pubblico<sup>66</sup> e si attribuisce direttamente ai giudici il compito di individuare quando ne ricorra una fattispecie. Sennonché sembra dubbio che siffatti postulati si armonizzino con l'aver prima riconosciuto che spetta al legislatore, in presenza del fallimento del mercato, introdurre una disciplina differenziata per attività economiche fino a quel momento oggetto della sola regolazione generale.

In definitiva, qualificare pubblico servizio l'attività economica<sup>67</sup> il cui risultato è apprestare le condizioni affinché libertà e diritti di rilevanza costituzionale divengano effettivi non conduce a risultati appaganti laddove si affermi poi che vi corrispondono tre differenti regimi giuridici (attività libera, regolata, riservata) o comunque si configurino «pubblici servizi» più pubblici servizi degli altri, quelli «riservati» (e non liberi o regolati)<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> Per una critica analoga cfr. ora L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa*, 173.

<sup>66</sup> Veggasi in termini critici pure L. DE LUCIA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>67</sup> Si omette qui dal considerare che la proposta nozione costituzionale di pubblico servizio, espressamente limitata a quelli a valenza imprenditoriale, lascia scoperti i servizi sociali e dunque risulta inservibile al cospetto di disposizioni legislative che sottopongono ad identica disciplina entrambe le categorie: si pensi all'art. 33 del d.lgs. n. 80/1998.

<sup>68</sup> Obietta G.C. SALERNO, *Servizi di interesse generale*, 99 che «l'elemento distintivo sotto il profilo oggettivo è da ravvisarsi nel fatto che le prestazioni devono essere strumentali all'assolvimento delle finalità (ed obiettive esigenze) sociali». Sta bene, ma a che serve tutto