

Diritto amministrativo

RIVISTA TRIMESTRALE

Giuffrè editore · Milano

2/1994

ANNO II - FASCICOLO 2 - 1994

Sped. in abbonamento postale - 50%

Estratto

GABRIELLA M. RACCA

I SERVIZI PUBBLICI NELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO

SOMMARIO: 1. Ordinamento comunitario e servizio pubblico. — 2. La nozione di « servizi » nel Trattato istitutivo della CEE. — 3. I servizi di interesse economico generale. — 4. L'impresa pubblica e l'attribuzione di diritti speciali ed esclusivi. — 5. Limiti alle riserve di attività per l'erogazione di servizi pubblici. — 6. Deroghe alla disciplina del Trattato. — 7. Obblighi di servizio pubblico nel settore dei trasporti. — 8. Considerazioni conclusive.

1. È opinione diffusa che la nozione di servizio pubblico e le sue peculiari forme di gestione siano state per lungo tempo utilizzate come schermo giuridico per consentire la sopravvivenza di privilegi e di mercati protetti di cui gli Stati membri della Comunità europea si sono giovati per resistere all'integrale applicazione delle norme del Trattato. Questa situazione è stata agevolata da una non sempre attenta e precisa interpretazione delle norme comunitarie che prevedono deroghe alla disciplina che promuove la libertà di circolazione di merci, persone, capitali e servizi, nonché limitazioni alle regole che impongono la concorrenza fra le imprese.

Nel diritto comunitario assumono rilevanza gli effetti economico-giuridici che le imprese caratterizzate da una peculiare relazione con le pubbliche autorità, come nel settore dei servizi pubblici, possono determinare nel processo di completamento del mercato interno (1). Attenzione particolare è rivolta ai settori dei trasporti, delle

(1) Sulle innovazioni conseguenti al Trattato sull'Unione europea, firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992, da ult. S. CASSESE, *L'influenza del diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1993, 329; M.P. CHINI, *Il Trattato sull'Unione europea e la sua influenza sulla Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1993, 351; A.D. PLIAKOS, *La nature juridique de l'Union européenne*, in *Rev. trim. droit. europ.*, 1993, 187.

telecomunicazioni e dell'energia, nei quali si promuove la costituzione e lo sviluppo di reti transeuropee, di infrastrutture che favoriscono l'interconnessione delle reti nazionali, nonché l'accesso alle stesse (art. 129 B, del Trattato (2)), come presupposto dell'apertura dei corrispondenti mercati di servizi.

Consentire la concorrenza fra coloro che intendono soddisfare la domanda di servizi che si rivolge alla pubblica amministrazione, o circoscrivere la durata del rapporto di concessione instaurato con un unico operatore, ovvero definire forme vincolate di scelta del contraente che limitino il criterio discrezionale dell'*intuitu personae*, significa fornire interpretazioni che sottopongono interi settori economici, un tempo riservati alla disciplina degli Stati membri, alle regole del diritto comunitario.

L'analisi dell'attività di servizio pubblico nell'ambito considerato giuridicamente rilevante per l'ordinamento comunitario è avvenuta sinora secondo percorsi particolari legati all'interpretazione dell'una o dell'altra norma del Trattato, o di regolamenti o direttive che ne costituiscono attuazione, secondo linee che solo di recente paiono tentare la ricerca di una logica unitaria. L'individuazione della *ratio decidendi* delle decisioni giurisprudenziali è resa più difficile per il settore in esame in cui sono mancate indagini approfondite che consentano di stabilire l'individuazione dei principi cui riferirsi.

Il dibattito sulle privatizzazioni invita alla trasformazione in privato di ciò che era stato acquisito alla pubblica amministrazione, ma nell'analisi dei servizi pubblici si avverte subito che ciò che pare di sicuro rilievo per l'ordinamento comunitario non è tanto la forma giuridico-economica di gestione di un servizio, sia essa pubblica o privata, né l'assetto proprietario, quanto l'eliminazione delle posizioni di monopolio che sono in contrasto con le norme ed i principi dell'ordinamento comunitario che vogliono la creazione di un mercato unico dei beni e dei servizi, cioè l'apertura dei singoli mercati alla concorrenza.

La stessa nozione di impresa pubblica (3) accolta dal diritto co-

(2) Inserito dall'art. G.38 del Trattato sull'Unione europea. Il testo coordinato del Trattato che istituisce la Comunità europea come modificato dal Trattato sull'Unione europea, firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992 è pubblicato in *G.U.C.E.* 31 agosto 1992, n. C 224/1.

(3) *Infra par.* 4.

munitario chiarisce che non è rilevante la forma giuridica pubblica o privata di un ente che eroga servizi pubblici, ma l'esistenza di una posizione di influenza dominante delle « autorità pubbliche » (4), che possono mantenere mercati protetti anche a favore di imprese istituite in forma privata. Il trasferimento a privati di servizi la cui gestione in mano pubblica sia ritenuta inefficiente, o troppo onerosa, assume rilievo qualora questa abbia prodotto effetti che sono di ostacolo alla concorrenza fra le imprese.

La privatizzazione della forma giuridica di un ente pubblico economico viene infatti normalmente accolta con favore dall'ordinamento comunitario poiché si ritiene che la forma privata (s.p.a.) induca un processo di trasparenza nelle relazioni fra poteri pubblici ed imprese, possa trasformarsi in società ad azionariato diffuso secondo il modello della *public company* e soprattutto favorisca le possibilità di confronto tra operatori. Le recenti privatizzazioni degli enti di gestione di partecipazioni in società per azioni che si occupano di servizi pubblici (5), non hanno inciso sulla disciplina di questi settori economici (6), in quanto la gestione in esclusiva di tali attività si è trasformata in concessione quantomeno ventennale (7), mantenendo almeno per il momento il monopolio.

Tuttavia neppure l'eventuale dismissione a favore di una gestione privatistica dei monopoli pubblici, di per sé, garantisce la creazione di un regime concorrenziale, in quanto può consentire accordi fra operatori privati che possono determinare il sorgere, anche su

(4) L'espressione « *autorità pubbliche* » nel diritto comunitario ricomprende: lo Stato, gli enti territoriali, gli enti di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti territoriali o enti di diritto pubblico. Si considerano enti di diritto pubblico o « *organismi di diritto pubblico* » quelli: istituiti allo scopo di provvedere ad esigenze di pubblico interesse, che non abbiano carattere industriale e commerciale, dotati di personalità giuridica, finanziati in via maggioritaria o controllati da « *autorità pubbliche* ». Sulla base del principio dell'effetto utile, tale nozione viene talora ulteriormente estesa, cfr. Corte di giustizia, sentenza 12 luglio 1990, causa 188/89, *Foster c. British Gas plc*, in *Raccolta*, 1990, 3349 e *infra* nota 70.

(5) G. DI GASPARI, *L'ENEL s.p.a. tra privatizzazione e servizio pubblico*, in *Nomos*, 1993, 109.

(6) F. ROVERSI MONACO, *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLI, G. PERICU', A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, Bologna, 1993, vol. I, 888 e s.

(7) Art. 14, d. l. 11 luglio 1992, n. 333, *Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica*, in *G.U.* 11 luglio, n. 162. Si veda altresì C. Cost. sentenza 17-28 dicembre 1993, n. 466, in *G.U.* 5 gennaio 1994, *I serie speciale*, n. che dichiara la competenza della Corte dei conti al controllo sugli enti privatizzati nelle stesse forme e limiti precedentemente applicati, finché permanga la partecipazione totalitaria o maggioritaria dello Stato.

mercati sovranazionali, di posizioni dominanti che le istituzioni comunitarie difficilmente possono contrastare (8).

2. I « servizi » nell'ordinamento comunitario trovano residuale definizione nell'art. 60, comma I, del Trattato, come « prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone ». Con esemplificazione non esaustiva si indicano le libere professioni, le attività industriali, commerciali e artigianali (art. 60, comma II), mentre per la circolazione dei servizi di trasporto l'art. 61 rinvia al titolo relativo (art. 74 e s.). La nozione giuridica di « servizio », nell'ordinamento comunitario appare più ampia di quella del nostro ordinamento (9), e può ricondursi ad ogni attività che consiste in un *facere* retribuito. Nell'ordinamento comunitario la disciplina sulla libera circolazione dei servizi si articola nella libertà di prestazione (10) (art. 59 e s.) e nella libertà di stabilimento (11) (art. 52 e s.), in ragione della presenza temporanea o permanente del prestatore del servizio nel paese straniero. Il Trattato Cee offre tutela alle imprese che erogano

(8) È il caso, ad esempio, delle concentrazioni cui si assiste nel settore delle telecomunicazioni.

(9) Che si riferisce alle prestazioni fornite nel settore delle attività terziarie, cfr. G. SANTINI, *I servizi*, Bologna, 1988, *passim*.

(10) Cfr. R. CAPOSTI, voce *Prestazione di servizi*, (*diritto della Comunità europea*), in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIV, Roma, 1991, 4; R. MONACO, voce *Mercato interno europeo*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XX, Roma, 1991, 9; A. TIZZANO, *La libera circolazione dei servizi nella CEE: Profili generali*, in A. TIZZANO, *Professioni e servizi nella CEE*, Padova, 1985, 43 e s.; C. HOOD, G. FOERL SCHUPPERT, *Delivering Public Services in Western Europe*, London, 1988.

(11) M. DI DOMINICIS, voce *Stabilimento*, (*diritto di*), in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano 1990, 559 e s.; U. DRAFFA, *Commento all'art. 59*, in *Trattato istitutivo della Comunità economica europea. Commentario* diretto da R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI, Milano, Giuffrè, 1965, vol. I, 569 e s., precisa che i campi di applicazione della liberalizzazione delle prestazioni di servizi e del diritto di stabilimento non coincidono, riguardando quest'ultimo non solo i servizi, ma altresì attività che rientrano nelle norme sulla libera circolazione delle merci e dei capitali. Si veda la Direttiva del Consiglio, 28 febbraio 1966, 66/162, relativa all'attuazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi nelle attività non salariate dei settori elettricità, gas, acqua e servizi sanitari (ramo 5 C.I.T.I.), in *G.U.C.E.* 8 marzo 1966, 584/66. Per un caso di disciplina di un servizio pubblico internazionale è significativo il Regolamento (CEE) n. 684/92 del Consiglio del 16 marzo 1992, *relativo alla fissazione di norme comuni per i trasporti internazionali di viaggiatori effettuati con autobus*, in *G.U.C.E.* 20 marzo 1992, n. L 74/1.

servizi sanzionando quelle posizioni di privilegio che possono precludere ad altri di svolgere tali attività, salvo che esigenze particolari giustificano protezione dall'ordinamento degli Stati membri (12). L'ampiezza della categoria dei servizi si giustifica in ragione della scelta di attrarre alla disciplina che impone la concorrenza le attività che interessano imprese di Stati membri differenti (13), la cui *ratio* è la formazione di « un mercato interno caratterizzato dall'eliminazione fra gli Stati membri, degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali » (14).

Attività ritenute comunemente nel nostro ordinamento « servizi pubblici » possono dunque rientrare, almeno in parte (15), nell'ampia nozione di « servizi » stabilita dall'art. 60 del Trattato. Tuttavia i servizi pubblici raramente si sono considerati soggetti alla generale disciplina dell'art. 60 cit., poiché altre norme parevano enucleare una disciplina di specie per i chiari riferimenti alla pubblica amministrazione e per le particolari deroghe (16) alla normativa generale del Trattato che hanno consentito una sua graduale e perciò effettiva applicazione negli ordinamenti degli Stati membri.

(12) Ad esempio quelle desumibili dall'art. 56 del Trattato, il quale per motivi di ordine pubblico, sicurezza pubblica e di sanità, giustifica un regime particolare per i cittadini stranieri.

(13) Cfr. Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 18 giugno 1991; causa 260/89, *Elliniki Radiophonia Tileorassi Etairia (ERT) e Dimotiki Etairia Pliroforissis e Sotirios Kouvelas*, in *Raccolta*, 1991, 2925, in cui si valuta, facendo riferimento all'art. 59 del Trattato, l'ammissibilità di un monopolio anche dal punto di vista delle possibili discriminazioni che può implicare verso servizi (programmi televisivi) stranieri, la sentenza è pubblicata altresì in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1992, 471 e ss., con annotazione di M. RAMAIOLI, *La prestazione televisiva innanzi alla Corte di giustizia*.

(14) Art. 3 lett. c) del Trattato, 8 A del Trattato, aggiunto dall'art. 13 dell'Atto unico europeo, ratificato e reso esecutivo dalla l. 23 dicembre 1986, n. 909.

(15) Cfr. A. PAPPALARDO, *Commento all'art. 90*, in *Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, *Commentario* diretto da R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI, Milano, Giuffrè, 1965, vol. I, 692, il quale ritiene la categoria dei « servizi », nel diritto comunitario, per taluni aspetti più ristretta e per altri più ampia di quella dei servizi pubblici, riconducibili approssimativamente alla nozione di servizi d'interesse economico generale di cui all'art. 90 del Trattato, in quanto la disciplina comunitaria riguarda esclusivamente attività economiche. Evidenzia l'inutilizzabilità del significato privatistico di servizio nella locuzione « servizio pubblico », dal momento che quest'ultimo può anche consistere in prestazioni di *dare*, F.G. SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *Le concessioni di servizi pubblici (atti della giornata di studi organizzata dall'Università di Bologna, Roma 3 dicembre 1987)* a cura di F. ROVERSI MONACO, Bologna, 1988, 33 e s.

(16) Previste dagli artt. 55, 56, 77, 90 n. 2 del Trattato, su cui *infra*.

In sé la nozione di « servizi » dell'art. 60 del Trattato (17) non è sufficiente a chiarire la disciplina comunitaria delle attività che il nostro ordinamento considera di servizio pubblico, in quanto essa considera esclusivamente le prestazioni rese alla pubblica amministrazione. Nonostante le diverse opinioni espresse sulla nozione di servizio pubblico (18) è possibile affermare che la stessa involga la costante correlazione con un soggetto pubblico di prestazioni normalmente rese ad una pluralità di utenti, le quali devono essere conformi ad un programma definito dall'amministrazione per soddisfare i bisogni sociali di una determinata comunità. L'attenzione si è rivolta alla disciplina posta dall'art. 90, n. 1 del Trattato (19) ed in particolare all'enunciato che prevede la piena sottoposizione alla disciplina comunitaria delle imprese pubbliche e di quelle cui gli Stati membri « riconoscono diritti speciali o esclusivi », determinando una riserva di attività a loro favore, indipendentemente dalle caratteristiche delle attività che svolgono. Si tratta di una regola generale che se può legittimare l'esistenza di monopoli nazionali, nondimeno può imporne il ridimensionamento (20), se non l'eliminazione, in conformità alle norme comunitarie. Ora per quanto riguarda in particolare il settore dei servizi pubblici, l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi determina la chiusura del mercato corrispondente e la possibile emersione di una posizione dominante su una parte sostanziale del mercato interno, creata dallo Stato il qua-

(17) A.C. PAGE, *Member States, Public Undertakings and Article 90*, in *E. L. R.*, 1982, 28; D. WYATT, A. DASHWOOD, *European Community Law*, III ed., London, 1993, 558.

(18) Cfr. sulla nozione interna di servizio pubblico: U. POTORSCHNIK, *I pubblici servizi*, Padova, 1964; A. DE VALLIS, *I servizi pubblici*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, 1930, vol. VI, pt. I, 379; F. ZELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriali*, Milano, 1973; I. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1986; E. FERRARI, *I servizi sociali*, vol. I, Milano, 1986; F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990; R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993. Sulla nozione francese da ult. A.S. MESSIRIAKOFF, *Droit des services publics*, Parigi, 1991.

(19) (Art. 90 n. 1. del Trattato) « 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 quelle contemplate dagli articoli 7 e da 85 e 94 inclusi ».

(20) Cfr. ad es. Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 18 giugno 1991; causa 260/89, (*ERT*), cit., 2925.

le non può ulteriormente rafforzarla attraverso misure contrarie al Trattato (21).

Una deroga all'applicazione del Trattato è infatti prevista esclusivamente a favore dei soggetti che si occupano di « servizi di interesse economico generale », qualora il perseguimento dei particolari compiti affidati dagli Stati, non sia altrimenti possibile (90, n. 2) (22) e sempreché la deroga al diritto comunitario non pregiudichi lo sviluppo degli scambi in misura tale da compromettere gli interessi della Comunità.

La norma comunitaria consente un giudizio di preminenza dell'interesse nazionale il cui effetto è l'esenzione dall'applicazione delle norme del Trattato ed il conseguente riconoscimento delle discipline nazionali, come nel caso dell'attribuzione di rilevanza giuridica alle limitazioni dell'iniziativa economica privata che si riferiscono a servizi pubblici essenziali (art. 43 Cost.).

Il diritto comunitario non detta una disciplina generale delle forme di gestione dei servizi pubblici, lasciando agli ordinamenti nazionali le relative scelte (23). Le direttive comunitarie disciplinano invece i procedimenti con i quali le pubbliche amministrazioni, e gli enti che erogano servizi pubblici (24), indipendentemente dalla loro natura giuridica, possono procurarsi i servizi (25) necessari per l'organizzazione della propria attività, con disciplina delle prestazioni rivolte all'amministrazione.

3. La nozione di servizio pubblico, secondo il nostro ordina-

(21) Le misure vietate saranno quelle assunte dagli Stati membri e dalle autorità che esercitano sulle imprese l'influenza dominante, sia che si tratti di istruzioni e raccomandazioni, sia di atti generali sempreché emanati sul presupposto della relazione funzionale di supremazia sull'impresa destinataria, così L.M. PAIS ANTUNIS, *L'article 90 du Traité CEE*, in *Rev. trim. droit européen*, 1991, 198.

(22) Cfr. *infra* par. 3.

(23) F. FRACCIA, *Servizi pubblici e scelta del concessionario*, in *Dir. amm.*, 1993, 367.

(24) Cfr. ad es. Direttiva del Consiglio CEE, 90/531, del 17 settembre 1990, *relativa alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni*, in *G.U.C.E.* 29 ottobre 1990, L. 297, modificata da ult. con la Direttiva del Consiglio CEE, 93/38, del 14 giugno 1993, *che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni*, in *G.U.C.E.* L. 199 del 9 agosto 1993.

(25) Cfr. ad es. Direttiva Consiglio CEE, 18 giugno 1992, 92/50, *che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi*, in *G.U.C.E.* 24 luglio 1992, N. L. 209/1.

mento, risulta dunque più affine all'ampia locuzione « servizi d'interesse economico generale » introdotta dall'art. 90, n. 2 del Trattato (26), che non alla residuale nozione di « servizi » di cui all'art. 60, cit. Le imprese incaricate della gestione di « servizi di interesse economico generale », o aventi carattere di monopolio fiscale (27) sono sottoposte alla disciplina del Trattato solo nei limiti in cui non sia ostacolato l'adempimento della « missione » loro affidata (28). La deroga è a sua volta possibile solamente qualora non pregiudichi lo sviluppo degli scambi che non deve essere limitato in misura contraria agli interessi della Comunità.

Non agevole pare l'interpretazione della norma poiché il solo tenore letterale rivela una contraddizione: ogni norma del Trattato è posta in funzione di interessi comunitari e al tempo stesso ogni limitazione degli scambi è sicuramente contraria agli interessi della Comunità.

L'art. 2 del Trattato definisce come obiettivi della Comunità europea, l'« instaurazione di un mercato comune e di un'unione economica e monetaria » nonché lo « sviluppo armonioso ed equilibrato delle attività economiche nell'insieme della Comunità ». Il Trattato consente di perseguire gli indicati compiti « mediante l'attuazione delle politiche e delle azioni comuni di cui agli articoli 3 e 3A (29) », fra le quali particolare rilievo assume l'eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali (art. 3 lett. c) e l'attuazione di un mercato interno in cui la concorrenza non sia falsata (art. 3 lett. g).

(26) (Art. 90 n. 2, del Trattato) « Le imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale, sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole sulla concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in via 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 ».

(27) Il monopolio fiscale, attraverso il quale uno Stato si riserva la produzione e/o la vendita di determinati beni o servizi, costituisce una forma di imposizione tributaria e si distingue dai monopoli a carattere commerciale (art. 37 del Trattato) che, come affermato dalla Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 30 aprile 1974, causa 155/73, *Sacchi*, in *Raccolta* 1974, 409, pto 10, non riguardano il settore dei servizi.

(28) J. MEGRET, J.V. LOUIS, D. VIGNES, M. WAELBROECK, J. DOUSSEL, M. SARMIET, *Le droit de la communauté économique européenne, commentaire all'art. 90*, Bruxelles 1971, vol. 3, 83; G. PASTORI, *Pubblica amministrazione e impresa nei servizi pubblici*, Relazione tenuta il 18 febbraio 1990 al convegno « Pubblico e privato nell'europa degli anni '90 », in *Scritti per M. Nigro*, Milano 1991, 350.

(29) Significativamente ampliate dal Trattato di Maastricht, cit.

Si è ritenuto che gli « interessi della Comunità » (30) (art. 90, cit.) siano identificabili con gli « obiettivi delle Comunità » (art. 2, cit.) sicché pare possibile delimitare la deroga di cui all'art. 90, cit., solamente alle norme che individuano gli strumenti delle politiche comunitarie che complessivamente sono volte alla realizzazione dei compiti della Comunità. La conseguenza non irrilevante è che la deroga alle norme del Trattato sarà compatibile con il Trattato stesso solamente nei limiti in cui consenta per altra via la realizzazione degli obiettivi della Comunità. Nell'ambito dei servizi pubblici infatti la contrapposizione (31) fra l'interesse del singolo stato alla chiusura, in tutto o in parte, di un particolare mercato e l'interesse della Comunità all'osservanza delle regole di concorrenza ed al mantenimento dell'unità del mercato comune, comporta la prevalenza della disciplina nazionale (32), fino a quando ciò non pregiudichi la realizzazione degli obiettivi della Comunità.

Il compito di vigilare sull'applicazione delle disposizioni dell'art. 90, cit., viene demandato dallo stesso articolo (33) alla Commissione Ce (34), la quale opera, nei casi particolari, un bilancia-

(30) Cf. J. DE SOTO, *La nozione di interesse della Comunità*, in *Riv. dir. industriale*, 1963, 166, ritiene che tale articolo contenga una disposizione di natura politica. R. VANDER ELIS, G. SALMOND, *La nozione di « interesse della Comunità » ai sensi dell'art. 90 del Trattato di Roma*, ivi, 182; G. RASQUIN, *La nozione di interesse della Comunità*, ivi, 190; A. FRIGNANI - M. WALLBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CEE*, III ed., Napoli 1983, 128; R. FRANCSCHILLI, *La nozione di servizio d'interesse economico generale di cui al § 2 dell'art. 90 del Trattato istitutivo del mercato comune europeo*, in *Riv. dir. industriale*, 1963, 84; le competenze comunitarie vengono estese attraverso l'accoglimento del *principio di sussidiarietà*, che prevede l'intervento comunitario ogni volta che questo consenta una migliore realizzazione degli obiettivi prefissati, favorendo così un'ampia integrazione fra ordinamenti (art. 3 B. del Trattato).

(31) M.P. CIMITI, *Il Trattato sull'Unione europea*, cit., 359, afferma l'esistenza di un « caratteristico dualismo tra interessi comunitari e interessi degli Stati ».

(32) Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 19 marzo 1991, causa 202/88, *Francia c. Commissione Ce*, in *Raccolta* 1988, 1259, pto 12; Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 14 luglio 1971, causa 10/71, *Hein*, in *Raccolta* 1971, 723 e s.

(33) (Art. 90 n. 3 del Trattato) « La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive e decisioni ».

(34) La Commissione Ce è considerata: la « custode » dei trattati, l'organo esecutivo delle Comunità, e la « promotrice » delle politiche comunitarie, ed è dotata di poteri di controllo, normativi, di decisione, di raccomandazione, di gestione, di negoziazione (artt. 155 e s. del Trattato), per riferimenti cfr. T. BALLARINO, *Lineamenti di diritto comunitario*, IV ed.,

mento (35) tra i contrapposti interessi (comunitario e nazionale) emanando una decisione che autorizza ovvero nega la possibilità di applicare la deroga (36). Alla Commissione Ce è attribuito altresì il potere di precisare mediante direttive (37) generali e astratte, gli obblighi degli Stati posti dal Trattato per le imprese pubbliche, titolari di diritti speciali o esclusivi e incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale, integrando così la disciplina giuridica in materia ed elevando l'art. 90, cit. a norma principio.

Nella locuzione « servizi di interesse economico generale » di cui all'art. 90, n. 2, la qualificazione « economico » delimita l'ambito di applicazione della norma alle attività di impresa, economicamente rilevanti, che sono di interesse per il Trattato (artt. 58, 66, 85, 86 e 90) (38), indipendentemente dai fini culturali, amministrativi, sociali, sanitari che tali attività possono perseguire. Ta-

Padova, 1993, 60 e s.; G. DELLA CANANEA, *Il ruolo della Commissione nell'attuazione del diritto comunitario: il controllo sugli aiuti statali alle imprese*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1993, 398.

(35) Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 12 febbraio 1992, cause 48/90 e 66/90, *Regno dei Paesi Bassi e PTT c. Commissione Ce*, in *Raccolta*, 1992, 565, spec. pto 27, 28, ove si afferma altresì il potere della Commissione di accertare che un determinato provvedimento statale è incompatibile con le norme del Trattato e di indicare come lo Stato destinatario della decisione debba conformarsi agli obblighi derivanti dal Trattato.

(36) Per un esempio si veda la decisione della Commissione Ce 20 dicembre 1989/90 *lo CFI, relativa alla prestazione del servizio di corriere accelerato nei Paesi Bassi*, in *G. U. C. E.*, 12 gennaio 1990, n. L 10/47.

(37) Si ritiene, benché sia stato contestato, che le direttive della Commissione abbiano la stessa natura giuridica di quelle del Consiglio in quanto atti normativi, generali e astratti: Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 6 luglio 1982, cause riunite 188-190/80, *Francia, Italia e Regno Unito c. Commissione Ce*, in *Raccolta*, 1982, 2545, 2579, che respinge i ricorsi volti ad ottenere l'annullamento della direttiva della Commissione n. 80/723, sulla trasparenza dei rapporti finanziari tra i pubblici poteri e le imprese pubbliche, adottata sulla base dell'art. 90, n. 3 del Trattato. Tale decisione ha infatti affermato che la Commissione ha il potere di adottare direttive generali, benché solamente allo scopo di prescrivere l'applicazione delle regole di concorrenza. Conforme: Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 19 marzo 1991, causa 202/88, *Repubblica francese c. Commissione Ce*, cit., 1259; e da ult. Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 12 febbraio 1992, cause 48/90 e 66/90, cit., spec. pto 26, che annulla una decisione della Commissione Ce, ex art. 90, n. 3, non adottata seguendo una corretta procedura.

(38) A. FRIGNANI - M. WALBROECK, *La disciplina della concorrenza*, cit. 130; P. ORIANNE, *La nozione di servizio d'interesse economico generale secondo l'art. 90 del Trattato istitutivo del mercato comune europeo*, in *Riv. dir. industriale*, 1963, 146, ritiene l'aggettivo « economico » pleonastico; A. PAPPALARDO, *Commento all'art. 90*, cit., 693; R. FRANCESCHELLI, *La nozione di servizio d'interesse economico generale*, cit., 93.

lora infatti si giustifica la deroga alle norme sulla concorrenza a favore dei « servizi di interesse economico generale » proprio per ragioni di pubblico interesse, di natura non economica, che il singolo Stato membro, attraverso quell'attività, persegue (39). Restano pertanto esclusi dalla disciplina dell'art. 90, n. 2, solamente i servizi erogati da enti che secondo le discipline degli ordinamenti nazionali, esercitano attività economicamente non rilevanti (40). La « generalità » dell'interesse che può consentire la deroga in questione, si riferisce invece agli interessi perseguiti dagli ordinamenti nazionali, ma può anche riguardare gruppi limitati di persone ovvero ambiti territoriali determinati (41).

L'ordinamento comunitario ha introdotto l'enunciato « servizi d'interesse economico generale » senza una precisa corrispondenza con nozioni conosciute negli ordinamenti nazionali, evitando di subordinare l'applicazione della disciplina alle diverse definizioni nazionali di servizio pubblico (42). La nozione introdotta nell'art. 90,

(39) Così Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 30 aprile 1974, causa 155/73, *Sacchi*, in *Raccolta* 1974, 409, spec. pto 14, precisa che « ai sensi del tratto nulla osta a che gli Stati membri per considerazioni di interesse pubblico, di carattere extra-economico, sottraggano le trasmissioni radiotelevisive, comprese quelle via cavo, al gioco della concorrenza, attribuendo il diritto esclusivo di effettuare tali trasmissioni ad uno o più enti determinati ».

(40) F. CAPOTORTI, *Commento all'art. 58*, in *Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, cit., 452, ritiene esclusa ogni tipo di associazione con finalità non economiche; R. CAPOTORTI, *La libera circolazione dei servizi*, in *Manuale di diritto comunitario*, Torino 1984, vol. 2, 172, il quale diversamente ritiene che « sull'assenza dello scopo di lucro, più che sulla natura pubblica (del resto prevista dall'art. 58) dell'impresa fomittice, può dunque basarsi una esclusione della categoria dei servizi pubblici dal regime comunitario ». Cfr. da ult. Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 17 febbraio 1993, causa 159-160/91, *Poucet*, ancora ined.

(41) PAPPALARDO, *Commento all'art. 90*, cit., 693, ritiene che possa essere considerato servizio d'interesse generale quello rivolto alla popolazione di un gruppo limitato come ad esempio in ambito comunale.

(42) Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 14 luglio 1971, causa 10/71, *Heim*, cit., spec. 738. Cfr. A. PAPPALARDO, *Commento all'art. 90*, cit., 693. R. DRAGO, *La nozione di servizio d'interesse economico generale secondo l'art. 90 del Trattato istitutivo del mercato comune europeo*, in *Riv. dir. industriale*, 1963, 126, il quale ricorda che la giurisprudenza francese definisce il servizio pubblico come attività d'interesse generale compiuta da una persona giuridica, pubblica o privata, sotto il controllo dell'autorità pubblica. Una definizione così ampia pare avvicinarsi a quella di servizio d'interesse generale data dall'art. 90 del Trattato, inoltre nel diritto francese è frequente l'espressione « servizio di interesse industriale e commerciale » gestito da una collettività pubblica o sotto il suo controllo che interviene in campo economico ed è gestito alle stesse condizioni dell'impresa privata; cfr. da ult.

n. 2, cit., va dunque considerata nozione propria del diritto comunitario (43), benché originariamente possa aver tratto spunto dalle elaborazioni nazionali (44). La necessità di individuare un significato della nozione comunitaria (45) ha indotto a specificare alcuni criteri per accertare se l'attività sia di « interesse generale », quali ad esempio l'imposizione di obblighi che l'impresa non può modificare unilateralmente, l'importanza del servizio che dovrebbe comunque essere reso dallo Stato, il mantenimento di poteri di controllo sull'attività da parte di autorità pubbliche (46).

La giurisprudenza della Corte di giustizia riconosce agli Stati membri la possibilità di stabilire se una particolare attività sia di interesse economico generale e di definire gli obiettivi (« missioni ») di pubblico interesse delle imprese attraverso valutazioni che sono proprie dei singoli Stati membri, che ne sono responsabili ed hanno interesse a difenderle (47). Più precisamente si è sostenuto

A.S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, Parigi, 1991, *passim*; A.A. V.V., *La concession de service public face au droit communautaire*, Parigi, 1992; P. ARNAULT, *La privatisation des services publics locaux*, Parigi, 1991.

(43) B. DELVAUX, G. FABER, *La nozione di « servizio d'interesse economico generale »*, in *Riv. dir. industriale*, 1963, 157 e s., i quali rifiutano di darle una definizione statica, in quanto si tratta di nozione generica. A. FRIGNANI - M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CEE*, cit., 131, ritengono che la sfera massima di estensione della citata nozione deve essere tracciata dal diritto comunitario.

(44) Sostiene che la nozione comunitaria costituisca il comune denominatore di quelle nazionali, R. DRAGO, *La nozione di servizio d'interesse economico generale secondo l'art. 90 del Trattato istitutivo del mercato comune europeo*, in *Riv. dir. industriale*, 1963, 126.

(45) Ritiene che si debba raggiungere una nozione « convenzionale » (cioè basata sul Trattato), che prevarrà su altre nozioni eventualmente divergenti R. FRANCESCHELLI, *La nozione di servizio d'interesse economico generale ...*, cit., 84, 85; PAPPALARDO, *Commento all'art. 90*, cit., 692, ricorda che il pericolo di una difformità di applicazione fra gli stati membri dell'art. 90, n. 2, dovrebbe essere superata attraverso il ravvicinamento delle legislazioni in base agli artt. 100 e 103 del Trattato.

(46) A.C. PAGE, *Member States, Public Undertakings and Article 90*, in *E. L. R.*, 1982, 28; B. DELVAUX, G. FABER, *La nozione di « servizio d'interesse economico generale »*, in *Riv. dir. industriale*, 1963, 158, ritengono che si debba così giungere ad un inventario dei servizi.

(47) Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 20 marzo 1985, causa 41/83, *Repubblica italiana c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta* 1985, 873 e spec. pto 29, 888. L'onere della prova dell'impossibilità di adempiere alla funzione assegnata, spetta allo Stato membro che invoca l'applicazione dell'art. 90 n. 2, così nelle conclusioni dell'avv. gen. Rozès in Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 7 giugno 1983, causa 78/82, *Commissione Ce c. Repubblica italiana*, in *Rassegna* 1983, 1988. Sottolinea la necessità che sia lo stato membro a provare l'impossibilità del perseguimento della specifica missione

che spetti al giudice nazionale accertare se gli organi competenti dello Stato membro abbiano inteso di fatto affidare ad un'impresa che invoca una deroga alle norme del Trattato, il compito di gestire servizi d'interesse economico generale (48), escludendo però che possa pronunciarsi sulla compatibilità della deroga con gli interessi (obbiettivi) della Comunità (49). Alla Corte di giustizia è invece attribuito il potere di dichiarare se l'attività d'impresa possa considerarsi « servizio d'interesse economico generale » e se il principio di proporzionalità giustifichi una deroga alla normativa comunitaria (50). Inoltre l'art. 90, n. 2, pare rivolgersi direttamente (51) agli imprenditori la cui attività sia organizzata dagli Stati membri in modo tale da poter essere considerata come « servizio d'interesse economico generale », prevedendo la loro tendenziale sottoposizione alle norme sulla concorrenza. Gli Stati membri ne sarebbero dunque solo destinatari mediati, senonché sono proprio questi ad influenzare in vario grado le imprese che si occupano di attività di

qualora venissero applicate le norme del trattato, la decisione della Commissione Cee del 1 agosto 1990, 90/456, relativa alla prestazione del servizio di corriere rapido in Spagna, in *GUCE* 28 agosto 1990, n. L 233/19, pto 13; l'art. 90 n. 2 rientra fra le norme del Trattato la cui violazione può essere invocata da ogni Stato membro a sostegno di un ricorso d'annullamento, così Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 20 marzo 1985, causa 41/83, cit., pto 30, 888.

(48) Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 27 marzo 1974, causa 127/73, *Belgische Radio en Televisie Sociëteitbelge des auteurs c. SV SABAM e NV Fonior*, in *Raccolta* 1974, 313; Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 11 aprile 1989, causa 66/86, *Ahmed Sued Flugreisen e a. c. Zentrale*, in *Raccolta* 1989, 803; Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 18 giugno 1991, causa 260/89, *ERT*, cit.

(49) Così, L. e J. VOGEL, *Le droit européen des affaires*, Paris, 1992, 119; D. WYATT, A. DASHWOOD, *European Community Law*, III ed., London, 1993, 566.

(50) Così Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 2 marzo 1983, causa 7/82, *GVI c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta* 1983, 483, 504, esclude che una società tedesca per la tutela dei diritti d'autore rientri fra le imprese di cui all'art. 90 n. 2, del trattato; Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 20 marzo 1985, causa 41/83, cit., 873, sostiene che l'autorità comunitaria debba in ciascun caso accertare che il comportamento dell'operatore pubblico non conforme al Trattato gli sia imposto dalle esigenze della sua « missione »; cfr. M. BASEX, *L'entreprise publique et le droit européen*, in *Rev. Droit Affaires Int.*, 1991, 468.

(51) Così nelle conclusioni di J.L. DA CRUZ VILLAÇA, in Corte di Giustizia delle Comunità europee, 4 maggio 1988, causa 30/87, *Bodson c. SA Pompes funèbres des régions libérées*, in *Raccolta*, 1988, 2479, 2505; M. VAN DER WOUDE, *Article 90. « At the crossroads of competition and sovereignty »*, in *ibid.*, 3; R. FRANCESCHELLI, *La nozione di servizio d'interesse economico generale*, cit., 82 e s.

rilievo pubblico ed a conformarle mediante il particolare legame instaurato attraverso l'incarico.

La Corte di giustizia ha affermato che l'art. 90, n. 2, di per sé non attribuisce diritti tutelabili avanti ai giudici nazionali, in quanto « la sua applicazione implica la valutazione delle esigenze inerenti sia all'adempimento dello specifico compito affidato alle imprese di cui trattasi, sia all'interesse della Comunità » (52). Siffatta valutazione dipenderebbe « dagli obbiettivi di politica economica generale perseguiti dagli Stati, sotto il controllo della Commissione » (53). Tuttavia alcune decisioni (54) della Corte hanno riconosciuto al giudice nazionale il compito di accertare direttamente se l'incarico di svolgere determinate attività abbia determinato un abuso di posizione dominante da parte dell'impresa, in contrasto con l'art. 86 del Trattato e se questo sia giustificato dal perseguimento della « missione » affidata (55). Si è ritenuto infatti che le norme del Trattato direttamente efficaci conservino tale caratteri-

(52) Così Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 14 luglio 1971, causa 10/71, *Hein*, cit., 723; Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 10 marzo 1983, causa 172/82, *Syndicat national des fabricants raffineurs d'huile de grassage e. « Inter-Huiles »*, in *Raccolta* 1983, 555.

(53) Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 14 luglio 1971, causa 10/71, cit., 723; Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 30 aprile 1986, *Pubblico ministero e. Asjes e altri*, cause riunite da 209 a 213/84, in *Raccolta* 1986, 1445.

(54) Cfr. Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 30 aprile 1974, causa 155/73, *Sacchi*, cit., 409, 430, pto 18, in cui si afferma che anche nell'ambito dell'art. 90 i divieti sanciti dall'art. 86 hanno efficacia diretta ed attribuiscono ai singoli dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare; in senso conforme Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 10 dicembre 1991, causa 179/90, (*Merci*), in *Foro it.* 1992, IV, 225, pto 27; Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 11 aprile 1989, causa 66/86, *Ahmed Saoud Flugreisen e a. e. Centrale*, cit., 803, pto 57.

(55) Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 18 giugno 1991, causa 260/89, (*ERT*), cit., 2925, la sentenza al punto 34 stabilisce che « spetta al giudice nazionale valutare la compatibilità delle pratiche di una impresa » incaricata di un servizio di interesse economico generale « con l'art. 86 e verificare se dette pratiche, qualora fossero in contrasto con detta disposizione, possano essere giustificate dalle esigenze derivanti dall'adempimento della specifica missione eventualmente affidata all'impresa », al punto 38 stabilisce inoltre che l'art. 90 n. 1, osta alla concessione di un diritto esclusivo di diffusione e di un diritto esclusivo di ritrasmissioni ad una sola impresa, qualora l'impresa sia indotta a violare l'art. 86, con un politica di emissione discriminatoria in favore dei propri programmi, salvo che l'applicazione di tale norma impedisca l'adempimento della missione affidata. Cfr. anche Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 27 marzo 1974, causa 127/73, (*BRT*), cit., 313.

stica anche nell'ambito dell'art. 90 (56). L'applicazione di questa deroga non viene dunque lasciata alla discrezionalità dello Stato membro che sostenga di aver affidato ad un determinato organismo la gestione di un servizio di interesse economico generale (57), dal momento che la Commissione Cee, ed in sede giurisdizionale la Corte di giustizia, dispongono del potere di verificare le caratteristiche di tali attività ed in particolare l'influenza che possono avere sulla liberalizzazione dei mercati europei. Inoltre, in quanto norma in deroga si è ritenuto che l'art. 90 n. 2 debba ricevere interpretazioni restrittive (58) ritenendola applicabile solo ove si dimostri che i particolari compiti affidati all'impresa siano, non solo intralciati, bensì impediti (59), poiché la deroga opera solo nel caso in cui le

(56) Così: Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 11 aprile 1989, causa 66/86, *Ahmed Saïed Elguisen e a. c. Zentrale*, in *Raccolta* 1989, 803, pto 55-58.

(57) Cfr. Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 20 marzo 1985, causa 41/83, cit., 873; Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 10 dicembre 1991, causa C-179/90, *Soc. Mercè convenzionali porto di Genova c. Soc. siderurgica Gabrielli*, cit., 225, in cui si è stabilito che un'impresa o compagnia portuale con diritto esclusivo di esercizio delle operazioni portuali (art. 110 c. nav.) non può essere considerata incaricata della gestione di servizi d'interesse economico generale ai sensi dell'art. 90 n.2 del Trattato. L'autorità garante della concorrenza e del mercato, istituita con la l. 287/90 aveva invece in precedenza affermato la legittimità del monopolio. Cfr. la nota di C. BRUSCO, *Imprese e compagnie portuali alla luce delle norme comunitarie*, in *Foro it.*, 1992, IV, 226, e di F. MACARIO, *Autoproduzione di servizi e tramonto dei monopoli tra normativa comunitaria e disciplina « anti-trust »: la vicenda delle compagnie portuali*, in *Foro it.*, 1992, IV, 229. Da ult. M. CIARICI, *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, 77.

(58) Così in Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 21 marzo 1972, causa 82/71, *Pubblico ministero della Repubblica italiana c. Società agricola industria latte*, in *Raccolta* 1972, 133; Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 27 marzo 1974, causa 127/73, cit., 313.

(59) Cfr. Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 20 marzo 1985, causa 41/83, cit., pto 33, dove si afferma che la Repubblica italiana non ha provato in alcun modo che la sottoposizione del comportamento della British Telecommunications al Trattato comprometta, dal punto di vista economico, l'assolvimento del suo compito particolare. Cfr. il Libro Verde della Commissione sulle telecomunicazioni, Com. (87) 290, del 30 giugno 1987, in cui si valuta l'applicazione dell'art. 90 n. 2 in ragione della possibilità di adempiere ai compiti di pubblico servizio. Viene così individuato, nelle telecomunicazioni un settore di servizi riservato ed un settore in regime di concorrenza in riferimento al quale è contrastato l'esercizio di diritti esclusivi. A. FRIGNANI - M. WAELBROECK, *La disciplina della concorrenza nella CEE*, III ed., Napoli, 1983, 128. Cfr. Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 7 giugno 1983, causa 78/82, *Commissione Ce c. Repubblica italiana*, in *Rassegna* 1983, 1988. Cfr. L. HANCUER, *L'elettricità come servizio pubblico nel contesto del diritto europeo*, in *Quaderni della Rass. giur. en. el.*, *Energia e servizio pubblico*, Milano, 1989, 187, la quale precisa che l'esenzione ex art. 90 n. 2 può applicarsi, ad esempio, solo alle imprese di distri-

imprese non dispongano di altro mezzo tecnicamente possibile ed economicamente realizzabile per svolgere il loro compito (60). Può dunque ritenersi ingiustificata (violazione di legge) la deroga al Trattato qualora si dimostri che un differente programma di erogazione del servizio pubblico potrebbe comunque garantire l'adempimento della « specifica missione » in regime di concorrenza e nell'osservanza delle norme del Trattato.

Le disposizioni esaminate pongono in rilievo l'esigenza di individuare le caratteristiche del servizio pubblico che l'amministrazione intende erogare agli utenti, correlativamente agli strumenti più idonei a garantirlo, per verificare infine se possa essere affidato a più operatori ovvero sussista la necessità di sottrarlo alla normativa comunitaria. In conseguenza dello sviluppo tecnologico e dell'interpretazione restrittiva delle disposizioni citate, i « servizi di interesse economico generale » che giustificano la deroga alla disciplina comunitaria ed in particolare alla concorrenza si vanno riducendo, mentre aumentano i casi di servizi pubblici erogati da più operatori sotto il controllo di autorità pubbliche. Solo facendo riferimento a questo nucleo di servizi necessariamente sottratti alla disciplina del Trattato è possibile ritenere che l'ordinamento comunitario fornisca una nozione residuale di servizio pubblico, nel senso di mercato che non può essere liberalizzato. Infatti una diversa interpretazione dell'art. 90, n. 2 cit., può evidenziare non tanto l'introduzione di una deroga al Trattato, quanto piuttosto il riconoscimento in sede

buzione e trasmissione e non a quelle di produzione di energia elettrica; in tema si veda: A. LELLI, *Riserva d'impresa e diritto comunitario. I monopoli elettrici*, in *Riv. trim. dir. pub.* 1993, 90.

(60) Così si esprime la Commissione in Corte di Giustizia delle Comunità europee, 4 maggio 1988, causa 30/78, cit., 2488. In tema si veda Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 21 marzo 1972, causa 82/71, cit., 146 e Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 30 aprile 1974, causa 155/73, *Sacchi*, in *Raccolta* 1974, 409, spec. pto 15, in cui si ritiene che si debba dimostrare, con « un'indagine molto accurata » che l'assolvimento dei compiti da parte delle imprese interessate sia pregiudicato dall'osservanza delle disposizioni del Trattato, e che anche gli enti che ricadono nell'art. 90, n. 2 sono soggetti alle norme sulla concorrenza « finché non sia provato che ciò è incompatibile con lo svolgimento dei compiti affidati agli enti stessi ». Si sostiene che prima di poter far valere una deroga al trattato sarebbe necessario ad esempio espletare la procedura per le esenzioni dal divieto di accordi fra imprese, prevista all'art. 85 n. 3, ricorrendo all'art. 90 n. 2 solamente quando nessun'altra procedura prevista dal Trattato abbia risolto il conflitto di interessi, nelle conclusioni dell'avv. gen. Lenz in Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 30 aprile 1986, *Pubblico ministero c. Asjes e altri*, cause riunite da 209 a 213/84, in *Raccolta* 1986, 1445.

comunitaria dell'esistenza di « specifiche missioni » che giustifichino una disciplina particolare (61) in applicazione del principio di eguaglianza come coerenza e congruità a situazioni determinate. Vi sono infatti esigenze che il mercato non riesce a soddisfare perché non sono redditizie o perché esigono investimenti a lungo termine o perché richiedono una particolare attenzione all'equità sociale. Non bisogna peraltro dimenticare che il Trattato Cee considera la politica di concorrenza non come fine, ma semplicemente come uno fra gli strumenti utili per attuare l'obiettivo dell'integrazione europea (art. 3, lett. g, del Trattato).

4. L'art. 90, n. 1 del Trattato enuncia una regola generale (62) che sottopone alla disciplina comunitaria imprese pubbliche e imprese titolari di diritti speciali o esclusivi (63), indipendentemente dall'attività da esse svolta. Nel vietare l'emanaione e il mantenimento a loro favore di misure contrarie al Trattato esso si pone come specificazione dell'art. 5, n. 2 del Trattato che impone agli Stati membri di astenersi da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del Trattato.

Ad ogni impresa pubblica (64) si applica la medesima disciplina

(61) Così M. CAMMELLI, *Comunità europea e servizi pubblici*, relazione svolta al Corso di diritto Amministrativo comunitario, tenuto a Bologna il 16 aprile 1993.

(62) (Art. 90 n. 1, del Trattato) « 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 quelle contemplate dagli articoli 7 e da 85 e 94 inclusi ».

(63) L.M. PAIS ANTUNES, *L'article 90 du Traité CEE*, in *Rev. trim. droit européen*, 1991, 191 e s., il quale precisa che la differenza fra diritti speciali ed esclusivi sarebbe piuttosto di natura quantitativa che qualitativa; E.J. DOMMLING, *Art. 90 of the EC Treaty and the telecommunications, broadcasting and postal services sectors*, in corso di pubblicazione, 19, ritiene che i diritti speciali abbiano una natura più economica rispetto ai diritti esclusivi, essi sarebbero strumenti dello stato per regolare l'accesso a mercati imperfetti attraverso limitazioni del numero dei soggetti presenti sul mercato. Un esempio sarebbe il caso del mercato dei telefoni mobili digitali per i quali gli Stati membri hanno assentito un numero limitato (due) di licenze.

(64) Art. 90 n. 1 e 222 del Trattato, cfr. M. CARABBA, voce *Impresa pubblica*, in *Dig. Disc. pubbl.*, vol. VIII, Torino, 1991, 177; E. CANNADA BARIOLI, *Nozione di impresa pubblica ai sensi dell'art. 90 del Trattato istitutivo del Mercato comune europeo*, in *Riv. dir. industr.*, 1963, I, 37; A.G. DELION, *La nozione di impresa pubblica ai sensi dell'art. 90 del Trattato istitutivo del mercato comune europeo*, in *Riv. dir. industriale*, 1963, 39. La mancanza di collegamento tra servizio erogato e natura del soggetto, non implica l'adesione in ambito comunitario ad una concezione oggettiva del servizio pubblico, nei limiti in cui tale categoria

della concorrenza (art. 90, n. 1) e degli aiuti (art. 92) (65), valida per l'impresa privata. Neppure a favore delle imprese titolari di diritti speciali o esclusivi è prevista alcuna deroga alla normativa comunitaria, benché già il riconoscimento della possibilità degli Stati di attribuire tali diritti consenta di porre le imprese beneficiarie in una posizione peculiare sul mercato. I diritti speciali o esclusivi vengono infatti attribuiti mediante « qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa » che riservi ad uno o più enti l'esercizio di un'attività (66). Nel settore dei servizi pubblici tale riserva può determinare la creazione a favore dell'imprenditore pubblico o privato che ne è destinatario, di una posizione dominante sul corrispondente mercato, che al pari di quelle conseguite autonomamente dai privati, non è vietata dal diritto comunitario fintanto che non venga sfruttata abusivamente (67), sempreché si estenda su di una parte sostanziale del mercato interno.

può rientrare nei servizi d'interesse economico generale. Infatti se il riferimento soggettivo è aperto è comunque presente un atto di incasero, una disciplina pubblica, un penetrante controllo, dunque un'accentuata conformazione pubblica dell'attività.

(65) La Corte di giustizia, sentenza 27 marzo 1980, causa 61/79, *Denkavit e. Amministrazione finanziaria dello Stato* in *Raccolta*, 1980, 1228, ha definito l'art. 92 del Trattato, concernente gli aiuti, come disposizione che si « riferisce alla decisione unilaterale e autonoma degli Stati membri, presa per il perseguimento di finalità economiche e sociali loro proprie, di fornire risorse alle imprese o ad altri soggetti dell'ordinamento, o di procurare loro vantaggi destinati a favorire la realizzazione delle finalità economiche o sociali perseguite »; ancora Corte di giustizia, sentenza 31 gennaio 1985, causa 290/83, *Commissione Cee e. Repubblica francese* in *Raccolta*, 1985, 439, ha statuito che l'art. 92 consente di valutare la compatibilità con il mercato comune di ogni provvedimento statale che abbia l'effetto di attribuire una sovvenzione sotto qualsiasi forma. Sui poteri della Commissione e del Consiglio Cee, di cui all'art. 93 del Trattato, per quanto riguarda gli aiuti, cfr. da ult. J.A. WISNER, *Supervision on State aid: article 93 in the Court of justice*, in *C.M.L.R.*, 1993, 31; EHLERMAN, *Imprese pubbliche e controllo degli aiuti di stato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 413; DONY-BARTHOTOME, *Gli aiuti pubblici alle imprese nel quadro della normativa europea sulla concorrenza*, in *Probl. amm. pubbl.*, 1992, 619; E. MOVERO MIANESI, *Partecipazione dello stato nelle imprese e disciplina comunitaria degli aiuti*, in *Riv. dir. europ.*, 1990, 515; E.M. APPIASO, *Aiuti di stato alle imprese pubbliche e privatizzazioni nel diritto comunitario della concorrenza*, in *Dir. comunit. e scambi int.*, 1994, fasc. 3; E. CROCI, G. PERICU, voce *Sovvenzioni (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, vol. XI.III, 253, dove si afferma che l'alterazione del mercato determinata dagli aiuti pubblici può produrre i medesimi effetti di una riserva legale.

(66) Così ad es. Direttiva (CEE) n. 93/38 del 14 giugno 1993, in *G.U.C.E. L. 199 del 9 agosto 1993*, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, art. 2, n. 3.

(67) Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 3 ottobre 1985, causa 311/84, *CBEM e. CLT e IPB*, in *Raccolta*, 1985, 3275.

Attraverso la concessione di questi diritti l'autorità pubblica ottiene di poter coordinare e conformare nell'interesse pubblico (funzionalizzare) l'attività di erogazione di determinati servizi pubblici, dando rilievo così ad interessi generali di natura non economica (68).

La deroga introdotta dall'art. 90, n. 2 del Trattato (69), si giusti-

(68) Rilevante appare anche la disciplina dei servizi pubblici nel settore delle telecomunicazioni disciplinata dalla Direttiva del Consiglio, 28 giugno 1990, 90/387/CEE, *sull'istituzione del mercato interno per i servizi delle telecomunicazioni mediante la realizzazione della fornitura di una rete aperta di telecomunicazioni (Open Network Provision — ONP)*. Essa definisce i « servizi pubblici di telecomunicazioni » come servizi di telecomunicazione, rivolti al pubblico, che consistono essenzialmente nella trasmissione e instradamento di segnali su una rete di telecomunicazione affidati dagli Stati membri soprattutto ad enti pubblici o privati ai quali vengano concessi « diritti speciali o esclusivi ». Questi vengono definiti, similmente a quanto già indicato per altri settori, come i « diritti concessi da uno Stato membro o da un'autorità pubblica ad uno o più organismi pubblici o privati mediante ogni strumento legislativo regolamentare o amministrativo che riservi loro la fornitura di un servizio o la gestione di una determinata attività » (art. 2 n. 2). I criteri di delega per l'attuazione della direttiva 90/387/CEE sono contenuti nella L. 19 febbraio 1992, n. 142, *Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee (legge comunitaria per il 1991)* all'art. 69, dove è prevista alla lett. a) la necessità di stabilire i principi fondamentali di obiettività, trasparenza e garanzia di accesso senza discriminazioni alle reti pubbliche ed ai servizi pubblici di telecomunicazione. Si può ricordare inoltre la Proposta di direttiva presentata dalla Commissione il 9 novembre 1990, sulla responsabilità del prestatore di servizi, (91/C 1241), in *G.U.C.E.* 18 gennaio 1991, N. C 12/8, la quale all'art. 2 definisce come servizio « ogni prestazione eseguita a titolo professionale o di servizio pubblico e in modo indipendente, a titolo oneroso o gratuito, e il cui oggetto diretto ed esclusivo non sia la fabbricazione di beni o il trasferimento di diritti reali o intellettuali ». (Attuata con decreto legislativo 9 febbraio 1993, n. 55, *Attuazione della direttiva 90/387/CEE concernente l'istituzione del mercato interno per i servizi delle telecomunicazioni mediante la realizzazione della fornitura di una rete aperta di telecomunicazioni*, in *G.U.* 9 marzo 1993, n. 56)

(69) Per completezza si veda altresì la L. 10 ottobre 1990, n. 287, *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*, in *G.U.* 13 ottobre 1990, n. 240, che disciplina residualmente i fenomeni che non rientrano nell'ambito di applicazione della normativa comunitaria (art. 1), ed all'art. 8 precisa che « le disposizioni contenute nei precedenti articoli si applicano sia alle imprese private che a quelle pubbliche o a prevalente partecipazione statale ». Inoltre al II comma si stabilisce che « le disposizioni di cui ai precedenti articoli non si applicano alle imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati ». Cf. R. ALFESSI G. OLIVIERI, *La disciplina della concorrenza e del mercato, Commento alla L. 10 ottobre 1990, n. 287 ed al Regolamento CEE n. 406/89 del 21 dicembre 1989*, Torino, 1991; M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., 77.

fica esclusivamente al fine di garantire il perseguimento degli specifici compiti affidati al gestore di un servizio di interesse economico generale, in ragione della peculiare attività svolta, indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto incaricato e dalla titolarità di diritti speciali o esclusivi (70). Nei limiti in cui viene ritenuta applicabile tale deroga consente comportamenti che sarebbero considerati di abuso della posizione dominante (71) in quanto può giustificare discriminazioni in base alla nazionalità, aiuti pubblici, accordi vietati, prezzi e condizioni discriminatorie, ed altre forme di limitazione della concorrenza e degli scambi.

La norma non definisce la natura giuridica degli enti « incaricati », non consentendo di chiarire la relazione che intercorre fra il primo ed il secondo comma dell'art. 90, cit. A tal fine pare opportuna l'analisi della nozione comunitaria di impresa pubblica con riferimento all'incarico per la gestione di un servizio di interesse economico generale ed alla titolarità di diritti speciali o esclusivi. Il tratto caratterizzante l'impresa pubblica (72) è stato individuato dalla normativa comunitaria nella dipendenza della stessa dallo Stato o da altri enti pubblici, i quali, avendone il controllo possono determinarne l'indirizzo economico, ed esercitare un'influenza dominante per ragioni di proprietà, di partecipazione finanziaria, oppure in conseguenza delle norme che la disciplinano. L'influenza dominante è presunta qualora i pubblici poteri, direttamente o indiretta-

(70) Cfr. R. FRANCESCHILLI, *La nozione di servizio d'interesse economico generale*, cit., 86, il quale ritiene il concetto di « impresa incaricata della gestione di servizi di interesse economico generale », richiamato nel n. 2 del citato art. 90, « più largo e più generale » di quello di « imprese pubbliche » e titolari di « diritti speciali o esclusivi », usato nel n. 1 dello stesso articolo, in quanto le « imprese incaricate » potrebbero non rientrare fra queste.

(71) In violazione degli artt. 6 (prima delle modifiche del Trattato sull'Unione europea art. 7), 30, 48, 52, 59, 85, 86 del Trattato.

(72) Gli autori del Trattato, verificata l'esistenza di concetti di « impresa pubblica » estremamente diversi nei vari Stati membri, si erano intenzionalmente astenuti dal darne una definizione, che si ritrova per la prima volta nell'art. 2 della Direttiva della Commissione del 25 giugno 1980, 80/723, *relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche*, in *G.U.C.E.* 29 luglio 1980, n. L 195/35, modificata dalla successiva Direttiva della Commissione del 24 luglio 1985, 85/413, in *G.U.C.E.* 28 agosto 1985, n. L 229/20, che estende il campo di applicazione della precedente direttiva anche alle imprese pubbliche che esercitano la loro attività nei settori dell'acqua e dell'energia, delle poste e telecomunicazioni, dei trasporti, ed in parte agli enti pubblici di credito. Cfr. PAPPALARDO, *Commento all'art. 90*, cit., 684; A. FRIGNANI - M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CEE*, III ed., Napoli, 1983, 123.

mente, detengano la maggioranza del capitale sottoscritto dall'impresa, dispongano della maggioranza dei voti in assemblea, ovvero possano nominare la maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa (art. 2 della citata direttiva Cee 80/723, cit.). Emerge così una nozione comunitaria estremamente ampia dell'attività economica da considerarsi impresa pubblica (73), caratterizzata dall'autonomia e dalla gestione unitaria, non rilevando il carattere formale del soggetto giuridico che la svolge (74).

(73) Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 6 luglio 1982, cause riunite 188-190/80, *Francia, Italia e Regno Unito c. Commissione Ce*, in *Raccolta*, 1982, 2545, 2579, che respinge i ricorsi volti ad ottenere l'annullamento della direttiva della Commissione n. 80/723, cit., adottata sulla base dell'art. 90, n. 3 del Trattato. Cfr. F. REVIGLIO, *L'atteggiamento della CEE sugli aiuti di stato alle imprese*, in *Dir. econ.*, 1991, 549 il quale vede in tale direttiva un primo segnale dell'ostilità all'impresa pubblica, in contraddizione con l'art. 222 del Trattato che sancisce la neutralità di esso rispetto al regime di proprietà delle imprese. D. SORACI, *L'ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1992, 369 e s.

(74) Cfr. Corte di giustizia, sentenza 23 aprile 1991, causa 41/90, *Hofner e Elser c. Macrotron GmbH*, in *Raccolta*, 1991, 1979 e ss., che ha considerato attività di impresa quella svolta da un ufficio di collocamento all'interno di una pubblica amministrazione ed anche Corte di giustizia, sentenza 16 giugno 1987, causa 118/85, *Commissione Ce c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 1987, 2622, pto 11, in cui si afferma, in riferimento all'Amministrazione Autonoma dei monopoli di Stato, che l'esistenza di una personalità giuridica distinta da quella dello Stato, attribuita dal diritto nazionale, è irrilevante quando si tratta di stabilire se un organo possa considerarsi un'impresa pubblica ai sensi della direttiva 80/723 cit. Cfr. R. FRANCESCHILLI, *La nozione di servizio d'interesse economico generale*, cit., 86, il quale precisa che possono essere considerate « impresa » anche delle sezioni rese autonome dall'amministrazione diretta dello stato o di un comune. Su altro versante, sulla base del principio dell'*effetto utile* si tende ad ampliare la nozione di « poteri pubblici » onde consentire di opporre le norme delle direttive idonee a produrre effetti diretti, in quanto incondizionate e sufficientemente precise, ad « un organismo che, indipendentemente dalla sua forma giuridica, sia stato incaricato, con un atto della pubblica autorità, di prestare sotto il controllo di quest'ultima, un servizio di interesse pubblico e che dispone a questo scopo di poteri che eccedono i limiti di quelli risultanti dalle norme che si applicano nei rapporti fra singoli », così Corte di giustizia, sentenza 12 luglio 1990, causa 188/89, *Foster c. British Gas plc*, in *Raccolta*, 1990, pto 20, 3349 e s., nei confronti della British Gas Corporation, (cui era attribuito il monopolio della distribuzione del gas in Gran Bretagna) ora privatizzata, in forza del Gas Act del 1986 e denominata British Gas plc, società di diritto inglese; dalle conclusioni dell'avv. gen. W. VAN GERVEN, emerge la possibilità di interpretare estensivamente la nozione di « stato » o « pubblica autorità » fino al punto di ricomprendersi un'impresa pubblica come la British Gas Corporation, nel caso in cui lo « stato » la possa influenzare, attraverso strumenti diversi dalla generale competenza legislativa, il comportamento dell'impresa stessa, in relazione alla materia della direttiva inattuata, in quanto tale influenza avrebbe potuto

L'influenza dominante può dunque essere determinata da vari elementi e può manifestarsi secondo differenti gradazioni (75) a seconda della forma in cui si esprime. In particolare si può ritenere che anche l'atto di « incarico » (76) volto a consentire lo svolgimento di un servizio di interesse economico generale instauri una relazione funzionale di influenza dominante. Il diritto comunitario lo identifica infatti con un atto formale (77), che può essere fondato su una previsione generale, posto in essere dall'autorità pubblica portatrice dell'interesse economico generale, la quale mantiene il controllo (78) sulle modalità di erogazione del servizio. È possibile inoltre che « l'incarico » rientri fra gli scopi istituzionali e statutari di un organismo pubblico (79), creato dallo Stato o da altro potere pubblico, per l'erogazione del servizio. Esso costituisce dunque il collegamento tra l'autorità che assume un servizio sul quale mantie-

concretizzarsi in istruzioni vincolanti volte ad orientare l'impresa all'osservanza dei principi della direttiva non ancora recepita nell'ordinamento interno. Il principio per cui lo « Stato » non può trarre vantaggio dalla propria inadempienza degli obblighi comunitari (Corte di giustizia, sentenza 26 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall e. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, in *Raccolta 1986*, 723) si estende così agli organismi che lo « stato » può in vario modo influenzare, dovendo utilizzare gli strumenti di cui dispone per imporre all'impresa il rispetto degli obblighi fondamentali della direttiva inattuata.

(75) Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 6 luglio 1982, cause riunite 188-190/80, *Francia, Italia e Regno Unito e. Commissione Ce*, cit., 2545. Cfr. M. CAMMILLI, *Comunità europea e servizi pubblici*, cit.; E. MOSVIERO MILANESI, *Partecipazione dello stato nelle imprese e disciplina comunitaria degli aiuti*, in *Riv. dir. europ.*, 1990, 546, afferma che l'influenza deve essere tale da determinare gli indirizzi e le strategie aziendali.

(76) L.M. PAIS ANTUNES, *L'article 90 du Traité CEE*, in *Rev. trim. droit européen*, 1991, 191 e s., il quale ritiene che l'« incarico » di cui all'art. 90, n. 2, implichi necessariamente l'attribuzione di privilegi se non addirittura un diritto in esclusiva, indipendentemente dal fatto che l'impresa sia gestita da un organismo pubblico o privato.

(77) Cfr. ad es. la Direttiva della Commissione, 88/301, del 16 maggio 1988, relativa alla concorrenza sui mercati dei terminali di telecomunicazioni, in *GUCE* del 27 maggio 1988, n. L 131/73. Cfr. altresì Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 14 luglio 1971, causa 10/71, *Helm*, cit., 723; cfr. M. BASIX, *L'entreprise publique et le droit européen*, in *Rev. Droit Affaires Int.*, 1991, 466; P. ORIANNE, *La nozione di servizio d'interesse economico generale*, cit. 442; M. CAMMILLI, *Comunità europea e servizi pubblici*, cit.; M.T. CIRISETI, *Le imprese pubbliche*, Milano, 1983, 327; J.L. DEWOST, *Service public et droit communautaire. Principes de base*, 10 del dattiloscritto, espressamente lo riconduce al contratto di concessione.

(78) R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, cit., 96 e s., spec. 107.

(79) Organismo pubblico che può essere costituito anche in forma privata. Cfr. R. FRANCESCHELLI, *La nozione di servizio d'interesse economico generale ...*, cit., 86.

ne il controllo e chi provvede all'erogazione dello stesso, sempre secondo modalità imposte anche nel corso del rapporto. Nel nostro ordinamento esso può esprimersi attraverso un atto di concessione, qualificatorio ed organizzatorio del servizio (80), che regoli specificamente, caso per caso, il rapporto. Si può inoltre ritenere che l'esistenza di un atto di incarico determini la sottrazione all'imprenditore dei fini (81) da perseguire mediante la sua attività in quanto siffatte determinazioni gli vengono imposte con il programma di erogazione del servizio al pubblico stabilito dall'amministrazione titolare del servizio. L'attività dell'imprenditore privato concessionario può dunque in questo senso essere considerata sottoposta a influenza dominante e quindi pubblica, benché conservi la propria autonomia organizzativa finalizzata alla migliore efficienza gestionale (82).

Una relazione funzionale di influenza dominante potrebbe riscontrarsi anche nei confronti delle già ricordate imprese cui gli Stati membri riconoscano, mediante disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, diritti speciali o esclusivi (83), che determinino una riserva di attività e qualora questa riguardi la gestione di un servizio pubblico presuppongono un incarico. Queste imprese, peraltro, vengono normalmente menzionate accanto alle imprese pubbliche come categoria differente, per la titolarità privata, ma in quanto condizionate dalle autorità pubbliche, sono sottoposte alla stessa disciplina (84).

(80) G. CAIA, *Diritto amministrativo*, vol. I, a cura di L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, Bologna, 1993, 754.

(81) U. POTOISCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova 1964, 424.

(82) G. PERICU, *Diritto amministrativo*, vol. II, cit., 1386.

(83) A. PAPPALARDO, *Commento all'art. 90*, cit., 684. *Contra* A. FRIGNANI - M. WALLBROOK, *Disciplina della concorrenza nella CEE*, cit., 124 e s., cui non pare necessario che esista un legame di dipendenza fra l'impresa titolare di diritti speciali o esclusivi e lo Stato, poiché ciò implicherebbe il carattere « pubblico » dell'impresa stessa. Ritengono altresì che il privilegio derivante dai diritti speciali o esclusivi corrisponda normalmente ad una situazione di monopolio derivante da un atto di diritto pubblico o di diritto privato o da un impegno dello Stato a riservare ad esempio certe ordinazioni ad una determinata impresa.

(84) Così la Direttiva (CEE) n. 93/38 del 14 giugno 1993, in *G.U.C.E.* L. 199 del 9 agosto 1993, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, all'art. 2 stabilisce che il suo ambito di applicazione si estende agli enti aggiudicatori che sono autorità pubbliche o imprese pubbliche che svolgono attività di cui al paragrafo 2, ovvero « non essendo autorità pubbliche o imprese pubbliche annoverano tra le

Dal momento però che i diritti speciali o esclusivi non sono riconducibili ad una categoria unitaria perché riassumono una nozione ampia che può riguardare diversi settori e attività oltre che rapporti tra privati, pare opportuno ricollegare l'influenza dominante all'atto di incarico per la gestione di un servizio di interesse economico generale anche qualora questo atto preveda l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi per l'erogazione del servizio. Talvolta peraltro può essere di rilievo per il diritto comunitario, esclusivamente la posizione di monopolio o di privilegio dell'impresa che eroga servizi pubblici, mentre l'incarico per la gestione in quanto non disciplinato da norme comunitarie resta in ombra. L'incarico per la gestione di servizi di interesse economico generale può quindi determinare anche l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi (85), come avviene nel caso di imprese concessionarie di servizio pubblico che dispongano di una riserva totale o parziale di attività (86). Tuttavia, come già accennato, anche qualora un soggetto privato, incaricato della gestione di servizi di interesse economico generale, non sia titolare di diritti speciali o esclusivi l'atto formale di incarico gli trasferisce una domanda di servizi che si rivolge all'amministrazione ed instaura una relazione funzionale di influenza dominante sull'attività del gestore che risulta dunque impresa oggettivamente pubblica (87), con la conseguenza di essere tenuta all'applicazione delle procedure concorsuali per l'affidamento di appalti a terzi (88). In base a questa interpretazione la norma in deroga, intro-

loro attività una o più attività tra quelle di cui al paragrafo 2 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente di uno Stato membro ».

(85) Cfr. ad es. la Direttiva della Commissione, SS/301, del 16 maggio 1988, *relativa alla concorrenza sui mercati dei terminali di telecomunicazioni*, cit., che al punto II della motivazione fa riferimento all'atto pubblico di incarico di un servizio di interesse economico generale, che può comportare anche la concessione di diritti speciali o esclusivi. A. PAPPALARDO, *Commento all'art. 90*, cit., 685. A. LELLI, *Riserva d'impresa ...*, cit., 90.

(86) Cfr. A.M. BALISTRERI, *Monopoli legali nei c.d. settori esclusi: rispetto delle prerogative degli stati membri o tutela effettiva della concorrenza*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1993, 482, il quale sottolinea « le (prevalenti) assonanze che nell'ordinamento italo-comunitario sono venute a crearsi tra la nozione di diritto speciale od esclusivo, di derivazione comunitaria e quella di concessione di pubblico servizio, di fonte interna ».

(87) R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, cit., 109; U. POLOTTI, *I pubblici servizi*, Padova 1964, 57, ricorda che taluna dottrina distingue in modo sempre più marcato il momento obbiettivo dell'impresa da quello soggettivo dell'imprenditore.

(88) Cfr. ad es. la l. 19 dicembre 1992, n. 489, *Disposizione in materia di attuazione di direttive comunitarie relative al mercato interno*, che all'art. 11 prevede l'applicabilità anche

dotta dall'art. 90, n. 2 del Trattato, può considerarsi speciale rispetto al n. 1 dello stesso articolo.

5. Occorre peraltro esaminare entro quali limiti sia consentito ai singoli Stati determinare, nel settore dei servizi pubblici, la chiusura dei mercati attraverso il mantenimento di riserve di attività a favore di talune imprese che essi possono in vario modo influenzare (89). Come osservato, questo fatto di per sé non determina alcun trattamento di favore (art. 90, n. 1), in quanto è vietato agli Stati indurre o favorire in qualunque modo comportamenti contrari alla normativa comunitaria (90). Può infatti essere denunciata la violazione, da parte di queste imprese, delle libertà affermate dal Trattato (91) e della disciplina della concorrenza.

In particolare l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi può determinare l'emersione di posizioni dominanti sul mercato corri-

agli « enti costituiti in forma di società per azioni di cui alla direttiva 90/531/CEE del consiglio del 17 settembre 1990 » (c.d. « settori esclusi »), che oltre agli enti pubblici privatizzati possono comprendere altresì concessionari privati, degli artt. 12 e 13 della L. 19 febbraio 1992, n. 142, *Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenza dell'Italia alle Comunità Europee (legge comunitaria per il 1991)*, dove in sintesi si prevede l'annullamento da parte del giudice amministrativo degli atti in violazione delle disposizioni comunitarie in materia di appalti cui può seguire il giudizio ordinario di condanna al risarcimento del danno.

(89) Il trattato non contempla alcuna deroga per le imprese pubbliche, cfr. Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 10 luglio 1986, causa 40/85, *Regno del Belgio c. Commissione*, in *Raccolta* 1986, 2328.

(90) Si veda la decisione della Commissione Cee del 22 giugno 1987, 87/359, *relativa alle riduzioni delle tariffe dei trasporti aerei e marittimi riservate esclusivamente ai residenti spagnoli nelle isole Canarie e Baleari*, in *G.U.C.E.* 15 luglio 1987 n. L 194/28.

(91) Ad es. la libera circolazione delle merci, Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 10 marzo 1983, causa 172/82, *Syndicat national des fabricants raffineurs d'huile de grasse e. « Inter-Huiles »*, in *Raccolta* 1983, spec. pto 15, 566; da ultimo Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 10 dicembre 1991, causa C-179/90, cit., la quale sancisce il contrasto con la normativa comunitaria (art. 90 n. 1, 30, 48 e 86 del Trattato) del conferimento ad un'impresa del diritto esclusivo di esercizio delle operazioni portuali e del fatto che le imponga di servirsi di una compagnia portuale composta esclusivamente di maestranze nazionali. Cfr. il decreto-legge 19 dicembre 1992, n. 484, *Disposizioni urgenti in materia di lavoro portuale*. Cfr. C. BRUSCO, *Imprese e compagnie portuali alla luce delle norme comunitarie*, cit. 226; A. PAPPALARDO, *La politica di « concorrenza »*, in *Manuale di diritto comunitario*, Vol. II, a cura di E. PENNACCHINI, R. MONACO, L. FERRARI BRAVO, S. PUGLISI, Torino, 1984, 436 e s.; A. PAPPALARDO, voce *Concorrenza, intese, concentrazioni, posizioni dominanti del diritto comunitario*, in *Dig. disc. priv. (sez. comm.)*, Vol. III, Torino, 1988, 372 e s.; cfr. altresì Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 3 ottobre 1985, causa 311/84, *CBEM e. CLT e IPB*, in *Raccolta*, 1985, 3261 e s., pto 17.

spondente, di rilievo per l'ordinamento comunitario qualora si tratti di una « parte sostanziale del mercato interno » (92). Infatti l'art. 86 del Trattato (93) sanziona i comportamenti di fatto tenuti dalle imprese, indipendentemente dai fattori che li hanno determinati, senza occuparsi direttamente dei diritti speciali o esclusivi attribuiti dagli stati. Inoltre anche se una sola impresa concessionaria di servizio pubblico in un ambito territoriale limitato non occupa di per sé, tale posizione, è possibile che si configuri una posizione dominante collettiva fra più imprese concessionarie le quali possono sfruttare abusivamente tale posizione (94).

Si è peraltro imposta un'interpretazione alquanto restrittiva della possibilità per i singoli Stati di consentire posizioni di monopolio attraverso l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi. Questo è infatti ritenuto possibile solo a condizione che già dalla semplice attribuzione di tali diritti non consegua necessariamente un abuso della posizione dominante in tal modo ottenuta (95). Dal combinato disposto degli artt. 86 e 90 del Trattato emerge così la possibilità di sanzionare « l'abuso automatico » della posizione dominante che inevitabilmente si verificherebbe con l'esercizio dei suddetti diritti (96). Ad esempio il soggetto che gestisce una rete pubblica tele-

(92) Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 10 dicembre 1991, causa 179/90, *Soc. Mercè convenzionali porto di Genova e. Soc. siderurgica Gabrielli*, cit., pto 14; Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 13 dicembre 1991, causa 18/88, *Régie des Télégraphes et des Téléphones (RTT) e. SA « GB-Inno-BM »*, in *Raccolta* 1992, 5941, pto 17.

(93) Stabilisce che « l'art. 90 n. 1 del trattato vieta alle pubbliche autorità di imporre alle imprese cui hanno attribuito diritti esclusivi, come il monopolio del servizio esterno di pompe funebri, dei prezzi che siano in contrasto con gli artt. 85 e 86 ». Corte di Giustizia delle Comunità europee, 4 maggio 1988, causa 30/87, *Bodson e. SA Pompes funebres des régions libérées*, in *Raccolta*, 1988, 2479, 2519; Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 30 aprile 1974, causa 155/73, *Sacchi*, in *Raccolta* 1974, 409; Comunicazione della Commissione Cee, *relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione nell'applicazione degli artt. 85 e 86 del trattato Cee* (93/C 39/05), in *G.U.C.E.*, 13 febbraio 1993, n. C 39/6 con nota di M. MIROLA, *La cooperazione tra giudici nazionali e commissione nell'applicazione delle norme comunitarie antitrust*, in *Foro it.*, 1993, IV, 418; A. FRIGIANI - M. WALLBRONCK, *Disciplina della concorrenza nella CEE*, cit., 99 e s.

(94) Corte di Giustizia delle Comunità europee, 4 maggio 1988, causa 30/87, cit., pto 35; e nelle conclusioni dell'avv. gen. M. DARMON, presentate l'8 febbraio 1993, nella C-393/92, *Commune d'Ahmed e a.e. NV Energiebedrijf IJsselmij*, ancora med.

(95) Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 19 marzo 1991, causa 202/88, *Repubblica francese e. Commissione Cee*, cit., 1259. Cfr. L.M. PAIS ANTONIS, *L'articolo 90...*, cit., 190.

(96) M. VAN DER WOUDE, *Article 90. « At the crossroads of competition and sovereignty »*, cit., 21.

fonica nazionale in esclusiva detiene una posizione dominante sul mercato, che si giustifica solo ove necessaria per l'erogazione di un servizio di interesse economico generale. Il fatto di estendere il monopolio senza obbiettiva giustificazione (in contrasto con l'art. 90, n. 1 del Trattato) a mercati collaterali, quale può essere quello degli apparecchi telefonici, attribuendogli la possibilità di stabilire le norme tecniche di definizione degli apparecchi che possono essere collegati alla rete e poteri di controllare il rispetto di tali norme, produce inevitabilmente un abuso della posizione dominante, falsando la concorrenza fra produttori di apparecchi telefonici con conseguente danno per i consumatori (in violazione dell'art. 86, lettera *a*) e *b*) del Trattato) (97).

La stessa tendenza si esprime nella valutazione dell'efficacia del monopolio: il titolare di diritti speciali o esclusivi deve essere efficiente quanto un'impresa che opera in regime di concorrenza, soddisfacendo interamente la domanda, imponendo prezzi equi, utilizzando le tecnologie più avanzate, in caso contrario la sua posizione viola l'art. 86, che si pone come regola fondamentale per valutare l'ammissibilità di diritti esclusivi (98). Non sempre la conseguenza sarà l'eliminazione della situazione di monopolio; talora potrà essere necessario fornire al monopolista gli strumenti necessari per migliorare le sue prestazioni. La volontà di ridimensionare le posizioni di monopolio non strettamente necessarie al perseguimento della missione di interesse economico generale affidata alle imprese, si esprime particolarmente nelle decisioni che escludono l'estensione di tale monopolio anche ad attività ausiliarie, nei limiti in cui i proventi ricavabili da tali attività non siano essenziali all'equilibrio finanziario dell'attività di base. Significativo in proposito il caso del servizio di corriere espresso in Belgio, che la Corte di giustizia non

(97) Esempio tratto da Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 13 dicembre 1991, causa 18/88, *Régie des Télégraphes et des Téléphones (RTT) c. SA « GB-Inno-BM »*, in *Raccolta* 1992, 5941; Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 3 ottobre 1985, causa 311/84, *CBEM c. CLT e IPB*, *cit.*, 3261.

(98) Il contrasto è stato infatti accertato in Corte di giustizia, sentenza 23 aprile 1991, causa 41/90, *Höfner e Elser c. Macrotron GmbH*, *cit.*, dove non è stato ritenuto compatibile con il Trattato il monopolio pubblico del servizio di collocamento in quanto non soddisfacendo interamente la domanda, tollerava di fatto l'esercizio della medesima attività da parte di altri soggetti. Così anche in Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 10 dicembre 1991, causa 179/90, *Soc. Merci convenzionali porto di Genova c. Soc. siderurgica Gabrielli*, *cit.*, si sanziona il monopolio sulle attività portuali in quanto non efficiente. J.L. Dewost, *Service public et droit communautaire. Principes de base.*, 10 del dattiloscritto.

ha considerato attratto nel monopolio del servizio postale di base, considerato servizio di interesse economico generale, dal quale infatti può essere scorporato in quanto risponde a bisogni particolari che esigono prestazioni supplementari che il servizio tradizionale non offre. Inoltre non è stato ritenuto essenziale per il mantenimento dell'equilibrio finanziario del servizio di base (99). Come si è visto, l'impresa cui vengano riconosciuti in base ad una scelta del singolo stato membro, diritti speciali o esclusivi, detiene una posizione di monopolio o di riserva di attività assoluta o relativa, sottratta alla concorrenza che può costituire una posizione dominante sul mercato, di cui peraltro non può abusare (100). Qualora ciò avvenga è possibile giungere all'abolizione della riserva di attività ovvero se si riscontra che quantomeno in parte essa garantisca il perseguimento di una « specifica missione » di interesse economico generale viene entro tali limiti riconosciuta, se necessario, la possibilità di deroga al Trattato ed in particolare alla disciplina della concorrenza. Si tende così ad evitare che l'influenza che i poteri pubblici possono esercitare sulle decisioni di dette imprese (101) abbia lo scopo o il risultato di restringere o alterare la concorrenza ove ciò non sia necessario per il perseguimento del loro compito particolare (art. 90, n. 2) (102). Appare dunque possibile affermare

(99) Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 13 maggio 1993, causa 320/91, *P. Corbeau*, spec. pto II es., ancora inedita, ed in parte, le conclusioni dell'avv. gen. M.G. Tassaro; sempre sul servizio postale si veda la decisione della Commissione Cee del 1 agosto 1990, 90/456, relativa alla prestazione del servizio di corriere rapido in Spagna, cit., 19 e s.; Rignardo al servizio postale nazionale cfr. Corte cost., 17 marzo 1988, n. 303, in *Foro it.*, 1989, I, 56, ove si afferma che « l'essenzialità dell'amministrazione postale da responsabilità per danni verso l'utenza costituisce un retaggio storico fondato sulla concezione del servizio postale come servizio amministrativo discrezionalmente organizzato e non trova più giustificazione nell'ordinamento attuale nel quale il servizio postale costituisce un'impresa gestita dallo stato in regime di monopolio con criteri di economicità per la prestazione di un servizio pubblico essenziale ai sensi dell'art. 43 cost. ». Cfr. Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 13 dicembre 1991, causa 18/88, *Régie des Télégraphes et des Téléphones (RTT) c. SA - GB-Immo-BM*, in *Raccolta* 1992, 5941, che nega che il monopolio del servizio telefonico si estenda agli apparecchi telefonici. Cfr. le osservazioni di L. GYSELLEN, in *C.M.L. Rev.*, 1992, 1229.

(100) Decisione della Commissione Cee del 1 agosto 1990, 90/456, cit., pto 9.

(101) Esercitata sulla base di una partecipazione finanziaria ovvero delle norme che disciplinano la gestione dell'impresa; cfr. E.A. RAFFAELLI, *Il divieto di abuso di posizione dominante nel diritto comunitario*, in *Foro it.*, 1988, IV, 71 e s.

(102) Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 13 maggio 1993, causa 320/91, *P. Corbeau*, pto 14.

che i « servizi di interesse economico generale » non costituiscano una categoria di attività, con una disciplina comunitaria peculiare che integra la normativa interna dei servizi pubblici. L'art. 90 n. 2 può infatti escludere l'applicazione di quelle norme del Trattato che impedirebbero il perseguimento di determinati obiettivi di interesse generale, anche non economici, che costituiscono i fini di interesse pubblico dei singoli Stati, ma solo nei limiti in cui le « missioni » che le pubbliche autorità assumono fra i loro compiti e che affidano a determinate imprese mediante un atto di incarico, non siano perseguibili nell'osservanza di tutte le prescrizioni del Trattato. Viene così rimessa agli ordinamenti nazionali la disciplina di questi servizi che restano in vario grado sottratti alla disciplina comunitaria ed alla liberalizzazione. Nulla esclude peraltro che un servizio pubblico persegua interessi economici generali e sia erogato da più operatori in regime di concorrenza e nel rispetto delle norme comunitarie, sempre sotto il controllo dell'autorità pubblica che l'ha assunto, organizzato e ne ha affidato la gestione mediante un atto di incarico. Come pure è possibile che vi sia un solo soggetto « incaricato » dalla pubblica amministrazione in concorrenza con operatori privati che forniscono autonomamente un servizio analogo.

Nell'ambito dei servizi pubblici l'ordinamento comunitario consente, come si è visto, l'attribuzione di diritti esclusivi solo se la conseguente riserva di attività si giustifichi in quanto l'interesse economico generale perseguito non potrebbe essere soddisfatto altrimenti. In caso contrario essi possono integrare un « abuso automatico » della posizione dominante (art. 86 e 90, n. 1 del Trattato) ovvero violare la libertà di circolazione fra i vari Stati membri (art. 59 del Trattato) e le istituzioni comunitarie possono anche richiederne l'abolizione. Questo è avvenuto nel settore delle telecomunicazioni con la Direttiva della Commissione n. 90/388 del 28 giugno 1990, *relativa alla concorrenza nei mercati dei servizi di telecomunicazioni* (103), la quale ha aperto alla concorrenza un settore considerato servizio pubblico e disciplinato nei vari Stati membri attraverso misure amministrative o regolamentari sintetizzate in ambito comunitario nella concessione di diritti speciali o esclusivi di importazione di commercializzazione, di allacciamento, di installazione e/o di manutenzione di apparecchi terminali. L'art. 2 di tale direttiva

(103) In *G.U.C.E.* 24 luglio 1990, n. L192/10.

va prevede che gli Stati membri aboliscano i diritti speciali o esclusivi per la fornitura di servizi di telecomunicazione dal momento che essi implicano una violazione dell'art. 86 del Trattato, lett. *b*, (limite degli sbocchi e dello sviluppo tecnico a danno dei consumatori) e *d*, (prestazioni supplementari imposte), contrastando altresì con l'art. 3 lett. *f* (oggi lett. *g*), che si prefigge la creazione di condizioni di concorrenza non falsata (104). Essa è stata peraltro annullata dalla Corte di Giustizia (105) nella parte in cui imponeva l'abolizione dei diritti speciali dal momento che questi non erano chiaramente individuati né venivano precisate le ragioni del loro contrasto con la normativa comunitaria. Siffatta motivazione evidenzia l'incertezza che sussiste riguardo la definizione di questi diritti.

La possibilità di mantenere posizioni di monopolio può essere dunque fortemente ridotta e sussistere solamente per consentire lo svolgimento di talune attività di servizio pubblico di base e di quelle ausiliarie che risultino necessarie per finanziare l'attività principale che deve essere garantita anche se non remunerativa. Questo può valere in quei settori in cui non si ritenga opportuno consentire lo svolgimento di un servizio pubblico in regime di concorrenza nella parte in cui può essere remunerativo e, per garantire l'universalità del servizio, affidare (attraverso un « contratto di servizio pubblico ») l'erogazione dello stesso per la parte non remunerativa mediante una gara che fissi il finanziamento che lo Stato è disposto a

(104) Si veda al riguardo la comunicazione della Commissione Cee: Linee direttrici sull'applicazione delle regole di concorrenza della Cee nel settore delle telecomunicazioni, (91/C 233/02) in *G.U.C.E.*, 6 settembre 1991, n. C 233/2, in partic. pto 79 e s.

(105) Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 17 novembre 1992, cause riunite 271, 281, 289/90, *Regno di Spagna e Commissione Cee, Regno del Belgio e Commissione Cee, Repubblica italiana e Commissione Cee*, in *Foro it.*, IV, 1993, 23, e annotata da A.M. BALESTRELLI, *Monopoli legali nei c.d. settori esclusi*, cit., 482. In precedenza già la direttiva n. 88/301, *relativa alla concorrenza sui mercati dei terminali di telecomunicazioni*, in *G.U.C.E.*, 27 maggio 1988, n. L 131/73, che prevede all'art. 2 la soppressione da parte degli Stati membri di diritti speciali o esclusivi di importazione di commercializzazione di allacciamento, di installazione e/o di manutenzione di apparecchi terminali, è stata annullata nella parte in cui prevedeva l'abolizione dei diritti speciali dalla Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 19 marzo 1991, causa 202/88, *Francia e Commissione Cee*, cit., 1259, pubblicata anche in *Russ. giur. en. cl.*, 1991, 613, e 1123, con annotazione di G. AMORILE, *I terminali di telecomunicazioni: la Corte di giustizia dà il placet alle politiche di apertura dei servizi pubblici essenziali al principio di concorrenza*.

versare per l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico da esso imposti (106).

6. Oltre all'art. 90, n. 2, all'interno del Trattato si possono individuare altre norme che prevedono deroghe alla sua applicazione in relazione ad attività di rilievo pubblico. Ad esempio l'art. 55 (107) al quale rinvia l'art. 66 (108) del Trattato, esclude « le attività che in uno stato partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri », dall'applicazione delle disposizioni del capo 2, (diritto di stabilimento) e del capo 3, (prestazione di servizi), introducendo una deroga al principio generale del Trattato che vieta qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità (art. 6 del Trattato). Lo stesso articolo stabilisce inoltre che il Consiglio deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, può escludere talune attività dall'applicazione delle disposizioni degli stessi capi (109).

Solamente il Consiglio Cee sulla base di criteri comunitari, e non il singolo stato (110) può individuare le attività esonerate alla luce dei loro caratteri obbiettivi. Infatti non pare sufficiente la definizione di un'attività come pubblica in uno stato membro per escluderla dall'applicazione del Trattato, né il trasferimento a privati di

(106) Si veda ad es. il Regolamento del Consiglio, n. 2408/92 del 23 luglio 1992, sull'accesso dei vettori aerei della Comunità alle rotte intracomunitarie, in *G.U.C.E.*, 11 agosto 1990, n. L 217/1.

(107) (Art. 55, n. 1 del Trattato) « Sono escluse dall'applicazione delle disposizioni del presente capo, per quanto riguarda lo stato membro interessato, le attività che in tale stato partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri ».

(108) (Art. 66 del Trattato) « Le disposizioni degli articoli da 55 a 58 inclusi sono applicabili alla materia regolata dal presente capo » (si tratta del capo 3, concernente « i servizi »).

(109) Il potere conferito dall'art. 55 comma 2, a differenza di quello di cui al comma 1, dovrebbe consentire di autorizzare eccezioni estese a tutti gli Stati membri, così A. TIZZANO, *Professioni e servizi*, cit., 55, nota 109.

(110) Cfr. la direttiva 64/224 del Consiglio, del 25 febbraio 1964, in *G.U.C.E.*, 4 aprile 1964, n. 56, 869, relativa all'attuazione della libertà di stabilimento della libertà di prestazione di servizi per le attività degli intermediari del commercio, dell'industria e dell'artigianato, nel quale si esclude la liberalizzazione di talune attività solo in alcuni Stati membri; cfr. altresì Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 17 dicembre 1980, causa 149/76, *Commissione Cee c. Regno del Belgio*, in *Raccolta* 1980, 3881, in cui si sostiene che il riferimento a norme nazionali per limitare la portata del diritto comunitario avrebbe l'effetto di sminuire l'unicità e l'efficacia di questo diritto.

attività che la legge riserva all'amministrazione (111) in quanto è necessario che essa partecipi ad una funzione pubblica tipica ed esclusiva dello stato stesso (112). L'esercizio di un tale « potere pubblico » può verificarsi qualora vengano attribuiti poteri di « comando » o di « coercizione » ovvero di « certificazione » (113). Le attività di servizio pubblico, secondo la ricostruzione tradizionale talora implicano, per il loro svolgimento, l'attribuzione al concessionario, o comunque al soggetto incaricato dell'erogazione, di poteri pubblici, determinando la possibilità di ricondurre tali attività nella deroga di cui al citato art. 55 (114). La *ratio* di questa deroga è stata rinvenuta nella volontà di mantenere l'identità politica degli Stati membri, riservando loro la disciplina delle funzioni che normalmente esercitano (115). Si pone tuttavia il problema di indivi-

(111) Cfr. Ordinanza del Presidente della Corte di giustizia della Comunità europea, 31 gennaio 1992, causa 272/91 *Commissione Cee c. Repubblica italiana*, in *Raccolta* 1992, 457, spec. pto 20, 21, che concerne la concessione del sistema di automazione del gioco del lotto, il Presidente della Corte di giustizia ritiene, contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa italiana che tale concessione non implichi il trasferimento di pubblici poteri e dunque l'esercizio di funzioni pubbliche al concessionario, ai sensi dell'art. 55 del trattato e conseguentemente ordina la sospensione dell'aggiudicazione della concessione stessa, avvenuta con decreto del ministro delle Finanze del 14 giugno 1991. Sulla stessa questione nelle conclusioni dell'avv. gen. C. GILMAS, presentate il 14 luglio 1993, si precisa che « il fatto che vengano trasferiti ad un privato compiti il cui svolgimento è riservato dalla legge alla pubblica amministrazione non significa di per sé che vengano trasferite attività collegate all'esercizio di pubblici poteri ».

(112) « Stato » inteso nell'accezione comunitaria di « autorità pubbliche »; cfr. G.M. RUGGIERO - M. DE DOMINICIS, *Commento all'art. 55*, in *Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, Commentario diretto da R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI, Milano, Giuffrè, 1968, vol. I, 430 e s. Cfr. Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 5 dicembre 1989, causa 3/88, *Commissione Cee c. Repubblica italiana*, in *Foro it.*, 1990, IV, 113, in cui si esclude che le attività inerenti alla realizzazione di sistemi informativi possa rientrare nella deroga alla libertà di stabilimento di cui all'art. 55 n. 1 del Trattato. Cfr. ordinanza del Presidente della Corte di giustizia della Comunità europea, 31 gennaio 1992, causa 272/91 *cit.*, 457, pto 20.

(113) J. MIEGRIE, J.V. LOUIS, D. VIGNES, M. WALLIROECK, J. DOUSSET, M. SARMIET, *Le droit de la communauté économique européenne, commentaire all'art. 55*, Bruxelles 1971, vol. 3, 98.

(114) G.M. RUGGIERO - M. DE DOMINICIS, *Commento all'art. 55*, *cit.*, 434, indicano l'esempio del concessionario di servizi ferroviari, che è fornito di poteri di polizia sia verso gli utenti, sia *erga omnes*, per la sicurezza del pubblico servizio e dei beni ad esso adibiti.

(115) H. SMIT, P.E. HERZOG, *Art. 55*, in *The Law of the European Economic Community, a Commentary on the EEC Treaty*, Matthew Bender, USA, 1976, 604; G. CHENET, *L'état*,

duare fino a che punto tale identità vada salvaguardata a scapito dell'integrazione europea. Generalmente si ritiene opportuna un'interpretazione restrittiva dei « poteri pubblici » cui all'art. 55, per non ridurre oltremodo la liberalizzazione del settore dei servizi (116), con il limite dell'impossibilità di imporre allo Stato l'obbligo di consentire, concedendo la libertà di stabilimento, « l'esercizio, sia pure occasionale, da parte di non cittadini di funzioni che rientrano nei pubblici poteri » (117).

Il medesimo obiettivo di tutela delle fondamentali attività pubbliche degli Stati membri si rinviene nell'art. 48, n. 4 del Trattato che riduce la libertà di circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità prevista dallo stesso art. 48, stabilendo che « le disposizioni del presente articolo non sono applicabili agli impieghi della pubblica amministrazione ». Tale deroga è stata interpretata nel senso di non escludere la libertà di circolazione dei lavoratori per tutti gli impieghi nella pubblica amministrazione, ma di riservare ai propri cittadini solamente i « posti connessi all'esercizio dei pubblici poteri ed alla tutela degli interessi generali » (118). Alla suddetta interpretazione si conforma l'ordinamento interno prevedendo, al-

blissement des étrangers en France et la communauté économique européenne, Parigi, 1962, 140, ritiene che sia sufficiente il perseguimento di un fine di interesse generale.

(116) Cfr. Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 21 giugno 1974, causa 2/74, *Reyners e. Stato belga*, in *Raccolta* 1974, 631, che ritiene l'art. 55 n. 1, clausola eccezionale che giustifica l'esclusione dell'applicazione delle norme del capo relativo al diritto di stabilimento limitatamente a quelle attività che costituiscono una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri. Non è dunque possibile applicare l'esenzione ad un'intera professione qualora le attività che partecipano all'esercizio dei pubblici poteri costituiscano un elemento scindibile dall'insieme dell'attività professionale. Cfr. H. SMU, P.É. HERZOG, *The Law of the European Economic Community*, cit., 605; G.M. RUGGERO - M. DI DOMENICIS, *Commento all'art. 55*, cit., 432; U. DRALFA, *Commento all'art. 60*, in *Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, *Commentario* diretto da R. QUADRI, cit., vol. I, 478; A. TIZZANO, *Professioni e servizi*, cit., 54.

(117) Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 21 giugno 1974, causa 2/74, cit., pto 46.

(118) In particolare Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 17 dicembre 1980, causa 149/79, *Commissione Cee e. Stato belga*, in *Raccolta* 1980, 3881, punto 19, sulla medesima questione si veda altresì la pronunzia in via definitiva in Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 26 maggio 1982, causa 149/79, *Commissione Cee e. Stato belga*, in *Raccolta* 1982, 1845, in cui si stabilisce che l'imposizione del possesso della cittadinanza per l'assunzione a taluni impieghi nell'amministrazione comunale di Bruxelles viola gli obblighi imposti dal Trattato.

l'art. 37 del decreto legislativo n. 29 del 6 febbraio 1993 (119), che « i cittadini degli Stati membri della Comunità economica europea possono accedere ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche che non implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero non attengono alla tutela dell'interesse nazionale ». È possibile dunque individuare una convergenza fra deroga alla normativa comunitaria a favore di determinate attività di interesse economico generale che possono implicare l'esercizio di poteri pubblici e la limitazione della libertà di circolazione delle persone, con la conseguente riserva ai cittadini dello svolgimento delle stesse attività.

Altro momento di tutela degli interessi nazionali si rinviene negli artt. 56 e 66 del Trattato i quali prevedono l'applicabilità ai cittadini stranieri di un regime particolare previsto da disposizioni legislative, regolamentari e amministrative, in deroga alla disciplina della libertà di stabilimento e di prestazione di servizi, giustificate, nei limiti del principio di proporzionalità, da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica per la necessità di salvaguardare gli interessi fondamentali degli stati membri (120).

7. Una disciplina particolare in ragione dell'attività svolta, viene introdotta dall'art. 77 del Trattato, che ammette la compatibilità con la normativa comunitaria degli aiuti richiesti dalle « necessità del coordinamento dei trasporti ovvero corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio ». Occorre sottolineare che si tratta dell'unica norma del Trattato in cui la locuzione « servizio pubblico » (121) viene utilizzata direttamente, ed è significativo che essa riconosca agli Stati membri un margine di

(119) *Razionalizzazione dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego, a norma dell'art. 2 della legge 23 ottobre 1992*, in *G.U.* 6 febbraio 1993, n. 30.

(120) G.M. RUGGIERO - M. DE DOMINICIS, *Commento all'art. 56*, in *Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, cit., vol. 1, 434 e s.

(121) H. SMIT, P.E. HERZOG, *The Law of the European Economic Community*, cit., 806, evidenziano che il concetto di servizio pubblico è stato ricavato dai compilatori del Trattato dal diritto amministrativo francese e riguarda un'attività esercitata da un'impresa pubblica o privata che viene esplicata fundamentalmente nel pubblico interesse e sotto la supervisione e regolamentazione dell'autorità pubblica.

libertà d'azione proprio nella disciplina dei trasporti, di rilevante interesse pubblico (122).

Il citato art. 77, secondo l'interpretazione prevalente (123), si pone come deroga all'art. 92, che prevede un generale divieto di aiuti alle imprese da parte degli Stati membri (124), che falsino o minaccino di falsare la concorrenza. In ogni caso esso prevede la possibilità per gli stati di rimborsare gli obblighi imposti, in qualsiasi forma ai vettori, definiti nel Regolamento del Consiglio 26 giugno 1969, 1191/69 (125), come quelli « che l'impresa di trasporto, ove considerasse il proprio interesse commerciale, non assumerebbe o non assumerebbe nella stessa misura, né alle stesse condizioni » (art. 2). La normativa indicata intende sopprimere gli obblighi imposti alle imprese di trasporto cui sia stato « affidato tramite concessione o autorizzazione equivalente » (126) l'esercizio di linee o impianti, in quanto essi possono falsare in misura sostanziale le condizioni di concorrenza. Si considera tuttavia necessario mantenerne alcuni per garantire servizi sufficienti in relazione alle esigenze della collettività. Essi sembrano individuare le peculiarità del servizio pubblico, in quanto ricomprendono tutte le misure dirette a garantire un servizio di trasporto conforme alle esigenze di continuità, regolarità e capacità. Oltre all'obbligo di fornire servizi complementari è previsto quello di accettare ed effettuare qualsiasi trasporto di persone e merci a prezzi e condizioni fissati o comunque controllati dalle pubbliche autorità.

Il medesimo settore è stato in seguito disciplinato dal Regolamento del Consiglio (CEE) n. 1893/91 del 20 giugno 1991 (127), che modifica il citato regolamento (CEE) n. 1191/69, e sottolinea l'op-

(122) G. SAVINI, *Il Ministero dei trasporti*, Roma, 1992, 17 e s.

(123) G. BELLINI, *Commento all'art. 77*, in *Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, Commentario diretto da R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI, Milano, 1965, vol. I, 561; H. SMIT, P.E. HERZOG, *The Law of the European Economic Community*, cit., 805.

(124) Cfr. G. DELLA CASALE, *Il ruolo della Commissione nell'attuazione del diritto comunitario: il controllo sugli aiuti statali alle imprese*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1993, 406, il quale ritiene che il Trattato stabilisca « una presunzione di illegittimità degli aiuti di Stato, che va accertata caso per caso dalla Commissione al fine di contemperare i vari interessi, comunitario e nazionale ».

(125) Regolamento del Consiglio, 26 giugno 1969, 1191/69, relativo all'azione degli Stati membri in materia di obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile, in *G.U.C.E.*, 28 giugno 1969, N. L. 156/1.

(126) Art. 2 n. 2, del citato Regolamento.

(127) In *G.U.C.E.*, 29 giugno 1991, n. L. 169/1.

portunità di stabilire « nel quadro di un contratto concluso tra le autorità competenti di uno Stato membro e l'impresa, le modalità inerenti alla prestazione del servizio in questione » (128). Vengono infatti poste le norme generali applicabili ai « *contratti di servizio pubblico* » definiti dall'art. 14 come contratti conclusi tra le autorità competenti di uno Stato membro e le imprese di trasporto allo scopo di fornire alla collettività servizi di trasporto sufficienti: essi potranno regolare le condizioni di trasporto conformemente a determinate norme di continuità, regolarità, capacità e qualità, imponendo servizi di trasporto complementari e tariffe particolari per talune categorie di passeggeri o per taluni percorsi. Risulta così fissato da parte dell'autorità il programma di erogazione del servizio a favore dell'utenza che conforma l'attività del soggetto erogatore del servizio, al quale verranno « rimborsati gli obblighi » a tal fine imposti. Il Regolamento in questione si pone infatti l'obiettivo di ottimizzare il rapporto tra gli obblighi imposti, compensati da corrispondenti aiuti da parte degli Stati (129), e le condizioni di trasporto che possono essere offerte agli utenti.

Attraverso il contratto di servizio pubblico viene evidenziata una domanda di servizi pubblici che il mercato non soddisfa in quanto l'attività richiesta non è considerata redditizia ovvero in ogni caso non sarebbe svolta secondo le modalità che l'amministrazione ritiene opportune. In tal modo emergono esigenze di pubblico interesse che possono essere soddisfatte scorporando le attività necessarie alla loro realizzazione da quelle che possono essere svolte in regime di concorrenza. Si prevede infatti che qualora l'impresa di trasporto svolga anche altre attività oltre a quelle gravate da obblighi di servizio pubblico, queste ultime debbano formare oggetto di sezioni distinte del bilancio che attraverso la separazione dei conti evidenzii chiaramente la destinazione degli eventuali versamenti dei poteri pubblici erogati per compensare l'adempimento dei suddetti obblighi (art. 1, n. 5, del citato regolamento) (130).

Il « contratto di servizio pubblico », così come introdotto dalla

(128) Così al secondo punto della motivazione della citata direttiva.

(129) Sulla problematica della compatibilità col Trattato di aiuti ai trasporti: Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 12 ottobre 1978, causa 156/77, *Commissione C e c. Regno del Belgio*, in *Raccolta* 1978, 1881.

(130) Più volte si è affermata l'esigenza della trasparenza della struttura delle tariffe dei servizi resi al pubblico per valutare l'influenza del compito di interesse generale sull'ap-

normativa comunitaria, sembra rappresentare uno strumento in cui ciascun ordinamento nazionale può inserire le forme giuridiche che ritiene opportune per la gestione di un servizio pubblico (131). Pare tuttavia rilevante stabilire se nel nostro ordinamento il « contratto di servizio pubblico » costituisca esclusivamente uno strumento dell'amministrazione per procurarsi, eventualmente attraverso una gara d'appalto, un servizio da cedere agli utenti (132), ovvero si possa in tal modo instaurare un rapporto giuridico analogo a quello che può scaturire dall'atto di concessione di servizio pubblico (133). In tal caso si potrebbe individuare un rapporto giuridico trilaterale fra pubblica amministrazione, impresa incaricata dell'erogazione del servizio (concessionario) e utente a favore del quale viene assunto il servizio, in quanto l'amministrazione predispone un programma di erogazione del servizio, imponendo i relativi obblighi all'impresa per garantire agli utenti un determinato livello qualitativo e quantitativo del servizio stesso che essi possono pretendere (134). Si por-

plecazione delle regole di concorrenza, così in Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 11 aprile 1989, causa 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen e a. c. Zentrale*, cit. 803, pto 57.

(131) L'espressione « contratto di servizio pubblico » nell'ordinamento francese è utilizzata come formula riassuntiva per indicare oltre alla concessione anche gli altri strumenti aventi il medesimo oggetto consistente nell'affidamento a terzi di servizi pubblici, la cui disciplina tende ad approssimarsi, F. LORENS, *La définition actuelle de la concession de service public en droit interne*, in A.A.V.V., *La concession de service public face au droit communautaire*, Parigi, 1992, 44 e s.

(132) D. SORACE, *Note sui « servizi pubblici locali » dalla prospettiva della libertà di iniziativa, economica e non, dei privati*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, 1993, vol. II, 1152.

(133) U. POTOISCHNIG, *Concessione e appalto nell'esercizio di pubblici servizi*, in *Jur.*, 1955, 393; *Id.*, *Servizi pubblici essenziali: profili generali*, in *Rass. giur. E. n. cl.*, 1992, 269.

(134) Si veda al riguardo la Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 gennaio 1994, *Principi sull'erogazione dei servizi pubblici*, in *G.U.*, 22 febbraio 1994, n. 43, 12. Cfr. F. MURUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, spec. 32 e 45, il quale sostiene che l'utente è titolare di diritti finanziariamente condizionati, dunque avrebbe il diritto di controllare la relazione fra costi e prestazioni, in particolare l'efficienza del servizio, quantità delle prestazioni rapportate alle disponibilità finanziarie e così via. G. PERICO, *Diritto amministrativo*, vol. II, cit., 1381, sottolinea che la determinazione delle tariffe dei servizi pubblici mediante provvedimento amministrativo determina il sorgere di situazioni giuridiche soggettive in capo all'impresa erogatrice (concessionario) e agli utenti. La disciplina francese prevede la possibilità per gli utenti di invocare la violazione delle clausole della concessione che hanno natura regolamentare mediante un ricorso per eccesso di potere, così F. LORENS, *La définition actuelle de la concession de service public en droit interne*, in A.A.V.V., *La concession de service public face au droit communautaire*, Parigi, 1992, 45.

rebbero così i presupposti per il superamento dell'*intuitu personae* nella scelta del concessionario (135).

Come applicazione dei principi comunitari ricavabili in questo settore, pare di interesse l'esame della disciplina di un servizio pubblico di trasporto internazionale che si ricava dal Regolamento (CEE) n. 684/92 del Consiglio del 16 marzo 1992, *relativo alla fissazione di norme comuni per i trasporti internazionali di viaggiatori effettuati con autobus* (136). Esso prevede un procedimento per l'emaneazione di una « autorizzazione », al quale partecipano gli stati interessati dal transito degli autobus, e che definisce il programma del servizio conformemente ad un modello predisposto dalla Commissione Cee.

L'accesso al mercato viene limitato ad un numero di operatori adeguato al bacino di utenza, in quanto la c.d. autorizzazione, che pare riconducibile, nel nostro ordinamento, ad una concessione di servizio pubblico, viene rilasciata per un massimo di cinque anni ai soggetti che presentano domanda sempreché il nuovo servizio non comprometta direttamente l'esistenza dei servizi già autorizzati. Tuttavia qualora il servizio venga erogato da un solo operatore non può impedirsi « l'autorizzazione » di un secondo vettore, anche se fosse provato che il secondo servizio potrebbe compromettere l'esistenza di quello già autorizzato (art. 7, lett. b, i). La Comunità tende, infatti a favorire l'introduzione del confronto concorrenziale fra più concessionari, scelti non *intuitu personae*, bensì attraverso la valutazione della convenienza e della conformità al programma delle domande di « autorizzazione » e garantendo l'osservanza di specifici motivi di rigetto delle stesse, contro il quale viene comunque garantita la possibilità di far valere i propri interessi (art. 8). La cessazione del servizio, conformemente ad uno dei principi riguardanti i servizi pubblici, non può avvenire se non trascorso un determinato termine che decorre dalla comunicazione diretta all'autorità competente per l'autorizzazione, opportunamente motivata e portata a conoscenza degli utenti (art. 9). Fino a quando non si ritenga opportuno liberalizzare questo mercato abolendo le c.d. autorizza-

(135) P. Devolviè, *La concessión de service public*, cit., 115, ritiene che possa ottenersi l'annullamento della concessione qualora non venga considerato un candidato in ragione della sua nazionalità.

(136) Regolamento (CEE) n. 684/92 del Consiglio del 16 marzo 1992, *relativo alla fissazione di norme comuni per i trasporti internazionali di viaggiatori effettuati con autobus*, cit., I.

zioni (art. 20), questo servizio pubblico viene disciplinato cercando di mantenere sempre un confronto concorrenziale, quantomeno fra due operatori, i quali comunque non potranno concludere fra loro accordi limitativi della concorrenza vietati dall'art. 85 del Trattato (137).

Una rilevante volontà liberalizzatrice volta ad introdurre un maggior grado di concorrenza, si rinviene altresì nel settore dei trasporti aerei, ed in particolare nel Regolamento (CEE) n. 2343/90 del Consiglio del 24 luglio 1990 (138), *sull'accesso dei vettori aerei alle rotte intracomunitarie, di servizio aereo di linea e sulla ripartizione della capacità passeggeri fra vettori aerei nei servizi aerei di linea tra Stati membri*. Esso individua all'art. 2, lett. n) l'onere di servizio pubblico nella necessità che il vettore aereo abilitato da uno Stato membro, attraverso il rilascio di una licenza, ad operare su una determinata rotta debba adottare tutte le misure necessarie per garantire la prestazione di un servizio che sia conforme a standard prefissati di continuità, regolarità e capacità, anche se contrario ai suoi interessi commerciali. L'art. 3, n. 1 precisa che il regolamento lascia impregiudicato il rapporto esistente tra i vari Stati membri ed i vettori abilitati dagli stessi per quanto concerne l'accesso al mercato e la ripartizione di capacità: in attesa di criteri comuni che disciplineranno tali abilitazioni sono le amministrazioni che attuano discrezionalmente la ripartizione dei mercati. Con il successivo Regolamento del Consiglio, n. 2408/92 del 23 luglio 1992, *sull'accesso dei vettori aerei della Comunità alle rotte intracomunitarie* (139) si prevede la possibilità di imporre « oneri di servizio

(137) Cfr. Comunicazione della Commissione Cee, *relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione nell'applicazione degli art. 85 e 86 del trattato Cee*, cit., su cui M. MIROVA, *La cooperazione tra giudici nazionali e commissione nell'applicazione delle norme comunitarie antitrust*, cit., 418; ed altresì la decisione della Commissione Cee del 17 dicembre 1981, 82/371, *relativa ad una procedura di applicazione dell'art. 85 del trattato* (Naveva — Anseam), in *G.U.C.E.*, 15 giugno 1982, n. L 167/39.

(138) Pubblicato insieme al precedente Regolamento (CEE) n. 2342/90 del Consiglio del 24 luglio 1990, sulle tariffe dei servizi aerei di linea, in *G.U.C.E.*, 11 agosto 1990, n. L 217/1. Si veda altresì il Regolamento (CEE) n. 3975/87 del Consiglio del 14 dicembre 1987, relativo alle modalità di applicazione delle regole di concorrenza alle imprese di trasporti aerei, in *G.U.C.E.*, 31 dicembre 1987, n. L 374/1. S. BUSI, *Verso un mercato comune aeronautico*, in *Dir. com. e scambi int.*, 1992, 438.

(139) In *G.U.C.E.*, 24 agosto 1992, n. L 240/8, nel quale si riafferma la nozione (art. 2 lett. o) di obbligo di servizio pubblico che può essere imposto ai vettori aerei, definito come qualsiasi « onere » imposto per garantire la prestazione di un servizio che « soddisfi determi-

pubblico » per garantire adeguati servizi aerei su rotte, considerate essenziali per lo sviluppo economico di una regione, ma a bassa densità di traffico. Qualora nessun vettore aereo abbia istituito servizi conformemente all'« onere di servizio pubblico » imposto su tali rotte, lo Stato interessato può indire una gara per concederle, tramite « appalto pubblico », ad un unico vettore per un massimo di tre anni (art. 4). I criteri selettivi devono basarsi sulla qualità del servizio offerto, desumibile dalle tariffe aeree e dalle condizioni proposte agli utenti, oltre che dall'eventuale compenso richiesto allo Stato interessato (art. 4 lett. f).

Questa disciplina interviene in un settore nel quale precedentemente era stata pronunciata dalla Corte di Giustizia (140) una sentenza, nella quale si afferma l'applicabilità della deroga dell'art. 90 n. 2 del Trattato ai « vettori eventualmente obbligati dalle pubbliche autorità a gestire linee non redditizie dal punto di vista commerciale, ma il cui esercizio è necessario per motivi di interesse generale ». In definitiva attraverso un contratto di servizio pubblico viene oggi disciplinata un'attività che in precedenza giustificava un'ampia deroga al Trattato in quanto ritenuta « servizio di interesse economico generale » volto al raggiungimento di una « specifica missione » che non si riteneva altrimenti perseguibile. Nella sentenza si precisa inoltre che « spetta alle competenti autorità amministrative (o giudiziarie) nazionali verificare se l'impresa di trasporto aereo interessata sia stata effettivamente incaricata della gestione di tali linee mediante un atto della pubblica autorità ». La fattispecie descritta risulta dunque corrispondente a quella che il successivo Regolamento n. 2408/92 intende disciplinare attraverso il cosiddetto « contratto di servizio pubblico », formula che pare così riassumere le problematiche collegate all'« incarico » della gestione dei

nati caratteri di continuità, capacità, regolarità e tariffazione, criteri cui il vettore non si attenrebbe se tenesse conto del suo interesse commerciale ».

(140) Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 11 aprile 1989, causa 66/86, *Ahmed Saced Flugreisen e a. c. Centrale*, cit., 803, 853 pto 55; Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 14 luglio 1971, causa 10/71, *Hein*, cit., 723 ove si stabilisce che può ritenersi incaricata della gestione di servizi d'interesse economico generale quella che fruisca di determinati privilegi per l'adempimento del compito affidatole dalla legge ed « intrattiene a tale scopo stretti rapporti con la pubblica amministrazione »; Corte di giustizia della Comunità europea, sentenza 27 marzo 1974, causa 127/73, (*SABAM*), cit., 328, precisa che la missione di cui all'art. 90 n. 2 del Trattato deve essere « legittimamente conferita mediante provvedimento delle autorità nazionali ».

servizi d'interesse economico generale, semplificandole dal punto di vista dell'applicazione della disciplina della concorrenza con l'imposizione di una procedura concorsuale vincolata per la scelta del contraente, senza peraltro precisare la natura giuridica e le caratteristiche di tale atto di affidamento (eventualmente di concessione) del servizio pubblico.

La tendenza comunitaria a disciplinare attività di servizio pubblico attraverso l'imposizione di particolari « obblighi di servizio pubblico » emerge altresì nel Regolamento (CEE) n. 3577/92 del Consiglio, del 7 dicembre 1992, *concernente l'applicazione del principio della libera prestazione dei servizi ai trasporti marittimi fra Stati membri (cabotaggio marittimo)* (141). Si introduce anche in questo settore, all'art. 2 n. 3, lo strumento del « contratto di servizio pubblico », ivi definito come contratto concluso fra le autorità competenti di uno Stato membro e un armatore comunitario allo scopo di fornire alla collettività servizi di trasporto sufficienti.

8. Come si è visto, ciò che interessa la Comunità europea sono gli effetti che le varie forme di gestione dei servizi pubblici possono avere sul mercato, in relazione al perseguimento degli obiettivi comunitari.

Si assiste, particolarmente in questo settore di notevole rilevanza socio-economica, alla contrapposizione fra interesse nazionale a mantenerne l'esclusività della disciplina e l'interesse comunitario all'apertura, ove possibile, anche di questi mercati.

Come anche osservato l'incarico per la gestione di servizi d'interesse economico generale può giustificare una deroga a talune norme del Trattato, possibilità ridotta o esclusa mediante l'imposizione di « oneri » di servizio pubblico che vengono compensati dallo Stato, ovvero affidando il perseguimento della « missione » attraverso un « contratto di servizio pubblico » che garantisca l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico imposti.

Progressivamente le istituzioni comunitarie limitano in questo campo, le possibilità di deroga al Trattato (90, n. 2) e ridimensionano i monopoli, riconosciuti dagli Stati attraverso l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi, sanzionando l'abuso della loro posizione dominante.

(141) In *G.U.C.E.*, 12 dicembre 1992, N. L. 3617.

Tuttavia l'ostacolo all'armonizzazione di questo settore deriva soprattutto dalla difformità dei modelli giuridici di gestione delle attività riconducibili fra i servizi pubblici nei vari paesi membri.

In particolare la difficoltà discende dall'esigenza di non creare evidenti disparità di trattamento fra gli stati che affidano a terzi il compito di svolgere tali attività, quelli che le dismettono integralmente ai privati e quelli che prevalentemente le gestiscono direttamente o tramite imprese pubbliche (142). Se infatti portebbero imponersi procedure concorsuali vincolate per la scelta del concessionario o comunque del soggetto incaricato della gestione di un servizio pubblico, più difficile appare escludere, limitare o regolamentare la facoltà dell'ente pubblico di gestirla direttamente, o demandarne il soddisfacimento al libero mercato.

Per il momento l'ordinamento comunitario si limita ad imporre a tutti i soggetti, che si occupano dei principali servizi pubblici, siano autorità pubbliche, imprese pubbliche e titolari di diritti speciali o esclusivi, indipendentemente dalla loro natura giuridica e disciplina nazionale, l'applicazione di procedure concorsuali vincolate per l'aggiudicazione di appalti a terzi.

Questo è previsto già nella Direttiva del Consiglio CEE, 90/531, del 17 settembre 1990, *cit.* (143). Essa riguarda esclusivamente gli appalti di lavori, di forniture, e in base all'art. 1 della Direttiva 93/38, *cit.* oggi anche di servizi, che gli enti suddetti vogliano aggiu-

(142) L'ottavo considerando della direttiva 93/38, *cit.*, afferma che i c. d. settori esclusi non sono stati disciplinati in quanto « gli enti che gestiscono tali servizi sono in alcuni casi disciplinati dal diritto pubblico mentre in altri sono disciplinati dal diritto privato ». *Cfr.* P. ARNAULT, *La privatisation des services publics locaux*, *cit.*, 132.

(143) In *G.U.C.E.* 29 ottobre 1990, L. 297, ed in base all'art. 45, n. 3 della successiva Direttiva del Consiglio CEE, 93/38, del 14 giugno 1993, in *G.U.C.E.* L. 199 del 9 agosto 1993, *che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni*, la direttiva 90/531/CEE cessa di avere effetto a decorrere dalla data di applicazione della presente direttiva da parte degli stati membri, (1 luglio 1994). Per i criteri di delega per l'attuazione si veda l'art. 14 della L. 19 febbraio 1992, n. 142, *cit.* *Cfr.* A. BROWN, *The extension of the Community public procurement rules to utilities*, in *CML Rev.*, 1993, 721; A. FRIGNANI, *L'appalto nei sistemi CEE e GATT: trasparenza e concorrenza*, in *Il contratto internazionale*, Milano, 1992, 23; E. PICOZZA, *Appalti pubblici di servizi: un « set » di regole verso la liberalizzazione*, in *Commercio internazionale*, 1991, 501. *Id.*, *Appalti pubblici: le nuove regole CEE*, in *Commercio internazionale*, 1990, 1491; E.J. DOMMERING, *Art. 90 of the EC Treaty and the telecommunications, broadcasting and postal services sectors*, *cit.*, 1 e s.

dicare a terzi, imponendo il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità ed indicando i principi generali in base ai quali dovranno essere fissati i criteri selettivi (144). Per l'attuazione della prima direttiva l'art. 14, comma II, della citata legge delega n. 142 del 1992, richiede una particolare considerazione delle esigenze di gestione dei servizi pubblici di cui sono incaricati i soggetti pubblici o privati destinatari della direttiva. Per il momento, in ambito comunitario, non viene in rilievo, rimanendo nella sfera discrezionale degli Stati la previa eventuale scelta del gestore del servizio.

Una disciplina generale della scelta del soggetto incaricato dell'erogazione di un servizio pubblico avrebbe potuto rientrare nella Direttiva del Consiglio Cee, 18 giugno 1992, 92/50, *che coordina le*

(144) L'art. 15 prevede varie deroghe alla necessità dell'indizione di una gara per l'aggiudicazione di un appalto, fra cui quella fondata sull'esigenza di tutela di diritti di esclusiva in forza delle quali l'appalto non possa essere affidato che ad un imprenditore determinato. Si veda a completamento della disciplina la Direttiva Consiglio CEE, 25 febbraio 1992, 92/13, *che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure d'appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni*, in *G.U.C.E.*, 23 marzo 1992, n. L. 76/14, la quale dispone all'art. 1 che le decisioni prese dagli enti aggiudicatori, in violazione del diritto comunitario o delle norme nazionali di recezione, possano essere oggetto di un ricorso efficace. È prevista altresì la possibilità di ottenere un risarcimento danni provando la violazione della suddetta normativa ed il fatto che si aveva una possibilità concreta di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, che in seguito a tale violazione è stata compromessa. Cfr. altresì il decreto legislativo, 24 luglio 1992, n. 358, *Testo unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture, in attuazione delle direttive (CEE) n. 77/62, (CEE) n. 80/767 e (CEE) n. 88/295*, in suppl. ordinario alla *G.U.* 11 agosto 1992, n. 188, il quale benché escluda dal suo ambito di applicazione larga parte dei settori che riguardano i servizi pubblici, in quanto l'art. 4 prevede la non estensione della disciplina alle forniture che devono essere aggiudicate dagli organismi che operano nel settore dei trasporti, dell'energia, delle telecomunicazioni, dell'acqua, all'art. 1, comma V, stabilisce che « nel caso di concessione di un'attività di servizio pubblico, nell'atto di concessione deve essere stabilito che il concessionario è comunque tenuto ad osservare, per le forniture concluse con terzi nell'ambito di tale attività, il principio della non discriminazione in base alla nazionalità nei confronti dei fornitori appartenenti agli Stati membri delle Comunità europee ». Pare opportuno richiamare anche la Direttiva (CEE) n. 93/36 del 14 giugno 1993, in *G.U.C.E.* L. 199 del 9 agosto 1993, *che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture*, che coordina le precedenti direttive in materia, la quale all'art. 2, comma 2, prevede che l'atto di concessione, il quale attribuisce « diritti speciali o esclusivi di esercitare un'attività di servizio pubblico » ad enti diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici, indipendentemente dal loro stato giuridico, imponga l'osservanza del principio di non discriminazione nell'affidamento di appalti pubblici di forniture a terzi.

procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (145), la quale si rivolge esclusivamente alle pubbliche amministrazioni aggiudicatrici (146) che intendano affidare ad un prestatore di servizi un appalto per lo svolgimento di un servizio. Si è infatti accennato in precedenza all'ampiezza della nozione di « servizi » nella normativa comunitaria ed al fatto che essa potrebbe ricomprendere anche le attività considerate, nel nostro ordinamento, servizi pubblici. Tuttavia la direttiva riguarda esclusivamente le prestazioni di servizi basate su contratti d'appalto, rimanendo escluse quelle fondate « su altra base, quali leggi, regolamenti o contratti di lavoro » (147).

Nel corso dei lavori preparatori sfociati poi nell'approvazione di questa direttiva, la Commissione Ce aveva presentato una proposta (148) nelle cui premesse si afferma che per garantire la coerenza delle procedure di aggiudicazione le concessioni di pubblici servizi devono rientrare nel campo d'applicazione della direttiva. La proposta definisce la « concessione di servizi pubblici » come un contratto, diverso dalla concessione di lavori pubblici ai sensi dell'articolo 1, lettera d) della direttiva 71/305/CEE, concluso tra un'amministrazione ed un altro ente di sua scelta, in forza del quale l'amministrazione trasferisce all'ente l'esecuzione di un servizio al pubblico di sua competenza e l'ente accetta di svolgere tale attività avendo come corrispettivo il diritto di sfruttare il servizio oppure tale diritto accompagnato da controprestazione pecuniaria (art. 1 lett. h) (149). Tale definizione evidenzia il rapporto di sostituzio-

(145) In *G.U.C.E.* 24 luglio 1992, N. L 209/1, che all'art. 1 definisce gli appalti di servizi come i contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un amministrazione aggiudicatrice.

(146) Art. 1 lett. b).

(147) Così nell'ottavo considerando della direttiva citata.

(148) Proposta modificata di direttiva del Consiglio che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (91/C 250/05), in *G.U.C.E.* 25 settembre 1991, N. C 250/4. Cfr. F. CHIACCHIELLA, M. CAMPANILE, *Prospettive per la regolamentazione europea di servizi e concessioni*, in *Reg. e gov. loc.*, 1992, 249.

(149) Nell'introduzione alla citata proposta si afferma che « una concessione di servizio pubblico riguarda la prestazione di un servizio al pubblico, mentre un appalto pubblico di servizi comporta la prestazione di un servizio alla pubblica autorità. Inoltre il concessionario assume il rischio finanziario dell'esercizio del servizio pubblico, come contropartita dell'opportunità di un profitto, mentre l'appaltatore cerca il suo profitto entro l'ambito più limitato del prezzo stabilito per la prestazione di un servizio determinato ».

ne (150) fra l'amministrazione e l'ente cui viene trasferito il compito di erogare il servizio al pubblico secondo le modalità stabilite dall'amministrazione, ed è significativo che alla sua attività si applichi il medesimo regime giuridico previsto per le autorità e le imprese pubbliche fornendo un fondamento nella normativa comunitaria alla teoria del concessionario come sostituto della pubblica amministrazione (151).

Non è stato raggiunto l'accordo su tale proposta rinunciandosi, per il momento, a disciplinare la concessione di servizi pubblici; infatti la direttiva, si limita a prevedere che « per aggiudicare appalti di servizi pubblici » le amministrazioni applichino procedure « adattate » alle disposizioni in essa contenute (art. 3). Viene così demandato alle varie amministrazioni il compito di avvicinare progressivamente la disciplina interna a quella comunitaria, dovendo adeguare ai principi (152) desumibili dal diritto comunitario anche l'affidamento di attività che non sono espressamente disciplinate (153).

(150) Nell'ordinamento francese si fa riferimento alla nozione di delegazione ed i vari strumenti di delegazione a terzi dei servizi pubblici si vanno avvicinando alla concessione che presenta la peculiarità della retribuzione mediante i canoni percepiti dagli utenti, in particolare in conseguenza dell'uniformità dei *chapiers des charges*, F. LLORENS, *La définition actuelle de la concession de service public en droit interne*, in A.A.V.V., *La concession de service public face au droit communautaire*, Parigi, 1992, 45, sulla perdita di unità della nozione di concessione, P. DILVOLVI, *La concession de service public et le droit communautaire. Rapport de synthèse*, *id.*, 110. Si rinvia altresì all'analisi formulata dal Centro europeo delle imprese a partecipazione pubblica, *Actualisation de la notion de service public*, Bruxelles, 1992, particolarmente ispirata al modello francese.

(151) G. MIELE, *Ente pubblico e concessione di servizi pubblici*, in *Foro amm.*, 1942, 1, 2, 235 e in *Scritti giuridici*, Milano, 1987, 359; e per quanto riguarda il diritto comunitario cfr. M. PALLOFFINO, *La direttiva C.E. 17 settembre 1990 n. 531 sugli appalti pubblici nei « settori esclusi » (trasporti; acqua, energia, telecomunicazioni)*, in *Riv. amm.*, 1992, 447, il quale afferma che « l'assentimento delle concessioni di servizio pubblico nei settori « esclusi » della direttiva 531/90 è integralmente esonerato ».

(152) F. CAROSTI, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Dir. com. scambi int.*, 1983, 409. M.P. CHITTI, *I signori del diritto comunitario: la Corte di Giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1991, 796; F. BALLARINO, *Lineamenti di diritto comunitario*, IV ed., Padova, 1993, 191 e s.

(153) Negli allegati I A e I B della citata direttiva sono elencate anche attività, come servizi di trasporto aereo di passeggeri, servizi sanitari e sociali, servizi ricreativi, culturali e sportivi che possono ritenersi rivolte al pubblico, benché l'affidamento di esse tramite appalto implichi un rapporto dell'appaltatore unicamente con l'amministrazione. a questi allegati si ricollegano a due diverse discipline, in base al grado di armonizzazione possibile nei vari

Non mancano tuttavia i tentativi di formulare una disciplina comunitaria dei servizi pubblici. A tal fine è in corso di elaborazione una « Carta dei servizi pubblici europei » (154), per soddisfare la necessità di equilibrare la concorrenza nell'interesse dell'integrazione europea pur riconoscendo il carattere specifico dei servizi pubblici. Essa avrebbe un primo obiettivo « difensivo » che consisterebbe nell'affermare il diritto degli Stati membri di organizzare i loro servizi pubblici compatibilmente con la libera concorrenza, ma anche con le esigenze degli utenti ed un secondo obiettivo « attivo » volto a favorire l'emersione di servizi pubblici su scala europea. La Carta prevede altresì un solo grado di procedura concorsuale: per la scelta del soggetto che eroga il servizio al pubblico, oppure per l'affidamento da parte di questo ultimo soggetto di appalti di lavori, forniture o servizi, necessari per lo svolgimento della sua attività (155). Si considera opportuna peraltro una netta separazione tra attività di erogazione di un servizio pubblico e controllo (156), valorizzando la funzione dello Stato quale regolatore e prevedendo altresì l'istituzione, nei mercati imperfetti, di autorità indipendenti di controllo (157).

settori. Per le attività di cui all'allegato I A si applicano integralmente le procedure selettive previste dalla direttiva, mentre per i settori di cui all'allegato I B sono previste solo regole di pubblicità e trasparenza per consentire alle istituzioni comunitarie di acquisire i dati necessari per la loro disciplina.

(154) Agence « EUROPE », Lunedì-Martedì 16-17 novembre 1992, n. 5858; L. MARINELLI, *Un eurodecalogo per i servizi pubblici*, in *Il sole 24 ore* del 22 febbraio 1993; G. GRECO, *Il diritto comunitario propulsore del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1993, 85.

(155) Così M. CAMMILLI, *Comunità europea e servizi pubblici*, cit.

(156) R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993; G. PASTORI, *Pubblica amministrazione e impresa*, cit. 350.

(157) Cf. M. D'AFERRI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992, 145; G. DI GASPARI, *L'ENEL s.p.a. tra privatizzazione e servizio pubblico*, cit., 120. F. LOCALI, *Servizi pubblici più efficienti con quattro nuove authority*, in *Il sole 24 ore* del 14 aprile 1993, che commenta un progetto del Governo per regolare i settori dell'energia, acqua e telefoni ed altresì Agence « EUROPE », Sabato 6 febbraio 1993, n. 5914, riporta che in occasione del convegno « Verso un servizio pubblico europeo », il presidente della Commissione Ce ha espresso la necessità che, per superare lo « scetticismo » sull'efficacia di molti servizi pubblici nazionali, le imprese del settore considerato divengano efficienti e produttive anche accettando di trasferire, in modo selettivo, alcuni compiti alla sfera privata, oltre a modernizzare la gestione ed a tenere maggiormente conto degli utenti.