

JUS GENTIUM EUROPAEUM
13

Amedeo Arena

LA NOZIONE
DI 'SERVIZIO PUBBLICO'
NEL DIRITTO
DELL'INTEGRAZIONE
ECONOMICA
LA SPECIFICITÀ DEL MODELLO
SOVRANAZIONALE EUROPEO

Editoriale Scientifica



jus gentium europaeum
collana di studi comunitari
13

collana *jus gentium europeum*

1. C.E. BALDI, *Per un'Europa possibile. Libro nero dei fondi strutturali*, 1997
2. T. BALLARINO, L. BELLODI, *Gli aiuti di stato nel diritto comunitario*, 1997
3. L. BELLODI, *Telecomunicazioni e concorrenza nel diritto comunitario*, 1999
4. F. CAPELLI, *L'Euro nell'ordinamento dell'Unione europea*, 1999
5. R. COLONNA, R. SCHULZE, S. TROIANO (a cura di), *L'interpretazione del diritto privato europeo e del diritto armonizzato*, 2004
6. M.L. TUFANO (a cura di), *Cantiere Europa. Le riforme istituzionali dell'Unione*, 2004
7. C. RISI (a cura di), *L'azione esterna dell'Unione europea*, III ed., 2010
8. E. FONTANA, *Aiuti di Stato e diretta efficacia*, 2006
9. M.L. TUFANO (a cura di), *La crisi dell'Unione Europea*, 2006
10. M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 2007
11. L. GIAMPAOLINO, *Dall'attività amministrativa al mercato. La disciplina dei contratti con le pubbliche amministrazioni in materia di lavori, servizi e forniture*, 2008
12. M. PANEBIANCO, *il G8-2009. Sistema multi-regionale di Stati*, II ed., 2010

AMEDEO ARENA

LA NOZIONE
DI *SERVIZIO PUBBLICO* NEL DIRITTO
DELL'INTEGRAZIONE ECONOMICA

LA SPECIFICITÀ DEL MODELLO SOVRANAZIONALE EUROPEO

EDITORIALE SCIENTIFICA

Tutti i diritti sono riservati

© Editoriale Scientifica srl 2011
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli

ISBN 978-88-6342-213-9

L'autore desidera ringraziare il Prof. Roberto Mastroianni per la guida costante ed i preziosi spunti di riflessione, nonché il Prof. Fabio Ferraro per le utili indicazioni ed i suggerimenti.

SOMMARIO

Introduzione XI

PARTE PRIMA - LA NOZIONE DI «SERVIZIO PUBBLICO»
ED IL DIRITTO DELL'INTEGRAZIONE ECONOMICA

1. Il concetto di «servizio pubblico» come precomprensione: l'opportunità di una definizione stipulativa	
1. L'approccio diairetico e la difficile razionalizzazione dei riferimenti contenuti nel diritto positivo	5
2. L'approccio economico: il «servizio pubblico» come intervento governativo nella fornitura di «beni pubblici» o di «beni meritori»	9
3. Gli elementi «strutturali» della nozione di «servizio pubblico» nelle concettualizzazioni della dottrina	16
3.1. Le origini della nozione di «servizio pubblico»	16
3.2. La Scuola di Bordeaux	19
3.3. La teoria del « <i>procédé du service publique</i> » e la teorizzazione in senso soggettivo della nozione di servizio pubblico	20
3.4. Pototschnig ed il servizio pubblico in senso ogget- tivo	22
3.5. Marcou ed il «criterio della determinazione del- l'offerta»	24
3.6. La «definizione unitaria» di Brancasi	25
3.7. Le « <i>fonctions régaliennes</i> » come servizi pubblici	27
4. La definizione stipulativa di «servizio pubblico» ai fini del presente lavoro	28

2. Funzioni e manifestazioni della nozione di «servizio pubblico» negli accordi di integrazione economica	
1. L'economia dell'integrazione: liberalizzazione ed intervento pubblico quali complementi necessari	35
2. La nozione di «servizio pubblico» quale funzione del bilanciamento tra liberalizzazione e intervento pubblico	39
3. Le clausole di esenzione relative ai servizi pubblici negli accordi di integrazione economica	43
4. Le clausole di regolamentazione relative ai servizi pubblici negli accordi di integrazione economica	48
3. I servizi pubblici nel diritto mondiale dell'integrazione economica: il GATS	
1. Le clausole di esenzione relative ai servizi pubblici nel GATS	53
1.1. Le esenzioni «individuali»: l'applicazione «à la carte» degli obblighi di liberalizzazione del GATS	53
1.2. Le esenzioni «totali»: i servizi forniti nell'esercizio dei poteri governativi	56
1.3. (Segue) I servizi di trasporto aereo	67
1.4. (Segue) Le eccezioni generali e di sicurezza	68
1.5. Le esenzioni «parziali»: il trasporto marittimo	70
1.6. (Segue) Gli appalti pubblici	71
2. Le clausole di regolamentazione relative ai servizi pubblici nel GATS	73
2.1. Le clausole di regolamentazione trasversali: i monopoli ed i fornitori esclusivi	73
2.2. (Segue) La regolamentazione interna	75
2.3. Le clausole di regolamentazione settoriale: l'allegato sulle telecomunicazioni	77
2.4. (Segue) Il <i>Reference paper</i>	81
3. La nozione di «servizio pubblico» nel GATS	85

PARTE SECONDA - LA NOZIONE DI «SERVIZIO PUBBLICO»
ED IL MODELLO SOVRANAZIONALE EUROPEO

4. Principali clausole di esenzione e di regolamentazione nel diritto dell'Unione Europea	
1. Le esenzioni «incondizionate» relative ai servizi pubblici	94
1.1. La deroga per le attività che partecipano «all'esercizio dei pubblici poteri»	95
1.2. La deroga per gli «impieghi nella pubblica amministrazione»	104
1.3. La nozione di «attività economica» quale presupposto per l'applicazione del diritto della concorrenza	110
1.4. La nozione di «società» nell'ambito del diritto di stabilimento	117
1.5. L'elemento della «retribuzione» nel contesto della libera prestazione dei servizi	119
2. Le esenzioni «condizionate» relative ai servizi pubblici	122
2.1. La deroga per i «servizi di interesse economico generale» di cui all'articolo 106, paragrafo 2, TFUE	123
2.1. Le «compensazioni degli oneri delle missioni d'interesse generale» nell'ambito delle regole in materia di aiuti di Stato	129
2.2. Deroghe espresse ed esigenze imperative nel contesto delle norme in materia di libera circolazione	135
2.3. Le esenzioni condizionali nell'ambito del diritto della concorrenza	142
2.4. La deroga in materia di sicurezza nazionale di cui all'articolo 346 TFUE	146
3. Le clausole di regolamentazione relative ai servizi pubblici	149
3.1. Le clausole di regolamentazione contenute nel diritto derivato e l'articolo 14, secondo periodo, TFUE	149
3.2. L'articolo 14, primo periodo, TFUE e gli altri riferimenti nel diritto primario quali clausole di regolamentazione <i>suorum generum</i>	158

5. Categorie giuridiche relative ai servizi pubblici nel diritto dell'Unione Europea	
1. Genesi ed evoluzione della nozione di «servizi di interesse generale»	166
2. I servizi di interesse generale: l'equivalente funzionale della nozione di «servizio pubblico» nel diritto dell'Unione Europea	169
3. I servizi di interesse economico generale: un «contenitore concettuale» tra libertà di definizione e prospettive di sovranazionalizzazione	173
4. I servizi non economici di interesse generale: una «riserva di sovranità» in cerca di contenuto	180
5. Gli obblighi di servizio universale	188
6. I servizi sociali di interesse generale ed i servizi sanitari	193
<i>Conclusioni</i>	199
<i>Bibliografia</i>	209

INTRODUZIONE

La specificità dell'Unione Europea quale organizzazione internazionale *sui generis* costituisce, da oltre mezzo secolo, una tematica di vivo interesse per la dottrina. Il presente lavoro intende soffermarsi sulla particolarità della nozione di «servizio pubblico» fatta propria dal diritto dell'Unione Europea rispetto ai corrispondenti concetti giuridici nell'ambito degli altri accordi di integrazione economica, in particolare l'Accordo generale sugli scambi di servizi (GATS) adottato in seno all'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC).

A tal fine, la prima parte di questo lavoro si soffermerà sulla funzione e sulle manifestazioni della nozione di «servizio pubblico» nell'ambito del diritto dell'integrazione economica. Tale disamina richiederà, innanzitutto, la formulazione di una definizione stipulativa di «servizio pubblico». Nel capitolo 1, in particolare, si valuterà l'opportunità di elaborare siffatta definizione sulla base del dato positivo mediante un procedimento diairetico, attraverso il riferimento a concetti economici quali quelli di «bene pubblico» e «bene meritorio», nonché sul fondamento degli elementi «strutturali» della nozione di servizio pubblico individuati dalla giuspubblicistica.

Nell'ambito del capitolo 2, la predetta definizione stipulativa di «servizio pubblico» sarà posta in relazione con gli obiettivi dell'integrazione economica, al fine di fare luce sul bilanciamento di interessi che la nozione di «servizio pubblico» sottende in tale contesto. A tale riguardo, sarà opportuno soffermarsi sui tipi di disposizione attraverso i quali tale bilanciamento trova tipicamente espressione negli accordi di integrazione economica: le clausole di esenzione e quelle di regolamentazione. Occorrerà inoltre illustrare i meccanismi attraverso i quali, nell'ambito di un dato accordo di integrazione economica, detto bilanciamento

di interessi può evolvere, con conseguente alterazione della nozione di «servizio pubblico» fatta propria da tale accordo.

In considerazione della particolare rilevanza del GATS quale unico accordo di integrazione economica con ambito soggettivo di applicazione tendenzialmente globale, il capitolo 3 recherà una disamina delle clausole di regolamentazione ed esenzione relative ai servizi pubblici contenute in tale accordo, nonché della nozione complessiva di «servizio pubblico» da esso recepita.

La seconda parte del presente lavoro avrà invece ad oggetto le manifestazioni della nozione di «servizio pubblico» nel contesto del diritto dell'Unione Europea. Ciò richiederà, nell'ambito del capitolo 4, un esame delle principali clausole di esenzione e regolamentazione relative a detti servizi rinvenibili nel diritto primario ed in alcuni atti di diritto derivato. Tale indagine si soffermerà sulle deroghe espresse ed implicite suscettibili di sottrarre i servizi pubblici all'applicazione delle norme in materia di libera circolazione, concorrenza ed aiuti di Stato. A tal fine, verranno prese in considerazione in primo luogo le esenzioni «incondizionate», che sottraggono interi settori all'applicazione di tutte le disposizioni dei Trattati o di parte di esse. Trattasi, ad esempio, della deroghe espresse di cui agli articoli 45, paragrafo 4, e 51 TFUE, relative, rispettivamente, agli «impieghi nella pubblica amministrazione» ed alle attività connesse «all'esercizio dei pubblici poteri», nonché delle deroghe implicite quali la nozione di «attività economica» nell'ambito del diritto della concorrenza o quella di «retribuzione» nell'ambito della libera circolazione dei servizi. In secondo luogo, saranno oggetto di approfondimento le esenzioni di tipo «condizionale», che non sottraggono i servizi pubblici in quanto tali all'ambito applicativo delle disposizioni dei Trattati, ma impediscono l'applicazione delle stesse a tali servizi in via eccezionale qualora una o più condizioni siano soddisfatte. Si tratta, ad esempio, dell'articolo 106, paragrafo 2, TFUE, che consente di derogare a qualsiasi norma del Trattato nella misura in cui ciò sia necessario per assicurare il conseguimento delle missioni affidate alle imprese

incaricate della gestione di «servizi di interesse economico generale», nonché della nozione di «vantaggio economico» nell'ambito delle norme in materia di aiuti di Stato interpretata alla luce della sentenza *Altmark*. In terzo luogo, verranno prese in considerazione le principali clausole di regolamentazione relative ai servizi pubblici previste dal diritto derivato e ci si interrogherà sulla valenza dei riferimenti ai «servizi di interesse economico generale» contenuti nel diritto primario.

Il capitolo 5 si soffermerà, quindi, sulle categorie giuridiche relative ai servizi pubblici elaborate nell'ambito del diritto dell'Unione. Innanzitutto verrà presa in considerazione la nozione di «servizi di interesse generale», quale possibile equivalente funzionale della nozione di «servizi pubblici» definita in via stipulativa nella prima parte del presente lavoro. Successivamente si avrà riguardo alle due principali sottocategorie di tale concetto: quella di «servizi di interesse economico generale», presente nel Trattato fin dal 1957, e quella di «servizi non economici di interesse generale», che ha trovato consacrazione nell'ambito del diritto primario soltanto con l'articolo 2 del Protocollo n. 26 allegato al Trattato di Lisbona. In particolare, a fronte della potenziale rilevanza di quest'ultima categoria come «riserva di sovranità» a favore degli Stati, si valuterà la possibilità di chiarirne la portata sulla base di alcuni dei criteri giurisprudenziali delineati al capitolo precedente. Costituiranno, quindi, oggetto di approfondimento il concetto di «servizio universale», con particolare riferimento al suo rapporto di continenza con la nozione di «servizio pubblico», nonché la categoria, di recente elaborazione, dei «servizi sociali di interesse generale».

In conclusione, si evidenzieranno le principali specificità che caratterizzano la nozione di «servizio pubblico» nel contesto del modello sovranazionale europeo rispetto al diritto dell'integrazione economica ed in particolare al GATS, ponendo in risalto le relazioni intercorrenti tra tali particolarità sotto il profilo sostanziale e la struttura istituzionale *sui generis* che caratterizza l'Unione Europea.

PARTE PRIMA
LA NOZIONE DI «SERVIZIO PUBBLICO»
ED IL DIRITTO DELL'INTEGRAZIONE ECONOMICA

1.
IL CONCETTO DI «SERVIZIO PUBBLICO»
COME PRECOMPRESIONE:
L'OPPORTUNITÀ DI UNA DEFINIZIONE STIPULATIVA

Sono generalmente considerati «servizi pubblici» i servizi preordinati al soddisfacimento delle esigenze di base della società¹, intrinsecamente legati all'effettivo godimento dei diritti fondamentali² ed in particolare dei diritti sociali³. In virtù di tali considerazioni, gli Stati e le loro articolazioni territoriali si sono tradizionalmente fatti carico della gestione, organizzazione e finanziamento di servizi, quali la fornitura di acqua potabile ed energia elettrica, l'assistenza sanitaria, l'istruzione, i trasporti e le telecomunicazioni⁴. Diversamente, gli accordi di integrazione economica si occupano di tali servizi solo marginalmente ed eccezionalmente, come testimoniato dalla scarsa frequenza dei riferimenti all'espressione «servizio pubblico» nel testo di tali accordi⁵.

¹ Sul punto G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 5517.

² Si veda l'articolo 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Si vedano altresì Comitato Economico e Sociale, Rapporto del 25 giugno 2002 *Liberalization of trade in services and human rights*, UN Doc E/CN.4/Sub.2/2002/9; Segretariato UNCTAD, documento del 18 agosto 2006, *Universal Access to Services*, UN Doc TD/B/COM.1/EM.30/2.

³ Sul punto G. MARCOU, *Regolazione, servizi pubblici essenziali e diritti sociali nello spazio giuridico europeo*, in A. LUCARELLI (a cura di), *Diritto pubblico europeo dell'economia*, ESI, Napoli, 2010, pp. 45-48.

⁴ Corte Suprema degli Stati Uniti, *Nat'l League of Cities v. Usery*, 426 U.S. 833, 851 (1976).

⁵ Nell'ambito delle fonti primarie di diritto dell'Unione Europea, si rinvencono esclusivamente le espressioni «servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio», all'articolo 93 TFUE in materia di trasporti, e «finanziamento del servizio pubblico di radiodiffusione», al Protocollo n. 29 sul sistema di radiodiffusione pubblica. Nel contesto GATS, gli unici richiami all'espressione «servizio pubblico» figurano nell'Allegato sulle telecomunicazioni, in particolare all'articolo 5, lettera e), punto i) (ove si fa riferimento alle «responsabilità

Dal momento che la nozione (e l'espressione) in esame è e resta fondamentalmente aliena al diritto dell'integrazione economica, qualsiasi indagine ermeneutica circa le declinazioni del concetto di «servizio pubblico» in detto contesto necessariamente sottende una «precomprensione» (*Vorverständnis*) di tale concetto⁶. Mentre in alcuni contributi tale fenomeno non costituisce oggetto di un'esplicita disamina⁷, si ritiene risponda maggiormente ad esigenze di chiarezza illustrare il contenuto di tale precomprensione fornendo una definizione «stipulativa» del significato attribuito dall'autore all'espressione «servizio pubblico» ai fini del presente lavoro⁸.

Al riguardo si prospettano tre possibili alternative, che saranno oggetto di disamina nei paragrafi seguenti. In primo luogo, si valuterà la possibilità di ricavare una definizione di «servizio pubblico» dal diritto positivo attraverso un procedimento diairetico, ossia partendo dall'analisi del dato normativo e giurisprudenziale nell'ambito di diversi ordinamenti nazionali e procedendo, per astrazione e generalizzazione, alla formulazione di una definizione⁹. In secondo luogo, ci si interrogherà

in quanto erogatori di un servizio pubblico dei fornitori di reti e servizi di trasporto di telecomunicazioni», nella versione originale inglese: «public service responsibilities»), come riprodotto in A. ARENA, J. MARTIRE, R. NOCERINO e A. TORINO (a cura di), *Codice dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, p. 324-327.

⁶ Sui diversi significati dell'espressione «precomprensione», si veda L. DE RUGGIERO, *Sul concetto di precomprensione*, in *Politica del diritto*, 1984, vol. 15, pp. 596-597, note 21 e 22.

⁷ Ad esempio R. ADLUNG, *Public services and the GATS*, in *Journal of International Economic Law*, vol. 9, pp. 455-485 dà per scontata la nozione di «public services». Al contrario, l'indagine sullo stesso argomento condotta da M. KRAJEWSKI, *Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework*, *ivi*, vol. 6, pp. 343-347 si sofferma diffusamente sul significato di tale espressione prima di procedere all'esame della stessa nel contesto del GATS.

⁸ B. LEONI, *Freedom and the law*, Van Nostrand, Princeton, 1961, p. 12 distingue fra definizioni «stipulative» e «lessicali»: le prime individuano il significato che l'autore intende attribuire ad una data espressione, le seconde il senso attribuito a tale espressione nell'uso comune.

⁹ Sull'uso dei procedimenti diairetici nell'ambito delle discipline giuridi-

sull'opportunità di elaborare tale definizione sulla base dei concetti economici di «bene pubblico» e «bene meritorio». In terzo luogo, si procederà alla disamina delle più significative concettualizzazioni della nozione di «servizio pubblico» formulate dalla dottrina al fine di individuare gli elementi «strutturali» di tale concetto e di ricomporli in una definizione stipulativa coerente.

1. L'approccio diairetico e la difficile razionalizzazione dei riferimenti contenuti nel diritto positivo

Quella di «servizio pubblico» è stata autorevolmente definita una «fortunosa espressione»¹⁰, in quanto assume un diverso significato a seconda del contesto normativo in cui si inserisce¹¹. Posto che la nozione di servizio pubblico ha origine negli ordinamenti nazionali¹², si potrebbe ritenere che è in questi ultimi che, attraverso un procedimento diairetico, il significato di tale

che, si veda S. CASSESE, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006, vol. 3, pp. 597-612.

¹⁰ Così M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Milano, 1972, p. 105.

¹¹ Sul punto V. SOTTILI, *Servizio pubblico e diritto comunitario* in L. G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di) *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 9. Cfr. inoltre il rilievo di R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, 1956, p. 2, secondo il quale vi sarebbero tante nozioni di servizio pubblico quanti sono gli autori che se ne sono occupati.

¹² Per un'accurata disamina delle origini e dell'evoluzione di tale nozione, si veda per tutti C. IANNELLO, *Poteri pubblici e servizi privatizzati*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 61 ss.. Tra i numerosissimi contributi della dottrina francese in materia, v. F. BÉNOIT, *Le droit administratif français*, Dalloz, Parigi, 1968; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, Parigi, 1987, R. BARRILLON, *Droit administratif*, PUF, Parigi, 1979; G. BRAIBANT e B. STIRN, *Le droit administratif français*, Dalloz, Parigi, 2005; P. DELVOLVÉ, *Le droit administratif*, Dalloz, Parigi, 1998; M. FLAMME, *Droit administratif*, Presses universitaires de Bruxelles, Bruxelles, 1977; P. GARANT, *Droit administratif*, Editions Yvon Blais, Montreal, 1985.

proteiforme concetto andrebbe ricercato, per poi verificare le particolari declinazioni che esso assume nel contesto del diritto dell'integrazione economica. Ma quale ordinamento nazionale dovrebbe costituire il punto di partenza di tale indagine?

La nozione di servizio pubblico, come categoria giuridica, si manifesta in forme molto diverse nei vari sistemi giuridici nazionali¹³. Mentre nel diritto italiano e francese tale espressione individua un concetto giuridico d'uso comune per il legislatore ed i giudici¹⁴, negli ordinamenti svedese e finlandese un'equivalente nozione giuridica difetta del tutto, pur costituendo tali Paesi esempi paradigmatici di *welfare state*¹⁵. Tra tali estremi si situano gli ordinamenti anglo-americani e germanici. Nel Regno Unito ed in altri sistemi di *common law*, l'espressione «*public utilities*» individua esclusivamente le grandi industrie di rete (e.g. elettricità, gas, trasporti), ma è priva di valore esemplificativo sotto il profilo giuridico¹⁶; l'espressione «*public service*», al singolare, fa riferimento al pubblico impiego (ed è quindi sinonimo di «*public sector*»)¹⁷, al plurale, si riferisce ai servizi pubblici ma non sotto il profilo giuridico, bensì soltanto sotto quello econo-

¹³ Per saggiare la portata delle differenze esistenti fra i diversi ordinamenti nazionali in materia di disciplina dei servizi pubblici, si rimanda ai seguenti studi comparativi: F. MODERNE e G. MARCOU (a cura di), *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union européenne*, L'Harmattan, Parigi, 2001; J. BOUAL, P. BRACHET e M. HISZKA (a cura di), *Public services in Europe: Germany, Italy, Sweden, United Kingdom, Bulgaria, Czech Republic, Estonia, Hungary, Latvia, Lithuania, Poland, Romania, Slovakia*, Publisud, Parigi, 2007; P. BAUBY e M. SIMILIE, *Public Services in the European Union and in the 27 Member States*, 2010.

¹⁴ Così J. BAQUERO CRUZ, *Beyond Competition: Services of General interest and European Community Law*, in G. DE BURCA (a cura di), *EU Law and the Welfare State, in Search of Solidarity*, Oxford University Press, 2005, p. 171.

¹⁵ Sul punto, T. MODEENE, *Le service public en droit finlandais et suédois*, in F. MODERNE e G. MARCOU (a cura di), *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union européenne*, L'Harmattan, Parigi, 2001, pp. 244-245.

¹⁶ Così P. BAUBY e M. SIMILIE, *op. cit.*, p. 8.

¹⁷ *Ibid.*

mico e politologico¹⁸. Del pari, in Germania, l'espressione «*öffentliche Dienstleistungen*»¹⁹ individua i servizi pubblici in senso prevalentemente socioeconomico, mentre il concetto giuridico di «*Daseinsvorsorge*», introdotto da Ernst Forsthoff nel 1938, appare circoscritto ai servizi pubblici essenziali²⁰. Il quadro non può che complicarsi ulteriormente se, oltre agli ordinamenti romanistici, germanici, anglo-americani e nordici, si prendono in considerazione altresì anche i sistemi giuridici socialisti o ex socialisti, quelli teocratici e quelli dell'estremo oriente²¹.

D'altra parte, anche nel contesto del singolo ordinamento giuridico, i riferimenti al «servizio pubblico» contenuti nella legislazione appaiono funzionalmente polisemici, assumendo significati diversi a seconda del plesso di disposizioni in cui si inseriscono. Nell'ordinamento italiano, ad esempio, la definizione di «servizi pubblici essenziali», fornita dalla legge 12 giugno 1990, n. 146 al fine di regolamentare il diritto di sciopero,²² ha

¹⁸ Sul punto J. BELL e T. KENNEDY, *La notion de service public au Royaume-Uni et en Irlande*, in F. MODERNE e G. MARCOU (a cura di), *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union européenne*, L'Harmattan, Parigi, 2001, pp. 131-134. Lo stesso può dirsi, nell'ambito dell'ordinamento tedesco, per l'espressione «*öffentliche Dienstleistungen*», priva di valore giuridico. Cfr. P. BAUBY e M. SIMILIE, *op. cit.*, p. 34.

¹⁹ L'espressione «*öffentlicher dienst*» individua invece il rapporto giuridico esistente tra datore e lavoratore nel contesto del pubblico impiego. Sul punto J. SCHWARZE, *Le Service Public: l'expérience allemande*, in *Actualité Juridique Droit Administratif*, 1997, p. 150 ss..

²⁰ In tal senso, G. MARCOU, *Regolazione, servizi pubblici essenziali e diritti sociali nello spazio giuridico europeo*, in A. LUCARELLI (a cura di), *Diritto pubblico europeo dell'economia*, ESI, Napoli, 2010, p. 31. Sul punto cfr. inoltre H. WOLLMANN e G. MARCOU, *Introduction*, in *The Provision of Public Services in Europe: Between State, Local Government and Market*, Edward Elgar, 2010, p. 2 secondo il quali il concetto tedesco di *Daseinsvorsorge*, a differenza del concetto francese di *service public*, non comprenderebbe i c.d. servizi sociali.

²¹ Tale classificazione in famiglie è tratta da v. K. ZWEIGERT e H. KÖTZ, *Introduction to comparative law*, Clarendon, Oxford, 1998.

²² Articolo 1, comma 1, della legge 12 giugno 1990, n. 146, in *GURI*, n. 137 del 14 giugno 1990, come modificata dalla legge 11 aprile 2000, n. 83, in *GURI*

portata diversa da quella di «incaricati di pubblico servizio», prevista dal Codice penale allo scopo di estendere agli stessi l'applicazione dei reati propri dei pubblici ufficiali.²³ Del pari, la definizione di «amministrazioni pubbliche», prevista dal Testo unico sul pubblico impiego per individuare i destinatari della disciplina giuslavoristica ivi contenuta,²⁴ evidentemente non corri-

11 aprile 2000: «Ai fini della presente legge sono considerati servizi pubblici essenziali, indipendentemente dalla natura giuridica del rapporto di lavoro, anche se svolti in regime di concessione o mediante convenzione, quelli volti a garantire il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla vita, alla salute, alla libertà ed alla sicurezza, alla libertà di circolazione, all'assistenza e previdenza sociale, all'istruzione ed alla libertà di comunicazione»

²³ Articolo 358 del Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, in *GURI* 26 ottobre 1930, n. 251: «Agli effetti della legge penale, sono incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio. Per pubblico servizio deve intendersi un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di questa ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale.» L'articolo 358 c.p. è stato così modificato dall'art. 18 della legge 26 aprile 1990, n. 86, in *GURI* 27 aprile 1990, n. 97. Il testo previgente – di interesse nella misura in cui consente di cogliere i profondi mutamenti che hanno interessato la nozione di servizio pubblico nel nostro ordinamento – era il seguente: «Agli effetti della legge penale, sono persone incaricate di un pubblico servizio: 1) gli impiegati dello Stato, o di un altro ente pubblico, i quali prestano, permanentemente o temporaneamente, un pubblico servizio; 2) ogni altra persona che presta permanentemente o temporaneamente, gratuitamente o con retribuzione, volontariamente o per obbligo, un pubblico servizio».

²⁴ Articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, in *GURI* n. 106 del 9 maggio 2001 (testo coordinato ed aggiornato, pubblicato in *GURI* n. 254 del 31-10-2009 - Suppl. Ordinario n. 197): «Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300».

sponde all'analitica descrizione della «materia di pubblici servizi», operata dal Codice del processo amministrativo per disciplinare il riparto di giurisdizione fra il giudice ordinario ed il giudice amministrativo.²⁵

L'estrema eterogeneità dei riferimenti alla nozione di «servizio pubblico» contenuti nel diritto positivo e la polisemia funzionale di tali riferimenti nell'ambito del medesimo ordinamento giuridico non consentono di elaborare una definizione di «servizio pubblico» utile ai fini della ricognizione di tale nozione nell'ambito del diritto dell'integrazione economica. La scelta di uno qualsiasi di tali riferimenti quale modello, difatti, risulterebbe del tutto arbitraria.

2. L'approccio economico: il «servizio pubblico» come intervento governativo nella fornitura di «beni pubblici» o di «beni meritori»

Secondo l'economista statunitense Paul Samuelson,²⁶ i «beni pubblici» – espressione che ricomprende sia i beni propriamente detti, che i servizi – si distinguerebbero dai beni privati sotto due profili. Innanzitutto l'utilizzo dei primi è «non rivale» (*non-rival*), nella misura in cui la fruizione di tali beni da parte di un

²⁵ Articolo 133, comma 1, lettera c), del Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, in *GURI* n. 156 del 7 luglio 2010: «Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo [...] le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di pubblica utilità».

²⁶ Si veda, in particolare, P. SAMUELSON, *The Pure Theory of Public Expenditure – Review of Economics and Statistics XXXVI*, (4), November, 387-9, in *International Library of Critical Writings in Economics*, vol. 67, 1996.

soggetto non ne riduce la disponibilità per gli altri.²⁷ In secondo luogo, la fruizione dei *public goods* è «non escludibile» (*non-excludable*), posto che il soggetto che mette a disposizione tali beni non è in condizione di estromettere alcun consociato dal godimento degli stessi.²⁸

Si consideri, a titolo d'esempio, il caso delle forze armate poste a difesa dei confini di uno Stato. La fruizione del bene della sicurezza nazionale è, evidentemente, «non rivale», in quanto la presenza di un civile in più all'interno dei confini nazionali non pregiudica la possibilità per i militari di proteggere gli altri civili situati in tale ambito territoriale. Del pari, la fornitura di tale bene è chiaramente «non escludibile» in quanto, una volta all'interno dei confini nazionali, tutti i civili beneficerebbero della medesima protezione.

In termini economici, i beni pubblici determinano la creazione di «esternalità positive»: la loro fornitura produce infatti delle conseguenze favorevoli nella sfera di altri soggetti, senza che a questo corrisponda una compensazione in termini monetari, ossia venga pagato un prezzo pattuito nel contesto di una libera contrattazione di mercato. Di conseguenza, la fornitura di *public goods* risente del c.d. problema del *free-riding*: dato che nessuno può essere escluso dal godimento di tali beni, un *homo oeconomicus* sarà incentivato a fruirne senza contribuire alla loro produzione. Ciò conduce ad un fallimento del mercato, posto che nessun agente economico razionale avrà interesse a fornire dei beni senza poterne richiedere il corrispettivo ai soggetti che ne fanno uso.

²⁷ Sul punto V. OGUS, *Regulation: legal form and economic theory*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 33-34; J. E. STIGLITZ, *Economics of the public sector*, W.W. Norton & Co., New York, 2000.

²⁸ L'impossibilità di escludere specifici soggetti dalla fruizione dei beni pubblici costituisce una tematica oltremodo controversa in letteratura. Cfr. *ex multis* W. LAUX-MEISELBACH, *Impossibility of exclusion and characteristics of public goods*, in *Journal of Public Economics*, 1988, vol. 36, pp. 127-137; M. KAMIEN, N. SCHWARTZ e D. ROBERTS, *Exclusion, externalities, and public goods*, in *Journal of Public Economics*, 1973, vol. 2, pp. 217-230.

La soluzione più diffusa al problema del *free-riding* in relazione ai beni pubblici consiste nell'affidarne la fornitura ad autorità pubbliche. Posto che il mercato non offre sufficienti incentivi per orientare nella direzione desiderata il comportamento degli agenti economici, si introduce, attraverso un intervento pubblico, un elemento di obbligatorietà sia dal lato dell'offerta, sia dal lato della domanda. Quanto al primo profilo, in particolare, può trattarsi della previsione, a carico dell'ente erogatore, dei c.d. obblighi di servizio pubblico: la fornitura dei beni pubblici non è più rimessa alla discrezione del soggetto prestatore, bensì predeterminata dalla legge sotto forma di obblighi di servizio pubblico o di servizio universale. Sul versante della domanda, si introducono degli accorgimenti, quali il consumo obbligatorio (si pensi al caso della scuola dell'obbligo) o, più spesso, il finanziamento obbligatorio dei servizi pubblici attraverso il gettito derivante da imposte che colpiscono la generalità dei consociati, a prescindere dalla effettiva fruizione dei predetti servizi da parte di ciascun contribuente.

Attraverso tali accorgimenti, la fornitura di beni pubblici è assicurata. È appena il caso di rilevare come tali interventi non risolvano affatto il problema dei fallimenti del mercato, sottraendo, anzi, del tutto la prestazione dei beni pubblici alle logiche di mercato. Pertanto, secondo la teoria prospettata, il «servizio pubblico» può essere definito come «la fornitura, mediante un intervento governativo, di beni pubblici», ossia di quelle prestazioni che non possono essere fornite in maniera efficiente dal mercato in considerazione della «non rivalità» e «non escludibilità» della loro fruizione.²⁹

Detta definizione non risulta peraltro soddisfacente per tre ordini di motivi: in primo luogo, in quanto la «non rivalità» e la «non escludibilità» sono caratteristiche mutevoli; in secondo

²⁹ Sul punto M. J. HORN, *The Political Economy of Public Administration: Institutional Choice in the Public Sector*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, p. 152.

luogo, in quanto l'intervento governativo non costituisce l'unica soluzione possibile al fenomeno del *free-riding*; in terzo luogo, in quanto la maggior parte dei servizi tradizionalmente considerati servizi pubblici non presenta le caratteristiche proprie dei beni pubblici.

Quanto al primo profilo, cambiamenti di tipo tecnologico, economico e giuridico possono incidere sensibilmente sulla capacità dei fornitori dei beni pubblici di escludere dalla loro fruizione alcuni utenti.³⁰ Si consideri il caso dell'attività radiotelevisiva, a lungo considerata *public good* e conseguentemente rimessa al settore pubblico, spesso in regime di monopolio legale: quando le trasmissioni erano effettuate unicamente «in chiaro», tutti i soggetti residenti nel bacino di ricezione potevano captare le emissioni e visualizzarle sui propri apparecchi televisivi, senza possibilità di escludere alcun utente da tale fruizione. È però noto che, attorno agli anni '80, la trasmissione di programmi televisivi ha iniziato ad essere gestita, con ingenti profitti, da imprenditori privati. Uno dei meccanismi che ha reso possibile tale cambiamento consiste in un'innovazione tecnologica, ossia la codifica delle trasmissioni televisive. Tale accorgimento ha infatti inciso sul versante della «non escludibilità» del bene in questione, permettendo alle emittenti private di riservare ai soli utenti abbonati la visione dei propri programmi televisivi, secondo il modello economico della *pay-TV*.

In secondo luogo, l'intervento governativo costituisce solo una delle possibili soluzioni al problema del *free-riding*. Si prenda il caso dei fari per la navigazione, a lungo considerati dalla letteratura economica quali esempio paradigmatico del concetto di bene pubblico.³¹ Per tale tipo di attività, l'intervento pubblico era ritenuto necessario: nessun imprenditore privato avrebbe potuto gestire un faro traendone un profitto, posto che

³⁰ Sul punto E. SILVA e C. KAHN, *Exclusion and moral hazard: The case of identical demand*, in *Journal of Public Economics*, 1993, vol. 52, pp. 217-235.

³¹ Si veda ad esempio R. COASE, *The Lighthouse in Economics*, in *Journal of Law and Economics*, vol. 17 1974, p. 360.

non sarebbe stato in grado di addebitarne il corrispettivo alle imbarcazioni in grado di fruirne. Tale affermazione risulta però clamorosamente smentita dal dato storico: nell'Inghilterra del XIX secolo un certo numero di fari erano gestiti da imprenditori privati. Ciò era reso possibile dal seguente accorgimento: gli imprenditori in questione addebitavano il servizio fornito non già alle imbarcazioni (che facilmente avrebbero potuto sottrarsi a tale onere), bensì ai porti adiacenti, i quali riversavano tali costi sui proprietari delle imbarcazioni attraverso un incremento delle tariffe per l'attracco. Posto che alle imbarcazioni che rifiutavano di corrispondere tali importi poteva essere impedito l'ormeggio alle banchine, i proprietari delle imbarcazioni si vedevano costretti a pagare anche il corrispettivo per la fruizione dei servizi offerti dal faro. Tale esperienza suggerisce che il problema del *free-riding* può essere risolto subordinando la fruizione di un bene pubblico all'acquisto di un bene privato, non soggetto ai limiti della «non rivalità» e «non escludibilità». Secondo alcuni economisti, soluzioni di questo tipo sono in generale più efficienti rispetto all'intervento pubblico,³² pur non mancando autorevoli opinioni di segno opposto.³³

In terzo luogo, una definizione di «servizio pubblico» fondata sulla nozione di «bene pubblico» si rivela troppo angusta, posto che la maggior parte dei servizi pubblici non presenta i requisiti di «non rivalità» e «non escludibilità» tipici dei *public goods*.³⁴ I trasporti pubblici, le telecomunicazioni, la fornitura di energia elettrica e di acqua potabile e l'assistenza sanitaria sono soggetti a *capacity constraints* (ad esempio: il numero di posti letto disponibili in un ospedale) e risulta certamente possibile

³² Sul punto D. KLEIN, *Tie-ins and the Market Provision of Public Goods*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 10, 1987

³³ In tal senso R. KUTTNER, *Everything for Sale : The Virtues and Limits of Markets*, University Of Chicago Press, Chicago, 1997.

³⁴ Sul carattere «ideale» della nozione di beni pubblici e le conseguenti ambiguità concettuali, cfr. W. VER EECHE, *Public goods: An ideal concept*, in *Journal of Socio-Economics*, 1999, vol. 28, pp. 139-156.

escludere dalla fruizione di tali *utilities* alcuni consociati (si pensi all'ipotesi di disconnessione coattiva delle utenze in caso di morosità). Per questo motivo, alcuni economisti considerano beni pubblici anche i beni pubblici c.d. spuri, ossia privi dell'elemento della «non escludibilità» (si parla, in questo caso, di «*common pools*») o di quello della «non rivalità» (i c.d. «*club goods*»).³⁵ Neanche tale definizione ampliata comprenderebbe, però, le principali *public utilities*, posto che le stesse, come evidenziato, risultano prive di *entrambi* gli attributi tipici dei beni pubblici.

La nozione di *public good* è stata inoltre posta in relazione con quella di *merit good*, ossia di beni che, pur non presentando le due citate caratteristiche dei beni pubblici, comportano esternalità positive, in quanto la loro fruizione determina vantaggi, oltre che per il consumatore, anche per la generalità dei consociati.³⁶ Dal momento che il singolo prende in considerazione esclusivamente i vantaggi individuali, se la produzione ed il consumo dei beni meritori sono rimessi esclusivamente alle dinamiche di mercato, tali beni sono consumati (e prodotti) in quantità subottimale.³⁷ Il carattere pubblico dell'interesse al consumo ed alla produzione dei beni meritori giustifica forme di intervento pubblico quali la previsione di incentivi (si pensi all'assistenza sanitaria gratuita ed ai prezzi agevolati) o l'imposizione di obblighi (come nel caso delle vaccinazioni obbligatorie).³⁸

³⁵ Sul punto, I. KAUL, I. GRUNBERG e M. STERN, *Defining Global Public Goods*, in I. KAUL, I. GRUNBERG e M. STERN (a cura di), *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century*, OUP, Oxford, 1999, p. 3.

³⁶ In tal senso R. MUSGRAVE, *A Multiple Theory of Budget Determination*, in *FinanzArchiv*, 1957, volume 25, pp. 33-43; W. VER ECKE, *Adam Smith and Musgrave's concept of merit good*, in *Journal of Socio-Economics*, 2003, vol. 31, pp. 701-720; N. BAIGENT, *Social choice and merit goods*, in *Economics Letters*, 1981, vol. 7, pp. 301-305.

³⁷ Sul punto, R. MUSGRAVE e P. MUSGRAVE, *Public Finance in Theory and Practice*, McGraw-Hill, New York, 1973, pp. 80-81; *contra* J. Tomer, *Beyond the rationality of economic man, toward the true rationality of human man*, in *Journal of Socio-Economics*, 2008, vol. 37, pp. 1703-1712.

³⁸ Così T. Besley, *A simple model for merit good arguments*, in *Journal of*

Una definizione di «servizio pubblico» basata sul concetto di «bene meritorio» risulta, però, troppo ampia: dato che un buon pasto costituisce un bene meritorio,³⁹ secondo tale impostazione, anche la preparazione dello stesso dovrebbe essere considerata un servizio pubblico. In realtà, gli Stati e le loro articolazioni interne non intervengono nel processo di produzione e consumo di tutti i beni meritori, ma soltanto di alcuni di essi, sulla base di una valutazione politica.⁴⁰ Inoltre, tali forme di intervento non necessariamente assumono la forma del servizio pubblico, potendo gli Stati limitarsi ad incentivare il consumo di tali beni attraverso, ad esempio, agevolazioni fiscali.⁴¹

In conclusione, né il concetto di «bene pubblico» né quello di «bene meritorio» possono essere assunti come criteri per scervere, nell'ambito di un dato ordinamento, i «servizi pubblici» dagli altri servizi. Tali nozioni, pertanto, pur potendo assumere un notevole rilievo nella prospettiva *de lege ferenda*, in quanto suscettibili di fornire indicazioni a favore o contro l'espansione dell'intervento pubblico in determinati settori, non consentono l'elaborazione di una definizione di servizio pubblico utile ai fini del presente lavoro.

Public Economics, 1988, vol. 35, pp. 371-383. V. però i rilievi critici di F. SCHROYEN, *An alternative way to model merit good arguments*, in *Journal of Public Economics*, 2005, vol. 89, pp. 957-966 e di P. BROWN, *The failure of market failures*, in *Journal of Socio-Economics*, 1992, vol. 21, pp. 1-24.

³⁹ In tal senso I. KAUL, I. GRUNBERG e M. STERN, *op. cit.*, p. 5. Per una recente analisi in Germania, v. S. MANN, *Why organic food in Germany is a merit good*, in *Food Policy*, 2003, vol. 28, pp. 459-469.

⁴⁰ Cfr. S. MANN e H. WÜSTEMANN, *Public governance of information asymmetries. The gap between reality and economic theory*, in *Journal of Socio-Economics*, 2010, vol. 39, pp. 278-285.

⁴¹ Sul punto J. STIGLITZ, *Self-selection and Pareto-efficient taxation*, in *Journal of Public Economics*, 1982, vol. 17, pp. 213-240; S. BLOMQUIST e L. MICHELETTI, *Optimal redistributive taxation when government's and agents' preferences differ*, in *Journal of Public Economics*, 2006, vol. 90, pp. 1215-1233.

3. Gli elementi «strutturali» della nozione di «servizio pubblico» nelle concettualizzazioni della dottrina

Secondo la teoria post-strutturalista delle relazioni internazionali, qualsiasi discorso in materia di politica internazionale presuppone un processo di astrazione, rappresentazione ed interpretazione.⁴² Tale approccio sembra caratterizzare altresì le principali concettualizzazioni dottrinali della nozione di «servizio pubblico», le quali, pur risentendo del contesto storico nel quale si sono affermate, non si sono limitate a descrivere il dato positivo, ma attraverso un'operazione di astrazione, rappresentazione ed interpretazione ne hanno colto, volta per volta, gli elementi ritenuti essenziali.

Mentre alcuni di tali elementi si sono rivelati contingenti rispetto all'evoluzione del diritto positivo, a più di un secolo dalle prime teorizzazioni relative al servizio pubblico, è possibile individuare degli elementi per così dire «strutturali» di tale nozione, suscettibili di essere ricomposti in una definizione stipulativa utile ai fini del presente lavoro. L'individuazione degli elementi costitutivi della nozione di «servizio pubblico», peraltro, non può prescindere da una disamina delle coordinate storico-normative in cui tale nozione è sorta e dalla funzione da essa assolta in tale contesto.⁴³

3.1 *Le origini della nozione di «servizio pubblico»*

Di «servizio pubblico» inizia per prima ad occuparsi la giurisprudenza francese a cavallo fra i Secoli XIX e XX con le cele-

⁴² Sul punto, D. CAMPBELL, *Poststructuralism*, in T. DUNNE, M. KURKI, S. SMITH (a cura di) *International relations theories: discipline and diversity*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 204. Tale approccio si ispira alle considerazioni di M. FOUCAULT, *The Order of Discourse*, in R. YOUNG (a cura di), *Untying the Text: a Post-Structuralist Reader*, London, Routledge, 1981, p. 67.

⁴³ In tal senso S. CASSESE, *op. cit.*, p. 61.

bri pronunce *Blanco* e *Terrier*.⁴⁴ In entrambi i casi, il concetto in argomento era stato proposto come criterio di riparto fra la giurisdizione del *juge judiciaire* e quella del *juge administratif* in alternativa all'orientamento prevalente a quel tempo, imperniato sulla distinzione tra atti d'imperio ed atti di gestione,⁴⁵ tra «*puissance publique*» e «*gestion publique*».⁴⁶

Tale bipartizione, difatti, si era rivelata insoddisfacente, nella misura in cui all'interno degli atti di gestione poteva individuarsi un'ampia «zona grigia» costituita da atti che, benché gestori, erano inscindibilmente legati alla realizzazione del pubblico interesse e necessitavano, al pari degli atti d'imperio, di un regime derogatorio rispetto al diritto civile.⁴⁷

Ciò apparve, con tutta evidenza, nel caso *Blanco* del 1873, in cui il Tribunale dei conflitti era chiamato a pronunciarsi su una domanda risarcitoria proposta da un privato a fronte di un danno arrecato alla propria figlia da un veicolo condotto da un operaio dell'amministrazione dei tabacchi. In linea con le conclusioni del commissario del Governo *David*, il Tribunale dei conflitti statuì che il giudice ordinario dovesse ritenersi incompetente a conoscere qualsiasi domanda rivolta contro l'amministrazione «in merito allo svolgimento di servizi pubblici», e ciò a prescindere che il pregiudizio fosse stato arrecato non già da un funzionario pubblico, bensì da un impiegato dell'ammi-

⁴⁴ Tali pronunce sono reperibili su M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT *et al.*, *Les grandes arrêts de la jurisprudence administrative*, Parigi, 1999.

⁴⁵ Sul punto F. BÉNOIT, *Le droit administratif français*, Dalloz, Parigi, 1968; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, Parigi, 1987 p. 161.

⁴⁶ Per tale distinzione, si veda L. NEVILLE BROWN e J. BELL, *French Administrative Law*, Oxford University Press, 1998, p. 129.

⁴⁷ Così C. IANNELLO, *op. cit.*, p. 61. Fra i numerosissimi contributi della dottrina francese, cfr. R. BARRILLON, *Droit administratif*, PUF, Parigi, 1979; G. BRAIBANT e B. STIRN, *Le droit administratif français*, Dalloz, Paris, 1992; P. DELVOLVÉ, *Le droit administratif*, Dalloz, Parigi, 1998; M. FLAMME, *Droit administratif*, Presses universitaires de Bruxelles, Bruxelles, 1977; P. GARANT, *Droit administratif*, Editions Yvon Blais, Montreal, 1985.

nistrazione assunto sulla base di un contratto di diritto comune.⁴⁸

Di tenore del tutto analogo è la pronuncia del 1903 del Consiglio di Stato nel caso *Terrier*, in cui si legge che «tutto ciò che concerne il funzionamento e l'organizzazione dei servizi pubblici propriamente detti, generali o locali, costituisce un'operazione amministrativa che è, per sua natura, di competenza della giurisdizione amministrativa».⁴⁹

Tale *revirement* giurisprudenziale comportò, come prevedibile, una notevole estensione della giurisdizione amministrativa rispetto a quella del giudice ordinario, nonché, sotto il profilo sostanziale, dell'ambito applicativo del diritto pubblico rispetto a quello del diritto privato.⁵⁰ Meno evidente, ma di particolare interesse in questa sede, è l'identificazione che ne conseguì del servizio pubblico con l'*attività amministrativa nel suo complesso*, ivi comprese quelle funzioni, quali la giustizia e la difesa, che la giuspubblicistica italiana annovera fra le c.d. funzioni pubbliche.⁵¹

L'espansione del diritto pubblico trova un limite solo nel 1921 con la pronuncia *Société commerciale de l'Ouest Africain*,⁵² in cui il Tribunale dei conflitti affermò che, mentre per alcuni servizi, appartenenti «all'essenza stessa dello Stato o dell'amministrazione», permanevano la giurisdizione del giudice amministrativo e la soggezione al diritto pubblico, altri servizi, di natura privata e gestiti dallo Stato solo «occasionalmente», dovessero invece essere regolati dal diritto comune e rimessi alla cognizione del giudice ordinario. Sorgono così i «servizi pubblici a

⁴⁸ Il testo della pronuncia è reperibile su LONG, WEIL, BRAIBANT *et al.*, *op. cit.*, p. 96.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 114.

⁵⁰ Sul punto A. DEMICHEL, *Le droit administratif : essai de réflexion théorique*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Parigi, 1978; L. FAVOREU, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Parigi, 2005.

⁵¹ Al riguardo si veda C. IANNELLO, *op. cit.* p. 62, nota 34.

⁵² Il testo della pronuncia è reperibile su LONG, WEIL, BRAIBANT *et al.*, *op. cit.*, p. 134.

carattere industriale e commerciale», la cui rilevanza, ai fini della presente disamina, è quella di aver posto in discussione l'identità fra servizio pubblico ed attività amministrativa nel suo complesso, segnalando la necessità di individuare ulteriori criteri discretivi o elementi qualificanti per distinguere i servizi pubblici dal resto dell'attività amministrativa.⁵³

3.2 *La Scuola di Bordeaux*

Il *revirement* giurisprudenziale del '21, peraltro, incide in maniera ridotta sull'elaborazione del concetto di diritto pubblico in sede dottrinale, che al contrario attribuisce grande rilievo alla coincidenza fra servizio pubblico ed attività amministrativa, al punto da ritenere l'assolvimento del primo come fonte di legittimazione della seconda. In particolare, secondo Léon Duguit, fondatore della c.d. Scuola di Bordeaux, non solo l'amministrazione, ma lo Stato nel suo complesso traeva la propria ragion d'essere dalla fornitura dei servizi pubblici ai consociati.⁵⁴

Per comprendere fino in fondo la portata di tali affermazioni, occorre ricordare come le stesse siano state elaborate in contrapposizione all'allora prevalente teoria dello Stato-persona, formulata dalla giuspubblicistica tedesca di marcata matrice autoritaria. La stessa giurisprudenza francese antecedente all'*arrêt Blanco*, del resto, si attestava su tali posizioni nel dare rilievo alla distinzione fra atti *iure gestionis* e atti *iure imperii*: è perciò in tale prospettiva di rottura che si coglie pienamente il senso della celebre definizione di Duguit secondo cui lo Stato non sarebbe un potere che comanda, un sovrano, bensì una «cooperazione di servizi pubblici organizzati e controllati dai governanti».⁵⁵

⁵³ In tal senso A. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, Presses universitaires de France, Parigi, 1997.

⁵⁴ In tal senso L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 1921, pp. 439-525.

⁵⁵ Sul punto L. DUGUIT, *Le libertés publiques*, Parigi, 1925, p. 55.

Ai fini del presente lavoro, peraltro, è interessante osservare come, in quel periodo, vi fosse una sostanziale coincidenza tra il profilo funzionale, istituzionale e normativo della nozione di servizio pubblico.⁵⁶ In altri termini, i servizi preordinati alla tutela dell'interesse pubblico (profilo funzionale) erano, di norma, assicurati da enti pubblici (profilo istituzionale) ed erano assoggettati ad uno speciale regime di diritto pubblico (profilo normativo).⁵⁷

All'osservatore contemporaneo tale definizione si presenta palesemente obsoleta. Se infatti la tutela dell'interesse generale sembra ancora caratterizzare i servizi pubblici in molti Stati, altrettanto frequente è l'affidamento di tale compito a soggetti privati, nel contesto di rapporti regolati dal diritto comune. Si consideri, a titolo d'esempio, la legge italiana sul procedimento amministrativo,⁵⁸ il cui articolo 11, comma 1, prevede che l'amministrazione procedente possa concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, «accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo».

3.3. *La teoria del «procédé du service publique» e la teorizzazione in senso soggettivo della nozione di servizio pubblico*

È al principale allievo di Duguit, Gaston Jèze, che si deve la formulazione della teoria del *procédé du service publique*, in base alla quale sono servizi pubblici i bisogni di interesse generale che i governanti, in un dato Paese e in un dato momento, de-

⁵⁶ Al riguardo F. MERUSI, *Servizio pubblico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, Torino, 1970, p. 215 adotta una classificazione analoga, distinguendo però tra accezione «materiale», «organica» e «formale» del servizio pubblico.

⁵⁷ Sul punto, J. RIVERO e J. WALINE, *Droit Administratif*, Dalloz, Paris, 2004, p. 430.

⁵⁸ Legge 7 agosto 1990, n. 241, in *GURI* 18 agosto 1990, n. 192, e successive modifiche.

cidono di soddisfare attraverso un «procedimento di pubblico servizio». ⁵⁹ Il servizio pubblico, pertanto, si risolverebbe nell'insieme delle regole ad esso applicabili. ⁶⁰

Condivisibile è pertanto l'opinione secondo la quale Jèze avrebbe posto le basi della teoria soggettiva del servizio pubblico, ⁶¹ la cui compiuta elaborazione avviene in Italia oltre un decennio più tardi ad opera di De Valles. Secondo tale Autore, servizi pubblici «in senso proprio» sarebbero esclusivamente le attività imputabili direttamente o indirettamente allo Stato e volte a fornire prestazioni ai cittadini considerati *uti singuli*. ⁶² Nel contesto di tale teoria, la «pubblicità» del servizio doveva intendersi secondo una duplice prospettiva: «pubblici» sono infatti gli interessi al cui soddisfacimento tali servizi erano preordinati, così come «pubblica» è la natura del soggetto cui è affidata la prestazione dei servizi in argomento.

Tale concezione, al pari di altre, è in una certa misura figlia del suo tempo. Essa sorge infatti all'indomani delle grandi nazionalizzazioni e municipalizzazioni che avevano interessato l'Italia agli inizi del Secolo XX. ⁶³ Per converso, nel lungo periodo antecedente, ossia dall'Unità d'Italia agli inizi del '900, le

⁵⁹ Così G. JÈZE, *Le principes généraux du droit administratif*, Giard & Brière, Parigi, 1914, p. 16.

⁶⁰ Ibid., p. 3.

⁶¹ Sul punto, C. IANNELLO, *op. cit.*, p. 65. Sulle differenze tra la concezione soggettiva ed oggettiva del servizio pubblico, si veda inoltre R. VILLATA, *Pubblici servizi, Discussioni e problemi*, Milano, 2006, pp. 1-28.

⁶² Sul punto A. DE VALLES, 'I servizi pubblici' in V. E. ORLANDO (a cura di) *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano* (Milano 1930) p. 409.

⁶³ Come rileva S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, GLF editori Laterza, Roma [etc.], 2007, p. 13 è proprio nel primo ventennio del '900 che vengono istituite le principali imprese pubbliche italiane: Azienda delle Ferrovie dello Stato (1905); Impresa per la telefonia interurbana (1907); Istituto Nazionale delle Assicurazioni - INA; Istituto Nazionale del Credito per la Cooperazione, poi Banca Nazionale del Lavoro - BNL (1913); Consorzio per le sovvenzioni sui valori industriali (1914); Consorzio di credito per le opere pubbliche (1919).

attività oggi considerate servizi pubblici non erano soggette ad alcuna disciplina speciale, né erano erogate da enti pubblici,⁶⁴ bensì soddisfatte dall'iniziativa privata in base alle logiche del mercato o gestite dai privati secondo lo schema della concessione governativa.

Non sorprende, pertanto, come, nell'Italia postunitaria, il concetto di servizio pubblico non avesse autonomia semantica in campo giuridico, restando una nozione propria delle scienze delle finanze. Per converso, i vistosi interventi governativi di inizio secolo spiegano la forte caratterizzazione in senso soggettivo della neonata nozione di servizio pubblico.

Al pari delle costruzioni dogmatiche di Duguit, tanto la teoria del *procédé du service publique* di Jèze quanto la concezione soggettivistica di De Valles si rivelano, ai fini del presente lavoro, di modesta utilità, posto che l'affidamento della gestione di servizi pubblici a soggetti privati attraverso strumenti di diritto comune, quali le convenzioni ed i contratti, rappresenta un fenomeno frequente in molti Stati, anche non europei.⁶⁵

3.4. *Pototschnig ed il servizio pubblico in senso oggettivo*

Per una teorizzazione in senso oggettivo della nozione di servizio pubblico occorre invece attendere gli scritti di Potot-

⁶⁴ In tale periodo, che va dal 1861 al 1900, si registra infatti l'istituzione di una sola impresa pubblica: si tratta della Cassa depositi e prestiti, istituita nel 1863. Sul punto, C. IANNELLO, *op. cit.*, p. 67.

⁶⁵ Con riferimento ai soli Stati Membri dell'Unione Europea, P. BAUBY e M. SIMILIE, *Public Services in the European Union and in the 27 Member States*, 2010, a p. 34 rilevano che la concezione «organica» (ossia soggettiva) dei servizi pubblici non costituisce, ad oggi, l'approccio prevalente. *Contra* L. BERTONAZZI e R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M. P. CHITI e G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 1797-1804, secondo i quali la nozione di servizio pubblico in senso soggettivo sarebbe ancora particolarmente attuale ed anzi corrisponderebbe alla nozione di Servizi di interesse generale di diritto dell'Unione Europea.

schnig dei primi anni '60.⁶⁶ Secondo tale Autore, il servizio pubblico si identificherebbe con ogni attività economica rivolta all'attuazione di fini sociali, programmata e controllata dalla pubblica amministrazione, indipendentemente dalla natura, pubblica o privata, del soggetto erogatore di tali prestazioni.⁶⁷

Ancora una volta il ripensamento della nozione di servizio pubblico fa seguito a profondi mutamenti non solo del contesto normativo, ma anche di quello sociale ed economico. Quanto al primo aspetto, in particolare, la Carta costituzionale, consacrando il modello dello Stato sociale, aveva determinato un ampliamento dei c.d. fini pubblici, come testimoniato dallo statuto dell'iniziativa economica, e segnatamente delle sue finalità sociali, nonché della proprietà privata. L'esperto riconoscimento dei doveri inderogabili di solidarietà, insieme a quello del principio di uguaglianza in senso sostanziale, postulavano il coinvolgimento diretto, oltre che dei soggetti pubblici, anche dell'impresa e delle formazioni sociali.⁶⁸

A differenza delle costruzioni teoriche di Duguit, Jèze e De Valles, le tesi di Pototschnig sono quelle che, forse in ragione della loro più recente elaborazione, maggiormente sembrano fornire spunti per la formulazione di una nozione di servizio pubblico nel contesto del diritto dell'integrazione economica. La nozione oggettiva di servizio pubblico proposta da tale autore comprende infatti tre elementi: 1) la presenza di un'attività economica; 2) l'orientamento di tale attività all'attuazione di fini sociali 3) la programmazione ed il controllo di tale attuazione ad opera della pubblica amministrazione.

Mentre il secondo ed il terzo aspetto si presentano sufficientemente ampi e flessibili da comprendere le diverse forme di manifestazione del servizio pubblico al giorno d'oggi, il primo requisito si rivela, al contrario, eccessivamente restrittivo: difatti,

⁶⁶ U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964.

⁶⁷ Ibid., p. 135.

⁶⁸ Cfr. C. MORTATI, *Lezioni sulle forme di governo*, CEDAM, Padova, 1973, p. 91.

ritenere l'economicità dell'attività quale elemento essenziale del servizio pubblico comporterebbe l'esclusione da tale nozione di tutta una serie di attività non economiche la cui qualificazione come servizio pubblico non appare, invero, dubitabile.⁶⁹

3.5. *Marcou ed il «criterio della determinazione dell'offerta»*

Il giuspubblicista francese Gérard Marcou ha proposto di definire la nozione di servizio pubblico «in termini concreti», ossia a prescindere dal contesto giuridico contingente.⁷⁰ A suo avviso, i servizi pubblici sono introdotti in una data società quando il soddisfacimento di alcune delle sue esigenze è preso in carico dalle autorità pubbliche (la c.d. *socialisation de la satisfaction des besoins essentiels*).⁷¹ Si tratta di un momento politico fondamentale, che costituisce una valida chiave di lettura per comprendere le differenze che sussistono fra i vari ordinamenti in ordine alla nozione di servizio pubblico.⁷²

Nondimeno, i servizi pubblici possono essere universalmente individuati attraverso il «criterio della determinazione dell'offerta» (*critère de la détermination de l'offre*): si può ravvisare un

⁶⁹ Si rinvia, in particolare, alle considerazioni svolte al capitolo 5 con riferimento alla nozione di «servizi non economici di interesse generale».

⁷⁰ Così G. MARCOU, *De l'idée de service public au service d'intérêt général* in G. MARCOU e F. MODERNE (a cura di) *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union Européenne*, Logiques juridiques, L'Harmattan, Parigi, 2001, pp. 9-81.

⁷¹ Sul punto G. MARCOU, *Les mutations du droit de l'administration en Europe: pluralisme et convergences*, L'Harmattan, Parigi, 1995, p. 174.

⁷² G. MARCOU, *Il servizio pubblico di fronte al diritto comunitario*, in *Quaderni Filangieri*, 2003, p. 19: «Il servizio pubblico si manifesta nel momento in cui i pubblici poteri intervengono nella determinazione dell'offerta, cioè determinano più o meno dettagliatamente le caratteristiche del servizio offerto e le condizioni alle quali deve essere offerto. Il potere pubblico determina così il livello di soddisfazione dei bisogni da esso ritenuti essenziali. In secondo luogo, la circostanza che il livello e le condizioni del servizio sfuggono a quelle che deriverebbero dal mercato è rivelatrice della presenza del servizio pubblico».

servizio pubblico ogniqualvolta gli aspetti quantitativi e qualitativi della sua fornitura non siano determinati dalla domanda dei consumatori, bensì dall'autorità pubblica, che fissa altresì il livello di soddisfazione dei concomitanti interessi pubblici.⁷³

Pertanto, secondo Marcou, il servizio pubblico può essere raffigurato come una scala di intensità:⁷⁴ alla sommità, l'autorità pubblica determina il complesso degli aspetti quantitativi e qualitativi della fornitura del servizio e ne gestisce direttamente la fornitura; alla base della scala, l'autorità pubblica si limita a sostenere le attività private preordinate al soddisfacimento di interessi generali o impone alcuni obblighi essenziali per evitare i fallimenti del mercato (ad esempio, gli obblighi di servizio universale).

Peraltro, sebbene il criterio di determinazione dell'offerta operi in modo convincente per le fattispecie poste alla sommità della scala di intensità, esso fornisce scarse indicazioni circa la classificazione delle ipotesi situate presso l'estremità inferiore, ove sembrerebbe che tutti i servizi forniti da privati, la cui quantità o qualità sia in una certa misura influenzata dalle autorità pubbliche, debbano considerarsi servizi pubblici. La nozione di servizi pubblici, di conseguenza, comprenderebbe non solo i servizi pubblici in senso stretto, ma anche la regolamentazione delle attività private e tutti i casi di intervento pubblico nell'economia.

3.6. *La «definizione unitaria» di Brancasi*

Il giuspubblicista Antonio Brancasi ha elaborato una definizione di servizio pubblico più circoscritta di quella proposta dal Marcou, sebbene fondata su analoghi presupposti teorici. Se-

⁷³ In tal senso G. MARCOU, *De l'idée de service public au service d'intérêt général*, cit., pp. 386-391.

⁷⁴ Tale similitudine si deve a G. MARCOU, *Il servizio pubblico tra attività economiche e non economiche* in A. BRANCASI (a cura di) *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, Il Mulino, Bologna 2003, p. 334.

condo tale impostazione, i servizi pubblici sarebbero «quelle attività che sono conformate dall'amministrazione e sono sottoposte ad un regime di doverosità in considerazione delle prestazioni che, con il loro esercizio, l'amministrazione stessa vuole siano rese alla collettività.»⁷⁵

Schematizzando, la definizione di Brancasi consta di tre condizioni cumulative: i) l'attività «conformativa» dell'amministrazione rispetto alle prestazioni offerte; ii) la doverosità della previsione del servizio per il relativo prestatore; iii) la fornitura di determinate prestazioni a favore della collettività definite dall'amministrazione.

Sebbene tali requisiti non appaiano innovativi se considerati individualmente,⁷⁶ dalla loro combinazione discende una definizione dotata di pregevole versatilità, in grado di operare a prescindere dei criteri tradizionali, quali la soggezione al diritto pubblico, la proprietà pubblica dell'ente erogatore, il suo finanziamento mediante risorse pubbliche e la natura non economica e priva di scopo di lucro della prestazione del servizio.

A differenza di altre definizioni, per le quali i predetti criteri costituiscono elementi essenziali della nozione di servizio pubblico, per Brancasi tali fattori costituiscono elementi accidentali, conseguenze e non già presupposti della qualificazione di una data attività come servizio pubblico. In altre parole, anche una società di capitali a proprietà interamente privata ed a scopo di

⁷⁵ Sul punto A. BRANCASI, *Il servizio pubblico di trasporto terrestre e la liberalizzazione dei servizi pubblici a carattere imprenditoriale* in A. BRANCASI (a cura di) *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 30.

⁷⁶ In particolare, il primo requisito corrisponde in sostanza al criterio della determinazione dell'offerta di Marcou, mentre la seconda e la terza condizione riflettono l'orientamento secondo il quale la Pubblica Amministrazione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, seleziona alcuni interessi dei consociati ed impone a soggetti pubblici o privati la soddisfazione degli stessi attraverso l'erogazione delle prestazioni corrispondenti. Sul punto G. PALMA, *Itinerari di diritto amministrativo. Lezioni 1993-1994*, CEDAM, Padova, 1996, pp. 94-113.

lucro può essere considerata un fornitore di servizio pubblico se le tre condizioni di Brancasi sono soddisfatte; è peraltro probabile che siffatto fornitore benefici di diritti speciali o esclusivi, goda di finanziamenti pubblici, sia almeno in parte a capitale pubblico ecc.

3.7 *Le «fonctions régaliennes» come servizi pubblici*

Se l'attenzione della più recente dottrina si è principalmente concentrata sulle attività situate all'estremità inferiore della scala di intensità di Marcou, ossia i casi *borderline* rispetto al settore privato, alcuni autori si sono interessati all'altro estremo, ossia a quelle attività che, tradizionalmente, sono state oggetto di un intenso intervento da parte degli Stati. Al riguardo, occorre ricordare come, nel contesto delle privatizzazioni promosse in Francia dal governo Chirac a metà degli anni '80, venne alla luce una nuova nozione: quella di «*fonctions régaliennes*».

In buona sostanza, quanti si opponevano alla privatizzazione di alcuni settori sostenevano che i medesimi costituissero «funzioni di regalità», appartenenti ontologicamente allo Stato e, in quanto tali, appannaggio esclusivo degli enti pubblici.⁷⁷ «Regali» erano considerate, in particolare, la regolamentazione, la funzione giurisdizionale, la politica militare ed estera, nonché la politica monetaria.⁷⁸

I fautori dell'intangibilità delle funzioni di regalità facevano

⁷⁷ J.-M. PONTIER, *La notion de compétences régaliennes dans la problématique de la répartition des compétences entre les collectivités publiques*, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, 2003, vol. 119, pp. 194-237.

⁷⁸ Cfr. M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1929, reprint edition CNRS, p. 116 «Le pouvoir central ne cesse de travailler à dépouiller les pouvoirs locaux de leurs attributions et compétences primitives pour se les approprier exclusivement [...] C'est ainsi que le roi de France a repris progressivement sur les barons féodaux, sous le nom de droits régaliens, le droit d'ordonnance, les droits de justice, les droits de guerre, le droit de battre monnaie» (corsivo aggiunto).

inoltre leva sulla nozione di «*services publics constitutionnels*», introdotta dal Consiglio Costituzionale francese, che in una nota pronuncia aveva sostenuto che i servizi pubblici «la cui necessità discende da norme e principî costituzionali» non potevano essere privatizzati. La dottrina prevalente conviene nel ritenere che tali servizi corrispondono, in buona sostanza, alle c.d. «*fonctions de souveraineté*». ⁷⁹

Il concetto di funzioni di regalità è stato di recente ripreso da Jean-Marie Pontier nella prospettiva del trasferimento di competenze normative dal livello centrale agli enti locali. ⁸⁰ Ad avviso di tale autore, quella di funzioni di regalità non è una nozione giuridica, bensì una mera argomentazione psico-politica impiegata da quanti si oppongono alla decentralizzazione sostenendo che alcune funzioni non possono essere esercitate a livello locale.

Purtroppo, Pontier nel proprio scritto rifiuta espressamente di interrogarsi circa la portata di tale nozione nel contesto del trasferimento di competenze nella direzione opposta, ossia verso il livello sovranazionale ed internazionale. ⁸¹ Curiosamente, peraltro, molte delle considerazioni sviluppate dall'Autore con riferimento ad decentramento amministrativo sembrano trovare applicazione, quasi per simmetria, anche nei contesti da ultimo citati.

4. La definizione stipulativa di «servizio pubblico» ai fini del presente lavoro

Alla luce delle considerazioni svolte nei paragrafi precedenti, appare chiaro come elaborare una definizione «lessicale» della

⁷⁹ Cfr. J. VALETTE, *Le service public à la française*, Ellipses Marketing, Parigi, 2000, p. 45: «Le principe de souveraineté nationale permet de repérer une première série de services publics. Les fonctions régaliennes classiques de l'Etat sont assurées par des services constitutionnels qui doivent être gérés par des organismes publics».

⁸⁰ Sul punto J. PONTIER, *op. cit.*, pp. 194-237.

⁸¹ *Ibid.*, pp. 203, nota n. 37.

nozione giuridica di servizio pubblico sia un compito tutt'altro che agevole. Per dirla con Hart,⁸² tutte le definizioni trovano pacifica applicazione rispetto ad un nucleo di significato non ambiguo (ad esempio, sono certamente servizi pubblici le imprese statali che operano nelle grandi industrie di rete), mentre lasciano una penombra di incerta qualificazione (si considerino, da un lato, le attività regolamentate gestite da privati a scopo di lucro, e dall'altro, le funzioni attinenti alla sovranità statale, quali l'amministrazione della giustizia o la sicurezza nazionale).

Nondimeno, sembra possibile delineare una definizione «stipulativa» della nozione in oggetto ai fini del presente lavoro: «costituiscono servizi pubblici le *attività* che i poteri pubblici *considerano di interesse generale* e che essi assicurano, direttamente o mediante affidamento a terzi, *in regime di doverosità* determinandone le *condizioni della prestazione*».

Il riferimento alle «attività» implica una concezione di tipo *funzionale*:⁸³ la natura del soggetto incaricato è irrilevante (come affermato dalla teoria del servizio pubblico in senso oggettivo del Pototschnig), ciò che conta è che i compiti in concreto svolti presentino tre caratteristiche «strutturali».

La prima di esse attiene al *carattere qualificato dell'interesse pubblico* alla cui soddisfazione è preordinata l'attività in questione. In particolare, come rilevato da Marcou, occorre che un'autorità pubblica (in questo caso «pubblica» in una prospettiva soggettivo-istituzionale) decida di farsi carico, direttamente o mediante affidamento a terzi, del soddisfacimento di alcune esigenze della collettività (la c.d. *socialisation de la satisfaction des besoins essentiels*). Se è vero che tendenzialmente le autorità

⁸² H. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in *Harvard Law Review*, 1958, vol. 71, p. 607: «*There must be a core of settled meaning, but there will be, as well, a penumbra of debatable cases in which words are neither obviously applicable nor obviously ruled out*».

⁸³ Al riguardo si veda J. DE CORAIL, *L'Approche Fonctionnelle du Service Public: Sa Réalité et ses Limites*, in *Actualité Juridique Droit Administratif*, p. 20 ss.

pubbliche intervengono per assicurare la fornitura di «beni meritori», quest'ultima connotazione non può essere considerata condizione necessaria né sufficiente ai fini della qualificazione di una data attività come servizio pubblico: esistono difatti servizi pubblici non attinenti alla fornitura di beni meritori (si pensi ai monopoli pubblici dei prodotti del tabacco) e beni meritori la cui fornitura non è considerata un servizio pubblico (ad esempio, le case di riposo per anziani).

Il secondo elemento strutturale è il *carattere doveroso della prestazione* dell'attività in questione per l'amministrazione o per il soggetto da essa incaricato. Tale carattere consente infatti di distinguere i servizi pubblici dalle attività regolamentate.⁸⁴ Sebbene sia i primi che le seconde sono soggette, come si dirà fra breve, all'«attività conformativa dell'amministrazione», che ne determina il *quando*, il *quomodo* ed il *quantum*, solo per i servizi pubblici anche l'*an* costituisce un elemento eteronomo. Ad esempio, in Italia le attività di ristorazione sono in parte regolamentate (devono sottostare a precisi obblighi in tema di sicurezza alimentare), ma non possono considerarsi servizi pubblici, in quanto il loro esercizio non è doveroso per l'esercente, a differenza, ad esempio, delle farmacie, che sono tenute ad assicurare un servizio al pubblico secondo lo schema dei turni.

Il terzo carattere è quello dell'«attività conformativa dell'amministrazione» (Branca)⁸⁵ o della «determinazione dell'offerta» da parte dei pubblici poteri (Marcou),⁸⁶ rispetto alle condizioni che prevarrebbero in regime di libero mercato. Sebbene l'intervento pubblico è in molti casi finalizzato ad evitare i c.d.

⁸⁴ Sul punto L. BERTONAZZI e R. VILLATA, *op. cit.*, p. 1800.

⁸⁵ Sul punto A. BRANCASI, *Il servizio pubblico di trasporto terrestre e la liberalizzazione dei servizi pubblici a carattere imprenditoriale* in A. BRANCASI (a cura di) *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 30.

⁸⁶ Così G. MARCOU, *De l'idée de service public au service d'intérêt général* in G. MARCOU e F. MODERNE (a cura di) *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union Européenne*, Logiques juridiques, L'Harmattan, Parigi, 2001, pp. 386-391.

fallimenti del mercato (ad esempio nel caso della fornitura dei c.d. «beni pubblici»), come per i «beni meritori» non può stabilirsi una relazione biunivoca tra tale fenomeno e la nozione di servizio pubblico, posto che sussistono casi di fallimento del mercato in cui i pubblici poteri non intervengono e servizi pubblici che sarebbero gestiti con maggiore efficienza in condizioni di libero mercato.

L'attività conformativa da parte dell'amministrazione può essere più o meno penetrante, come suggerito dalla scala di intensità di Marcou. Ne consegue che nell'ambito della nozione di «servizio pubblico» possono ricomprendersi attività fra loro molto diverse, di carattere sia economico che non, in un *continuum* che si estende fino alle c.d. *fonctions régaliennes* o le funzioni pubbliche, quali la politica monetaria, la difesa e l'amministrazione della giustizia.

2.

FUNZIONI E MANIFESTAZIONI DELLA NOZIONE DI «SERVIZIO PUBBLICO» NEGLI ACCORDI DI INTEGRAZIONE ECONOMICA

Il presente capitolo ha ad oggetto la funzione svolta dalla nozione di «servizio pubblico» nel contesto degli accordi di integrazione economica in generale.¹ Ciò presuppone la risposta ad un interrogativo preliminare: posto che lo scopo degli accordi di integrazione economica è la massimizzazione del benessere attraverso la liberalizzazione degli scambi transfrontalieri di servizi, per quale motivo molti di tali accordi recano disposizioni che si occupano, direttamente o indirettamente, della tematica dei servizi pubblici?²

La risposta a tale interrogativo richiede un breve *excursus*, cui sarà dedicato il primo paragrafo del presente capitolo, sui fondamenti economici dell'integrazione economica³ ed in particolare sul regime di strumentalità della liberalizzazione degli

¹ Con l'espressione «accordi di integrazione economica» si intende fare riferimento al concetto individuato all'articolo V, paragrafo 1, GATS, ossia al complesso degli accordi internazionali aventi ad oggetto la liberalizzazione degli scambi di servizi tra le parti contraenti. Tale finalità, così come la natura giuridica di fonti di diritto internazionale convenzionale, accomuna il TFUE agli altri accordi di integrazione economica e rende perciò possibile il confronto tra le rispettive nozioni di «servizio pubblico».

² La scelta di circoscrivere la presente indagine agli accordi in materia di scambi di *servizi*, lasciando sullo sfondo le forme di integrazione economica relative agli scambi di *merci* (quali le aree di commercio preferenziale, le aree di libero scambio e le unioni doganali), trae origine dal rapporto di continenza che sussiste, nel TFUE come negli altri accordi in integrazione economica, tra la categoria dei «servizi» e quella dei «servizi pubblici». Al riguardo J. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, OUP, Oxford, 1999, p. 277 rileva però che importanti servizi pubblici, quali la fornitura di acqua potabile e di energia elettrica, possono essere classificati come attinenti agli scambi di merci.

³ Sul concetto di integrazione economica, si veda B. BALASSA, *The Theory of Economic Integration*, Londra, Allen & Unwin, 1961, p. 2.

scambi – spesso erroneamente ritenuta il fine unico di tali accordi – rispetto al miglioramento del benessere delle popolazioni degli Stati che aderiscono a detti accordi. In particolare, si dimostrerà, sulla base dei contributi più rilevanti della letteratura in campo economico, che i servizi pubblici sono caratterizzati da specificità tali da richiedere, in alcune circostanze, un approccio antitetico rispetto alla liberalizzazione: l'intervento pubblico nell'economia.

La nozione di «servizio pubblico» nell'ambito del diritto dell'integrazione economica assume pertanto connotazioni del tutto particolari, diverse rispetto a quelle che normalmente caratterizzano tale nozione nell'ambito degli ordinamenti statali. Pertanto, il secondo paragrafo del presente capitolo cercherà di fare luce sul bilanciamento di interessi che, nel contesto degli accordi di integrazione economica, sottende la nozione di «servizio pubblico». Dal momento che tale equilibrio è mutevole, saranno prese in considerazione le sue principali dinamiche evolutive, fornendo per ciascuna di esse esempi tratti dal diritto positivo.

La seconda finalità del presente capitolo è quella di evidenziare le principali forme di manifestazione della nozione di «servizio pubblico» nel contesto degli accordi di integrazione economica. A tal fine, saranno prese in considerazione le due tipologie di clausole in materia di servizi pubblici che più di frequente si rinvencono in tali accordi: le clausole di «esenzione» e le clausole di «regolamentazione». Anche in questo caso, verranno forniti esempi concreti di entrambi i tipi di clausole nei principali accordi di integrazione economica.⁴

L'*apparatus* concettuale delineato in termini generali nel presente capitolo costituirà la base per la disamina della nozione di «servizio pubblico» nel contesto dell'Accordo generale sugli scambi di servizi (GATS), di cui al capitolo 3, e nell'ambito del diritto dell'Unione Europea (Parte Seconda).

⁴ L'elenco di tutti gli accordi regionali notificati all'OMC, compresi gli accordi di integrazione economica, ed i relativi testi sono disponibili presso il sito: <http://rtais.wto.org/UI/PublicMaintainRTAHome.aspx>.

1. L'economia dell'integrazione: liberalizzazione ed intervento pubblico quali complementi necessari

L'integrazione economica persegue il miglioramento del benessere dei cittadini di diversi Stati attraverso la liberalizzazione degli scambi transnazionali.⁵ La prima compiuta dimostrazione dei benefici derivanti dalla liberalizzazione degli scambi si deve a David Ricardo, autore della teoria del vantaggio comparato,⁶ efficacemente sintetizzata nel Rapporto Leutwiler preparato per il GATT nel 1985:⁷ il commercio fra Stati consente a ciascun Paese di concentrare la sua produzione sul bene con il minore costo-opportunità e di importare dall'estero le altre merci con costo maggiore; di conseguenza il livello complessivo di produzione⁸ sarà più alto rispetto ai livelli di autarchia e ogni Paese trarrà beneficio dagli scambi.

Le tesi di Ricardo, pur avendo avuto un'enorme influenza sulla successiva letteratura economica,⁹ si basavano su un mo-

⁵ Per una puntuale disamina delle varie tendenze evolutive della teoria dell'integrazione economica, si veda A. TOVIAS, *A survey of the theory of economic integration*, in *Journal of European Integration*, 1991, vol. 15, p. 5 ss. Sulle finalità dell'integrazione economica si vedano inoltre M. TREBILCOCK e R. HOWSE, *The regulation of international trade*, Routledge, Londra, 2005, pp. 1-20; P. KRUGMAN, *International economics: theory & policy*, Addison-Wesley, Boston, 2009, pp. 10-34; A. WINTERS, *International economics*, Routledge, Londra, 1998, pp. 13-52.

⁶ D. RICARDO, *On the Principles of Political Economy and Taxation*, John Murray, Londra, 1821.

⁷ F. LEUTWILER, *Trade Policies for a Better Future: Proposals for Action*, GATT, Ginevra, 1985, p. 3: «nessun Paese è identico ad un altro in termini di risorse naturali, clima o forza lavoro. Tali differenze conferiscono a ciascun Paese un 'vantaggio comparato' rispetto agli altri in alcuni settori merceologici. Il commercio transnazionale traduce i vantaggi individuali di ciascun Paese in un incremento della produzione per tutti».

⁸ Tale concetto era già stato affermato da A. SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776, Londra (rist. Methuen, 1961), p. 424 «Se un Paese straniero può fornirci un prodotto ad un prezzo inferiore rispetto a quanto ci costerebbe produrlo, conviene acquistarlo impiegando parte della produzione nazionale in modo vantaggioso».

⁹ P. SAMUELSON, *The Way of an Economist*, in P. SAMUELSON (a cura di)

dello estremamente semplificato, avente ad oggetto un solo fattore produttivo (la forza lavoro). Pertanto, gli economisti Heckscher e Ohlin hanno elaborato la teoria dei fattori di proporzione,¹⁰ in base alla quale il commercio transfrontaliero è determinato dall'interazione tra l'abbondanza dei vari fattori di produzione (ad esempio la forza lavoro, i capitali, le materie prime) e l'intensità con cui detti fattori sono richiesti ai fini della produzione dei vari beni. In base a tale teoria, se il commercio tra Stati è libero, ogni Paese tende a specializzarsi e ad esportare le merci la cui produzione impiega i suoi fattori di produzione più abbondanti (e più economici) e, specularmente, a passare dalla produzione all'importazione dei prodotti che utilizzano i suoi fattori di produzione più scarsi (e costosi).

Sia il modello di Ricardo che quello di Heckscher-Ohlin presuppongono differenze nelle condizioni economiche prevalenti nei vari Stati: il primo, relativamente alla dotazione di un singolo fattore produttivo, il secondo, nelle proporzioni dei vari fattori di produzione. La teoria economica, peraltro, ha dimostrato che l'apertura dei mercati nazionali è vantaggiosa, anche in assenza di tali differenze, nell'ipotesi di scambi inerenti al medesimo comparto industriale (*intra-industry trade*), in quanto permette lo sfruttamento delle economie di scala, consentendo alle imprese di incrementare la loro produzione a livelli efficienti sotto il profilo dei costi.¹¹ I fautori della liberalizzazione sostengono, inoltre, che il commercio internazionale aumenta la varietà dei prodotti disponibili, permettendo ai consumatori di acquistare da una gamma più vasta di produttori, e potenzia gli in-

International Economic Relations: Proceedings of the Third Congress of the International Economic Association, Londra, 1969, pp. 1-11 considera la teoria del vantaggio comparato come una delle poche teorie economiche universalmente valide e di non immediata evidenza.

¹⁰ Sul punto, B. OHLIN, *Interregional and International Trade*, Harvard University Press, Cambridge, 1933.

¹¹ In tal senso A. WINTERS, *International economics*, Londra, Routledge, 1998, p. 57.

centivi all'innovazione, dando luogo a pressioni concorrenziali, effetti di scala e trasferimento di tecnologia.

La liberalizzazione degli scambi, tuttavia, non risulta in ogni occasione la strategia vincente ai fini della massimizzazione del benessere, in particolare nel contesto dei servizi pubblici. I mercati delle *utilities* spesso comportano esternalità positive, come nei casi dei «beni pubblici»¹² e dei «beni meritori».¹³ Come accennato, una tipica soluzione ai fallimenti del mercato è affidare la fornitura dei beni pubblici e dei beni meritori ad un'impresa pubblica o ad una concessionaria privata soggetta a regolamentazione.¹⁴

Tali mercati, inoltre, tipicamente costituiscono monopoli naturali, in quanto le loro funzioni di costo sono subadditive: in altre parole, i costi sono ridotti al minimo se tutta la produzione è affidata ad una sola impresa.¹⁵ Se i monopoli naturali sono lasciati al libero mercato, possono verificarsi due eventualità: in primo luogo, più di un'impresa potrebbe entrare in tale mercato, il che comporta che nessuna di tali imprese potrà realizzare un livello di *output* che le consenta di minimizzare i costi (sfruttando appieno le economie di scala); in secondo luogo, anche se

¹² Sul punto, P. SAMUELSON, *The Pure Theory of Public Expenditure*, *International Library of Critical Writings in Economics*, 1996, vol. 67, p. 7; A. OGUS, *Regulation: legal form and economic theory*, Oxford, 1994, pp. 33-34; J. STIGLITZ, *Economics of the public sector*, New York, 2000, pp. 12-15.

¹³ Tale nozione è generalmente attribuita a R. MUSGRAVE, *The Theory of Public Finance*, New York, 1959.

¹⁴ Così M. HORN, *The Political Economy of Public Administration: Institutional Choice in the Public Sector*, Cambridge, 1995, p. 152. J. HURWICZ, *The Design of Mechanisms for Resource Allocation*, *American Economic Review*, 1973, vol. 68, p. 1.

¹⁵ Il monopolio, peraltro, può anche condurre all'aumento dei costi medi rispetto ad un regime di concorrenza perfetta (la c.d. «*X-inefficiency*») a causa di eccessivi investimenti e mire espansionistiche degli amministratori, carenza di motivazione derivante dall'assenza di pressioni concorrenziali e rivendicazioni sindacali in termini di maggiori salari e migliori condizioni di lavoro. Sul punto, H. LEIBENSTEIN, *Allocative Efficiency and X-Efficiency*, in *The American Economic Review*, 1996, vol. 56, p. 392 ss..

la prima ipotesi non si verifica, il monopolista di fatto, libero da qualsiasi pressione concorrenziale, potrebbe fissare prezzi ben al di sopra del costo marginale, con conseguente danno ai consumatori e perdita secca di benessere (*deadweight loss*) per la società nel suo complesso.

In tali circostanze, la *Public Interest Theory* afferma che la regolamentazione dei prezzi è in grado di assicurare l'efficienza allocativa, evitando la fissazione di prezzi di monopolio, mentre la regolazione all'entrata (ad esempio, l'istituzione di un monopolio legale) è in grado di garantire l'efficienza dei costi, limitando il numero di concorrenti.¹⁶ In alternativa, la regolamentazione può sostituire la concorrenza *nel* mercato (che, come osservato, non ha effetti benefici nell'ambito dei monopoli naturali) con la concorrenza *per* il mercato, mediante l'attribuzione di diritti esclusivi ad operare in tale mercato al migliore offerente attraverso una procedura ad evidenza pubblica.¹⁷

La teoria economica, pertanto, dimostra che, in presenza di monopoli naturali, beni pubblici e beni meritori, l'integrazione economica non può conseguire il proprio obiettivo, ossia la massimizzazione del benessere, se prescrive indiscriminatamente la liberalizzazione degli scambi: diviene perciò necessario consentire un certo grado di intervento governativo nei servizi pubblici per prevenire o correggere i fallimenti del mercato.¹⁸ Tale intervento può assumere diverse forme, che vanno dalla regolamentazione delle imprese private (cioè il *controllo esterno* delle variabili relative ai rapporti tra l'azienda e l'esterno, ad esempio la previsione di limiti ai prezzi, obblighi di servizio uni-

¹⁶ Sul punto, R. POSNER, *Theories of Economic Regulation*, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 1974, vol. 5, p. 335.

¹⁷ In tal senso H. DEMSETZ, *Why Regulate Utilities?*, in *Journal of Law and Economics*, 1968, vol. 11, p. 55 ss..

¹⁸ Di diverso avviso è però P. KULKARNI, *Impact of the GATS on Basic Social Services Redux*, in *Journal of World Trade*, 2009, vol. 43, p. 252 secondo il quale maggiori sono i vincoli imposti da un accordo di integrazione economica sugli Stati, peggiore è l'accordo stesso.

versale, diritti speciali o esclusivi, ecc.) alla proprietà pubblica (cioè il *controllo interno* della società, che si estende agli acquisti, ai processi produttivi, alla gestione, alle assunzioni, agli investimenti, innovazione ecc.)¹⁹ Sebbene tali soluzioni sono tutt'ora controverse in letteratura,²⁰ gli economisti Laffont e Tirole hanno dimostrato che la proprietà pubblica costituisce uno strumento più efficiente della regolamentazione delle imprese private nei casi in cui si verifichino eventualità non disciplinate dai contratti di servizio.²¹

2. La nozione di «servizio pubblico» quale funzione del bilanciamento tra liberalizzazione e intervento pubblico

Come sostenuto al paragrafo precedente, al fine di massimizzare il benessere globale, l'integrazione economica deve talvolta operare un contemperamento tra la liberalizzazione degli scambi e l'intervento governativo nei servizi pubblici. Tale operazione di bilanciamento, in particolare, comporta l'individuazione di mercati che richiedono l'intervento pubblico e la determinazione dell'intensità di tale intervento. A tale scopo, gli accordi di integrazione economica di solito contengono due tipi di disposizioni (che saranno esaminate nei due paragrafi seguenti):

¹⁹ Così J. LAFFONT e J. TIROLE, *A Theory of Incentives in procurement and regulation*, Cambridge MA, MIT Press, 1993, pp. 638-639.

²⁰ Sul punto, J. KEARNEY e T. MERRILL, *The Great Transformation of Regulated Industries Law*, in *Columbia Law Review*, 1998, vol. 98, p. 1323; J. ABEL, *Entry Into Regulated Monopoly Markets: The Development of a Competitive Fringe in the Local Telephone Industry*, in *Journal of Law and Economics*, 2002, vol. 45, p. 289.

²¹ Sul punto LAFFONT e TIROLE, *op. cit.*, p. 644, secondo i quali se si verifica un evento non previsto da un contratto di servizio, quando l'impresa è di proprietà pubblica lo Stato può operare direttamente i cambiamenti necessari a fronteggiare tale situazione, mentre se si tratta di un'impresa privata incaricata della gestione di un servizio pubblico occorrerà rinegoziare le condizioni del contratto di servizio, un procedimento che può essere lungo e costoso.

le clausole di «esenzione» e le clausole di «regolamentazione» relative ai servizi pubblici.²²

La nozione di servizio pubblico in un determinato accordo di integrazione economica, pertanto, è funzione del bilanciamento tra liberalizzazione e intervento nei servizi pubblici sancito dal complesso delle disposizioni di detto accordo. Tale equilibrio, però, spesso evolve nel tempo e, con esso, la nozione di servizio pubblico fatta propria dall'accordo di integrazione economica in questione. Ciò può verificarsi in almeno quattro ipotesi.

In primo luogo, le parti di un dato accordo di integrazione economica possono modificarne le disposizioni, alterando così il preesistente bilanciamento in materia di servizi pubblici. Ad esempio, nel contesto dell'Unione Europea, il Protocollo sul sistema radiotelevisivo pubblico allegato al trattato di Amsterdam ha notevolmente esteso lo spazio di manovra lasciato agli Stati membri nel finanziamento delle loro emittenti di servizio pubblico.²³ Di recente, il Trattato di Lisbona, da un lato (nel protocollo n. 26 sui servizi di interesse generale) ha riaffermato la competenza degli Stati membri a fornire, commissionare e ad organizzare i servizi non economici di interesse generale; dall'altro (all'articolo 14 TFEU) ha affermato il potere del legislatore dell'Unione di adottare regolamenti per stabilire i principi e le condizioni in base ai quali i Servizi di interesse economico generale devono essere gestiti.²⁴

In secondo luogo, l'equilibrio tra liberalizzazione ed intervento pubblico può essere modificato a seguito di un'azione

²² Per tale distinzione, sia consentito il rinvio a R. MASTROIANNI e A. ARENA, *I servizi pubblici nel GATS e nel TFUE: una radicale divergenza di impostazione?*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2010, pp. 32-33.

²³ Sul punto, R. MASTROIANNI, *Public Service Media and Market Integration: A Differential Application of Free Movement and State Aid Rules?* in M. CREMONA (a cura di), *Market Integration and Public Services within the EU* (in corso di pubblicazione); R. MASTROIANNI, *Il Protocollo sul sistema di radiodiffusione pubblica*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 1998, p. 539.

²⁴ Si rinvia alle considerazioni svolte al paragrafo 3.2 del capitolo 4.

concertata o unilaterale da parte di alcune delle parti di un accordo di integrazione economica, nonché in virtù di accordi vincolanti o non vincolanti raggiunti al di fuori del quadro istituzionale dell'accordo di integrazione economica in questione. Per esempio, le convenzioni di «pre-integrazione» tra gli Stati membri dell'UE, al di fuori del quadro istituzionale dell'Unione,²⁵ hanno promosso l'integrazione europea facendo da complemento all'«integrazione positiva» realizzata dal legislatore europeo attraverso l'armonizzazione delle legislazioni nazionali. Inoltre, è opportuno ricordare che molti passi significativi verso l'Unione Economica e Monetaria (che ha comportato il trasferimento a livello sovranazionale di poteri in materie intimamente connesse alla nozione di sovranità statale) sono stati presi al di fuori del quadro istituzionale dell'Unione Europea.²⁶

In terzo luogo, gli Stati possono affidare ad un'organizzazione internazionale il compito di ridefinire il bilanciamento tra intervento pubblico e liberalizzazione, delegando ad essa il potere di adottare atti vincolanti o non vincolanti o di fornire un'interpretazione autentica delle disposizioni dell'accordo di integrazione economica in questione. Ai sensi dell'articolo VI, paragrafo 4, GATS, ad esempio, il Consiglio per gli scambi di servizi può adottare discipline relative ai requisiti obbligatori ed alle procedure, nonché alle norme tecniche ed agli obblighi di licenza. Inoltre, ai sensi dell'articolo IX, paragrafo 2, dell'Accordo OMC, la Conferenza dei ministri ed il Consiglio generale possono fornire, con una maggioranza dei tre quarti dei Membri, interpretazioni autentiche del GATS e degli altri accordi multilaterali. Secondo la scienza delle relazioni internazionali, delegare poteri normativi ad un'organizzazione internazionale comporta vari benefici, tra cui la specializzazione, la condivisione della co-

²⁵ L. ROSSI, *Cooperazione rafforzata e Trattato di Nizza: quali geometrie per l'Europa allargata?*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2001, p. 815.

²⁶ Sul punto A. VERDUN, *The role of the Delors Committee in the creation of EMU: an epistemic community?*, in *Journal of European Public Policy*, 1996, vol. 6, p. 308 ss.

noscenza, la gestione delle esternalità politiche e l'estensione della portata e della durata della cooperazione internazionale.²⁷

In quarto luogo, rispetto al bilanciamento originariamente sancito da un dato accordo di integrazione economica delle deviazioni possono verificarsi quale conseguenza indiretta (e talvolta indesiderata) della delegazione di poteri ad un'organizzazione internazionale. L'attribuzione di competenze in materia di risoluzione delle controversie, per esempio, può assicurare la promozione dell'integrazione economica, anche in assenza di un forte *consensus* politico tra gli Stati relativamente al commercio comune ed alle politiche commerciali.²⁸ Su un piano più generale, è pacifico in letteratura che l'asimmetria di informazioni ed il potenziale conflitto di interessi tra i *principals* (gli Stati membri) e l'*agent* (l'organizzazione internazionale) possono comportare il rischio che quest'ultimo anteponga le proprie preferenze a quelle dei *principals* (il c.d. *slippage*, sottospecie dell'*agency slack*).²⁹ Inoltre, l'*agent* può utilizzare i propri poteri per influenzare le preferenze dei suoi danti causa e per convincerli a dotarlo di maggiori poteri:³⁰ per ogni aspetto endogeno del contratto predisposto dai *principals*, può esserci un aspetto esogeno frutto dalle strategie dell'*agent*.³¹ È quindi plausibile

²⁷ In tal senso C. BRADLEY e J. KELLEY, *The Concept of International Delegation*, in *Law And Contemporary Problems*, 2008, vol. 71, p. 26. Cfr. inoltre D. HAWKINS et al., *Delegation Under Anarchy: States, International Organizations, and Principal-Agent Theory*, in D. HAWKINS et al. (a cura di) *Delegation and Agency In International Organizations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 13-20.

²⁸ Sul punto, W. DAVEY, *European Integration: Reflections on its Limits and Effects*, in *Ind. J. Global Legal Stud.*, 1993, vol. 1, p. 198; M. SHAPIRO, *The Globalization of the Law*, in *Ind. J. Global Legal Stud.*, 1993, p. 52 ss.; C. TAYLOR, *Dispute Resolution as a Catalyst for Economic Integration and an Agent for Deepening Integration: NAFTA and MERCOSUR?*, in *Northwestern Journal of International Law and Business*, 1996, vol. 17, p. 850 ss.

²⁹ Così HAWKINS et al., *op. cit.*, p. 8.

³⁰ Sul punto, A. BURLEY e W. MATTLI, *Europe Before the Court: A Political Theory of Legal Integration*, in *International Organization*, 1993, p. 41.

³¹ Tale è l'opinione di D. HAWKINS e W. JACOBY, *How agents matter*, in D.

che un'organizzazione internazionale possa avere un ruolo decisivo nella (ri)definizione del concetto di «servizio pubblico» in un determinato accordo di integrazione economica anche al di là delle intenzioni originarie dei redattori di tale accordo.

3. Le clausole di esenzione relative ai servizi pubblici negli accordi di integrazione economica

Le clausole di «esenzione» relative ai servizi pubblici contenute in un accordo di integrazione economica possono essere definite come quelle disposizioni che sottraggono alcune attività considerate servizi pubblici all'ambito applicativo degli obblighi di liberalizzazione dell'accordo in questione, consentendo in tal modo alle parti di tale accordo di sottoporre dette attività a forme di intervento pubblico.

Al fine di comprendere esattamente la portata di una clausola di esenzione di servizio pubblico, si deve tener conto: del suo *ambito di applicazione ratione personae*, vale a dire le Parti dell'accordo di integrazione economica che beneficiano dell'esenzione; del suo *ambito di applicazione ratione materiae*, vale a dire le categorie di servizi cui l'esenzione si estende («settori esenti»); dei suoi *effetti*, ossia la disposizione o il plesso di disposizioni dell'accordo che, in virtù dell'esenzione, cessano di trovare applicazione («norme interessate»); delle *condizioni*, cioè i requisiti o criteri che devono essere soddisfatti perché l'esenzione possa produrre i suoi effetti.

L'ambito soggettivo di applicazione delle clausole di esenzione contenute in un accordo di integrazione economica di norma comprende tutte le parti dell'accordo, in linea con il principio di reciprocità (*Gegenseitigkeit*) che solitamente caratterizza i rapporti tra le parti di un trattato internazionale.³² Vi

HAWKINS *et al.* (a cura di) *Delegation And Agency In International Organizations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 202.

³² Al riguardo, B. CONFORTI, L. FERRARI BRAVO e A. TIZZANO, *Trattato*

sono, tuttavia, delle eccezioni: per esempio, le parti possono apporre riserve atte ad escludere o modificare l'applicazione di alcune disposizioni di un accordo di integrazione economica nei confronti delle attività ritenute «servizi pubblici»; in alternativa, le norme dell'accordo possono essere strutturate in modo da trovare applicazione esclusivamente nei confronti dei servizi che figurano in elenchi predisposti da ciascuna delle parti, come nel caso dei sei allegati all'accordo NAFTA. In questi casi, si può affermare che l'accordo di integrazione economica in questione comprenda clausole di esenzione «individuali» relative ai servizi pubblici.

Dal punto di vista dell'ambito di applicazione *ratione materiae*, le clausole di esenzione relative ai servizi pubblici si suddividono in «trasversali» e «settoriali», a seconda che riguardino tutti o solo alcuni dei servizi altrimenti soggetti agli obblighi di liberalizzazione previsti da un dato accordo di integrazione economica. I redattori di detti accordi possono utilizzare diverse tecniche di *drafting* per definire la portata oggettiva di una clausola di esenzione: una possibilità è individuare i settori esentati attraverso una *generalklausel* (ossia un'espressione generica la cui portata sarà chiarita in fase di attuazione) o mediante criteri che rinviino alle caratteristiche comuni ai settori da esentare (ad esempio la fornitura «su base non commerciale»); un'altra possibilità è la previsione di un elenco che indichi espressamente tutti i settori esentati.

Sotto il profilo degli effetti, le clausole di esenzione possono essere distinte in «totali» e «parziali»: le prime escludono l'ap-

Istitutivo della Comunità Economica Europea – Commentario, Giuffrè, Milano, 1965, p. 430 rilevavano che l'esenzione per le attività che partecipano all'esercizio di pubblici poteri di cui all'articolo 55 del Trattato CE (ora 51 TFUE) potesse avere, in assenza di armonizzazione, portata diversa nei vari Stati Membri, e che ciò avrebbe costituito una deviazione rispetto al principio di reciprocità che di norma caratterizza gli obblighi degli Stati Membri in base al Trattato. In generale sul principio di reciprocità, si veda inoltre F. PARISI e N. GHEI, *The Role of Reciprocity in International Law*, in *Cornell International Law Journal*, 2003, vol. 36, p. 93 ss..

plicazione di tutti gli obblighi di liberalizzazione previsti dall'accordo di integrazione economica in questione, le seconde, invece, precludono l'applicazione di una o più disposizioni specifiche di detto accordo, ma fanno salva l'applicabilità di tutte le altre norme.

Le clausole di esenzione relative ai servizi pubblici, inoltre, possono essere «condizionate» o «incondizionate» a seconda che la loro applicabilità sia o meno subordinata al soddisfacimento di uno o più requisiti. In generale, l'apposizione di condizioni ha lo scopo di limitare, o comunque di controllare, la portata dell'intervento pubblico nei settori esentati. Tipicamente, ciò si realizza mediante la previsione di un requisito di proporzionalità, per cui l'intervento pubblico è consentito a condizione che non vada al di là di quanto necessario per conseguire determinati obiettivi di interesse pubblico.

Le clausole di esenzione relative ai servizi pubblici sono estremamente comuni negli accordi di integrazione economica. Per esempio, clausole di esenzione per i servizi forniti «nell'esercizio dei poteri governativi» (sul modello dell'articolo I, paragrafo 3, lettere b) e c), GATS) sono previste nella maggior parte degli accordi di libero scambio di cui gli Stati Uniti siano parte (come il DR-CAFTA³³ ed alcuni accordi bilaterali di libero scambio)³⁴ nonché nel Partenariato economico strategico transpacifico.³⁵ Quest'ultimo accordo contiene anche clausole di esenzione simili alle eccezioni generali³⁶ e di

³³ Articolo 11, paragrafo 1, comma 6 del DR-CAFTA: «il presente capo [relativo al commercio transfrontaliero di servizi] non trova applicazione nei confronti dei servizi forniti nell'esercizio dei poteri governativi».

³⁴ Si vedano, ad esempio, l'articolo 10, paragrafo 1, comma 4, lettera e) dell'accordo di libero scambio tra Stati Uniti ed Australia; l'articolo 12, paragrafo 1, comma 6 dell'accordo di libero scambio tra Stati Uniti e Corea; l'articolo 10, paragrafo 1, comma 6, dell'accordo di libero scambio tra Stati Uniti e Bahrain; l'articolo 11, paragrafo 1, comma 6, dell'accordo di libero scambio tra Stati Uniti e Cile.

³⁵ Articolo 12, paragrafo 1, del Partenariato economico strategico transpacifico.

³⁶ Ibid., Articolo 19, paragrafo 1, comma 4.

sicurezza³⁷ previste dagli articoli XIV e XIV bis GATS e impiega una combinazione di elenchi e criteri per definire un'articolata eccezione culturale.³⁸ Gli accordi di libero scambio tra l'Unione europea ed i Paesi terzi, invece, di solito prevedono una clausola di esenzione per le attività che «partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri» simile a quella di cui all'articolo 51 TFUE.³⁹ Il NAFTA, a sua volta, contiene un elenco di *public utilities* esentate dalle disposizioni in materia di scambi di servizi.⁴⁰

La ragione sottesa all'ampia diffusione delle clausole di esenzione relative ai servizi pubblici negli accordi di integrazione economica è, forse, anche il loro principale limite: l'ampia discrezionalità rimessa alle parti dell'accordo nell'interpretare ed attuare dette clausole. Anche se un *drafting* puntuale del campo di applicazione delle esenzioni di servizio pubblico, una chiara indicazione delle norme interessate ed un uso sapiente della condizionalità possono, in una certa misura, ridurre tale margine di discrezionalità, le clausole di esenzione relative ai servizi pubblici sono concettualmente inidonee a operare un preciso bilanciamento tra liberalizzazione e intervento pubblico, in quanto, metaforicamente parlando, tali clausole influiscono su un solo piatto della bilancia, ossia quello della liberalizzazione, lasciando gli Stati liberi di riempire a piacimento l'altro piatto, quello dell'intervento pubblico.

³⁷ Ibid., Articolo 19, paragrafo 2.

³⁸ Ibid., Articolo 19, paragrafo 1, comma 5.

³⁹ Si vedano, ad esempio, l'articolo 135, paragrafo 2, dell'Accordo di Associazione CE-Cile, in *GUCE* L 352 p. 1 del 30 dicembre 2002; l'articolo 224, paragrafo 2, dell'Accordo di partenariato economico CE-Cariforum, in *GUUE* L 289 p. 3 del 30 ottobre 2008 e l'articolo 61, paragrafo 2, dell'Accordo di stabilizzazione e di associazione CE-Macedonia, in *GUUE* L 84 p. 13 del 20 marzo 2004.

⁴⁰ Articolo 1201, paragrafo 3, lettera b) NAFTA: «Nessuna disposizione di questo capo deve essere interpretata in modo da precludere ad una Parte di fornire un servizio o esercitare una funzione quali la pubblica sicurezza, i riformatori, la sicurezza sociale, l'assistenza sociale, l'istruzione pubblica, l'assistenza sanitaria e cura dei bambini».

Gli Stati, difatti, non sempre si avvalgono delle clausole di esenzione relative ai servizi pubblici per fornire un livello ottimale di intervento pubblico in tali settori. Talvolta la regolamentazione può essere eccessiva: le imprese regolamentate ben sanno che la regolamentazione può essere usata a loro vantaggio in diversi modi (*regulatory capture*): attraverso l'elargizione di sussidi incrociati, limitando l'accesso al mercato (eliminando perciò la concorrenza potenziale), calmierando i prezzi (sopprimendo così la concorrenza sui prezzi); i politici, dal canto loro, possono avere interesse ad assoggettare a regolamentazione determinati mercati al solo fine di generare rendite economiche da distribuire alle imprese in cambio di sostegno elettorale.⁴¹ Inoltre, la regolamentazione può essere usata dai politici per ridistribuire il reddito, attraverso sovvenzioni incrociate, a vantaggio delle *lobbies* più influenti:⁴² i gruppi di interesse ristretti e coesi sono infatti più abili (rispetto ai gruppi più ampi ed eterogenei, come i sindacati) ad influenzare a proprio vantaggio i processi politici che conducono all'adozione della regolamentazione.⁴³ Si consideri, inoltre, che, in un contesto transnazionale, gli interessi degli attori economici stranieri solitamente non sono rappresentati nell'ambito dei processi politici nazionali: la regolamentazione può quindi divenire uno strumento protezionistico per favorire le imprese (ed i lavoratori) nazionali rispetto alla concorrenza straniera.⁴⁴ In tali circostanze, l'intervento nei servizi pubblici può costituire un ostacolo agli scambi transnazio-

⁴¹ Sul punto G. STIGLER, *The Theory of Economic Regulation*, in *Bell Journal of Economics*, 1971, p. 3 ss.

⁴² In tal senso R. POSNER, *Taxation by Regulation*, in *Bell Journal of Economics*, 1971, p. 22 ss..

⁴³ Per la dimostrazione di tale affermazione attraverso un modello *principal-agent*, si veda R. NOLL, *Economic perspectives on the politics of regulation*, in R. SCHMALENSEE e R. WILLIG (a cura di) *Handbook of industrial organization*, North-Holland, Amsterdam, 1989, pp. 1253-1288.

⁴⁴ Quanto al fenomeno delle c.d. «*representative malfunctions*» sia consentito il rinvio a R. MASTROIANNI e A. ARENA, *op. cit.*, p. 33.

nali privo di ragioni giustificative, idoneo a vanificare o compromettere i vantaggi derivanti dall'integrazione economica.

D'altra parte, quando il potenziale per la *regulatory capture* è esaurito, un livello insufficiente di intervento pubblico nel contesto delle *utilities* può essere persino più conveniente per le imprese multinazionali rispetto alle rendite di posizione derivanti dalla regolamentazione. Se ci sono troppi attori nel processo politico, i costi transattivi necessari per influenzare i politici e le autorità di regolamentazione possono aumentare ad un livello tale da superare l'entità delle potenziali rendite. In tali circostanze, la prospettiva dei profitti di monopolio che possono essere conseguiti in un mercato non regolamentato diviene estremamente allettante per le imprese dotate di ingente potere di mercato, soprattutto se la dimensione del mercato in questione si estende al di là dei confini nazionali e se la domanda dei consumatori è anelastica rispetto all'aumento dei prezzi, come nel caso di fornitura di acqua e di altri servizi pubblici essenziali. È per questo motivo che le imprese multinazionali, le loro associazioni ed i loro *think-tank* premono per una maggiore *deregulation*, nonché per la mercificazione e la privatizzazione dei servizi pubblici a livello globale.⁴⁵

4. Le clausole di regolamentazione relative ai servizi pubblici negli accordi di integrazione economica

In considerazione delle intrinseche limitazioni delle clausole di esenzione relative ai servizi pubblici delineate nel paragrafo precedente, alcuni accordi di integrazione economica contengono anche altre disposizioni, che saranno denominate clausole di «regolamentazione» relative ai servizi pubblici, il cui scopo è determinare in modo diretto l'intensità di intervento pubblico

⁴⁵ Sul punto, si vedano le considerazioni critiche di D. McDONALD e G. RUITERS, *Rethinking Privatisation: Towards a Critical Theoretical Perspective*, in *Public Services Yearbook*, 2005, p. 9 ss..

ammissibile nell'ambito dei servizi pubblici. Questa categoria è estremamente eterogenea, in quanto essa comprende disposizioni in materia di regime della proprietà, diritti esclusivi, regolamentazione dei prezzi ed altri aspetti dell'organizzazione e del finanziamento dei servizi pubblici.

Come per le clausole di esenzione, anche nel caso delle clausole di regolamentazione occorre fare attenzione al loro campo di applicazione soggettivo ed oggettivo. Per quanto riguarda quest'ultimo, un accordo di integrazione economica può prevedere, sia principi «trasversali» necessari per far fronte ad esigenze comuni ai vari settori (ad esempio obblighi di trasparenza), sia norme «settoriali» concepite in funzione delle specificità economiche e tecniche di ciascun servizio pubblico (tale è il caso, ad esempio, delle regole in materia di interconnessione per il settore delle telecomunicazioni).

Volgendo lo sguardo agli effetti delle clausole di regolamentazione, occorre premettere che la maggior parte di esse interviene in settori già soggetti a discipline nazionali:⁴⁶ può pertanto operarsi una distinzione tra clausole di *re-regulation*,⁴⁷ volte a realizzare un diverso bilanciamento tra intervento pubblico e liberalizzazione nel settore interessato rispetto a quello operato dai regimi nazionali, e clausole di *de-regulation*, che mirano

⁴⁶ A questo riguardo, R. WILKINSON, *Multilateralism and the World Trade Organisation: the architecture and extension of international trade regulation*, Londra, Routledge, 2000, p. 5 afferma che l'OMC «regola» gli scambi transfrontalieri nel senso che pone regole che proibiscono ai Membri OMC di ostacolare detti scambi.

⁴⁷ Tale espressione è mutuata da S. WEATHERILL, *Pre-emption, Harmonisation and the Distribution of Competence to Regulate the Internal Market* in C. BARNARD, J. SCOTT (a cura di), *The Law of the Single European Market*, Oxford, OUP, 2002, p. 52 secondo il quale il ravvicinamento delle legislazioni nazionali operato dal legislatore dell'Unione europea costituisce un «compromesso di ri-regolamentazione» (*re-regulatory bargain*), nella misura in cui realizza un bilanciamento tra libera circolazione ed esigenze imperative nell'interesse generale alternativo rispetto a quello scaturente dall'applicazione delle norme di integrazione negativa contenute nel Trattato.

esclusivamente a limitare la portata dell'intervento dello Stato in nome di un maggior livello di liberalizzazione.⁴⁸

In considerazione delle forti implicazioni politiche sottese alla gestione, al finanziamento ed all'organizzazione dei servizi pubblici, gli Stati sono solitamente poco propensi ad accettare limitazioni dirette ai loro poteri in materia. Non stupisce, pertanto, che nell'ambito degli accordi di integrazione economica le clausole di regolamentazione in materia di servizi pubblici non siano diffuse quanto quelle di esenzione. Nondimeno, è possibile rinvenire clausole di regolamentazione in molti dei principali accordi di integrazione economica: il NAFTA, per esempio, prevede principi «trasversali» in materia di monopoli di Stato ed imprese pubbliche,⁴⁹ nonché disposizioni di settore per le telecomunicazioni.⁵⁰ Anche il DR-CAFTA dedica un intero capo alla disciplina delle telecomunicazioni.⁵¹ Il Partenariato economico strategico transpacifico, a sua volta, disciplina il regime delle imprese pubbliche e delle imprese beneficiarie di diritti speciali o esclusivi⁵² e prevede norme trasversali in materia di regolamentazione interna.⁵³

⁴⁸ Per un'interessante comparazione tra l'incidenza del GATS e quella di altri accordi in materia di investimenti sui servizi sociali di base, si veda P. KULKARNI, *Impact of the GATS on Basic Social Services Redux*, in *Journal of World Trade*, 2009, vol. 43, pp. 252-253.

⁴⁹ Si vedano gli articoli 1502 e 1503 del NAFTA.

⁵⁰ Si veda il tredicesimo capo del NAFTA.

⁵¹ Si veda il tredicesimo capo del DR-CAFTA.

⁵² Articolo 9, paragrafo 6, del Partenariato economico strategico transpacifico.

⁵³ Articolo 12, paragrafo 10, del Partenariato economico strategico transpacifico.

3.

I SERVIZI PUBBLICI NEL DIRITTO MONDIALE DELL'INTEGRAZIONE ECONOMICA: IL GATS

La disamina della nozione di «servizio pubblico» nel contesto di un accordo di integrazione economica regionale quale il TFUE ha come necessario termine di paragone l'Accordo generale sugli scambi di servizi (GATS), adottato nel contesto dell'OMC. Tale accordo, con i suoi 153 Membri, rappresenta infatti l'unico accordo di integrazione economica con campo soggettivo di applicazione tendenzialmente globale. Inoltre, le clausole di esenzione e regolamentazione relative ai servizi pubblici contenute nel GATS si rinvengono, *telles quelles* o con formulazioni affini, in numerosi altri accordi di integrazione economica, compreso il TFUE.¹ Il GATS potrà pertanto fungere da termine di confronto per il modello sovranazionale europeo, permettendo di evidenziare le specificità di quest'ultimo.

Occorre sottolineare che la scelta del GATS quale oggetto di indagine non sottende, secondo il criterio del *Most similar systems design*² o la *Comparable cases strategy*,³ alcuna valutazione di affinità tra la nozione di «servizio pubblico» fatta propria da tale accordo e quella elaborata dal diritto dell'Unione, né implica la rappresentatività del GATS rispetto al *genus* degli accordi di integrazione economica. Al contrario, quanto al primo

¹ Si rinvia, al riguardo, agli esempi forniti nel precedente capitolo ai paragrafi 3 e 4.

² A. PRZEWORSKI e H. TEUNE, *The Logic of Comparative Social Inquiry*, Wiley, New York, 1970, pp. 24-31.

³ A. LIJPHART, *Comparative politics and the comparative method*, in *American Political Science Review*, 1971, Vol. 65, pp. 682-693. In generale sulle metodologie impiegate nell'ambito della politica comparata, si veda G. PETERS, *Comparative Politics: Theory and Method*, New York University Press, New York, 1998, pp. 36-41.

aspetto, è stato già dimostrato in altri sedi che, relativamente alla nozione di servizio pubblico, il GATS ed il TFUE si caratterizzano per una radicale divergenza di impostazione.⁴ Quanto al secondo aspetto, è la stessa portata multilaterale del GATS a comportarne l'unicità rispetto agli accordi di portata regionale, che si distinguono dal GATS altresì per un maggiore o minore grado di integrazione sotto il profilo sostanziale ed istituzionale.

La disamina delle disposizioni dell'accordo GATS relative ai servizi pubblici si soffermerà dapprima sulle clausole di esenzione relative a tali servizi, quindi su quelle di regolamentazione. Al riguardo, occorre però premettere che la classificazione delle varie disposizioni del GATS quali clausole di esenzione e regolamentazione «relative ai servizi pubblici» indica solo una delle loro possibili interpretazioni e che tale qualificazione non esclude che tali disposizioni fossero state originariamente concepite per altri scopi o che di solito esse assolvano altre funzioni.

Nell'ambito delle clausole di esenzione, si prenderanno in considerazione, nell'ordine: le esenzioni «individuali», derivanti dall'applicazione *à la carte* degli obblighi di liberalizzazione previsti dal GATS; le esenzioni «totali» di carattere incondizionato relative ai servizi forniti nell'esercizio dei poteri governativi ed ai servizi di trasporto aereo; le esenzioni «totali» soggette a condizioni, ossia le eccezioni generali e di sicurezza e le esenzioni «parziali» in materia di trasporto marittimo ed appalti pubblici. Quanto alle clausole di regolamentazione, dapprima si avrà riguardo alle clausole «trasversali», in tema di monopoli e regolamentazione interna, quindi si prenderanno in considerazione le previsioni di settore contenute nell'Allegato sulle telecomunicazioni e nel *Reference paper*.

⁴ Sia consentito il rinvio a A. ARENA, *The GATS Notion of Public Services as an Instance of Intergovernmental Agnosticism: Comparative Insights from the EU's Supranational Dialectic*, in *Journal of World Trade*, vol. 45, 2011 (in corso di pubblicazione); R. MASTROIANNI e A. ARENA, *I servizi pubblici nel GATS e nel TFUE: una radicale divergenza di impostazione?*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2010, pp. 27-60.

Alla luce della disamina delle clausole di esenzione e regolamentazione relative ai servizi pubblici contenute nel GATS, si valuterà la possibilità di individuare, nell'ambito di tale accordo, un'autonoma nozione di «servizio pubblico» e ci si interrogherà sulla valenza che, in tale contesto, assumono le finalità di interesse generale strutturalmente sottese a tale concetto.

1. Le clausole di esenzione relative ai servizi pubblici nel GATS

Il GATS contiene una serie di disposizioni che possono essere invocate per sottrarre i «servizi pubblici», come definiti in via stipulativa nel primo capitolo, agli obblighi di liberalizzazione previsti in tale accordo. Dapprima si procederà ad esaminare le clausole di esenzione «individuali», quindi si prenderanno in considerazione le clausole di esenzione applicabili a tutti i Membri OMC, distinguendo ulteriormente, tra clausole di esenzione «totali» e «parziali».

1.1. Le esenzioni «individuali»: l'applicazione «à la carte» degli obblighi di liberalizzazione del GATS

I Membri OMC possono sottrarre le attività considerate servizi pubblici all'applicazione dei principî in tema di accesso al mercato e di trattamento nazionale, nonché dei c.d. obblighi condizionali,⁵ semplicemente non includendo tali settori nei rispettivi impegni specifici. Specularmente, in base all'articolo II:2 GATS, ciascun Membro OMC può esentare tali servizi dal trattamento MFN inserendoli nel proprio elenco di deroghe all'articolo II. Inoltre, i Membri possono ulteriormente affinare il bilanciamento tra liberalizzazione e intervento pubblico in ogni

⁵ Si tratta degli obblighi GATS che trovano applicazione soltanto in relazione ai settori per i quali i membri hanno assunto impegni specifici.

settore, specificando regimi diversi per ciascuna delle quattro modalità di fornitura, apponendo limitazioni trasversali o settoriali ai propri impegni in tema di accesso al mercato e di trattamento nazionale o assumendo «impegni aggiuntivi» ai sensi dell'articolo XVIII GATS. Siffatta applicazione «à la carte» delle regole di liberalizzazione contenute nel GATS⁶ si traduce, in sostanza, nella previsione di esenzioni «individuali» in tema di servizio pubblico: ciascun Membro potrà adattarne la portata oggettiva, gli effetti e le condizioni a seconda delle proprie esigenze.

Alcuni Membri dell'OMC hanno portato tale flessibilità all'estremo, facendo uso nei loro elenchi di categorie giuridiche ed espressioni tratte dalla terminologia nazionale, spesso senza fornire definizioni dei termini impiegati. L'elenco degli impegni dell'Unione Europea, ad esempio, afferma che «i servizi considerati *public utilities* a livello nazionale o locale possono essere soggetti a monopoli statali o a diritti esclusivi concessi a operatori privati»:⁷ posto che l'espressione «*public utilities*» non è una categoria di diritto dell'Unione, tale previsione sostanzialmente attribuisce agli Stati membri ed alle loro suddivisioni interne la facoltà di individuare volta per volta nuovi servizi pubblici.

Risulta quindi condivisibile l'affermazione secondo la quale il GATS ha una portata diversa per ogni Membro, con conseguenti carenze in termini di trasparenza degli impegni e degli obblighi assunti da ciascun Membro.⁸ Secondo parte della dottrina, la struttura *à la carte* del GATS offrirebbe ai Membri

⁶ F. MUNARI, *L'Applicazione del GATS ai Servizi di Interesse Generale* in G. VENTURINI, G. COSCIA e M. VELLANO (a cura di) *Le nuove sfide per l'OMC a dieci anni dalla sua istituzione*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 139.

⁷ Comunità Europee e loro Stati Membri, *Elenco degli impegni specifici*, 1994 GATS/SC/31 2.

⁸ In tal senso J. MARCHETTI e P. MAVROIDIS, *What Are the Main Challenges for the GATS Framework? Don't Talk About Revolution*, in *European Business Organization Law Review*, 2004, p. 518, secondo i quali il sistema degli elenchi impiegato dal GATS è «piuttosto complesso ed oscuro e non mostra gli obblighi e gli impegni in modo trasparente».

OMC ampi margini di manovra per sottrarre i propri servizi pubblici all'applicazione di tale accordo: attraverso un'attenta redazione dei propri elenchi degli impegni e delle esenzioni, ciascun Membro può far sì che il GATS si applichi unicamente ai settori non considerati «servizi pubblici».⁹ Altri autori hanno però obiettato che la struttura del GATS non costituisce un rifugio sicuro per porre i servizi pubblici al riparo dalla liberalizzazione.¹⁰ Innanzitutto, nel redigere i propri elenchi ciascun Membro è soggetto a pressioni di tipo politico ed economico da parte di altri Membri, pressioni che possono rivelarsi particolarmente difficili da ignorare se rivolte nei confronti dei Paesi meno sviluppati.¹¹ Inoltre, la sottrazione alle norme GATS di alcuni servizi grazie al combinato disposto di impegni ed esenzioni potrebbe rivelarsi una vittoria di Pirro: gli impegni specifici sono soggetti a successivi rounds di negoziati multilaterali (e, secondo le Linee Guida sui Negoziati del marzo 2001, «nessun settore deve essere escluso *a priori* dai negoziati»);¹² del pari le esenzioni di cui all'articolo II dovrebbero costituire oggetto di revisione ogni cinque anni e, in linea di principio, non dovrebbero restare in vigore per più di dieci anni.¹³

⁹ Così R. ADLUNG, *Public Services and the GATS*, in *Journal of International Economic Law*, 2006, vol. 9, p. 468.

¹⁰ Sul punto, M. KRAJEWSKI, *Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework*, in *Journal of International Economic Law*, 2003, vol. 6, p. 348.

¹¹ Tale è l'opinione di J. HILARY, *Social Cohesion, Poverty Alleviation and Sustainable Development*, in COMMONWEALTH SECRETARIAT (a cura di), *Report of the Fifteenth CCEM Preliminary Meeting on Education and the General Agreement on Trade in Services: What Does the Future Hold?*, Londra 2003. *Contra*, v. R. ADLUNG, *op. cit.*, p. 460, il quale rileva che il numero dei settori in cui i Paesi sviluppati hanno assunto impegni specifici è pari a due volte e mezzo il numero degli impegni presi dai Paesi in via di sviluppo e quattro volte il numero degli impegni assunti dai Paesi meno avanzati.

¹² Consiglio per gli scambi di servizi, *Linee guida e procedure per i negoziati sugli scambi di servizi*, 2001 S/L/93 punto II.5.

¹³ Allegato sulle esenzioni ai sensi dell'articolo II, punti 3-6.

1.2. Le esenzioni «totali»: i servizi forniti nell'esercizio dei poteri governativi

Oltre alle clausole di esenzione «individuali» risultanti dall'applicazione «à la carte» delle norme di liberalizzazione contenute nel GATS, detto accordo contiene una serie di esenzioni relative ai servizi pubblici che si applicano a tutti i Membri dell'OMC. In questo paragrafo, si prenderanno in considerazione le esenzioni «totali», ossia le disposizioni idonee a sottrarre il servizio in questione a qualsiasi norma del GATS. Tale accordo contiene quattro esenzioni totali: due di carattere incondizionato (è il caso dell'esenzione relativa ai servizi forniti nell'esercizio dei poteri governativi e di quella per i servizi di trasporto aereo), due sottoposte a condizioni (si tratta delle eccezioni generali e di quelle in materia di sicurezza).

La clausola di esenzione per i «servizi forniti nell'esercizio dei poteri governativi» (in prosieguo: «servizi governativi») di cui all'articolo I, paragrafo 3, lettere b) e c), GATS è trasversale, totale e incondizionata.¹⁴ Dal momento che la maggior parte dei governi sono direttamente o indirettamente coinvolti nella prestazione, il finanziamento o l'organizzazione dei servizi pubblici, l'articolo in esame potrebbe apparire come un importante strumento per sottrarre i servizi pubblici agli obblighi di liberalizzazione previsti dal GATS. La circostanza che molteplici accordi di integrazione economica bilaterali e plurilaterali rechino clausole di esenzione simili a quella in esame non fa che accrescere l'importanza di quest'ultima.

Il campo di applicazione oggettivo dell'articolo I, paragrafo 3, lettere b) e c), GATS, tuttavia, ha dato luogo a notevoli con-

¹⁴ L'articolo I, paragrafo 3, lettere b) e c), GATS dispone: «Ai fini del presente Accordo: [...] (b) il termine 'servizi' comprende qualunque servizio fornito in qualsivoglia settore, eccezion fatta per i *servizi forniti nell'esercizio dei poteri governativi*; (c) l'espressione 'un servizio fornito nell'esercizio dei poteri governativi' indica un servizio che non viene fornito *su base commerciale*, né *in concorrenza* con uno o più fornitori di servizi» (corsivo aggiunto).

troversie.¹⁵ La prima fonte di incertezza è se i due criteri di cui alla lettera c) definiscano in modo esaustivo la nozione di «servizi forniti nell'esercizio dei poteri governativi». Parte della dottrina è orientata in senso affermativo: quale che ne sia la natura, un servizio è soggetto al GATS se è fornito o su base commerciale o in concorrenza con altri fornitori di servizi.¹⁶ Secondo questa interpretazione, i notai rientrerebbero a pieno titolo nell'ambito applicativo del GATS, posto che tali professionisti si contendono i clienti e praticano tariffe che consentono loro la percezione di un margine di profitto.¹⁷ Portando all'estremo tale ragionamento, ricadrebbero nell'ambito del GATS anche gli organi giurisdizionali, in quanto fornitori di servizi giuridici in concorrenza fra loro (si pensi all'ipotesi dei fori alternativi) e con gli arbitri privati.

Quanto al primo dei due elementi della definizione normativa di «poteri governativi» di cui articolo I, paragrafo 3, lettera c), GATS, per parte della dottrina l'espressione «su base commerciale» dovrebbe essere letta alla luce del successivo riferimento alla «presenza commerciale», definito (all'articolo XXVIII, lettera d), GATS) come «qualsiasi tipo di organizzazione commerciale o professionale». Posto che tali organizzazioni solitamente perseguono scopi di lucro, il sintagma «su base commerciale» dovrebbe essere ritenuto sinonimo dell'espressione «a scopo di lucro».¹⁸ Il tenore letterale di altre disposizioni

¹⁵ In tal senso, HOWSE e TÜRK, *op. cit.*, p. 3, secondo i quali l'esatto ambito applicativo dell'articolo I, paragrafo 3, lettera b), GATS è «tutt'altro che chiaro». Si veda inoltre D. ZACHARIAS, *Scope and definition*, in R. WOLFRUM, P. STOLL e C. FEINÄUGLE (a cura di), *WTO - Trade in Services*, Brill, Leiden, 2008, pp. 57-58.

¹⁶ Sul punto M. KRAJEWSKI, *op. cit.*, pp. 347-349.

¹⁷ Si veda, al riguardo la Nota informativa del Segretariato del 6 luglio 1998, *Legal Services S/C/W/43*, in cui si legge che sebbene in alcuni Membri i servizi forniti dai notai sono considerati come rientranti nell'esercizio dei pubblici poteri, tali professionisti spesso forniscono la propria opera su base commerciale e dovrebbero pertanto essere soggetti al GATS.

¹⁸ In tal senso Sul punto M. KRAJEWSKI, *op. cit.*, p. 351; E. LEROUX, *What*

del GATS, peraltro, sembra confutare tale tesi.¹⁹ Il concetto di «organizzazione commerciale o professionale» comprende infatti quello di «persona giuridica», definita (all'articolo XXVIII, lettera l), GATS) come «qualsiasi entità giuridica debitamente costituita o comunque organizzata ai sensi delle leggi vigenti, *a scopo di lucro o altro*, di proprietà di privati o dello Stato».²⁰ Pertanto, nella misura in cui la nozione di «presenza commerciale» comprende persone giuridiche che non perseguono scopi di lucro, non sembra possibile ritenere l'espressione «su base commerciale» equivalente a quella «a scopo di lucro».²¹

Quanto alla seconda condizione di cui all'articolo I, paragrafo 3, lettera c), GATS, al fine di determinare se un servizio è fornito o meno «in concorrenza con uno o più fornitori di servizi», occorre risolvere un classico quesito di diritto *antitrust*: qual è il mercato rilevante per tale servizio? Si devono prendere in considerazione esclusivamente i servizi «simili» a quello in questione, ovvero altresì i servizi «sostituibili» ad esso? Parte della dottrina richiama l'interpretazione dell'espressione «prodotti simili» di cui all'articolo III, paragrafo 1, GATT, fornita dall'Organo di Appello nel caso *Japan – Alcoholic Beverages*.²²

is a «service supplied in the exercise of governmental authority» under Article I:3(b) and (c) of the General Agreement on Trade in Services?, in *Journal of World Trade*, vol. 40, p. 349, secondo il quale tale interpretazione troverebbe supporto altresì nella definizione di «presenza commerciale» al punto D.2. dell'Intesa sugli impegni per i servizi finanziari.

¹⁹ In tal senso, R. ADLUNG, *op. cit.*, p. 463.

²⁰ Corsivo aggiunto.

²¹ M. KRAJEWSKI, *Protecting a Shared Value of the Union in a Globalized World: Services of General Economic Interest and External Trade*, in J. VAN DE GRONDEN (a cura di), *EU and WTO Law on Services: Limits to the realization of General Interest policies within the services markets*, Kluwer Law International, 2008, pp. 199-200 afferma però che mentre l'espressione «persona giuridica», all'articolo XXVIII, lettera l), GATS, si riferisce al prestatore del servizio, che può anche agire per fini diversi dal profitto, l'espressione «su base commerciale», di cui all'articolo I, paragrafo 3, lettera c), GATS, fa invece riferimento all'attività prestata, individuando lo scopo di lucro.

²² Rapporto dell'Organo di Appello del 1 novembre 1996, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8-11/AB/R.

In tale occasione, la «fisarmonica della similitudine» era stata dilata al punto di comprendere tutti i prodotti in concorrenza o sostituibili con quello in questione, utilizzando quale criterio di riferimento l'elasticità della domanda.²³ Alcuni esempi permettono di comprendere più agevolmente le conseguenze di tale interpretazione: l'istruzione pubblica sarebbe soggetta al GATS, in quanto in concorrenza con gli istituti privati, così come lo sarebbero la sanità pubblica e le forze dell'ordine, sottoposte, rispettivamente, alle pressioni concorrenziali esercitate dalla sanità privata e dai servizi privati di vigilanza.²⁴

Alcuni autori, peraltro, hanno obiettato che non è agevole determinare la sostituibilità della domanda per i servizi pubblici offerti gratuitamente. Inoltre, dal momento che i beneficiari dei servizi possono recarsi in altri Stati, anche un fornitore che opera in regime di monopolio nazionale potrebbe ritenersi «in concorrenza» con i fornitori del medesimo servizio stabiliti in altri Stati. È stata pertanto proposta una nozione di «concorrenza a senso unico»,²⁵ secondo la quale un dato fornitore di servizi è soggetto al GATS, a prescindere dalla disponibilità di fornitori alternativi, se «si comporta in modo competitivo», concorrendo con gli altri fornitori per assicurarsi nuovi clienti.²⁶

L'applicazione pratica del criterio della «concorrenza a senso unico», tuttavia, appare problematica: quanto deve essere inefficiente la gestione di un servizio affinché si possa ritenere che il suo fornitore non «si comporta in modo competitivo»? In altri termini, si finirebbe per «premiare» con l'esenzione dagli obblighi di liberalizzazione proprio i fornitori di servizi più inefficienti, ossia quelli che più degli altri dovrebbero essere soggetti

²³ Ibid., punti 6.22 e 6.28.

²⁴ Sul punto, M. KRAJEWSKI, *op. cit.*, p. 350.

²⁵ Così J. VANDUZER, *Health, Education and Social Services in Canada: The Impact of the GATS*, in J. CURTIS e D. CIURIAK (a cura di), *Trade Policy Research*, Ottawa, 2004, p. 388.

²⁶ Rapporto del panel del 1 giugno 2004, *Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services (Mexico – Telmex)*, T/DS204/R, punto 7.230.

a detti obblighi, il che appare chiaramente in contrasto con le finalità di miglioramento del benessere globale perseguite dal GATS. D'altra parte, il diritto *antitrust* di moltissimi ordinamenti prende in considerazione, ai fini della definizione del mercato rilevante, elementi oggettivi quali la sostituibilità dal lato della domanda e, in alcuni casi, dal lato dell'offerta, non già elementi soggettivi e di difficile accertamento giudiziale quali «l'intento competitivo» dell'impresa.

In sintesi, sembra che se i servizi governativi di cui all'articolo I, paragrafo 3, lettera b), GATS sono identificati esclusivamente con riferimento ai due criteri negativi di cui alla lettera c) di tale paragrafo, praticamente tutti i servizi pubblici finirebbero per essere ricompresi nell'ambito applicativo del GATS, rendendo l'esenzione per i servizi governativi sostanzialmente priva di utilità pratica. La dottrina, di conseguenza, ha cercato di ampliare il campo di applicazione di tale esenzione restringendo la portata dei predetti criteri: alcuni autori hanno sostenuto che l'espressione «su base commerciale» deve essere intesa come comprensiva esclusivamente dei servizi forniti «a scopo di lucro», un'interpretazione che però non trova conferma nel dato testuale;²⁷ altri autori hanno affermato che i servizi dovrebbero essere considerati come «in concorrenza con altri fornitori» solo se il relativo prestatore «si comporta in modo competitivo», una ricostruzione che conduce a risultati paradossali e che non è in accordo con i criteri per la definizione del mercato rilevante impiegati nel diritto *antitrust* di moltissimi ordinamenti.²⁸

L'esito dei precedenti sforzi interpretativi suggerisce l'opportunità di spostare l'attenzione dalle espressioni «su base commerciale» e «in concorrenza» a quella di «poteri governativi» e far sì che sia quest'ultima espressione a chiarire il significato delle altre due. L'uso del verbo «indica», all'articolo I, paragrafo 3, lettera c), GATS («*means*» nella versione originale in-

²⁷ In tal senso M. KRAJEWSKI, *op. cit.*, p. 350; E. LEROUX, *op. cit.*, p. 349.

²⁸ Così R. ADLUNG, *op. cit.*, p. 460; J. VANDUZER, *op. cit.*, p. 388.

glese), implica una relazione simmetrica tra tali concetti. Inoltre, l'espressione «poteri governativi» di cui all'articolo I, paragrafo 3, lettera c), GATS deve avere un contenuto semantico autonomo,²⁹ perché se i redattori intendevano esentare esclusivamente i servizi forniti né «su base commerciale, né in concorrenza» avrebbero potuto raggiungere tale scopo senza introdurre la nozione di «poteri governativi».³⁰

Si ritiene, pertanto, che i servizi governativi di cui all'articolo I, paragrafo 3, lettere b) e c), GATS siano quelle attività che sono così intimamente connesse al concetto di «poteri governativi» da essere ontologicamente incompatibili con le nozioni di «commercio» e «concorrenza».³¹ Ma come deve essere accertato detto collegamento con i pubblici poteri? Gli Articoli sulla responsabilità degli Stati (in prosieguo: gli Articoli ILC),³² redatti dalla Commissione di diritto internazionale dell'ONU, prevedono due criteri per determinare se il comportamento di un ente è imputabile ad uno Stato: la classificazione di tale ente come un «organo dello Stato» (articolo 4 degli Articoli ILC), ovvero l'eser-

²⁹ Cfr. Rapporto dell'Organo di appello del 16 gennaio 2003, *United States – Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000*, WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R, punto 271: «l'Accordo OMC deve essere interpretato in base al canone interpretativo internazionalmente riconosciuto dell'effetto utile e, in base a tale principio, le disposizioni dell'accordo OMC non devono essere interpretate in modo che intere clausole o paragrafi di un trattato siano ridondanti o inutili».

³⁰ Sul punto R. ADLUNG, *op. cit.*, p. 466.

³¹ Al riguardo E. LEROUX, *op. cit.*, pp. 352 e 362 afferma che l'esercizio di poteri governativi ha «poco a che fare col commercio» e che la nozione di concorrenza è «generalmente assente in caso di esercizio dei poteri governativi».

³² Commissione di diritto internazionale, *Articoli sulla responsabilità degli Stati*, allegati alla risoluzione dell'Assemblea generale ONU n. 56/83, UN Doc. A/CN.4/L.602/Rev.1, 2001 (già richiamati nelle risoluzioni n. 59/35 and 62/61). Tali Articoli erano stati precedentemente pubblicati, unitamente al commentario predisposto dalla Commissione di diritto internazionale, con il nome di *Progetto di articoli sulla responsabilità degli stati per atti internazionalmente illeciti*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001/2, Parte due, p. 42 ss..

cizio di «elementi di autorità di governo» (articolo 5 degli Articoli ILC).

Gli Articoli ILC, e quindi i due criteri di collegamento ivi enunciati, godono dello status di principî generalmente riconosciuti di diritto internazionale consuetudinario e, sebbene implicitamente, sono stati richiamati in molteplici occasioni dai panels e dall'Organo di appello OMC.³³ Occorre perciò chiedersi se tali criteri possono essere impiegati per identificare le attività connesse all'esercizio dei poteri di governo ai fini dell'articolo I, paragrafo 3, lettere b) e c), GATS.

Il criterio di collegamento di cui all'articolo 4 degli Articoli ILC può essere definito «istituzionale»:³⁴ ciò che conta è l'agente, non la condotta.³⁵ Il commentario predisposto dalla Commissione di diritto internazionale relativamente a tale articolo afferma espressamente che è irrilevante se la condotta dell'organo dello Stato è di tipo commerciale o *iure gestionis*.³⁶ Nel contesto dell'OMC, il panel nella controversia *Canada-Periodi-*

³³ Corte internazionale di giustizia, *The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro)*, Ruolo generale della Corte 2007/91, 108(297), punto 385, in cui la Corte attribuisce lo *status* di diritto internazionale consuetudinario al Progetto di articoli redatto dalla Commissione di diritto internazionale; Tribunale arbitrale NAFTA, *Loewen and United States, Decision On Hearing of Respondent's Objection to Competence and Jurisdiction*, 5 gennaio 2001, punto 70, ove si afferma che il Progetto di articoli è una «formulazione molto autorevole» dello stato attuale del diritto relativo alla responsabilità degli Stati.

³⁴ Ciò risulta chiaramente dal testo dell'articolo 4 degli Articoli ILC, che considera come «organi dello Stato» «qualsiasi individuo o ente che abbia tale status in base al diritto interno a tale Stato» e attribuisce la condotta di tali organi al rispettivo Stato a prescindere dalle funzioni legislative, esecutive, giudiziarie o diverse esercitate da tale organo.

³⁵ Nondimeno, in base al commentario all'articolo 4 del Progetto di Articoli ILC, punti 11 e 13, le funzioni svolte da un dato ente possono venire in rilievo se uno Stato non considera lo stesso quale ente pubblico o se sorgono difficoltà nel determinare se una persona che sia organo dello Stato abbia agito in tale veste.

³⁶ *Ibid.*, punto 6.

cals ha seguito un approccio simile nell'affermare che le tariffe per la consegna praticate dall'operatore postale canadese Canada Post erano attribuibili al Canada ai fini dell'articolo III, paragrafo 4, GATT, anche se detto operatore aveva un espresso mandato governativo ad agire «su base commerciale».³⁷ Similmente, nella causa *Canada–Civilian aircraft* è risultato pacifico tra le parti che la Export Development Corporation canadese era un «ente pubblico» ai fini dell'accordo OMC sulle sovvenzioni e sulle misure compensative, anche se tale soggetto offriva finanziamenti agli esportatori «in concorrenza» con istituti di credito privati.³⁸ Il panel della controversia *Korea–Commercial vessels* è giunto alla stessa conclusione per quanto riguarda la Banca coreana di import-export, pur riconoscendo che la stessa operava «a condizioni commerciali» sui mercati aperti ad altri operatori pubblici e privati «in pieno regime di concorrenza».³⁹ Risulta quindi evidente che l'approccio «istituzionale» di cui all'articolo 4 degli Articoli ILC non può essere impiegato per identificare i servizi governativi a norma dell'articolo I, paragrafo 3, lettere b) e c), GATS, in quanto conduce all'applicazione dell'esenzione anche a vantaggio di servizi prestati «su base commerciale» o «in concorrenza con altri fornitori», il che è espressamente escluso dall'articolo I, paragrafo 3, lettera c), GATS.

Il criterio di collegamento di cui all'articolo 5 degli Articoli ILC ha, invece, un carattere «funzionale»: gli enti «parastatali» in questione possono infatti essere sia pubblici che privati, ciò che conta è che essi esercitino «elementi di autorità di governo», ossia siano incaricati di «talune funzioni pubbliche o di regolamentazione» ed agiscano in tale veste.⁴⁰ In base ad una simile ot-

³⁷ Rapporto del Panel del 14 marzo 1997, *Canada – Certain Measures Concerning Periodicals*, WT/DS31/R, punto 5.34.

³⁸ Rapporto del Panel del 14 aprile 1999, *Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/R punto 9.160.

³⁹ Rapporto del Panel del 7 marzo 2005, *Korea – Measures Affecting Trade In Commercial Vessels*, WT/DS273/R, punto 7.38.

⁴⁰ Commentario all'articolo 5 del Progetto di Articoli ILC, punto 5.

tica, il panel nella controversia *Japan–Film* ha ritenuto che delle linee guida elaborate da associazioni di privati e successivamente approvate da organi pubblici costituissero misure attribuibili al Giappone ai sensi dell'articolo XXIII, paragrafo 1, lettera b), GATT.⁴¹ Al contrario, la condotta inerente ad attività private o commerciali, non può essere considerata come un atto dello Stato.⁴² In base ad una distinzione simile, il panel della controversia *Canada–Wheat* ha operato una distinzione tra le transazioni effettuate da imprese pubbliche «esclusivamente in base a considerazioni di ordine commerciale» (ai sensi dell'articolo XVII, paragrafo 1, lettera b), GATT) e quelle realizzate in applicazione di politiche governative.⁴³

Pertanto, sembra che il criterio più idoneo a identificare i servizi governativi, ai sensi dell'articolo I, paragrafo 3, lettere b) e c), GATS, è di tipo «funzionale», sul modello dell'articolo 5 degli Articoli ILC.⁴⁴ Tale tesi trova conferma nel testo dell'articolo I, paragrafo 3, lettere b) e c), GATS che fa riferimento ai «servizi forniti nell'esercizio dei poteri governativi» (piuttosto che ai «fornitori» di tali servizi), e dell'articolo 5, lettera c), punti

⁴¹ Rapporto del Panel del 31 marzo 1998, *Japan - Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, WT/DS44/R, punto 10.328 ove si rileva che se dette linee guida non fossero imputabili al governo nipponico, si ammetterebbe che gli Stati possono eludere gli obblighi derivanti dall'appartenenza all'OMC trasferendo funzioni a soggetti privati.

⁴² Commentario all'articolo 5 del Progetto di Articoli ILC, punto 5 «la condotta di una compagnia ferroviaria cui siano stati attribuiti poteri di polizia sarà considerata un atto dello Stato rilevante per il diritto internazionale solo se riguarda l'esercizio di tali poteri, ma non se riguarda altre attività (quali la vendita di biglietti o l'acquisto di vagoni)».

⁴³ Rapporto del Panel del 6 aprile 2006, *Canada - Measures Relating to Exports of Wheat and Treatment of Imported Grain*, WT/DS276/R, punti 6.84-6.88 in cui si afferma che un'impresa pubblica non agisce «unicamente in base a considerazioni commerciali» se vende e compra in base a fattori quali «la nazionalità dei potenziali acquirenti o alienanti, le politiche promosse dal governo, gli interessi economici e politici dello Stato».

⁴⁴ Il commentario all'articolo 5 del Progetto di Articoli ILC, peraltro, stempera il carattere funzionale dell'approccio in questione prevedendo criteri aggiuntivi per determinare quali attività devono considerarsi «di governo».

i) e ii) dell'Allegato sui servizi finanziari che definisce la nozione di «ente pubblico» sulla base delle funzioni svolte, piuttosto che in base alla natura pubblica o privata dell'ente in questione.⁴⁵

A questo punto non resta che individuare in concreto, sulla base del criterio appena delineato, quali attività possano essere considerate come fornite «nell'esercizio dei poteri governativi». Il commentario della Commissione di diritto internazionale fornisce come esempi i poteri di detenzione e disciplina attribuiti alle guardie carcerarie e le responsabilità in materia di quarantena e controllo dell'immigrazione rimesse alle compagnie aeree private e pubbliche. Con specifico riferimento alla nozione di «poteri governativi» (ai sensi dell'articolo I, paragrafo 3, lettere b) e c), GATS), Leroux ha affermato che, mentre le note informative pubblicate dal Segretariato dell'OMC sono di scarso ausilio,⁴⁶ utili indicazioni possono essere dedotte dalla definizione di «governo» ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1 dell'accordo sull'agricoltura fornita dall'Organo d'appello nella controversia *Canada–Dairy*: «L'elemento essenziale del 'governo' è [...] il potere di 'regolare', 'controllare' o 'sorvegliare' gli individui, di 'vincolare' la loro condotta attraverso l'esercizio legittimo dell'autorità».⁴⁷ Tale definizione suggerisce che le funzioni ricondu-

⁴⁵ Articolo 5, lettera c), punti i) e ii) dell'Allegato sui servizi finanziari: «per 'ente pubblico' s'intende un'entità posseduta o controllata da un Membro, che svolge principalmente funzioni governative o attività a fini governativi, ad esclusione quindi di enti operanti principalmente nel settore dei servizi finanziari sul base commerciale; o un ente privato che svolge funzioni normalmente espletate da una banca centrale o un'autorità monetaria, nel momento in cui esercita tali funzioni.»

⁴⁶ Nel 1998 il Segretariato dell'OMC ha pubblicato una serie di note informative allo scopo di chiarire la portata dell'articolo I, paragrafo 3, lettere b) e c), GATS in determinati settori di servizi: si vedano, Segretariato OMC, note 12 giugno 2008, *Postal and Courier Services*, S/C/W/39; 6 *Environmental Services*, S/C/W/46, 6 luglio 1998; *Legal Services*, S/C/W/43; 18 settembre 1998, *Health and Social Services*, S/C/W/50; 23 settembre 1998, *Education Services*, S/C/W/49. Per una valutazione (sostanzialmente negativa) dei risultati di tale iniziativa, v. E. LEROUX, *op. cit.*, pp. 357-358.

⁴⁷ Rapporto dell'Organo di appello del 13 ottobre 1999, *Canada–Measu-*

cibili al cuore della sovranità statale – quali il potere di «regolare», «controllare», «sorvegliare» e «vincolare» – sono per definizione incompatibili con i concetti di «commercio» e «concorrenza» e dovrebbero essere considerate «servizi governativi» sottratte all'applicazione degli obblighi GATS. L'Allegato sui servizi finanziari sembra sostenere questa tesi, in quanto distingue tra le «attività svolte da una banca centrale o un'autorità monetaria ovvero da qualsiasi altro ente pubblico in applicazione della politica monetaria o della politica dei cambi»,⁴⁸ che sono considerate «servizi governativi» *de plano*, ed altre attività, come i regimi di previdenza sociale, che costituiscono «servizi governativi» solo se risulta che essi non sono forniti «in concorrenza con un ente pubblico o un fornitore di servizi finanziari».⁴⁹

Cercare di redigere una lista dei possibili «servizi governativi» sarebbe, allo stato, essenzialmente una congettura. È però possibile affermare che tutte le attività funzionalmente collegate all'esercizio della sovranità dello Stato sono potenziali beneficiari dell'esenzione di cui all'articolo I, paragrafo 3, lettere b) e c), GATS. Rientrano pertanto nella deroga le attività rientranti nella classica categoria di diritto internazionale degli *acta jure imperii*. Probabilmente, beneficiano dell'esenzione anche le c.d. «funzioni regali» individuate dalla giuspubblicistica francese.⁵⁰ Tuttavia, la stragrande maggioranza dei servizi pubblici non rientra nell'ambito di applicazione di tale deroga.⁵¹

res Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Dairy Products, WT/DS103/AB/R, WT/DS113/AB/R, punto 97.

⁴⁸ Articolo 1, lettera b), punto i) dell'Allegato sui servizi finanziari.

⁴⁹ Articolo 1, lettera c), dell'Allegato sui servizi finanziari.

⁵⁰ Sul punto, M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, Parigi, 1929, p. 116; J. PONTIER, *La notion de compétences régaliennes dans la problématique de la répartition des compétences entre les collectivités publiques*, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, 2003, p. 194.

⁵¹ In tal senso, M. KRAJEWSKI, *op. cit.*, p. 350.

1.3. (Segue) I servizi di trasporto aereo

L'esenzione di cui all'articolo 2 dell'allegato sui servizi di trasporto aereo è settoriale, totale e incondizionata. Si applica alle misure che riguardano i «diritti di traffico» ed i «servizi direttamente connessi all'esercizio dei diritti di traffico». La rilevanza di tale esenzione per la disciplina dei servizi pubblici è evidente, posto che il trasporto aereo è un'importante industria rete, che in molti Paesi è annoverata tra le *public utilities* ed è soggetta a regolamentazione.

A differenza dell'esenzione relativa ai servizi governativi, la presente clausola di esenzione non riguarda un intero settore dei servizi, ma solo alcuni tipi di intervento in tale settore ed i servizi ad esso ausiliari. Per quanto riguarda la definizione del settore interessato, si deve tener conto della definizione di «diritti di traffico», di cui all'articolo 6, lettera d) dell'Allegato sui servizi di trasporto aereo, recante una serie di esempi di misure nazionali ricomprese nella deroga. Quanto invece ai servizi ausiliari, si tratta essenzialmente delle attività di «riparazione e manutenzione di aeromobili», «vendita e commercializzazione di servizi di trasporto aereo» e «sistemi telematici di prenotazione». L'esatta portata della deroga con riferimento a tali tre segmenti di mercato è ulteriormente precisata dalle definizioni di cui all'articolo 6, lettere a), b) e c) dell'allegato sui servizi di trasporto aereo.

L'allegato sui servizi di trasporto aereo, pertanto, sembra definire l'ambito oggettivo dell'esenzione in argomento con sufficiente chiarezza, anche se vale la pena di ricordare che il settore dei servizi di trasporto aereo è soggetto a riesame periodico da parte del Consiglio sugli scambi di servizi e che ciò può determinare cambiamenti nella portata della deroga.⁵² Nell'ambito di

⁵² L'articolo 5 dell'Allegato sui servizi di trasporto aereo dispone che il Consiglio per gli scambi di servizi procederà all'esame periodico, almeno ogni cinque anni, degli sviluppi intervenuti nel settore del trasporto aereo allo scopo di valutare possibili ulteriori applicazioni del GATS in tale settore.

quest'ultima, peraltro, i Membri dell'OMC hanno carta bianca per quanto riguarda gli obiettivi che essi intendono perseguire nella gestione dei diritti di traffico aereo e servizi ausiliari.

1.4. (Segue) *Le eccezioni generali e di sicurezza*

Gli articoli XIV e XIV bis GATS possono essere considerati esenzioni «totali» e «condizionate», in quanto consentono ai membri dell'OMC di adottare misure nazionali in contrasto con qualsiasi obbligo GATS purché tali misure soddisfino le condizioni previste da tali disposizioni.⁵³ In considerazione della somiglianza della formulazione dell'articolo XIV GATS a quella dell'articolo XX GATT, da un lato, e dell'articolo XIV bis GATS all'articolo XXI GATT, dall'altro, il significato delle predette disposizioni del GATS può essere chiarito sulla base di molteplici rapporti dell'Organo d'appello e dei panels relativi alle omologhe disposizioni del GATT.⁵⁴ Questo paragrafo, pertanto, si limiterà esclusivamente ad illustrare come gli articoli XIV e XIV bis GATS possano essere impiegati per sottrarre agli obblighi di liberalizzazione misure nazionali relative alla gestione o al finanziamento di servizi pubblici nell'ambito di settori in cui sono stati assunti impegni specifici.

L'articolo XIV GATS può venire in rilievo nel contesto dei meccanismi pubblici di rimborso delle spese mediche e nell'ambito degli obblighi di servizio universale imposti ai prestatori di servizi sanitari. Si ritiene infatti che i Membri OMC che hanno

⁵³ Quanto all'articolo XIV GATS, le condizioni della deroga sono previste sia nello *chapeau* che alle lettere da a) a e) di tale articolo; nell'ambito dell'articolo XIV bis GATS, invece, occorre fare riferimento esclusivamente alle condizioni previste nei suoi paragrafi.

⁵⁴ Rapporto dell'Organo di appello del 20 aprile 2005, *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/AB/R, punto 291 in cui si afferma espressamente che le pronunce relative all'articolo XX GATT possono venire in rilievo ai fini dell'interpretazione dell'articolo XIV GATS in ragione della simile formulazione delle due disposizioni.

assunto impegni specifici nel campo dei servizi sanitari possano fare salvi simili misure, sulla base dell'articolo XIV, lettera b), GATS, in quanto «necessarie ai fini della tutela della vita o della salute delle persone». Il test di proporzionalità insito nell'espressione «necessarie» e le ulteriori condizioni previste dallo *chapeau* dell'articolo XIV GATS dovrebbero assicurare che tali misure relative al funzionamento dei servizi pubblici siano concepite – per parafrasare il rapporto dell'Organo di appello nella controversia *US-Shrimp* – in modo da operare un giusto contemperamento tra i «diritti» di intervento pubblico nell'economia riconosciuti a ciascun Membro ed i suoi «doveri» di liberalizzazione.⁵⁵

L'articolo XIV bis GATS, invece, potrebbe costituire una ulteriore deroga a favore dei servizi relativi alla sicurezza nazionale rispetto all'esenzione di cui all'articolo I, paragrafo 3, lettere b) e c), GATS. Infatti, sebbene quest'ultima esenzione certamente può essere invocata a vantaggio di espressioni tipiche della sovranità statale, quali la difesa e le forze armate, il criterio «funzionale» che, come osservato, dovrebbe guidare l'applicazione di tale disposizione rischia di lasciare al di fuori della portata della deroga i servizi ausiliari, come la gestione di strutture ricreative o sportive all'interno o in prossimità di basi militari. I Membri dell'OMC che intendano regolare tali attività senza soggiacere agli obblighi di liberalizzazione scaturenti dal GATS potrebbero allora invocare l'articolo XIV bis, lettera b), punto i), GATS che permette a ciascun Membro di «prendere provvedimenti che lo stesso ritenga necessari [...] relativamente alla fornitura di servizi prestati, direttamente o indirettamente, allo scopo di approvvigionare un'installazione militare». Ancora una volta, il test proporzionalità previsto da tale disposizione dovrebbe prevenire abusi.

⁵⁵ Rapporto dell'Organo di appello del 6 novembre 1998, *United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, punto 156.

1.5. Le esenzioni «parziali»: il trasporto marittimo

Le clausole di esenzione «parziale» sottraggono i servizi interessati soltanto ad alcuni obblighi del GATS, facendo salva l'applicazione delle altre disposizioni previste da tale accordo. A differenza delle esenzioni totali, nel caso delle esenzioni parziali si rivela di fondamentale importanza determinare la gamma delle disposizioni GATS la cui applicazione è esclusa. Infatti, non tutti gli obblighi del GATS hanno la stessa incidenza sulla fornitura e sull'organizzazione dei servizi pubblici. In particolare, l'applicazione dei principî del trattamento nazionale e di accesso al mercato hanno un'incidenza maggiore rispetto, ad esempio, al trattamento della nazione più favorita, in quanto i servizi pubblici sono di solito forniti da imprese nazionali.⁵⁶

Il trasporto marittimo è considerato un servizio pubblico in numerosi Membri dell'OMC in considerazione delle esternalità positive collegate alla mobilità, dell'esigenza di assicurare il servizio negli itinerari meno redditizi e del ruolo strategico dei porti come *essential facilities*. In linea con tali considerazioni, l'Allegato concernente i negoziati sui servizi di trasporto marittimo prevede un'esenzione settoriale, parziale e incondizionata per i «trasporti marittimi internazionali», i «servizi accessori» e l'accesso e l'uso delle «infrastrutture portuali». Il campo applicativo *ratione materiae* di questa esenzione di servizio pubblico risulta delimitato in modo poco netto, posto che il predetto allegato non definisce alcuna di tali espressioni.

Gli effetti della clausola di esenzione in esame interessano unicamente il trattamento della nazione più favorita, che trova applicazione nel settore dei trasporti marittimi in regime di *opt in*, invece che di *opt out* come per gli altri servizi.⁵⁷ In altre parole, la clausola MFN non si applica di *default* al settore dei trasporti marittimi, bensì unicamente a fronte di impegni specifici

⁵⁶ Così M. KRAJEWSKI, *op. cit.*, p. 359.

⁵⁷ Articolo 2 dell'Allegato concernente i negoziati sui servizi di trasporto marittimo.

in tal senso assunti dal singolo Membro OMC. Inoltre, in deroga all'articolo XXI GATS, i Membri possono modificare o revocare gli impegni specifici assunti nel settore dei trasporti marittimi senza necessità di prevedere concessioni compensative in altri settori a vantaggio degli altri Membri eventualmente pregiudicati da tali mutamenti.

Pertanto, la rilevanza della deroga prevista dall'Allegato concernente i negoziati sui servizi di trasporto marittimo come esenzione «relativa ai servizi pubblici» si rivela alquanto modesta, in quanto essa consente di derogare ad un obbligo GATS (la clausola MFN), la cui applicazione non avrebbe comunque interferito in modo significativo con la fornitura e la regolamentazione dei servizi pubblici nel settore dei trasporti marittimi.

1.6. (Segue) *Gli appalti pubblici*

Ai sensi dell'art. XIII, paragrafo 1, GATS, le leggi, i regolamenti o le prescrizioni «che disciplinano gli appalti pubblici di servizi che siano acquistati per scopi governativi e non ai fini di una rivendita o di una fornitura di servizi a titolo commerciale» sono sottratti agli obblighi GATS in tema di trattamento nazionale, accesso al mercato e trattamento MFN. Tale esenzione, avente carattere trasversale, parziale e incondizionato, assume particolare rilievo per la materia dei servizi pubblici in quanto può trovare applicazione nei confronti degli acquisti effettuati da imprese incaricate della gestione di tali servizi.⁵⁸

L'ambito di applicazione dell'esenzione in esame è definito attraverso quattro criteri cumulativi. Il primo criterio è di tipo istituzionale («appalti pubblici di servizi»),⁵⁹ il secondo è di ca-

⁵⁸ In tal senso, P. KULKARNI, *op. cit.*, p. 252; R. MASTROIANNI e A. ARENA, *op. cit.*, p. 40.

⁵⁹ Il carattere istituzionale del collegamento in questione risulta in modo ancora più evidente dalla formulazione della versione originale inglese dell'articolo XIII, paragrafo 1, GATS, che reca l'espressione «*procurement by governmental agencies*».

rattere funzionale («per scopi governativi»), il terzo e il quarto sono anch'essi di natura funzionale, ma sono enunciati in negativo («non ai fini di una rivendita o di una fornitura di servizi a titolo commerciale»). Poiché nessuno di questi quattro criteri è ulteriormente illustrato o definito nel testo del GATS, sorgono non trascurabili incertezze interpretative circa l'esatto campo di applicazione materiale dell'esenzione per gli appalti pubblici.

Per esempio, non è chiaro se i servizi forniti nell'esercizio dei poteri governativi possano sempre beneficiare dell'esenzione relativa agli appalti pubblici.⁶⁰ Mentre il riferimento alla rivendita o fornitura «a titolo commerciale» richiama l'espressione «su base commerciale» di cui all'articolo I, paragrafo 3, lettera c), GATS, non è sicuro che gli «scopi governativi» possano considerarsi in ogni caso attinenti ai «poteri governativi» di cui alla lettera b) di tale articolo. Purtroppo, non è possibile ricavare un ausilio per l'interpretazione delle disposizioni in esame dal confronto con l'Accordo sugli Appalti Pubblici, ossia uno degli accordi commerciali plurilaterali di cui all'allegato 4 dell'Accordo che istituisce l'OMC. Difatti, invece di impiegare clausole generali quali quelle contenute nell'articolo XIII del GATS, l'articolo I, paragrafo 1, dell'Accordo sugli appalti pubblici si serve di elenchi per determinare l'ambito applicativo delle proprie disposizioni.

In conclusione, l'esenzione relativa agli appalti pubblici, in considerazione della sua applicazione trasversale (che si estende agli appalti pubblici di qualsiasi tipo di servizio) e dei suoi vasti effetti (che riguardano principî chiave, quali quello del trattamento nazionale e dell'accesso al mercato), può avere un notevole peso nel contesto del bilanciamento tra liberalizzazione ed intervento pubblico in seno al GATS e quindi ai fini della nozione stessa di «servizio pubblico» fatta propria da tale accordo. Tuttavia, permangono profonde incertezze circa l'esatta portata *ratione materiae* di tale clausola di esenzione.

⁶⁰ Sul punto R. ADLUNG, *op. cit.*, p. 474.

2. Le clausole di regolamentazione relative ai servizi pubblici nel GATS

La *Lista di classificazione settoriale dei servizi*, ossia il modello cui i Paesi Membri dell'OMC normalmente fanno riferimento per redigere i propri elenchi, comprende molti servizi generalmente considerati *public utilities*.⁶¹ Qualora tali settori siano oggetto di impegni specifici e non siano inclusi negli elenchi delle deroghe, trovano applicazione nei loro confronti molteplici obblighi, alcuni di carattere «condizionato» (ossia che riguardano unicamente i settori rispetto ai quali sono stati assunti impegni specifici) altri di carattere «incondizionato» (ossia applicabili a tutti i settori). Nella misura in cui tali obblighi influiscono direttamente sulla portata dell'intervento pubblico consentito a livello nazionale, possono considerarsi «clausole di regolamentazione» relative ai servizi pubblici. Si tratta, in particolare, dei principî trasversali in materia di monopoli (articolo VII GATS) e regolamentazione interna (articolo VI GATS) e delle disposizioni di settore per i servizi di telecomunicazione previste dall'Allegato sulle telecomunicazioni e, per i Membri OMC che lo hanno recepito, dal *Reference paper*.

2.1. Le clausole di regolamentazione trasversali: i monopoli ed i fornitori esclusivi

L'articolo VII GATS, relativo ai monopoli⁶² e ai prestatori esclusivi,⁶³ assume un particolare rilievo nella materia dei servizi

⁶¹ Per un elenco dei settori della lista SSCL che possono essere considerati servizi sociali, si veda P. KULKARNI, *op. cit.*, pp. 248-249

⁶² Le disposizioni dell'art. VIII GATS si applicano unicamente ai monopoli legali, non a quelli naturali, come risulta dalla definizione di «prestatore monopolista di un servizio» di cui all'art. XXVIII, lettera h) GATS: «qualsiasi soggetto, pubblico o privato, che in un particolare mercato del territorio di un membro è autorizzato o nominato in via formale o di fatto da tale membro come fornitore esclusivo di quel servizio».

⁶³ Si veda l'articolo VIII, paragrafo 5, GATS: «Le disposizioni del presente

pubblici, in quanto numerosi Membri OMC assicurano la fornitura di tali servizi attraverso il conferimento di diritti speciali ed esclusivi alle imprese incaricate. Il paragrafo 1 di tale articolo prevede l'obbligo (di carattere incondizionato) per ciascun Membro OMC di assicurarsi che i propri monopolisti non agiscano in contrasto con la clausola MFN e, se del caso, con gli impegni specifici assunti da tale Membro. Il paragrafo 2, che invece trova applicazione nei soli settori in cui sono stati assunti impegni specifici, è volto ad evitare lo *spillover*, mediante l'abuso della posizione di monopolio, del potere di mercato in segmenti non rientranti nell'ambito del monopolio. Occorre peraltro rilevare come l'articolo VII GATS si applichi unicamente ai servizi *forniti* dai monopolisti e dai prestatori esclusivi, non già a quelli da essi *acquistati*, i quali possono nondimeno beneficiare dell'esenzione parziale prevista per gli appalti pubblici ai sensi dell'articolo XIII GATS.

Il paragrafo 4 dell'articolo VIII GATS impone ai Membri OMC di notificare al Consiglio per gli scambi di servizi l'intenzione di estendere la portata dei diritti di monopolio esistenti nell'ambito dei settori oggetto di impegni specifici. Se un altro Membro risulta pregiudicato da tali modifiche e la questione non può essere risolta mediante consultazioni, il Membro che ha apportato modifiche ai diritti di monopolio è tenuto ad effettuare concessioni compensative in altri settori o modi di fornitura ai sensi dell'articolo XXI. La dottrina si è interrogata se anche l'estensione dell'ambito dei servizi forniti nell'esercizio dei poteri governativi ai sensi dell'articolo I, paragrafo 3, lettera b), GATS sia soggetta alle medesime regole,⁶⁴ ma l'assenza di uno specifico riferimento alla necessità di operare concessioni compensative nell'ambito della disposizione

articolo si applicano inoltre ai casi di prestatori esclusivi di servizi, ove un Membro in via formale o di fatto a) autorizzi o nomini un numero limitato di prestatori di servizi e b) impedisca in misura sostanziale la concorrenza tra tali fornitori nel suo territorio».

⁶⁴ In tal senso, J. VANDUZER, *op. cit.*, p. 464.

in esame induce a propendere per una risposta in senso negativo.⁶⁵

In sintesi, sembra che la preoccupazione principale alla base delle disposizioni di cui all'articolo VIII GATS sia quella di «congelare» l'attuale equilibrio tra liberalizzazione e intervento pubblico realizzato mediante la concessione di diritti speciali ed esclusivi. Questo risultato è ottenuto estendendo gli obblighi gravanti sui Membri GATS ai rispettivi monopolisti e prestatori esclusivi (così i Membri non possono sottrarsi a tali obblighi «privatizzando il protezionismo»,⁶⁶ ossia agendo per il tramite dei loro monopolisti o prestatori esclusivi) ed impedendo l'espansione del campo di applicazione dei diritti di esclusiva, sia *de jure* ad opera dei governi (paragrafo 4) che *de facto* ad opera degli stessi monopolisti o fornitori esclusivi (paragrafo 2). Viceversa, l'articolo VIII GATS si disinteressa delle ragioni sottese alla concessione dei diritti di esclusiva, che può indifferentemente rispondere a considerazioni di interesse pubblico o a meri intenti protezionistici.

2.2. (Segue) *La regolamentazione interna*

L'articolo VI GATS riguarda le «misure di applicazione generale concernenti gli scambi di servizi». Dal momento che gli obblighi di servizio universale e di servizio pubblico certamente rientrano in tale novero, l'articolo VI GATS costituisce un importante tassello nell'ambito della regolamentazione dei servizi pubblici ad opera del GATS.

⁶⁵ Così R. ADLUNG, *op. cit.*, p. 473.

⁶⁶ Tale espressione («*privatizing protection*») è stata introdotta dal Rapporto del panel del 22 aprile 1998, *Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper (United States v Japan)*, WT/DS44/R, punto 10.328, per descrivere il comportamento del governo nipponico, che da un lato negoziava la riduzione delle barriere commerciali, dall'altro permetteva all'impresa Fuji Film di escludere le imprese americane dai principali circuiti di distribuzione.

Il paragrafo 1 dell'articolo VI GATS – norma di carattere procedurale – richiede che la regolamentazione interna sia amministrata in modo ragionevole, obiettivo ed imparziale.⁶⁷ Il paragrafo 4 di tale articolo pone invece le basi per successivi negoziati con riferimento ad una specifica categoria di misure di applicazione generale, quelle relative «a requisiti obbligatori e procedure, nonché alle norme tecniche e agli obblighi di licenza». In particolare, il Consiglio per gli scambi di servizi deve formulare discipline volte a garantire che i provvedimenti in questione siano «basati su criteri oggettivi e trasparenti», non siano «più onerosi di quanto necessario per garantire la qualità del servizio» e, nel caso di procedure di concessione di licenza, «non rappresentino di per se stessi una limitazione alla fornitura del servizio».

Sebbene fino ad oggi dette discipline siano state adottate unicamente nel settore della contabilità,⁶⁸ i requisiti di cui al paragrafo 4 assumono comunque rilievo in quanto il successivo paragrafo 5 prevede un obbligo di *standstill*: fino all'adozione delle predette discipline, i Membri OMC sono tenuti a non applicare obblighi in materia di licenze e requisiti nonché norme tecniche incompatibili con i tre requisiti di cui sopra, o in una maniera che «non si sarebbe potuta ragionevolmente prevedere da parte di quel membro al momento dell'assunzione degli impegni specifici nei settori in questione».

Alcuni autori hanno opportunamente rilevato che l'applicazione di tali requisiti agli obblighi di servizio pubblico e di servizio universale può rivelarsi problematica.⁶⁹ Infatti, tali obbli-

⁶⁷ Rapporto del panel del 10 novembre 2004, *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/R, punto 6.432.

⁶⁸ Si vedano i documenti OMC S/WPPS/3, del 4 dicembre 1998 e S/L/63, del 15 dicembre 1998.

⁶⁹ Sul punto J. TRACHTMAN, *Lessons for the GATS from Existing WTO Rules on Domestic Regulation*, in A. MATTOO e P. SAUVÉ (a cura di), *Domestic Regulation & Services Trade Liberalization*, Washington, 2003, p. 68.

ghi sono «onerosi» per definizione (se non vi è «attività conformativa» dell'amministrazione non può parlarsi di «servizio pubblico»), il che non lascia ai Membri OMC altra scelta che sostenere che gli stessi sono «necessari per garantire la qualità del servizio» anche se, in realtà, essi sono preordinati alla tutela di altri interessi, quali la salute pubblica o l'accesso universale ai servizi pubblici (si consideri il caso di una normativa nazionale che imponga agli ospedali di riservare un certo numero di posti letto per i pazienti indigenti).⁷⁰

Le disposizioni del GATS in materia di regolamentazione interna, dunque, lasciano una vasta gamma di considerazioni di interesse generale al di fuori del bilanciamento tra liberalizzazione ed intervento pubblico. Ciò sembra suggerire che tali previsioni abbiano carattere di *de-regulation* più che di *re-regulation*.

2.3. Le clausole di regolamentazione settoriale: l'allegato sulle telecomunicazioni

I servizi di telecomunicazione meritano una particolare attenzione in quanto costituiscono, ad oggi, il settore per il quale il GATS prevede la disciplina più intensa e dettagliata.⁷¹ Ciò non è affatto casuale. Le telecomunicazioni costituiscono un'industria di rete in cui le imprese che controllano le infrastrutture es-

⁷⁰ Per tale esempio, cfr. R. ADLUNG, *op. cit.*, p. 480.

⁷¹ In dottrina, M. BURRI NENOVA, *The Law of the World Trade Organization and the Communications Law of the European Community: On a Path of Harmony or Discord?*, in *Journal of World Trade*, 2007, vol. 41, fasc. 4, pp. 833-878; B. MATHEW, *The WTO Agreements on Telecommunications*, Peter Lang, Berna, 2003 pp. 29-40; C. KOENIG e J. BRAUN, *The International Regulatory Framework of EC Telecommunications Law: The Law of the WTO and the ITU as a Yardstick for EC Law*, in C. KOENIG, A. BARTOSCH e J. BRAUN (a cura di), *EC Competition and Telecommunications Law*, Kluwer, L'Aia, 2002, pp. 19-49; M. BRONCKERS e P. LAROUCHE, *Telecommunications Services and the World Trade Organization*, in *Journal of World Trade*, 1997, vol. 31, fasc. 5, pp. 6-7.

senziali godono di un potere di mercato tale da poter falsare sensibilmente il gioco della concorrenza in diversi segmenti di mercato a danno delle imprese rivali nazionali ed estere. Inoltre, dal momento che un numero crescente di servizi sono forniti tramite reti di telecomunicazione (si pensi all'*online banking*, alla telechirurgia ecc.) gli operatori dominanti nel mercato (a monte) delle telecomunicazioni – molti dei quali ancora soggetti a controllo pubblico – possono sfruttare il proprio potere di mercato per rallentare la liberalizzazione nei mercati (a valle) dei servizi veicolati.

Nel contesto GATS, tali istanze di regolazione trovano risposta in due documenti distinti: l'Allegato sulle telecomunicazioni, oggetto del presente paragrafo, ed il *Reference paper* preparato dal gruppo di negoziato sulle telecomunicazioni di base, discusso nel paragrafo seguente.

La principale clausola di regolamentazione che figura nell'Allegato sulle telecomunicazioni è l'articolo 5, lettera a), che richiede a ciascun Membro di assicurarsi che a qualsiasi fornitore di servizi di un altro Membro sia consentito «l'accesso e l'utilizzo» di reti e servizi pubblici di trasporto di telecomunicazioni a condizioni «ragionevoli»⁷² e «non discriminatorie»⁷³ per la fornitura di un servizio veicolato incluso nell'elenco di tale Membro.

L'articolo 5, lettera a), dell'Allegato sulle telecomunicazioni costituisce un obbligo condizionale:⁷⁴ di per sé non introduce

⁷² Rapporto del panel del 2 aprile 2004, *Mexico - Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, punto 7.334.

⁷³ Per il significato dell'espressione «non discriminatorie» si veda la nota 15 dell'Allegato sulle telecomunicazioni: «Il termine 'non discriminatorio' è da intendersi con riferimento al trattamento della nazione più favorita e al trattamento nazionale, come definiti nell'Accordo, nonché con riferimento all'uso specifico settoriale del termine, nel senso di 'termini e condizioni che non siano meno favorevoli di quelli accordati a qualsiasi altro utente di analoghe reti o servizi pubblici di trasporto di telecomunicazioni in circostanze analoghe'».

⁷⁴ L'Allegato contiene altresì obblighi di tipo incondizionato in materia di trasparenza (Articolo 4) e cooperazione tecnica (Articolo 6).

obblighi in tema di accesso al mercato o trattamento nazionale ulteriori rispetto agli impegni in tal senso assunti da ciascun Membro;⁷⁵ tal previsione entra in gioco soltanto se un Membro ha assunto impegni in un settore di servizi la cui fornitura richiede l'accesso e l'utilizzo di reti pubbliche di trasporto e servizi di telecomunicazione.⁷⁶ In altre parole, l'obbligo di assicurare l'accesso e l'utilizzo alle reti di telecomunicazioni trova applicazione in aggiunta rispetto agli impegni assunti nei settori di servizi veicolati.⁷⁷

La valenza dell'Allegato sulle telecomunicazioni può essere compresa solo se tale documento è contestualizzato storicamente: quando è stato adottato, i servizi e le reti di telecomunicazione in quasi tutti i Membri dell'OMC erano gestiti da imprese pubbliche o controllate dallo Stato. Grazie a tali collegamenti societari, i Membri potevano «privatizzare il protezionismo»,⁷⁸ ossia ostacolare indirettamente l'ingresso dei fornitori stranieri nei mercati per i servizi veicolati (e, specularmente, favorire i prestatori nazionali) senza violare gli impegni in materia di trattamento nazionale e di accesso al mercato assunti in base al GATS.⁷⁹ L'obiettivo dell'Allegato sulle telecomunicazioni, pertanto, non è, quello di liberalizzare ulteriormente il mercato a monte delle reti e servizi di telecomunica-

⁷⁵ Si veda l'articolo 2, lettera c) dell'Allegato sulle telecomunicazioni.

⁷⁶ Sul punto, M. BURRI NENOVA, *The Law of the World Trade Organization and the Communications Law of the European Community: On a Path of Harmony or Discord?* in *Journal of World Trade*, 2007, vol. 41, pp. 842-3 (2007). Il Rapporto del panel *Mexico –Telecoms*, cit., punto 7.281 ha chiarito che l'obbligo di assicurare l'accesso e l'utilizzo di reti e servizi di telecomunicazione trova applicazione a vantaggio di qualsiasi fornitore di servizi di altri Membri per la fornitura di servizi inclusi negli elenchi del Membro che ha recepito il *Reference paper* e perciò anche a vantaggio dei fornitori di servizi di telecomunicazione di base.

⁷⁷ In tal senso, M. BRONCKERS e P. LAROUCHE, *op. cit.*, p. 528.

⁷⁸ Per il significato di tale espressione si rimanda alla nota 66.

⁷⁹ Sul punto, B. MATHEW, *The WTO Agreements on Telecommunications*, Peter Lang, Berna, 2003, p. 77.

zioni,⁸⁰ bensì quello di garantire un assetto concorrenziale non distorto nei mercati a valle per i servizi veicolati.⁸¹

Gli obblighi in tema di accesso e uso previsti dall'articolo 5, lettera a), dell'Allegato sulle telecomunicazioni possono essere sottoposti a condizioni quali quelle descritte alla lettera f)⁸² per perseguire le finalità indicate nella lettera e).⁸³ L'articolo 5, lettera e), punto i), in particolare, permette ai Membri dell'OMC di imporre condizioni necessarie per «salvaguardare le responsabilità in quanto erogatori di un servizio pubblico dei fornitori di reti e servizi di telecomunicazioni, in particolare la loro capacità di rendere disponibili al grande pubblico le reti e i servizi». Le reti ed i servizi, difatti, sono soggetti a limiti di capacità (*capacity constraints*): la clausola di esenzione condizionale di cui all'articolo 5, lettera e), punto i) dell'Allegato sulle telecomunicazioni, pertanto, opportunamente chiarisce che l'obbligo di assicurare ai fornitori stranieri dei servizi veicolati l'accesso e l'utilizzo

⁸⁰ In tal senso K. CAMERON, *Telecommunications and Audio-Visual Services in the Context of the WTO: Today and Tomorrow*, in D. GERADIN e D. LUFF (a cura di), *The WTO and Global Convergence in Telecommunications and Audio-Visual Services*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 22.

⁸¹ B. MATHEW, *op. cit.*, p. 77.

⁸² Si tratta di «i) limitazioni alla rivendita o alla condivisione di tali servizi; ii) obbligo di utilizzare specifiche interfacce tecniche, ivi compresi protocolli di interfaccia, per il collegamento con tali reti e servizi; iii) requisiti, ove necessario, per l'interoperabilità di tali servizi e per promuovere il raggiungimento degli obiettivi indicati al paragrafo 7, lettera a); iv) omologazione del terminale o altra apparecchiatura che funge da interfaccia con la rete e requisiti tecnici relativi al collegamento dell'apparecchiatura alle reti; v) limitazioni al collegamento di circuiti privati, in affitto o di proprietà, a tali reti o servizi, nonché a circuiti affittati o di proprietà di un altro fornitore di servizi; o vi) obblighi di notifica, registrazione e licenza»

⁸³ Le finalità in questione sono le seguenti: «i) salvaguardare le responsabilità in quanto erogatori di un servizio pubblico dei fornitori di reti e servizi di trasporto di telecomunicazioni, in particolare la loro capacità di rendere disponibili al grande pubblico le reti e i servizi; ii) proteggere l'integrità tecnica delle reti o servizi pubblici di trasporto di telecomunicazioni; o iii) garantire che i prestatori di servizi di qualsiasi altro membro non forniscano servizi che non siano consentiti in base agli impegni indicati nell'elenco del membro».

delle reti e servizi di telecomunicazione può, in alcune circostanze, trovare un limite nei preesistenti obblighi di servizio pubblico e di servizio universale gravanti sugli operatori di rete.

In ultima analisi, lo scopo dell'Allegato è quello di operare un «difficile contemperamento tra le esigenze degli utenti in tema di condizioni di accesso eque e le istanze delle autorità di regolamentazione e degli operatori di telecomunicazione, desiderosi di mantenere in piedi un sistema che funziona e che sia in grado di assolvere gli obblighi di servizio pubblico». ⁸⁴ Le disposizioni di settore contenute nell'Allegato, pertanto, possono essere considerate un esempio di autentica, ancorché rudimentale, *re-regulation* di un servizio pubblico realizzata a livello OMC.

2.4. (Segue) *Il Reference paper*

Il *Reference paper*⁸⁵ ha una portata piuttosto ristretta, sia *ratione personae* che *ratione materiae*. Quanto al primo aspetto, il documento in questione trova applicazione unicamente nei confronti dei Membri OMC che hanno assunto impegni specifici nel settore delle telecomunicazioni di base e che hanno trasferito le norme del *Reference paper* nei loro elenchi sotto forma di «impegni aggiuntivi» ex articolo XVIII GATS.⁸⁶ Alcuni Membri dell'OMC hanno recepito il *Reference paper* nella sua interezza, così come elaborato dal Gruppo di negoziato sulle telecomunicazioni di base;⁸⁷ altri, invece, hanno adottato una

⁸⁴ OMC, Spiegazioni relative all'Allegato sulle telecomunicazioni, disponibili presso il sito: www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/telecom_e/telecom_annex_expl_e.htm.

⁸⁵ Il testo del *Reference paper*, elaborato dal Gruppo di negoziato sulle telecomunicazioni di base in data 24 aprile 1996 è disponibile sul sito dell'OMC alla pagina: www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/telecom_e/tel23_e.htm.

⁸⁶ Sul punto, M. BURRI NENOVA, *op. cit.*, p. 847.

⁸⁷ Si vedano, ad esempio, gli elenchi degli impegni specifici del Canada, documento GATS/SC/16/Suppl.3 dell'11 aprile 1997 e delle Comunità europee e dei loro Stati membri, documento GATS/SC/31/Suppl.3 dell'11 aprile 1997.

versione parziale⁸⁸ o condizionata⁸⁹ di tale documento modello.⁹⁰

Quanto al campo di applicazione materiale, le disposizioni chiave del *Reference paper*, di cui agli articoli 1 e 2 di tale documento, non si applicano a tutti gli operatori di telecomunicazioni, ma solo ai «fornitori principali» (*major suppliers*),⁹¹ cioè coloro che sono in grado di «influenzare sensibilmente le condizioni di partecipazione [...] nel mercato di riferimento dei servizi di telecomunicazione di base» in ragione del loro «controllo sulle infrastrutture essenziali»,⁹² o della loro «posizione nel mercato». Il significato di tali espressioni è stato chiarito dal panel della controversia *Mexico-Telecoms*.⁹³

⁸⁸ Si veda, a titolo d'esempio, l'elenco degli impegni specifici dell'India, documento GATS/SC/42/Suppl. 3, 11 aprile 1997, articolo 5, ove si prevede l'obbligo per l'autorità di regolamentazione di agire in maniera imparziale, ma non di essere distinta degli operatori di telecomunicazioni, come invece richiesto dall'articolo 5, lettera i), del *Reference paper*.

⁸⁹ Ad esempio, l'elenco degli impegni specifici degli Stati Uniti, documento GATS/SC/90/Suppl.2, 11 aprile 1997, nota 1 prevede delle deroghe agli obblighi del *Reference paper* in materia di interconnessione per gli operatori di telecomunicazione che operano in zone rurali.

⁹⁰ Sul punto M. BURRI NENOVA, *op. cit.*, p. 847 alla nota 89 ricorda che, tra le parti del c.d. Quarto Protocollo GATS, solo l'Ecuador e la Tunisia hanno adottato il *Reference paper tel quel*; La Bolivia, l'India, la Malesia, il Marocco, il Pakistan, le Filippine, la Turchia ed il Venezuela hanno adottato solo parti di tale documento; il Bangladesh, il Brasile, le Mauritius e la Thailandia si sono impegnate ad adottare il *Reference paper* in una data futura.

⁹¹ Altre disposizioni del *Reference paper* invece non fanno distinzione a seconda dell'operatore di telecomunicazioni interessato. L'articolo 5 di tale documento, ad esempio, richiede che le autorità indipendenti di regolamentazione siano distinti e non rispondano ad «alcun fornitore di servizi di telecomunicazione di base» (corsivo aggiunto).

⁹² L'espressione infrastrutture essenziali («*essential facilities*») è definita al paragrafo 2 dell'articolo dedicato alle definizioni del *Reference paper*.

⁹³ Il Rapporto del panel *Mexico-Telecoms*, cit., punto 4.178, per determinare la natura di «fornitore principale» dell'operatore messicano *Telmex*, si è soffermato sul mercato rilevante, sull'abilità di tale operatore di influenzare le condizioni di concorrenza in tale mercato e sulla relazione tra tale abilità ed il controllo sulle infrastrutture essenziali e la posizione di mercato detenuta da *Telmex*.

A dispetto della sua portata applicativa limitata, il *Reference paper* reca clausole di regolamentazione piuttosto elaborate. L'articolo 1, paragrafo 1, del documento fa carico al Membro OMC in questione di assicurarsi che i propri fornitori principali non pongano in essere le pratiche anticoncorrenziali indicate al paragrafo 2 del documento stesso.⁹⁴ Il panel della controversia *Mexico – Telecoms* ha chiarito che tale elenco non è esaustivo⁹⁵ e che anche il coordinamento orizzontale anticoncorrenziale tra imprese indipendenti rientra nel divieto.⁹⁶ È interessante notare che per giungere a tale conclusione il panel ha fatto riferimento alle legislazioni antitrust di vari Membri OMC ed a vari documenti internazionali in materia di concorrenza,⁹⁷ mostrandosi disposto a sviluppare ulteriormente il quadro regolamentare previsto dal *Reference paper* mediante il ricorso a fonti esterne.

In base all'articolo 2, paragrafo 2, del *Reference paper*, i Membri OMC che adottano tale documento devono altresì garantire che i propri fornitori principali assicurino l'interconnessione a condizioni non discriminatorie, in modo tempestivo, a prezzi orientati ai costi, e, a richiesta, in punti aggiuntivi rispetto ai punti di terminazione della rete a disposizione della maggior parte degli utenti. I paragrafi successivi dell'articolo 2 prevedono alcuni obblighi procedurali in relazione all'interconnessione, tra cui l'obbligo di istituire meccanismi di risoluzione delle controversie dinanzi ad un «organismo nazionale indipendente».

Il rapporto tra le disposizioni del *Reference paper* e gli ob-

⁹⁴ Al riguardo, l'articolo 1, paragrafo 2, del *Reference paper* fa riferimento ai sussidi incrociati anticompetitivi, all'uso di informazioni ottenute dai concorrenti con finalità anticompetitive e al rifiuto di fornire informazioni tecniche necessarie per la fornitura di servizi ai concorrenti.

⁹⁵ Il Rapporto del panel *Mexico – Telecoms*, cit., punto 7.232 precisa che l'articolo 1, paragrafo 2, del *Reference paper* menziona unicamente i tipi più rilevanti di violazioni antitrust di carattere unilaterale per il settore delle telecomunicazioni).

⁹⁶ *Ibid.*, punto 7.234.

⁹⁷ *Ibid.*, punti 7.235-7.236.

blighi di servizio universale imposti ai propri operatori dai Membri OMC costituisce oggetto della clausola di esenzione condizionale di cui all'articolo 3 del *Reference paper*, ove si legge che ciascun Membro ha il diritto di definire il tipo di obblighi di servizio universale che desidera mantenere. Tali obblighi non sono considerati di per sé anticoncorrenziali, a condizione che soddisfino un requisito procedurale (siano «gestiti in modo trasparente, non discriminatorio e neutrale rispetto alla concorrenza») ed uno sostanziale (siano «non più onerosi di quanto necessario per il tipo di servizio universale definito dal Membro»).

La formulazione di questi due requisiti ricorda, rispettivamente, quella dell'articolo VI, paragrafo 1, GATS e quella dell'articolo VI paragrafo 4, lettera b), GATS, in materia di regolamentazione interna. Quest'ultima similitudine, tuttavia, è più apparente che reale: sebbene sia l'articolo 3 del *Reference paper* che l'articolo VI, paragrafo 4, lettera b), GATS pongano vincoli ai poteri di regolamentazione interna, l'articolo VI, paragrafo 4, lettera b), GATS riconosce solo la «qualità del servizio» come finalità perseguibile, mentre l'articolo 3 del *Reference paper* contempla una gamma più vasta di considerazioni di interesse generale.

Il *Reference paper*, pertanto, costituisce ad oggi l'esempio più elaborato di clausola di (ri)regolamentazione in materia di servizi pubblici a livello GATS.⁹⁸ Anche se un documento composto da soli sei articoli (ed un elenco di definizioni) non può certamente ritenersi esaustivo,⁹⁹ tale documento specifica quali misure di regolamentazione sono considerate «opportune» per la disciplina delle telecomunicazioni a livello globale¹⁰⁰ ed opera un autentico bilanciamento tra liberalizzazione e considerazioni di interesse generale a livello dell'OMC. Definendo i «fini» più

⁹⁸ In tal senso, M. BURRI NENOVA, *op. cit.*, p. 854.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ Sul punto P. NIHOUL e P. RODFORD, *EU Electronic Communications Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, paragrafo 1.176.

che i «mezzi» della regolamentazione, i principî sanciti dal *Reference paper* potrebbero aprire la strada ad un ulteriore sviluppo del quadro regolamentare delle telecomunicazioni nel contesto GATS,¹⁰¹ sia attraverso l'assunzione di ulteriori impegni ad opera dei Membri dell'OMC che in via pretoria, come è avvenuto con la pronuncia «additiva» del panel nella controversia *Mexico – Telecoms*.

3. La nozione di «servizio pubblico» nel GATS

L'analisi delle clausole di esenzione e di regolamentazione relative ai servizi pubblici contenute nel GATS non consente di individuare, nell'ambito di tale accordo, una nozione autonoma di «servizio pubblico» rispetto a quelle fatte proprie dai singoli Membri OMC.

Innanzitutto, occorre rilevare come il GATS non sembri riconoscere la specificità dei motivi di interesse generale che sostengono la qualificazione di un dato servizio come «servizio pubblico». Si è detto che l'applicazione «à la carte» degli obblighi di liberalizzazione contenuti nel GATS si risolve nel riconoscimento, a vantaggio dei Membri OMC, di esenzioni di servizio pubblico «individuali», che consentono agli Stati di sottrarre agli obblighi di liberalizzazione i servizi considerati «servizi pubblici». In realtà, nel redigere i propri elenchi, i Membri non sono tenuti a fornire alcuna motivazione, quindi la loro decisione di non assumere impegni relativamente ad un determinato settore non implica che lo stesso sia ritenuto un «servizio pubblico»: al contrario, potrebbe trattarsi di un segmento di mercato estremamente remunerativo (si pensi al gioco d'azzardo) che gli Stati non intendono aprire alla concorrenza straniera per ragioni di carattere puramente protezionistico.

Del pari, le altre esenzioni «relative ai servizi pubblici» con-

¹⁰¹ In tal senso M. BURRI NENOVA, *op. cit.*, p. 853.

tenute nel GATS possono essere invocate anche in nome di esigenze di diverso tenore. Ad esempio, l'articolo VIII GATS non prende in considerazione la *ratio* sottesa alla concessione di diritti di monopolio, così come l'Allegato sui servizi di trasporto aereo si disinteressa degli obiettivi perseguiti nella gestione dei diritti di traffico aereo.

L'«agnosticismo» di massima delle previsioni GATS nei confronti degli obiettivi di interesse generale¹⁰² si traduce, più in generale, nell'impossibilità di individuare, nell'ambito di tale accordo, un'autonoma nozione di «servizio pubblico». Come si è detto, la scelta da parte dei Membri OMC di non assumere impegni in un dato settore non consente alcuna inferenza circa lo *status* di «servizio pubblico» di tale settore. La facoltà riconosciuta agli Stati di servirsi della terminologia giuridica nazionale nella redazione dei propri elenchi non consente, inoltre, lo sviluppo di un «lessico comune», prodromico all'elaborazione di una comune nozione di «servizio pubblico». Né sembra che il Segretariato OMC possa promuovere tale convergenza semantica, come dimostra l'insuccesso delle sue note informative relative al significato dell'espressione «poteri governativi» di cui all'articolo I, paragrafo 3, lettere b) e c), GATS.¹⁰³

Le uniche disposizioni in cui sembra possibile ravvisare, almeno in via embrionale, una nozione autonoma di «servizio pubblico» sono l'articolo 5, lettera e), punto i), dell'Allegato sulle telecomunicazioni e l'articolo 3 del *Reference paper*, che non a caso fanno riferimento ad espressioni quali «responsabi-

¹⁰² Tale tendenza generale prevede, peraltro, delle eccezioni. Gli articoli XIV e XIV bis del GATS possono essere invocati per giustificare misure che perseguono un certo numero di obiettivi tassativamente elencati, che potrebbero essere interpretati in modo da ricomprendere considerazioni insite nella nozione di servizio pubblico. Inoltre, l'articolo 5, lettera e), punto i), dell'Allegato sulle telecomunicazioni e l'articolo 3 del *Reference paper* espressamente riconoscono, rispettivamente, le «responsabilità in quanto erogatori di un servizio pubblico» e gli «obblighi di servizio universale» come finalità meritevoli di tutela.

¹⁰³ Per un elenco di tali note informative si rinvia alla nota 46.

lità in quanto erogatori di un servizio pubblico» e «obblighi di servizio universale». Tali disposizioni, inoltre, prevedono requisiti sostanziali (e, nel caso dell'articolo 3 del *Reference paper*, anche requisiti procedurali) per far sì che le misure nazionali adottate in base a dette disposizioni rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale. Si tratta, tuttavia, di casi isolati, che in virtù della loro ridotta portata *ratione materiae* (e, nel caso del *Reference paper* anche *ratione personae*) non mettono in discussione l'approccio «agnostico» nei confronti della nozione di «servizio pubblico» che caratterizza l'accordo GATS.

D'altra parte, l'espressione «servizio pubblico» è sostanzialmente estranea al testo del GATS e tale accordo non sembra prevedere alcun concetto equivalente. La nozione di «servizi forniti nell'esercizio dei poteri governativi», ai fini della deroga di cui all'articolo I, paragrafo 3, lettere b) e c) GATS, risulta ancora ambigua e, in ogni caso, comprende unicamente le funzioni intimamente connesse alla sovranità statale. Si è sostenuto che il riferimento alla «salute delle persone» di cui all'articolo XIV, lettera b), GATS può essere invocato per sottrarre agli obblighi di liberalizzazione misure relative all'organizzazione ed al finanziamento dei servizi pubblici relativi all'assistenza sanitaria, ma ciò non consente di percorrere tale procedimento a ritroso per enucleare una nozione GATS di «servizio pubblico», posto che l'esigenza di tutelare la «salute delle persone» (al pari delle altre ragioni di interesse generale di cui all'articolo XIV GATS) caratterizza altresì misure nazionali volte a disciplinare l'attività privata senza qualificarla come un servizio pubblico.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Ad esempio, subordinare l'esercizio della professione medica a requisiti deontologici e di formazione può essere considerata una misura necessaria alla tutela della vita e della salute ai sensi dell'articolo XIV, lettera b), GATS, ma sarebbe assurdo dedurre che, in virtù di tale previsione, tutti i medici costituiscono soggetti incaricati della gestione di un servizio pubblico.

PARTE SECONDA
LA NOZIONE DI «SERVIZIO PUBBLICO»
ED IL MODELLO SOVRANAZIONALE EUROPEO

4.

PRINCIPALI CLAUSOLE DI ESENZIONE E DI REGOLAMENTAZIONE NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Prima di procedere alla disamina delle principali clausole di esenzione e regolamentazione relative ai servizi pubblici nel diritto dell'Unione Europea, è necessario premettere che l'espressione «servizio pubblico» è sostanzialmente aliena al lessico giuridico di tale ordinamento. Quanto ai Trattati istitutivi, sebbene l'articolo 93 TFUE, relativo ai trasporti, impieghi tale espressione, tale riferimento individua in realtà gli «obblighi di servizio pubblico», che, al pari degli obblighi di servizio universale, costituiscono solo un aspetto della più articolata nozione di servizio pubblico (definita, in via stipulativa, al paragrafo 4 del capitolo 1 del presente lavoro). L'unico caso, nell'ambito del diritto primario, in cui l'espressione «servizio pubblico» è effettivamente impiegata per fare riferimento a tale nozione nel suo significato più ampio, ancorché con riferimento esclusivo al settore radiotelevisivo, è il Protocollo n. 29 sul sistema di radiodiffusione pubblica negli Stati Membri.¹ Quanto, poi, al diritto derivato ed alla giurisprudenza della Corte di giustizia, sebbene l'espressione «servizio pubblico» vi si rinvenga con maggiore frequenza rispetto al diritto primario, la stessa è prevalentemente impiegata con funzione di attributo (ad esempio: «obblighi di servizio pubblico», «concessioni di servizio pubblico», «appalti di servizio pubblico» ecc.).

In realtà, l'estraneità dell'espressione «servizio pubblico» al vocabolario del diritto dell'Unione Europea è frutto di una

¹ Protocollo n. 29 sul sistema di radiodiffusione pubblica negli Stati membri: «Le disposizioni dei Trattati non pregiudicano la competenza degli Stati membri a provvedere al finanziamento del servizio pubblico di radiodiffusione».

scelta operata dai redattori del Trattato di Roma,² posto che tra i sei Stati fondatori – ed in particolare tra Francia e Germania – sussistevano notevoli differenze nell’uso di tale categoria giuridica. Tale espressione, inoltre, presentava notevoli margini di ambiguità: l’aggettivo «pubblico» può riferirsi tanto all’assetto proprietario dell’ente in questione, quanto al carattere generale degli interessi tutelati.³

Pertanto, al fine di individuare i contorni della nozione di «servizio pubblico» nell’ambito del diritto dell’Unione Europea, si rende necessario prendere in considerazione le principali clausole di esenzione e regolamentazione che, pur non utilizzando detta espressione, si occupano dei servizi in argomento.

Ciò conduce alla seconda considerazione preliminare. Il TFUE può essere considerato un accordo di integrazione economica nella misura in cui reca delle disposizioni volte alla liberalizzazione degli scambi di servizi fra gli Stati membri, ma la disciplina dei servizi, ed in particolare dei servizi pubblici, non si esaurisce nel diritto primario: in oltre cinquant’anni di integrazione europea, le istituzioni dell’Unione hanno adottato una pletora di atti, vincolanti e non, ciascuno dei quali contiene una pluralità di clausole di esenzione e di regolamentazione relative ai servizi pubblici. Dal momento che l’oggetto del presente lavoro non è la disciplina dei servizi pubblici nel diritto dell’Unione Europea,⁴ bensì la relativa nozione, questo capitolo si

² P. BAUBY e M. SIMILIE, *Public Services in the European Union and in the 27 Member States*, 2010, p. 11.

³ Libro verde della Commissione del 21 maggio 2003 sui servizi d’interesse generale COM(2003) 270 final, *GUUE* C 76 del 25.03.2004, paragrafo 19: «Le espressioni “servizio di interesse generale” e “servizio di interesse economico generale” non devono essere confuse con il termine “servizio pubblico”. Quest’ultimo ha contorni meno netti: può avere significati diversi, ingenerando quindi confusione. In alcuni casi, si riferisce al fatto che un servizio è offerto alla collettività, in altri che ad un servizio è stato attribuito un ruolo specifico nell’interesse pubblico e in altri ancora si riferisce alla proprietà o allo status dell’ente che presta il servizio [9]. Pertanto, questo termine non è utilizzato nel Libro verde».

⁴ La letteratura, sul punto, è sconfinata. Tra le più recenti pubblicazioni di

soffermerà unicamente sulle previsioni relative ai servizi pubblici, nell'ambito del diritto primario e in alcuni atti di diritto derivato, ritenute più utili a delineare i contorni di detta nozione, le cui classificazioni e concettualizzazioni saranno oggetto di specifica disamina nell'ambito del capitolo 5.

In particolare, la prime due parti del presente capitolo saranno dedicate alle esenzioni relative ai servizi pubblici di tipo incondizionato e di tipo condizionato. Mentre le esenzioni del primo tipo sottraggono un intero settore all'applicazione di al-

carattere monografico e collettaneo si segnalano: P. BAUBY e M. SIMILIE, *Public Services in the European Union and in the 27 Member States*, 2010; L. BERTONAZZI e R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M. CHITI e G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 1793-1896; F. BELLANTE, *I servizi di interesse generale: la gestione del riorientamento*, Torino, Giappichelli, 2005; E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2010; G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale: contributo allo studio del modello sociale europeo*, Giappichelli, Torino, 2008; F. COSTAMAGNA, *Servizi socio-sanitari: concorrenza e libera circolazione dei servizi nel diritto dell'Unione Europea*, ESI, Napoli, 2009; V. DE FALCO, *Il servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni*, CEDAM, Padova, 2003; E. FERRARI (a cura di), *Attività economiche ed attività sociali nei servizi di interesse generale*, Torino, Giappichelli, 2007; M. FREEDLAND e S. SCIARRA, *Public services and citizenship in european law: public and labour law perspectives*, Oxford, Clarendon Press, 1998; F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale: una prospettiva per riconsiderare liberalizzazioni e servizi pubblici*, Milano, Giuffrè, 2008; L. GRARD (a cura di), *L'Europe et les services publics. Le retour de la loi*, Bordeaux, 2007; C. HENRY, M. MATHEU, A. JEUNEMAITRE, *Regulation of Network Utilities: The European Experience*, OUP, Oxford, 2001; M. KRAJEWSKI, U. NEERGAARD e J. VAN DE GRONDEN (a cura di), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe: Between Competition and Solidarity*, Asser Press, L'Aia, 2009; A. LUCARELLI, *Diritto pubblico europeo dell'economia*, ESI, Napoli, 2010; J.V. LOUIS e S. RODRIGUES (a cura di), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles, 2006; L. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 2001; M. RAGIONIERI e M. MARESCA (a cura di), *Servizi di interesse generale, diritti degli utenti e tutela dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 2006; G. SALERNO, *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2010.

cune o di tutte le regole dei Trattati (come nel caso dell'articolo 45, paragrafo 4, TFUE, che esclude gli «impieghi nella pubblica amministrazione» dall'ambito delle norme in materia di libera circolazione dei lavoratori), le esenzioni del secondo tipo non escludono, *di regola*, i settori interessati dall'ambito applicativo delle norme dei Trattati, ma ne precludono, *in via d'eccezione*, l'applicazione di queste ultime a fronte dell'avveramento di una o più condizioni (ad esempio, l'articolo 106, paragrafo 2, TFUE sottrae «le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale» agli obblighi derivanti dai Trattati *nella misura in cui* l'applicazione degli stessi metta a rischio il conseguimento della missione di interesse generale loro affidata). Come si vedrà, peraltro, i criteri ed i limiti introdotti dalla giurisprudenza nel contesto dell'applicazione delle esenzioni incondizionate rende piuttosto sfumata la distinzione appena illustrata.

La terza parte di questo capitolo avrà invece ad oggetto le clausole di regolamentazione relative ai servizi pubblici. Posto che la maggior parte di tali clausole si rinviene in atti di diritto derivato aventi portata settoriale, si farà riferimento agli elementi comuni, quali il rapporto di tali atti con le basi giuridiche previste dal diritto primario (segnatamente, il secondo periodo dell'articolo 14 TFUE, introdotto dal Trattato di Lisbona) ed il potere degli Stati di regolare autonomamente i servizi pubblici oggetto di disciplina armonizzata. Inoltre, ci si interrogherà sulla funzione dei riferimenti ai «servizi di interesse economico generale» contenuti nel diritto primario (il primo periodo dell'articolo 14 TFUE, l'articolo 36 della Carta dei diritti fondamentali, il Protocollo n. 26 sui servizi di interesse generale ed il Protocollo n. 29 sul sistema di radiodiffusione pubblica negli Stati membri).

1. Le esenzioni «incondizionate» relative ai servizi pubblici

Come accennato al paragrafo 2.3 del capitolo 2, i redattori di un accordo di integrazione economica possono impiegare di-

verse tecniche di *drafting* per formulare clausole di esenzione che consentano di sottrarre i settori considerati servizi pubblici all'applicazione degli obblighi di liberalizzazione previsti da detto accordo.

Nell'ambito del TFUE, a volte tali deroghe sono previste *expressis verbis*, come nel caso dell'esenzione dalle regole in materia di libera circolazione dei lavoratori per gli «impieghi nella pubblica amministrazione» (articolo 45, paragrafo 4, TFUE) o dell'esenzione dalle norme in tema di stabilimento e servizi per le attività che partecipano «all'esercizio dei pubblici poteri» (articolo 51 TFUE).

In altri casi, i redattori, o in una fase successiva la giurisprudenza, hanno individuato alcuni requisiti alla cui sussistenza hanno subordinato l'applicazione delle norme in materia di concorrenza (si tratta, in tal caso, del requisito dell'«attività economica»), di libera circolazione dei servizi (si intende fare riferimento al concetto di «retribuzione») e di diritto di stabilimento (che non può essere invocato dalle «società che non si prefiggono scopi di lucro»), con la conseguenza che le attività prive di tali requisiti, spesso servizi pubblici, ne risultano esenti.

1.1. La deroga per le attività che partecipano «all'esercizio dei pubblici poteri»

In base all'articolo 51 TFUE, sono escluse dall'applicazione delle disposizioni in materia di diritto di stabilimento «le attività che in tale Stato partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri». Gli effetti di tale esenzione parziale sono estesi, in virtù del richiamo di cui all'articolo 62 TFUE, alla libera prestazione dei servizi.⁵ Le «attività connesse con l'esercizio di pubblici poteri» inoltre sfuggono all'applicazione delle direttive che mirano a dare attuazione alle disposizioni del Trattato sulla libertà di stabilimento e sulla libera prestazione dei ser-

⁵ CRAIG e DE BÛRCA, *EU Law - Text, Cases, and Materials*, p. 684.

vizi.⁶ Tale esclusione, che deve ritenersi implicita in tutto il diritto derivato,⁷ in alcuni casi è espressamente prevista nel corpo del provvedimento (si pensi alla c.d. Direttiva servizi)⁸ o nel relativo preambolo (è il caso della Direttiva 2005/36 sul riconoscimento delle qualifiche professionali).⁹

L'esenzione in esame è stata per la prima volta invocata nel giudizio *Reyners* con riferimento all'applicazione delle norme in materia di stabilimento alla professione di avvocato.¹⁰ In tale occasione la Corte ha precisato alcuni dei principî che hanno guidato la successiva giurisprudenza in materia. In primo luogo, la Corte ha affermato che articolo 51, paragrafo 1, TFUE, deve essere interpretato restrittivamente, in quanto costituisce un'eccezione ad una libertà fondamentale.¹¹ Inoltre, la Corte ha assunto una prospettiva di tipo funzionale ed ha affermato che la deroga

⁶ Sentenza della Corte del 29 aprile 2010, *Commissione c. Germania*, causa C-160/08, non ancora pubblicata, punto 74, in cui la Corte afferma che le attività che partecipano all'esercizio dei pubblici poteri sono sottratte all'applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici.

⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale Lenz del 19 settembre 1991, *Commissione c. Grecia*, causa C-306/89, in *Racc.*, p. I-5863, punto 28; Conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak del 11 febbraio 2010, *Commissione c. Germania*, causa C-160/08, non ancora pubblicate, punto 51, secondo il quale, qualora un atto di diritto derivato disciplini anche un'attività che partecipa all'esercizio dei pubblici poteri, «occorre constatare, mediante un'interpretazione conforme al Trattato della normativa derivata, che le suddette attività negli Stati membri interessati sono escluse dall'applicazione di tale normativa».

⁸ Articolo 2, paragrafo 2, lettera i) della Direttiva servizi, cit.: «La presente direttiva non si applica alle attività seguenti: [...] le attività connesse con l'esercizio di pubblici poteri di cui all'articolo [51 TFUE]».

⁹ Direttiva 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, in GUCE L 255 del 30 settembre 2005, pp. 22-142, considerando n. 41 «La presente direttiva non pregiudica l'applicazione dell'articolo [45], paragrafo 4 [TFUE] e dell'articolo [51 TFUE] concernenti in particolare i notai.

¹⁰ Sentenza della Corte del 21 giugno 1974, *Reyners c. Belgio*, causa 2/74, in *Racc.*, p. 631, punto 64.

¹¹ Da ultimo, si veda la sentenza 22 ottobre 2009, *Commissione c. Portogallo*, causa C-438/08, in *Racc.*, p. I-10219, punto 35.

in esame riguarda esclusivamente le funzioni che comportano l'esercizio di pubblici poteri, non già intere categorie professionali, specie laddove tali funzioni siano separabili rispetto alle altre.¹² In terzo luogo, la Corte ha delineato un «test di prossimità» per accertare se determinate funzioni partecipano all'esercizio di pubblici poteri.¹³ In ultimo, la Corte ha affermato che quella di «esercizio dei pubblici poteri» è una nozione di diritto dell'Unione Europea e che, in quanto tale, prescinde dalle classificazioni giuridiche nazionali.

La scelta della Corte di «sovranazionalizzare» la nozione di «esercizio dei pubblici poteri» costituisce l'espressione di una tendenza più generale, in base alla quale l'ordinamento dell'Unione, salvo alcune eccezioni,¹⁴ non intende definire le proprie nozioni ispirandosi agli ordinamenti giuridici nazionali.¹⁵ Nel contesto dell'articolo 51 TFUE, tale scelta risponde, in particolare, all'esigenza di evitare che gli Stati possano servirsi delle classificazioni giuridiche interne per espandere *ad libitum* la portata della deroga:¹⁶ nella pronuncia *Commissione c. Grecia*, pertanto, la Corte non ha esitato ad affermare l'irrilevanza, ai fini dell'applicazione della deroga in esame, della qualificazione

¹² Si vedano ad esempio la sentenza della Corte del 29 novembre 2007, *Commissione c. Germania*, causa C-404/05, in *Racc.*, p. I-10239, punto 47 e la sentenza della Corte del 29 novembre 2007, *Commissione c. Austria*, causa C-393/05, *ivi*, p. I-10195, punto 45.

¹³ Sul punto, M. KRAJEWSKI, *Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework*, in *Journal of International Economic Law*, vol. 6, 2003, p. 365 descrive il test di prossimità come «la vicinanza delle attività controverse ad attività che senza dubbio costituiscono esercizio di pubblici poteri, quali la funzione giurisdizionale e quella di pubblica sicurezza».

¹⁴ Si rinvia alle considerazioni relative al principio della libertà di definizione di cui al paragrafo 3 del capitolo 5.

¹⁵ In tal senso, si vedano le sentenze 18 dicembre 2007, *Société Pipeline Méditerranée et Rhône*, causa C-314/06, in *Racc.*, p. I-12273, punto 21; 22 maggio 2003, *Commissione c. Germania* causa C-103/01, *ivi*, p. I-5369, punto 33 e 2 aprile 1998, *EMU Tabac e a.*, causa C-296/95, *ivi*, p. I-1605, punto 30.

¹⁶ In tal senso P. CRAIG e G. DE BÜRCA, *op. cit.*, p. 770.

dell'istruzione quale dovere fondamentale dello Stato in base alla Costituzione greca.¹⁷

La nozione di «pubblici poteri» non è mai stata definita in generale dalla giurisprudenza, che ha preferito optare per un approccio caso per caso. Occorre pertanto fare riferimento alla definizione fornita dall'Avvocato Generale Mayras nelle proprie conclusioni relative alla causa *Reyners*:

«L'autorità pubblica è l'incarnazione della sovranità dello Stato, e come tale consente ai soggetti che ne sono investiti di avvalersi di prerogative che esorbitano dal diritto comune, di privilegi e di poteri coercitivi cui i privati devono sottomettersi. La facoltà di esercitare autorità non può quindi emanare che dallo Stato, direttamente o in forza di una delega conferita a persone che non debbono necessariamente far parte dei pubblici dipendenti».

Nelle proprie conclusioni nella causa *Commissione c. Italia*, l'Avvocato Generale Alber ha aggiunto che:

«È però manifesto che la mera tutela degli interessi generali non è sufficiente a far presupporre dei pubblici poteri. Piuttosto, di regola, deve trattarsi del potere di emanare definitivamente decisioni pubbliche che siano idonee ad incidere sulla libertà dei privati».¹⁸

Nell'applicazione dell'articolo 51 TFUE, la Corte ricorre solitamente ad un ragionamento in due fasi: prima si sofferma sulle attività svolte in concreto dal lavoratore autonomo o dall'impresa in questione, poi applica un «test di prossimità» per accertare se ed in che misura tali attività partecipano ad altre attività che certamente costituiscono «esercizio dei pubblici po-

¹⁷ Sentenza della Corte del 15 marzo 1988, causa 147/86, *Commissione c. Grecia*, in *Racc.*, p. 1637.

¹⁸ Sentenza della Corte 15 gennaio 2002, causa C-439/99, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, p. I-305, Conclusioni dell'Avvocato Generale Alber, punto 54. La Corte, peraltro, non si sofferma su tale aspetto nella motivazione della sentenza.

teri», quali la funzione giurisdizionale e quella di pubblica sicurezza.¹⁹ Al riguardo, la giurisprudenza ha chiarito che soltanto le attività che costituiscono una partecipazione «diretta e specifica» all'esercizio di pubblici poteri beneficiano della deroga di cui all'articolo 51 TFUE.²⁰

Varie sentenze possono essere citate per illustrare il funzionamento del predetto «test di prossimità». Nella pronuncia *Commissione c. Grecia*, la Corte ha statuito che gli esperti in materia di sicurezza stradale non partecipavano all'esercizio di pubblici poteri in quanto le loro perizie non erano vincolanti per gli organi giurisdizionali.²¹ Nella sentenza *Thijssen* la Corte ha affermato che mentre l'Ufficio di controllo delle assicurazioni belga poteva ritenersi partecipe dell'esercizio dei pubblici poteri, siffatta qualifica non si estendeva ai commissari nominati da tale ente, che esercitavano esclusivamente funzioni ausiliarie e preparatorie ed adottavano decisioni che non vincolavano detto Ufficio.²² Nella sentenza *Servizi ausiliari dottori commercialisti*, la Corte ha dichiarato che i Centri di Assistenza Fiscale non svolgevano attività connesse all'esercizio di pubblici poteri, in quanto il loro operato, tra cui l'apposizione dei visti di confor-

¹⁹ Sul punto, M. KRAJEWSKI, *Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework*, in *Journal of International Economic Law*, vol. 6, 2003, p. 365.

²⁰ Cfr. sentenza della Corte del 21 giugno 1974, *Reyners c. Belgio*, cit., punto 45; sentenza 13 luglio 1993, *Thijssen*, cit., punto 8; sentenza della Corte 22 ottobre 2009, *Commissione c. Portogallo*, cit., punto 36; sentenza della Corte del 29 aprile 2010, *Commissione c. Germania*, cit., punto 78.

²¹ Sentenza della Corte del 10 dicembre 1991, causa C-306/89 *Commissione c. Grecia*, in *Racc.*, p. I-5863, punto 7. Si veda inoltre la sentenza della Corte del 5 dicembre 1989, causa 3/88, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, p. 4035, punto 13 in cui la Corte ha affermato che la predisposizione ed il funzionamento di sistemi di gestione di dati erano di natura tecnica e perciò non erano collegati all'esercizio dei pubblici poteri. Allo stesso iter argomentativo si ispira la sentenza della Corte del 26 aprile 1994, causa C-272/91, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, p. I-1409, punto 12.

²² Sentenza della Corte del 13 luglio 1993, causa C-42/92, *Adrianus Thijssen c. Controledienst voor de verzekeringen*, in *Racc.*, p. I-4047.

mità alle dichiarazioni dei redditi, si sostanzialmente preparatorie e facilitatrici, non già vincolanti, rispetto ai compiti dell'Amministrazione Finanziaria.²³ Nella sentenza *Commissione c. Portogallo*, la Corte ha statuito che le attività di revisione tecnica di veicoli svolte da organismi privati non beneficiavano della deroga in parola, sebbene i suddetti organismi rilasciassero certificazioni sui controlli tecnici da essi effettuati, in quanto i centri di controllo tecnico non disponevano di un'effettiva autonomia decisionale e operavano nell'ambito di una sorveglianza statale diretta.²⁴ Da ultimo, nella sentenza *Commissione c. Germania*, la Corte ha ritenuto che l'esenzione in argomento non comprendesse i servizi pubblici di trasporto sanitario, pur dotati del diritto di precedenza stradale, di competenze organizzative e gestionali, nonché del potere di nominare funzionari amministrativi, di sollecitare informazioni presso i terzi e di prendere misure di emergenza senza il consenso del ferito.²⁵

In alcuni settori, poi, l'onere probatorio a carico degli Stati membri sembra tradursi in una vera e propria presunzione di non applicabilità della deroga di cui all'articolo 51 TFUE.²⁶ In due sentenze la Corte ha difatti espressamente affermato che l'attività delle imprese di sorveglianza o di sicurezza e dei servizi

²³ Sentenza della Corte 30 marzo 2006, causa C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti S.R.L. c. Giuseppe Calafiori*, in *Racc.* I-2122006, sentenza 30 marzo 2006, punto 47.

²⁴ Sentenza della Corte 22 ottobre 2009, *Commissione c. Portogallo*, cit., punto 34. La Corte era già pervenuta ad analoghe conclusioni nel contesto dell'esame delle attività svolte da organismi privati di controllo dei prodotti dell'agricoltura biologica nelle sentenze 29 novembre 2007, *Commissione c. Germania*, causa C-404/05, in *Racc.*, p. I-10239, punto 39 e segg.), e 29 novembre 2007, *Commissione c. Austria*, causa C-393/05, in *Racc.*, p. I-10195, punto 37.

²⁵ Sentenza della Corte del 29 aprile 2010, *Commissione c. Germania*, causa C-160/08, non ancora pubblicata, punti 80-86.

²⁶ Sentenza della Corte del 29 ottobre 1998, causa C-114/97, *Commissione c. Spagna*, in *Racc.*, p. I-6717; sentenza della Corte del 9 marzo 2000, causa C-355/98, *Commissione c. Belgio*, *ivi*, p. I-1221; sentenza della Corte del 31 maggio 2001, causa C-283/99, *Commissione c. Italia*, *ivi*, p. I-4636.

interni di sorveglianza «non costituisce *di regola* una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri».²⁷

In sintesi, la giurisprudenza ha optato per un'interpretazione estremamente restrittiva dell'esenzione di cui all'articolo 51 TFUE: non solo ne ha ristretto la portata alle specifiche funzioni che partecipano all'esercizio dei pubblici poteri, ma ha fatto ricorso ad un «test di prossimità» piuttosto stringente, richiedendo una partecipazione «diretta» e «specifica» delle attività in questione all'esercizio di tali poteri.²⁸ In due pronunce relative ai servizi di sorveglianza privata, come si è visto, la Corte ha persino delineato una presunzione di inapplicabilità della deroga a tale settore.²⁹ Peraltro, la giurisprudenza suggerisce che, mentre la deroga si è dimostrata di scarsa utilità nei confronti delle attività che *partecipano* all'esercizio dei pubblici poteri, essa possa comunque costituire un porto sicuro per le attività che *costituiscono* esercizio di tali potestà, ossia le più intime prerogative della sovranità statale, le citate «funzioni di regalità».³⁰

L'esenzione di cui all'articolo 51 TFUE trova vari equivalenti funzionali in altri accordi di integrazione economica. Come accennato, esenzioni per le attività «che partecipano, anche occasionalmente, all'esercizio di pubblici poteri» si rinviengono all'articolo 224, paragrafo 2, dell'Accordo di partena-

²⁷ Sentenza della Corte del 31 maggio 2001, causa C-283/99, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, p. I-4636, punto 20, corsivo aggiunto. Di analogo tenore è la sentenza della Corte del 9 marzo 2000, causa C-355/98, *Commissione c. Belgio*, in *Racc.*, p. I-1221, punto 26.

²⁸ Si vedano, ad esempio, le sentenze 22 ottobre 2009, *Commissione c. Portogallo*, cit., punto 36, 30 marzo 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, cit., punto 46 e 13 luglio 1993, *Thijssen*, cit., punto 22.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ In tale occasione la Corte ha affermato che fosse del tutto pacifico che l'Ispettorato esercitasse pubblici poteri: sentenza del 13 luglio 1993, *Thijssen*, cit., punto 11. Del pari, la Corte ha riconosciuto tale *status* al potere giudiziario, nella sentenza del 21 giugno 1974, *Reyners*, cit., all'Amministrazione Finanziaria, nella sentenza del 30 marzo 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, cit., ed agli agenti di pubblica sicurezza nella sentenza del 29 ottobre 1998, *Commissione c. Spagna*, cit..

riato economico CE-Cariforum,³¹ all'articolo 61, paragrafo 2, dell'Accordo di stabilizzazione e di associazione CE-Macedonia³² ed all'articolo 135, paragrafo 2, dell'Accordo di Associazione CE-Cile.³³ L'Accordo di partenariato economico CE-Messico,³⁴ invece, non reca norme di liberalizzazione o di esenzione, ma rimette la definizione delle stesse ad un Consiglio congiunto, che vi ha provveduto con la propria decisione n. 2/2001,³⁵ recante, all'articolo 27, paragrafo 3, una deroga sostanzialmente analoga alle precedenti.³⁶ Sennonché quest'ultima disposizione, al pari di quelle contenute nei citati accordi CE-Cariforum e CE-Cile, esenta altresì i «regimi previdenziali delle parti»: ciò ha indotto parte della dottrina a ritenere che la nozione di attività che partecipano «all'esercizio dei pubblici poteri», non ricomprendendo i regimi di sicurezza sociale, abbia una portata molto ristretta anche nel contesto di tali accordi.³⁷

È opinione condivisa in ambienti sia diplomatici³⁸ che acca-

³¹ GUUE L 289 p. 3 del 30 ottobre 2008

³² GUUE L 84 p. 13 del 20 marzo 2004

³³ GUCE L 352 p. 1 del 30 dicembre 2002

³⁴ Accordo di partenariato economico, coordinamento politico e cooperazione tra la Comunità europea e i suoi Stati membri, da una parte, e gli Stati Uniti del Messico, in GUCE L 276 del 28 ottobre 2000, p. 44–80.

³⁵ Decisione n. 2/2001 del Consiglio congiunto UE-Messico del 27 febbraio 2001 che attua gli articoli 6, 9, 12, paragrafo 2, lettera b) e 50 dell'accordo di partenariato economico, coordinamento politico e cooperazione, in GUCE L 70 del 12 marzo 2001, p. 7–50.

³⁶ Sebbene nella versione italiana si faccia riferimento alle attività collegate all'esercizio «dell'autorità ufficiale», piuttosto che all'esercizio «dei pubblici poteri» come previsto dall'articolo 51 TFUE, tale discrepanza non si verifica nelle altre versioni linguistiche.

³⁷ M. KRAJEWSKI, *Protecting a Shared Value of the Union in a Globalized World: Services of General Economic Interest and External Trade*, in J. VAN DE GRONDEN (a cura di), *EU and WTO Law on Services: Limits to the realization of General Interest policies within the services markets*, Kluwer Law International, 2008, pp. 203–206.

³⁸ Comunicazione Congiunta delle Parti, *The European Communities - Hungary Europe Agreement et al*, WT/REG50/2/Add.3 19 maggio 1999; Do-

demici³⁹ che l'esenzione di cui all'articolo 51 TFUE possa avere portata affine a quella prevista dall'articolo I, paragrafo 3, lettere b) e c), GATS per i servizi forniti «nell'esercizio di poteri governativi». L'interpretazione di detta disposizione suggerita nel presente lavoro, ispirata ad un approccio funzionale sul modello dell'articolo 5 degli Articoli sulla responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti, conferma in pieno tale similitudine.⁴⁰

Inoltre, l'approccio funzionale prescelto dalla Corte di giustizia nell'applicazione dell'esenzione ex articolo 51 TFUE trova corrispondenza nell'impostazione seguita dal Tribunale arbitrale NAFTA nell'interpretazione delle parole «poteri di regolazione, amministrazione e governo» di cui agli articoli 1502, paragrafo 3, lettera a) e 1503, paragrafo 3, NAFTA, in occasione della controversia *UPS v. Canada*.⁴¹

In conclusione, sembra certamente possibile affermare che l'articolo 51 TFUE può fungere da clausola di esenzione parziale relativa ai servizi pubblici, ma occorre rilevare come il campo di applicazione *ratione materiae* di tale deroga appare molto ristretto, come confermato dal fatto che non risultano, ad oggi, pronunce in cui la Corte ha ritenuto che una determinata attività beneficiasse dell'esenzione in parola.⁴²

mande e risposte, *The European Communities and Romania, Services*, WT/REG2/7, 10 febbraio 2004.

³⁹ In tal senso M. KRAJEWSKI, *op. cit.*, p. 351; E. LEROUX, *op. cit.*, p. 348.

⁴⁰ Si rinvia al paragrafo 1.2 del capitolo 3.

⁴¹ *United Parcel Services v. Canada*, UNCITRAL (NAFTA), 24 maggio 2007, *World Trade and Arbitration Materials*, 2007, vol. 19, pp. 110–256.

⁴² In tal senso, cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak del 11 febbraio 2010, *Commissione c. Germania*, cit., punto 62 «perché sussista un 'esercizio dei pubblici poteri' nel senso di cui all'art. 45, primo comma, CE debbono essere soddisfatti requisiti qualitativi elevati, contro i quali, sino ad oggi, si è quasi sempre infranto qualsiasi tentativo di invocare utilmente l'articolo suddetto». In dottrina E. LEROUX, *op. cit.*, p. 359.

1.2. La deroga per gli «impieghi nella pubblica amministrazione»

In base all'articolo articolo 45 TFUE, i lavoratori subordinati cittadini di uno Stato membro hanno il diritto di circolare liberamente nel territorio dell'Unione per cercare ed intraprendere attività salariate in altri Stati membri a parità di condizioni rispetto ai cittadini di tali Stati. Quanto alla portata di tale principio, la Corte ha chiarito nella sentenza *Lawrie-Blum* che un «lavoratore» ai fini dell'articolo 45 TFUE è una persona che svolge per un certo periodo un'attività sotto la direzione di un'altra persona dietro corrispettivo.⁴³

Mentre la definizione di «lavoratore» è, evidentemente, di scarsa importanza con riferimento ai servizi pubblici, la deroga di cui all'articolo 45, paragrafo 4, TFUE assume invece un rilievo notevole, nella misura in cui sottrae al regime di libera circolazione gli «impieghi nella pubblica amministrazione». Sussistono varie analogie fra l'interpretazione che la Corte ha fornito di questa deroga e di quella di cui all'articolo articolo 51 TFUE: entrambe devono essere interpretare restrittivamente, la loro portata essendo limitata a «quanto è strettamente necessario per salvaguardare gli interessi che [tali deroghe consentono] agli Stati membri di tutelare»;⁴⁴ entrambe fanno riferimento a concetti giuridici di diritto dell'Unione che, in quanto tali, prescindono dalle classificazioni a livello nazionale;⁴⁵ per entrambe la Corte ha fatto ricorso ad un approccio funzionale, concentran-

⁴³ Sentenza della Corte del 3 luglio 1986, causa 66/85, *Lawrie-Blum v. Land Baden-Württemberg*, in *Racc.*, p. 2121, punti 16-17.

⁴⁴ Sentenza della Corte del 16 giugno 1987, causa 225/85, *Commission v. Italy (re: CNR researchers)*, in *Racc.*, p. 2625. Si veda inoltre Sentenza della Corte del 12 febbraio 1974, causa 152/73, *Sotgiu v Deutsche Bundespost*, in *Racc.*, p. 153, punto 4.

⁴⁵ Sentenza della Corte del 12 febbraio 1974, *Sotgiu*, cit., punto 5; sentenza della Corte del 2 luglio 1996, causa C-473/93, *Commissione c. Lussemburgo*, in *Racc.*, p. I-3207, punto 26.

dosi sulle mansioni in concreto svolte, piuttosto che sulla natura, pubblica o privata, del rapporto di lavoro o del datore.⁴⁶

Quanto a quest'ultimo punto, peraltro, occorre notare come, a differenza dell'articolo 51 TFUE, che si riferisce alle «attività che partecipano all'esercizio dei pubblici poteri», le parole «impieghi nella pubblica amministrazione» sembrano prefigurare un approccio istituzionale, come sostenuto dalla difesa del Governo belga nel caso *Commissione c. Belgio*.⁴⁷ La giurisprudenza della Corte si è invece attestata su una prospettiva di tipo funzionale, come si evince dalla sentenza *Commissione c. Belgio*, in cui la Corte ha fornito una descrizione degli impieghi rientranti nella deroga:

«un complesso di posti che implicano la *partecipazione, diretta o indiretta, all'esercizio dei pubblici poteri ed alle mansioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali* dello Stato o delle altre collettività pubbliche. Posti del genere presuppongono infatti, da parte dei loro titolari, l'esistenza di un rapporto particolare di solidarietà nei confronti dello Stato nonché la reciprocità di diritti e di doveri che costituiscono il fondamento del vincolo di cittadinanza».⁴⁸

Da ciò si evince che gli Stati membri che intendano avvalersi della deroga *de qua* devono sopportare un duplice onere probatorio: da un lato devono dimostrare che gli impieghi in questione comportano la «partecipazione all'esercizio dei pubblici poteri», dall'altro che tali mansioni hanno ad oggetto la «tutela di interessi dello Stato o di altri soggetti pubblici».

Non vi è unanimità di vedute sul carattere alternativo o cumulativo di tali requisiti. La dottrina prevalente propende per

⁴⁶ Sentenza della Corte del 2 luglio 1996, *Commissione c. Lussemburgo*, cit., punto 27.

⁴⁷ Sentenza della Corte del 26 maggio 1982, *Commissione c. Belgio*, causa 149/79, in *Racc.* p. 1845.

⁴⁸ Sentenza della Corte del 26 maggio 1982, *Commissione c. Belgio*, cit., punto 10, corsivo aggiunto.

quest'ultima interpretazione, come del resto suggerito dall'uso della congiunzione copulativa «ed». ⁴⁹ Altra dottrina ⁵⁰ si è interrogata sulla portata della sentenza *Commissione c. Italia* in cui la Corte ha invece impiegato la congiunzione disgiuntiva «o». ⁵¹ Beenen ha però affermato che tale pronuncia costituisce un caso isolato, posto che, fin dalla successiva pronuncia relativa all'articolo 45, paragrafo 4, TFUE (*Allué*), ⁵² la Corte ha costantemente fatto uso della congiunzione «ed». ⁵³

Quanto al requisito della «partecipazione, diretta o indiretta, all'esercizio dei pubblici poteri», sebbene l'espressione «esercizio dei pubblici poteri» non sia definita nel Trattato, è evidente la coincidenza con la locuzione di cui all'articolo 51, paragrafo 1, TFUE, ⁵⁴ che perciò fornisce utili indicazioni per l'interpretazione della deroga relativa ai lavoratori. Ciò è stato espressamente riconosciuto dall'Avvocato Generale Jacobs nelle proprie conclusioni nel caso *Commissione c. Italia*. ⁵⁵ L'Avvocato Generale Mancini, dal canto suo, ha affermato che quanti occupano i

⁴⁹ M. G. ESPOSITO, 'Applicazione delle norme comunitarie in materia di lavoro subordinato e prassi nazionale' in B. NASCIMBENE (a cura di) *La Libera Circolazione dei Lavoratori. Trent'anni di applicazione delle norme comunitarie* (Giuffrè, Milano 1998) 10-12; D. O'KEEFE, 'Judicial interpretation of the public service exception in Article 48, paragraph 4 of the EEC Treaty' in D. CURTIN e D. O'KEEFE (a cura di) *Constitutional Adjudication in European Community and National law* (Butterworth, Dublin 1992) 89-96.

⁵⁰ C. BARNARD, *op. cit.*, p. 392.

⁵¹ Sentenza della Corte del 16 giugno 1987, *Commissione c. Italia*, cit..

⁵² Sentenza della Corte del 30 maggio 1989, causa 33/88, *Allué and Coonan v. Università degli Studi di Venezia*, in *Racc.*, p. 1591.

⁵³ J. BEENEN, *Citizenship, Nationality and Access to Public Service Employment: The Impact of European Community Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2001, p. 104.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 108.

⁵⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs del 15 febbraio 2001, *Commissione c. Italia*, causa C-283/99, in *Racc.*, I-3532, punto 26 «in svariate sentenze la Corte ha interpretato l'art. [45, paragrafo 4, TFUE] alla luce dell'art. [51 TFUE]. Nella causa *Commissione/Italia*, ad esempio, l'eccezione trova applicazione per posti 'che implicino la partecipazione all'esercizio dei pubblici poteri o alla tutela degli interessi generali dello Stato'».

posti coperti dalla deroga devono essere dotati di poteri di coercizione sugli altri individui.⁵⁶ Peraltro, sembra che la Corte abbia optato per un'interpretazione più estesa, che comprende i poteri che incidono sulla sfera soggettiva dell'individuo anche sotto il profilo meramente finanziario, come per le decisioni in cui si nega la corresponsione di indennità previdenziali.⁵⁷

Altra *vexata quaestio* è quella della partecipazione «indiretta» all'esercizio dei pubblici poteri. Per esempio, nel caso *Commissione c. Italia*, la Corte ha statuito che i soggetti che forniscono consulenza allo Stato su questioni tecniche e scientifiche possono beneficiare della deroga: detti organi non esercitano essi stessi poteri pubblici, ma forniscono un contributo essenziale agli enti cui siffatti poteri sono conferiti.⁵⁸ Parte della dottrina ha perciò proposto di riformulare il test come segue: «il compito in questione rende possibile o facilita l'attività dell'individuo che esercita direttamente i poteri pubblici?». In base a tale impostazione, potrebbero giovare della deroga i tirocinanti, ed i centralinisti, ma non i muratori e gli addetti alle pulizie.⁵⁹ Si ritiene che al riguardo sia possibile istituire un parallelo tra tale deroga e l'istituto di diritto internazionale dell'immunità ristretta.⁶⁰ Secondo tale impostazione, gli Stati possono invocare l'immunità dalle reciproche giurisdizioni solo con riferimento alle proprie attività *iure imperii*. Per converso, le attività *iure gestionis*, in quanto tali regolate dal diritto comune, non benefice-

⁵⁶ Sentenza della Corte del 3 giugno 1986, *Commissione c. Francia*, causa 307/84, in *Racc.*, p. 01725.

⁵⁷ J. HANDOLL, *Article 48(4) EEC and Non-National Access to Public Employment*, in *European Law Review*, vol. 13, 1988, p. 235.

⁵⁸ Sentenza della Corte del 16 giugno 1987, *Commissione c. Italia*, cit..

⁵⁹ HANDOLL, *Article 48(4) EEC and Non-National Access to Public Employment*, p. 236.

⁶⁰ I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, Clarendon Press, Oxford, 2003, pp. 319-340; B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006; I. QUEIROLO, 'Giurisdizione Statale e Regole di Immunità' in S. CARBONE, R. LUZZATTO e A. S. MARIA (a cura di) *Istituzioni di Diritto Internazionale* (Giappichelli, Torino 2002) 181-187.

rebbero dell'immunità. Mentre la tendenza generale al riguardo è quella di adottare documenti che elenchino dettagliatamente le eccezioni al principio dell'immunità statale, in materia di controversie di lavoro, alcuni giudici nazionali, tra cui la Corte di Cassazione italiana, hanno aderito ad un approccio funzionale concentrandosi sul rapporto intercorrente fra le concrete mansioni del lavoratore e l'esercizio della sovranità degli Stati.⁶¹

Quanto al requisito attinente alla «tutela degli interessi generali dello Stato», ancora una volta tale espressione non è definita dal diritto primario.⁶² Posto che neanche la Corte ha, ad oggi, formulato una definizione di detti «interessi generali», la dottrina ha proposto di considerare la questione nel contesto delle funzioni proprie dello Stato ed ha osservato che, al riguardo, due diversi Avvocati Generali hanno fatto riferimento alle c.d. «funzioni tradizionali» (ossia: polizia, giurisdizione, difesa, diplomazia e tassazione) quale punto di partenza.⁶³ Sebbene la Corte nella pronuncia *Commissione c. Italia* sembri far propria un'interpretazione più ampia di «interessi generali», fino a comprendere anche i contributi forniti dalla consulenza in materia tecnica e scientifica,⁶⁴ l'estensione di tale nozione oltre i confini delle classiche funzioni di sovranità appare piuttosto incerta. Difatti, nel 1988 la Commissione ha pubblicato un documento sulla portata dell'articolo 48, paragrafo 4, del Trattato CEE (ora articolo 45, paragrafo 4, TFUE) in cui affermava che tale deroga riguarda «specifiche funzioni dello Stato e di organi simili quali le forze armate, la polizia [...] la magistratura, il fisco ed i corpi diplomatici» mentre non comprende, se non in casi eccezionali, attività quali la gestione di servizi commerciali (come il trasporto pubblico, la fornitura di elettricità e gas, il trasporto aereo e marittimo, le poste e le telecomunicazioni, la radio e la

⁶¹ Cass. S.U., 16 gennaio 1990, no. 145, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1990, p. 402.

⁶² O'KEEFEE, *op. cit.*, p. 93.

⁶³ J. BEENEN, *op. cit.*, p. 108.

⁶⁴ Sentenza della Corte del 16 giugno 1987, *Commissione c. Italia*, cit..

televisione), l'assistenza sanitaria pubblica, l'istruzione pubblica, la ricerca a scopi non militari da parte di istituzioni pubbliche. Può quindi sostenersi che la deroga di cui all'articolo 45, paragrafo 4, TFUE, si applica, in buona sostanza, alle c.d. funzioni di regalità. Non sorprende pertanto che parte della dottrina ha definito la disposizione in esame come una «riserva di sovranità» prevista a favore degli Stati.⁶⁵

Un recente orientamento giurisprudenziale sembra poi aver introdotto un «correttivo» di tipo istituzionale all'approccio funzionale poc'anzi delineato, al fine di restringere ulteriormente l'ambito applicativo della deroga di cui all'articolo 45, paragrafo 4, TFUE. Nella sentenza *Commissione c. Italia*, la Corte ha infatti affermato che «La nozione di 'impieghi nella pubblica amministrazione', che compare all'art. [45, paragrafo 4, TFUE], non comprende impieghi alle dipendenze di un singolo o di una persona giuridica di diritto privato, *quali che siano i compiti incombenenti al lavoratore dipendente*».⁶⁶ Tale impostazione, già *in nuce* nella sentenza *Commissione c. Spagna*,⁶⁷ è stata successivamente ribadita ed ampliata nelle sentenze *Kranemann* e *Pešla*, in cui la Corte ha escluso che i tirocinanti per le professioni legali potessero giovare della deroga in esame poiché tale tirocinio prevedeva lo svolgimento di «parte» delle proprie attività «al di fuori del settore pubblico».⁶⁸

⁶⁵ L. LA MARCA, *Osservazioni su alcune infrazioni nazionali delle norme in materia di libera circolazione* in B. NASCIMBENE (a cura di) *La Libera Circolazione dei Lavoratori. Trent'anni di applicazione delle norme comunitarie*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 317.

⁶⁶ Sentenza della Corte del 31 maggio 2001, Causa C-283/99 *Commissione c. Italia*, cit., punto 25, con richiamo alle conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs, punto 26, corsivo aggiunto.

⁶⁷ Sentenza della Corte del 29 ottobre 1998, *Commissione c. Spagna*, causa C-114/97, in *Racc.*, p. I-06717, punto 33 «Per quanto concerne l'art. [51, paragrafo 4 TFUE], occorre rilevare che le imprese private di sorveglianza non fanno parte della pubblica amministrazione e che pertanto tale disposizione non è applicabile nella fattispecie».

⁶⁸ Sentenza della Corte del 17 marzo 2005, *Karl Robert Kranemann c.*

In conclusione, può affermarsi che l'articolo 45, paragrafo 4, TFUE costituisce una clausola di esenzione parziale relativa ai servizi pubblici. Peraltro, l'ambito applicativo di tale esenzione, pur non essendo ristretto come quello della deroga di cui all'articolo 51 TFUE, appare circoscritto ad un novero piuttosto limitato di attività.

1.3. La nozione di «attività economica» quale presupposto per l'applicazione del diritto della concorrenza

Gli articoli 101 ed 102 TFUE sono denominati dal Trattato stesso «regole [di concorrenza] applicabili alle imprese». ⁶⁹ Il diritto primario dell'Unione, peraltro, non definisce la nozione di «impresa». Per la giurisprudenza quest'ultima comprende «qualsiasi entità che esercita *un'attività economica*, a prescindere dal suo stato giuridico e dalle sue modalità di finanziamento». ⁷⁰

Land Nordrhein-Westfalen, causa C-109/04, in *Racc.*, p. I-02421, punto 19; sentenza della Corte del 10 dicembre 2009, *Krzysztof Peśła c. Justizministerium Mecklenburg-Vorpommern*, causa C-345/08, non ancora pubblicata, punto 29: «allorché il tirocinante per le professioni legali compie una parte del suo tirocinio al di fuori del settore pubblico, è sufficiente ricordare che la nozione di impiego nella pubblica amministrazione non comprende gli impieghi alle dipendenze di un singolo o di una persona giuridica di diritto privato, quali che siano i compiti incombenti al lavoratore dipendente».

⁶⁹ Si veda la rubrica della Sezione 1, Capo 1, Titolo VII del TFUE.

⁷⁰ Sentenza della Corte del 23 aprile 1991, *Klaus Höfner e Fritz Elser c. Macrotron GmbH*, causa C-41/90 in *Racc.*, p. I-1979, punto 21, corsivo aggiunto; Sentenza del Tribunale di primo grado del 2 luglio 1992, *Dansk Pelsdyravlforening c. Commissione*, causa T-61/89, in *Racc.*, p. II-1931, punto 50. La Corte sembra non accogliere le definizioni aventi ad oggetto la natura «commerciale» piuttosto che «economica» dell'attività, come quella di cui all'art. 1 del Protocollo 22 SEE o quella proposta dall'Avvocato Generale Mischo nella causa 118/85, *cit.*. In dottrina, si vedano G. GUIZZI, *Il concetto comunitario d'impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, p. 277; P. MANZINI, *Scopo di lucro e intese intragruppo nella nozione di impresa comunitaria*, in *Riv. dir. inter. priv. e proc.*, 1994, p. 805; A. GUARINO, *I contenuti della nozione di impresa*, in *Conc. e merc.*, 1995, p. 303; L. DI VIA, *Ancora sul principio di solidarietà e la nozione d'impresa*

La nozione di «attività economica», peraltro, è stata definita dalla giurisprudenza in modo così generico (ossia come «qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato»)⁷¹ da indurre alcuni autori ad affermare che in realtà la Corte abbia optato per una definizione «in negativo»,⁷² concentrandosi sugli elementi che escludono il carattere economico dell'attività in questione, piuttosto che sugli elementi che ne determinano la sussistenza.⁷³

Nell'accertare se un dato ente svolge un'attività economica, la giurisprudenza ha utilizzato un approccio «di tipo funzionale», nella misura in cui la valutazione della Corte si sofferma «sul tipo di attività svolta anziché sulle caratteristiche dell'attore

rilevante per il diritto comunitario della concorrenza, in *Foro it.*, 1996, IV, p. 67; F. GALGANO, *Le professioni intellettuali e il concetto comunitario d'impresa*, in *Contr. impr./Eur.*, 1997, p. 3; M. DE DOMINICIS, *Concorrenza e nozione d'impresa nella giurisprudenza comunitaria*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005; A. WINTERSTEIN, *Nailing the Jellyfish: Social Security and Competition Law*, in *European Competition Law Review*, 1999, vol. 20, pp. 324-333; O. ODUDU, *The meaning of undertaking within 81 EC*, in *Cambridge yearbook of European legal studies*, 2006, vol. 7, pp. 211-241; M. ORZAN, *The concept of economic activity in the "Kattner" case: between the free movement rules and competition law ("Kattner Stahlbau GmbH v Maschinebau- und Metall-Berufsgenossenschaft"*, ECJ (Third Chamber), judgment of 5 March 2009, C-350/07, in *European Law Reporter*, 2009, pp. 416-421.

⁷¹ Sentenza della Corte del 16 giugno 1987, *Commissione c. Italia*, Causa 118/85, in *Racc.*, p. 2599, punto 7. In senso conforme v. la sentenza della Corte del 12 settembre 2000, *Pavel Pavlov e altri c. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, cause riunite C-180/98 a C-184/98, punto 75.

⁷² Sul punto, L. DRIGUEZ, *Droit social et droit de la concurrence*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 250; F. COSTAMAGNA, *op. cit.*, p. 30.

⁷³ Secondo O. ODUDU, *The boundaries of EC competition law: the scope of Article 81*, OUP, Oxford, 2006, pp. 23-25 il cospicuo corpus giurisprudenziale relativo alla nozione di «impresa» può essere sintetizzato come segue: un dato ente esercita un'«attività economica» se: i) offre beni o servizi sul mercato e non svolge né lavoro subordinato, né attività di regolamentazione, né costituisce un consumatore finale; ii) sopporta il rischio d'impresa sotto il profilo economico o finanziario; iii) trae o potrebbe teoricamente trarre un profitto dalla propria attività, che non si sostanzia in erogazione di prestazioni su base solidaristica, né nella fornitura di beni pubblici.

che la esercita».⁷⁴ Tale approccio risulta pienamente in linea con la lettera del TFUE, ove infatti non si rinviene alcun riferimento all'«imprenditore».⁷⁵ Pertanto, lo *status* di ente pubblico o parastatale non basta, di per sé, a determinare il carattere non economico delle attività di tale ente.⁷⁶ Inoltre, la giurisprudenza ha chiarito che ciascuna attività deve essere esaminata individualmente,⁷⁷ con la conseguenza che il medesimo ente può essere considerato «impresa» in relazione ad alcune delle sue attività, mentre le altre sono sottratte all'applicazione delle regole di concorrenza.⁷⁸

La nozione di «attività non economica» funge, pertanto, da *clausola di esenzione parziale* rispetto alle disposizioni del Trattato in materia di concorrenza.⁷⁹ Occorre però chiedersi se detta esclusione implicita possa essere impiegata per sottrarre a tali regole proprio le attività che costituiscono servizi pubblici. La giurisprudenza sembra fornire indicazioni in senso affermativo, nella misura in cui alcuni degli elementi ritenuti rilevanti ai fini dell'esclusione del carattere economico di una data attività costituiscono caratteristiche comuni a certi servizi pubblici. Trattasi, in particolare, dell'esercizio di pubblici poteri per la cura di in-

⁷⁴ Sentenza della Corte 16 marzo 2004, *AOK Bundesverband v. Ichthyol Gesellschaft Cordes*, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, in *Racc.*, p. I-2493, punto 25.

⁷⁵ Sul punto, M. DE DOMINICIS, *op. cit.*, p. 54.

⁷⁶ Sentenza 24 ottobre 2002, *Aéroports de Paris c. Commissione*, causa C82/01 P, in *Racc.*, p. I9297, punto 74.

⁷⁷ Sentenza *MOTOE*, cit., punto 25.

⁷⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs del 17 maggio 2001, *Firma Ambulanz Glöckner c. Landkreis Südwestpfalz*, causa C-475/99, in *Racc.*, p. I-08089, punto 72.

⁷⁹ Il termine di «esenzione», in questo caso, non è impiegato nel senso, diffuso nell'ambito del diritto della concorrenza, di fattispecie rientrante nell'ambito applicativo di tale disciplina ma non vietata in considerazione dei suoi aspetti proconcorrenziali, bensì con il significato indicato al capitolo 2, paragrafo 3, ossia quello di disposizione di un accordo di integrazione economica che sottrae una determinata attività all'applicazione delle norme di liberalizzazione previste in detto accordo.

teressi generali⁸⁰ e dell'adempimento di una «funzione di carattere esclusivamente sociale», che ricorre allorché un organismo opera in base al principio di solidaristico sotto il controllo dello Stato.

Quanto al primo di tali elementi, occorre fare riferimento, innanzitutto, alla pronuncia *Eurocontrol*, in cui la Corte ha affermato che l'omonima organizzazione internazionale, con poteri in materia di controllo dello spazio aereo europeo, svolgeva «compiti di interesse generale»⁸¹ e che le sue attività si ricollegavano «all'esercizio di [...] tipiche prerogative dei pubblici poteri» ed avevano perciò un «carattere non economico».⁸² Del pari, nella sentenza *Calì*, la Corte ha ritenuto che un ente di diritto privato incaricato di esercitare attività di sorveglianza antinquinamento nel porto di Genova svolgesse «una missione di interesse generale» mediante l'esercizio di «tipiche prerogative dei pubblici poteri», con conseguente assenza del profilo dell'economicità.⁸³ Per ragioni non dissimili la Corte ha statuito, nella sentenza *Bodson*, che l'attività affidata ad alcuni enti locali consistenti nel rilascio di concessioni per l'esercizio di servizi funebri non costituiva un'attività economica.⁸⁴ Da ultimo, tali orientamenti sono stati ribaditi nella sentenza *MOTOE*, con ri-

⁸⁰ Occorre però rilevare che non tutte le «attività non economiche» possano considerarsi servizi pubblici: ad esempio, ai fini del diritto della concorrenza, i lavoratori subordinati svolgono sì un'attività non economica, ma tale attività, fatto salvo il caso degli impieghi nella pubblica amministrazione, non necessariamente attiene ai servizi pubblici. Inoltre non tutti i servizi pubblici hanno natura «non economica», come nel caso delle grandi industrie di rete.

⁸¹ Sentenza della Corte del 19 gennaio 1994, *SAT Fluggesellschaft mbH c. Eurocontrol*, causa C-364/92, in *Racc.*, p. I-43, punto 27. Si veda in particolare la definizione di «pubblici poteri» fornita dall'Avvocato Generale Tesauro al punto 9 delle Conclusioni.

⁸² *Ibid.*, punto 30.

⁸³ Sentenza della Corte del 18 marzo 1997, causa C-343/95, *Diego Calì e Figli S.R.L. c. Servizi Ecologici Porto di Genova S.p.A. (SEPG)*, in *Racc.*, p. I-1547, punti 22-23.

⁸⁴ Sentenza della Corte del 4 maggio 1988, causa 30/87, *Bodson v Pompes Funèbres des Régions Libérées SA*, in *Racc.*, p. 2479.

ferimento al potere conferito al Club automobilistico e turistico greco di emettere pareri circa le domande di autorizzazione presentate ai fini dell'organizzazione di gare motociclistiche,⁸⁵ e nella sentenza *Selex*, per l'attività di assistenza svolta da Eurocontrol in favore delle amministrazioni nazionali in materia di gare d'appalto relative ad attrezzature e sistemi nel settore della gestione del traffico aereo.⁸⁶

La tematica delle prerogative statuali ha inoltre assunto un ruolo di rilievo nel contesto dell'applicazione delle norme di concorrenza agli stessi Stati membri sulla base del principio di leale cooperazione:⁸⁷ nel caso *Banchero*,⁸⁸ la Corte di Giustizia ha accolto la tesi della Commissione secondo la quale l'attività dell'Azienda Autonoma dei Monopoli di Stato, segnatamente l'organizzazione della vendita dei prodotti del tabacco, costituisce esercizio di prerogative statuali e non un'attività economica. Del pari, in varie pronunce tra cui quella della causa *Spediporto*,⁸⁹ la Corte non ha ritenuto applicabili le regole in mate-

⁸⁵ Sentenza della Corte del 1 luglio 2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) c. Elliniko Dimosio*, causa C-49/07, in *Racc.*, I-04863, punti 24-26. La Corte ha però considerato «attività economiche» l'organizzazione e lo sfruttamento commerciale delle gare motociclistiche realizzate dal Club automobilistico e turistico greco.

⁸⁶ Sentenza della Corte del 26 marzo 2009, *SELEX Sistemi Integrati SpA c. Commissione e Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne (Eurocontrol)*, causa C-113/07 P, in *Racc.*, I-02207, punto 70.

⁸⁷ Si vedano al riguardo le sentenze della Corte 16 novembre 1977, *INNO/ATAB*, causa 13/77, in *Racc.*, p. 2115, punto 31; 21 settembre 1988, *Van Eycke*, causa 267/86, *ivi*, p. 4769, punto 16; 17 novembre 1993, *Reiff*, causa C-185/91, *ivi*, p. I-5801, punto 14; 9 giugno 1994, *Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft*, causa C-153/93, *ivi*, p. I-2517, punto 14; 5 ottobre 1995, *Centro Servizi Spediporto*, causa C-96/94, *ivi*, p. I-2883, punto 20, e 19 febbraio 2002, *Arduino*, causa C-35/99, *ivi*, punto 34.

⁸⁸ Sentenza della Corte del 14 dicembre 1995, *Procedimento penale c. Giorgio Domingo Banchero*, causa C-387/93, *Racc.*, p. I-04663, con nota di L. KLESTA DOSI, *Corte di giustizia delle Comunità europee (1° novembre 1995 - 31 marzo 1996)*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1996, II, pp. 349-350.

⁸⁹ Si vedano al riguardo le sentenze della Corte del 5 ottobre 1995, *Centro*

ria di concorrenza nei casi in cui lo Stato avesse delegato i poteri di regolazione ad enti pubblici e privati operanti in maniera obiettiva nell'interesse pubblico, non già dei propri membri.

Il secondo elemento che consente di escludere il carattere economico di attività generalmente considerate servizi pubblici è l'adempimento di una «funzione di carattere esclusivamente sociale». Al riguardo, occorre però precisare che, secondo la giurisprudenza, lo scopo sociale non è di per sé sufficiente per escludere che l'attività considerata sia qualificata come attività economica.⁹⁰ Occorre che tale scopo si traduca in fattori specifici, quali la gestione dell'attività in questione sulla base del principio solidaristico,⁹¹ ossia il sussidio, non fondato su considerazioni commerciali, di un gruppo sociale ad opera di un altro:⁹²

Servizi Spediporto Srl c. Spedizioni Marittima del Golfo Srl, causa C-96/94, in *Racc.*, p. I-02883; 17 ottobre 1995, *DIP SpA e altri c. Comune di Bassano del Grappa e Comune di Chioggia*, *ivi*, p. I-3257; 18 giugno 1998 *Commissione c. Italia*, causa C-35/96, *ivi*, p. I-385.

⁹⁰ Si vedano al riguardo le sentenze della Corte 21 settembre 1999, *Albany*, causa C-67/96, in *Racc.*, p. I-5751, punto 86; 12 settembre 2000, *Pavlov e a.*, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, *ivi*, p. I-6451, punto 118, nonché 22 gennaio 2002, *Cisal di Battistello Venanzio c. Istituto Nazionale per l'Assicurazione c. gli Infortuni sul Lavoro (INAIL)*, causa C-218/00, *ivi*, p. I-691, punto 37.

⁹¹ Per un'accurata disamina del rapporto tra le attività sociali e la definizione «in negativo della nozione di impresa si veda F. COSTAMAGNA, *op. cit.*, pp. 30-49. In generale sul principio di solidarietà, si veda N. BOEGER, *Solidarity and EC competition law*, in *European Law Review* 2007, vol. 32, pp. 319-340; M. ROSS, *Promoting solidarity: from public services to a European model of competition?*, in *Common Market Law Review*, 2007, vol. 44, pp. 1057-1080; M. ROSS, *The value of solidarity in European public services law*, in M. KRAJEWSKI, U. NEERGAARD e J. VAN DE GRONDEN (a cura di), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe: Between Competition and Solidarity*, Asser Press, L'Aia, 2009, pp. 81-99.

⁹² Tale è la definizione di «principio della solidarietà sociale» fornita nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Fennelly del 6 febbraio 1997, *Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA e Anni Azzurri Rezzato Srl c. Regione Lombardia*, causa C-70/95, in *Racc.*, p. I-03395, punto 29. Nell'ambito dei regimi previdenziali, l'applicazione del principio di solidarietà si traduce nell'assenza di un vincolo di proporzionalità tra le prestazioni erogate all'assicurato ed i

ciò ha consentito alla Corte di escludere il carattere economico della gestione del regime di assicurazione malattia, maternità e vecchiaia da parte di due casse mutualistiche francesi (*Poucet e Pistre*),⁹³ del sistema di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali gestito dall'INAIL (*Cisal*),⁹⁴ del sistema sanitario spagnolo (*FENIN*),⁹⁵ dei regimi legali di assicurazione malattia per i lavoratori dipendenti in Germania (*AOK*),⁹⁶ nonché, da ultimo, del regime assicurativo tedesco contro gli incidenti sul lavoro (*Kattner*).⁹⁷ Del pari, se lo Stato controlla direttamente gli elementi essenziali di un sistema previdenziale (ossia l'importo delle prestazioni erogate agli assicurati e quello dei contributi da essi versati),⁹⁸ o delimita rigidamente la discrezionalità al riguardo dell'ente previdenziale,⁹⁹ non ricorre un'attività economica soggetta alle regole di concorrenza.

In sintesi, dalla giurisprudenza relativa alla nozione di «attività non economica» ai fini del diritto della concorrenza emerge chiaramente come alcune attività siano state considerate tali

contributi da questo versati. Sul punto si vedano le sentenze della Corte 22 gennaio 2002, *Cisal*, cit., punto 44 e 5 marzo 2009, *Kattner Stahlbau GmbH c. Maschinenbau- und Metall- Berufsgenossenschaft*, causa C-350/07, in *Racc.*, p. I-01513, punto 65.

⁹³ Sentenza della Corte del 17 febbraio 1993, *Christian Poucet c. Assurances générales de France (AGF) e Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon (Camulrac) e Daniel Pistre c. Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans (Cancava)*, cause riunite C-159/91 e C-160/91, in *Racc.*, p. I-637.

⁹⁴ Sentenza della Corte del 22 gennaio 2002, *Cisal*, cit..

⁹⁵ Sentenza del Tribunale di primo grado del 4 marzo 2003, causa T-319/99, *Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN) vc. Commissione*, in *Racc.*, p. II-357.

⁹⁶ Sentenza della Corte del 16 marzo 2004, *AOK Bundesverband, Bundesverband der Betriebskrankenkassen et al. c. Ichthyol-Gesellschaft Corde et al.*, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, in *Racc.*, p. I-02493.

⁹⁷ Sentenza della Corte del 5 marzo 2009, *Kattner*, cit..

⁹⁸ Sentenza della Corte del 22 gennaio 2002, *Cisal*, cit., punto 44.

⁹⁹ Sentenza della Corte del 5 marzo 2009, *Kattner*, cit., punto 62.

sulla base di considerazioni di interesse generale. Segnatamente, l'esercizio di pubblici poteri per la cura di interessi generali e l'assolvimento di funzioni esclusivamente sociali sulla base del principio solidaristico o sotto il controllo diretto dello Stato hanno permesso di sottrarre alcuni servizi pubblici all'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE. Pertanto, la nozione di «attività non economica» può a pieno titolo considerarsi un'implicita clausola di esenzione parziale relativa ai servizi pubblici.

1.4. La nozione di «società» nell'ambito del diritto di stabilimento

I beneficiari del diritto di stabilimento, come è noto, sono raggruppabili in due categorie: i lavoratori autonomi e le imprese. Quanti ai primi, la nozione di «attività non salariata», non definita nel Trattato, è stata interpretata dalla Corte in modo da comprendere «tutte le attività autonome»,¹⁰⁰ una nozione troppo ampia per sottrarre i lavoratori autonomi incaricati della gestione di un servizio pubblico (quali i notai) all'applicazione del diritto di stabilimento.

Il Trattato fornisce invece, all'articolo 54 TFUE, una definizione di «società» ai fini del diritto di stabilimento:

Per società si intendono le società di diritto civile o di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione delle *società che non si prefiggono scopi di lucro*.¹⁰¹

¹⁰⁰ Sentenza della Corte del 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, causa C-55/94, in *Racc.*, p. I-04165, punto 23; si veda inoltre Sentenza della Corte del 27 settembre 2001, causa C-257/99, *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Barkoci e Malik*, in *Racc.*, p. I-6557, punto 50; Sentenza della Corte del 20 novembre 2001, causa C-268/99, *Aldona Malgorzata Jany and Others v. Staatssecretaris vsn Justitie*, *ivi*, p. I-8615, punto 71.

¹⁰¹ Corsivo aggiunto.

Nella sentenza *Sodemare*, una delle poche pronunce sull'interpretazione dell'articolo 54 TFUE, la Corte ha affermato che tale disposizione «si limita a definire il campo d'applicazione personale delle disposizioni relative al diritto di stabilimento» e non osta ad una normativa nazionale che riserva a società prive di scopo di lucro la gestione di determinati servizi pubblici.¹⁰² Dal momento che molti servizi pubblici sono forniti da imprese che operano senza scopo di lucro, occorre domandarsi se tale definizione possa altresì essere invocata per sottrarre tali servizi all'applicazione della disciplina prevista dal Trattato in tema di diritto di stabilimento.

A tale quesito sembra doversi dare una risposta negativa. La definizione di cui all'articolo 54 TFUE, difatti, individua i soggetti beneficiari del diritto di stabilimento, non già le attività cui tale diritto si estende, con la conseguenza che anche qualora uno Stato membro decida di riservare la gestione di alcuni servizi pubblici a soggetti privi di scopo di lucro, dovrà, in forza dell'articolo 49 TFUE, consentire l'accesso a dette attività anche a società di altri Stati membri che perseguono scopi di lucro, salvo riesca a dimostrare che la misura soddisfa le quattro condizioni enucleate dalla giurisprudenza *Gebhard*.¹⁰³ La valenza della definizione di «società», di cui all'articolo 54 TFUE, quale clausola di esenzione relativa ai servizi pubblici appare, pertanto, minima.

¹⁰² Sentenza della Corte del 17 giugno 1997, *Sodemare SA v. Regione Lombardia*, causa C-70/95, in *Racc.*, p. I-3395, punti 23-35.

¹⁰³ Sentenza della Corte del 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, causa C-55/94, in *Racc.* p. I-04165, punto 37 «i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo».

1.5. L'elemento della «retribuzione» nel contesto della libera prestazione dei servizi

L'articolo 57 TFUE afferma che «sono considerate come servizi le prestazioni fornite normalmente *dietro retribuzione*».¹⁰⁴ Al riguardo, è stato sostenuto che tale disposizione sarebbe stata introdotta per sottrarre al regime di libera circolazione i servizi forniti gratuitamente.¹⁰⁵ Appare peraltro preferibile l'impostazione secondo la quale l'intenzione dei redattori era quella di escludere i servizi pubblici dall'ambito applicativo della libera prestazione dei servizi.¹⁰⁶

Difatti, in alcune pronunce piuttosto risalenti, la Corte ha statuito che alcuni servizi pubblici difettavano dell'elemento della retribuzione in quanto erano finanziati da risorse pubbliche piuttosto che dagli utenti.¹⁰⁷ Tale impostazione,¹⁰⁸ ha consentito alla giurisprudenza di sottrarre all'applicazione del principio di libera circolazione il sistema scolastico belga, in quanto lo stesso era finanziato essenzialmente da risorse statali.¹⁰⁹ Per

¹⁰⁴ Corsivo aggiunto.

¹⁰⁵ C. BARNARD, *The substantive law of the EU: The Four Freedoms*, OUP, Oxford, 2008, p. 355.

¹⁰⁶ E. SPAVENTA, 'Public Services and European Law: Looking for Boundaries' in J. BELL *et al.* (a cura di) *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Hart, Oxford, 2004, p. 273, corsivo aggiunto. Si veda inoltre Sentenza della Corte del 12 dicembre 1974, *B.N.O. Walrave and L.J.N. Koch v Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie et Federación Española Ciclismo*, causa 36/74, in *Racc.*, p. 1405, punto 4 in cui si afferma che in considerazione degli obiettivi della Comunità, lo sport è soggetto al diritto comunitario solo nella misura in cui costituisce un'attività economica nel senso fatto proprio dall'art. 2 CE.

¹⁰⁷ C. BARNARD, *op. cit.*, pp. 335-336 rileva come in tali casi manchi un nesso economico diretto fra il prestatore ed il beneficiario del servizio.

¹⁰⁸ A. JONES e B. SURFIN, *op. cit.*, p. 810.

¹⁰⁹ Sentenza della Corte del 27 settembre 1988, *Stato belga c. René Humbel e Marie-Thérèse Edel*, causa 263/86, in *Racc.*, p. 5365, punto 18. L'istruzione era già stata ritenuta non assimilabile alla nozione di servizio dall'Avvocato Generale Slynn nelle sue conclusioni del 16 gennaio 1985, *Françoise Gravier c. Città di Liegi*, causa 293/83, in *Racc.*, p. 593. La Corte,

converso, nella sentenza *Wirth* la Corte considerò fornitori di servizi alcune istituzioni di istruzione superiore finanziate in prevalenza dalle rette corrisposte dagli studenti e dalle loro famiglie.¹¹⁰

Il quadro inizia però a mutare con il caso *Cowan*, in cui la Corte ha statuito che il principio della libera circolazione ostava a una disciplina francese che riservava ai cittadini un beneficio economico previsto a favore delle vittime dei reati, nonostante il fatto che tali indennità trovassero copertura economica nelle risorse statali.¹¹¹ Similmente, nella sentenza *Kohll*, la Corte ha statuito che un trattamento ortodontico ricevuto in Germania da un cittadino lussemburghese costituiva un servizio, anche se il paziente ne aveva chiesto il rimborso da parte del proprio servizio sanitario nazionale.¹¹²

La stessa linea argomentativa è stata successivamente impiegata dalla Corte nelle pronunce *Smits*,¹¹³ *Müller Fauré*¹¹⁴ e *Vanbraekel*.¹¹⁵ Sebbene tali sentenze non abbiano ottenuto l'effetto temuto di sovvertire i servizi sanitari nazionali degli Stati membri (nella sentenza *Smits* la Corte ha espressamente ammesso la

nondimeno, non si è soffermata su tale aspetto nella motivazione della pronuncia.

¹¹⁰ Sentenza della Corte del 7 dicembre 1993, *Wirth v. Landeshauptstadt Hannover*, causa C-109/92, in *Racc.*, p. I-6447.

¹¹¹ Sentenza della Corte del 2 febbraio 1989, *Cowan v. Trésor Public*, causa 186/87, in *Racc.*, p. 195.

¹¹² Sul punto, E. SPAVENTA, *Public Services and European Law: Looking for Boundaries*, p. 276. Si veda inoltre A. P. VAN DER MEI, *Cross-Border Access to Health Care within the European Union: Some Reflections of Geraets-Smits and Peerbooms and Vanbraekel*, in *Maastricht Journal*, 2002, p. 189.

¹¹³ Sentenza della Corte 12 luglio 2001, *Smits*, cit., punti 55-58.

¹¹⁴ Sentenza della Corte 13 maggio 2003, causa C-385/99, *Müller Fauré v. Onderlinge Waarborgmaatschappij oz Zorgverzekeringen UA and E.E.M. van Riet v. Onderlinge Waarborgmaatschappij oz Zorgverzekeringen UA*, in *Racc.*, p. I-4509.

¹¹⁵ Sentenza della Corte 12 luglio 2001, causa C-368/98, *Vanbraekel v. ANMC*, in *Racc.*, p. I-5363.

previsione di misure restrittive finalizzate al mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema previdenziale)¹¹⁶ esse hanno dimostrato che gli Stati membri non possono più fare affidamento sulla nozione di «retribuzione» per sottrarre le proprie *public utilities* alle regole in materia di libera circolazione.

Da ultimo, sembra profilarsi una convergenza tra l'elemento della «retribuzione» ai fini della libera circolazione dei servizi e quello di «attività economica» necessario per l'applicazione delle regole in materia di concorrenza. L'esistenza di un rapporto tra tali requisiti era già stata accertata in un *obiter dictum* della sentenza *Deliège*,¹¹⁷ in cui la Corte aveva affermato che «una prestazione di servizi *retribuuta* dev'essere considerata come attività *economica*».¹¹⁸ Tale ipotesi ha trovato conferma, più di recente, nel testo della c.d. Direttiva servizi¹¹⁹ e nel *Manuale* per la relativa attuazione predisposto dalla Commissione:¹²⁰ l'articolo 4, paragrafo 1 di tale direttiva definisce infatti il termine «servizio» come «qualsiasi attività *economica* non salariata di cui all'articolo [57 TFUE] fornita normalmente *dietro retribuzione*»;¹²¹ il *Manuale* della Commissione, del pari, precisa che,

¹¹⁶ P. CRAIG e G. DE BÛRCA, *EU Law - Text, Cases, and Materials*, OUP, Oxford, 2008, p. 810.

¹¹⁷ Sentenza della Corte dell'11 aprile 2000, *Christelle Delière c. Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL, Ligue belge de judo ASBL, Union européenne de judo (C-51/96) e François Pacquée (C-191/97)*, cause riunite C-51/96 e C-191/97, in *Racc.*, p. I-02549.

¹¹⁸ *Ibid.*, punto 53, corsivo aggiunto.

¹¹⁹ Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, in *GUUE* L 376 del 27 dicembre 2006, pp. 36–68. Per un'accurata disamina dei rapporti tra tale provvedimento e la disciplina dei servizi di interesse economico generale si veda F. COSTAMAGNA, *Direttiva 'servizi' e servizi di interesse economico generale: analisi di un rapporto difficile*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2009, pp. 111-137.

¹²⁰ Commissione Europea, *Manuale per l'attuazione della Direttiva servizi*, Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità Europee, Lussemburgo, 2007.

¹²¹ Corsivo aggiunto.

per rientrare nella nozione di «servizio», una data attività «deve essere normalmente fornita *contro una retribuzione, ossia deve avere natura economica*».¹²²

In conclusione, sembra che la portata del requisito della «retribuzione» quale deroga relativa ai servizi pubblici nel contesto della libera circolazione dei servizi si sia nel tempo ridimensionata. In base alla giurisprudenza più risalente, l'assenza di un legame economico diretto tra l'utente ed il prestatore del servizio consentiva di sottrarre alle regole in materia di libera circolazione dei servizi la maggior parte delle *public utilities*. Secondo l'interpretazione corrente, invece, gli unici servizi pubblici in cui difetta l'elemento della retribuzione sono quelli avente carattere «non economico», ossia attinenti all'esercizio dei pubblici poteri o operanti sulla base del principio solidaristico. L'ambito applicativo dell'esenzione in esame, pertanto, appare sostanzialmente analogo al novero dei servizi pubblici sottratti alle regole di concorrenza in ragione del loro carattere «non economico».

2. Le esenzioni «condizionate» relative ai servizi pubblici

Il presente paragrafo prende in considerazione le principali clausole di esenzione di tipo condizionale relative ai servizi pubblici contenute nel TFUE, ossia le deroghe la cui applicazione sia soggetta al ricorrere di una o più condizioni, quali il rispetto del principio di proporzionalità. Tra tali deroghe la più rilevante è certamente l'esenzione condizionale totale di cui all'articolo 106, paragrafo 2, TFUE, che consente di derogare a qualsiasi di-

¹²² Ibid., punto 2.1.1, corsivo aggiunto. Si veda inoltre Commission staff working document, *Annexes to the Communication from the Commission on Social services of general interest in the European Union: Socio-economic and legal overview*, COM(2006) 177 final, p. 16 «Treaty rules regarding freedom to provide services and the freedom of establishment only apply to 'services' within the meaning of the Treaty, namely *services corresponding to an economic activity*» (corsivo aggiunto).

sposizione dei Trattati nella misura in cui l'applicazione della medesima possa pregiudicare il conseguimento della missione affidata ad un'impresa incaricata di un servizio di interesse economico generale.

Non si tratta, peraltro, dell'unica esenzione condizionata relativa ai servizi pubblici prevista dal TFUE. La giurisprudenza *Altmark* ha infatti individuato un'esenzione implicita alle regole in materia di aiuti di Stato, precisando che le compensazioni degli oneri delle missioni d'interesse generale che soddisfano le quattro condizioni ivi enucleate non costituiscono aiuti di stato ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE.

Si ritiene, inoltre, che simili esenzioni condizionate possano rinvenirsi nell'ambito delle norme del TFUE in materia di libera circolazione e di concorrenza. È noto infatti che tali previsioni ammettono deroghe sia esplicite (come nel caso dell'articolo 36 TFUE o dell'articolo 101, paragrafo 3, TFUE) che implicite (si pensi alle c.d. esigenze imperative nell'ambito delle libertà fondamentali). I sottoparagrafi seguenti cercheranno, in particolare, di chiarire se tali deroghe possano fungere da esenzioni a vantaggio delle misure nazionali relative all'organizzazione, al finanziamento ed alla gestione dei servizi pubblici a prescindere dall'applicazione dell'articolo 106, paragrafo 2, TFUE.

In chiusura, si prenderà in considerazione l'esenzione condizionata totale *ex* articolo 346 TFUE in materia di sicurezza nazionale e se ne valuterà la portata alla luce della prassi della Commissione in materia di controllo di concentrazioni tra imprese attive nel settore della difesa.

2.1. La deroga per i «servizi di interesse economico generale» di cui all'articolo 106, paragrafo 2, TFUE

Il secondo paragrafo dell'articolo 106 TFUE costituisce la principale clausola di esenzione relativa ai servizi pubblici contenuta nel diritto primario, in quanto consente di derogare a qualsiasi disposizione dei Trattati sia d'ostacolo all'adempimento delle missioni affidate alle imprese incaricate della ge-

stione di servizi di interesse economico generale. Tale disposizione, perciò, trova di frequente applicazione in combinato disposto con altri articoli del Trattato, relativi al mercato interno,¹²³ al diritto della concorrenza,¹²⁴ o agli aiuti di Stato.¹²⁵ Peraltro, come si dirà tra breve, l'esenzione in parola è di tipo condizionale: di regola, i servizi di interesse economico generale restano infatti soggetti alle norme del TFUE, la cui applicazione può essere esclusa solo nella misura strettamente necessaria a garantire l'effettivo conseguimento delle missioni di interesse generale, secondo la verifica di proporzionalità delineata nella sentenza *Corbeau*,¹²⁶ e a condizione di non pregiudicare lo sviluppo degli scambi «in misura contraria agli interessi dell'Unione».

L'articolo 106, paragrafo 2, TFUE consta di tre elementi: i) la sussistenza di un'impresa incaricata «della gestione di servizi di interesse economico generale» o avente «carattere di monopolio fiscale»; ii) l'ostacolo ad opera delle disposizioni dei Trattati all'adempimento della specifica missione di cui tale impresa è incaricata iii) l'assenza di un pregiudizio agli scambi in misura contraria agli interessi dell'Unione.

Quanto al primo elemento, occorre innanzitutto chiarire che il termine «imprese» corrisponde a quello chiarito dalla giuri-

¹²³ Sentenza della Corte del 18 giugno 1998, *Corsica Ferries France SA c. Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl, Gruppo Ormeggiatori del Golfo di La Spezia Coop. arl e Ministero dei Trasporti e della Navigazione*, causa C-266/96, in *Racc.*, p. I-03949. Si vedano, da ultimo, le conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak del 11 febbraio 2010, *Commissione c. Germania*, cit., punto 73.

¹²⁴ Sentenza della Corte del 19 maggio 1993, *Procedimento penale c. Paul Corbeau*, causa C-320/91, in *Racc.*, p. I-2533.

¹²⁵ Sentenza della Corte del 24 luglio 2003, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg c. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, in presenza di *Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht*, causa C-280/00, in *Racc.*, p. I-07747. Si vedano in particolare i commenti di A. BIONDI, *Justifying State Aid: The Financing of Services of General Economic Interest* in T. TRIDIMAS e P. NEBBIA (a cura di) *European Union Law for the Twenty-First Century - Rethinking the New Legal Order*, Hart, Oxford, 2004, p. 259 ss.

¹²⁶ Sentenza della Corte del 19 maggio 1993, *Corbeau*, cit..

sprudenza ai fini dell'applicazione delle regole di concorrenza.¹²⁷ Le imprese «aventi carattere di monopolio fiscale» sono quelle che si giovano di diritti speciali o esclusivi per produrre un gettito erariale e che, se assumono la forma del monopolio commerciale, sono soggette all'articolo 37 TFUE. Relativamente alle «imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale», rinviando al paragrafo 3 del capitolo 5 per la disamina della nozione di «servizi di interesse economico generale», si può anticipare in questa sede come tale categoria comprenda la maggior parte dei servizi pubblici, in particolare le c.d. *utilities*.¹²⁸ Il participio «incaricate» è espressione del principio della libertà di definizione, in base al quale spetta agli Stati membri definire le attività che a loro avviso costituiscono servizi di interesse generale ed affidarne la cura a determinati soggetti attraverso la previsione di specifici obblighi. Peraltro, in nome dei principî di certezza del diritto e trasparenza, le missioni di servizio pubblico devono essere chiaramente definite e devono essere espressamente affidate dallo Stato attraverso un atto di un'autorità pubblica,¹²⁹ come un atto di concessione.¹³⁰ Al contrario, non è sufficiente la mera acquiescenza o ratifica da parte degli Stati membri di attività nell'interesse pubblico poste in essere da soggetti privati.¹³¹

Il secondo elemento richiesto ai fini dell'applicazione della deroga di cui all'articolo 106, paragrafo 2, TFUE è che l'applicazione delle disposizioni dei Trattati, ed in particolare quelle in

¹²⁷ A. JONES e B. SUFRIN, *op. cit.*, p. 570.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Sentenza della Corte del 27 marzo 1974, causa 127/73, *BRT v SABAM and NV Fonior*, in *Racc.*, p. 313, punto 20; Causa 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen and Silver Line Reisebüro GmbH v Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, in *Racc.*, p. 803, punto 55.

¹³⁰ Sentenza della Corte del 23 ottobre 1997, causa C-159/94, *Commissione c. Francia (EDF)*, in *Racc.*, p. I-5815, punto 66.

¹³¹ Decisione della Commissione 85/77/CEE, del 10 dicembre 1984, *IV/30.717 - Eurocheques uniformi*, in *GUCE* L 35 del 7 febbraio 1985, pp. 43-53.

materia di concorrenza, «osti[no] all'adempimento» della missione di interesse generale da parte del soggetto incaricato. Al riguardo è possibile riscontrare una sensibile evoluzione nell'ambito della giurisprudenza della Corte di giustizia. Nelle pronunce più risalenti, era difatti richiesta un'assoluta «incompatibilità» tra l'applicazione delle disposizioni dei Trattati e l'assolvimento dei compiti di interesse generale da parte dell'impresa in questione.¹³² Una netta inversione di tendenza si registra, nel 1991, con la sentenza *Corbeau*, in cui la Corte ha statuito che la deroga ex articolo 106, paragrafo 2, TFUE può trovare applicazione anche quando la soggezione alle regole di concorrenza impedisce al soggetto incaricato della gestione di un servizio economico generale di operare «in condizioni di equilibrio economico»,¹³³ aprendo così la strada ad un vero e proprio test di proporzionalità. Tale orientamento, prontamente ribadito dalla sentenza *Almelo*,¹³⁴ è stato sviluppato in altre pronunce di metà anni '90 in materia di energia elettrica¹³⁵ e di fondi pensione,¹³⁶ in cui la Corte ha affermato che, per giovare della

¹³² Sentenza della Corte del 30 aprile 1974, *Giuseppe Sacchi*, causa 155/73, in *Racc.*, p. 409, punto 8; sentenza della Corte dell'11 aprile 1989, *Abmed Saeed*, *cit.*, punto 12; sentenza della Corte del 23 aprile 1991, *Klaus Höfner e Fritz Elser c. Macrotron GmbH*, causa C-41/90, *ivi*, p. I-1979, punto 24; sentenza della Corte del 10 dicembre 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova SpA c. Siderurgica Gabrielli SpA*, causa C-179/90, *ivi*, p. I-05889, punto 27.

¹³³ Sentenza 19 maggio 1993, *Procedimento penale c. Paul Corbeau*, *cit.*, punto 21. In dottrina, cfr. i commenti di P. MANZINI, *L'intervento pubblico nell'economia alla luce dell'art. 90 del Trattato CE*, in *Rivista di diritto internazionale* 1995 p.379-396; R. IANNOTTA, *Il Foro amministrativo*, 1994, pp. 1692-1693.

¹³⁴ Sentenza della Corte del 27 aprile 1994, *Comune di Almelo e altri c. NV Energiebedrijf Ijsselmij NV*, causa C-393/92, in *Racc.*, p. I-1477.

¹³⁵ Sentenza della Corte del 23 ottobre 1997, *Commissione c. Paesi Bassi*, causa C-157/94, in *Racc.*, p. I-5699; sentenza 23 ottobre 1997, *Commissione c. Francia*, causa C-159/94, *ivi*, p. I-5815; sentenza 23 ottobre 1997, *Commissione c. Italia*, causa C-158/94, *ivi*, p. I-5789.

¹³⁶ Sentenza della Corte del 21 settembre 1999, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, causa C-67/96, in *Racc.*,

deroga in parola, «non è necessario che risulti minacciata la sopravvivenza stessa dell'impresa»¹³⁷ ed ha precisato che, benché l'onere della prova ricada sullo Stato membro interessato, non si può pretendere che dimostri «che nessun altro provvedimento immaginabile, per definizione ipotetico, potrebbe garantire l'adempimento di tali funzioni alle stesse condizioni».¹³⁸

Il terzo elemento dell'articolo 106, paragrafo 2, TFUE è contenuto nell'ultimo periodo di tale disposizione, in cui si afferma che le misure nazionali, adottate a vantaggio delle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale in deroga ad altre disposizioni dei Trattati, non devono compromettere gli scambi in misura «contraria agli interessi dell'Unione». Tale requisito costituisce espressione di un principio più generale, già enucleato nel rapporto Spaak,¹³⁹ in base al quale il TFUE si occupa unicamente delle misure suscettibili di avere un'incidenza sugli scambi fra Stati membri, piuttosto che della disciplina delle attività economiche all'interno dei vari Stati.¹⁴⁰ Siffatto principio trova espressione, oltre che nell'ultimo periodo dell'articolo 106, paragrafo 2, TFUE, in analoghi requisiti previsti dalle norme in materia di concorrenza¹⁴¹ e da quelle relative alla libera

1999 p. I-5751; sentenza 21 settembre 1999, *Brentjens' Handelsonderneming BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen*, cause riunite C-115/97 a C-117/97, *ivi*, p. I-06025; sentenza 21 settembre 1999, *Maatschappij Drijvende Bokken BV c. Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven*, causa C-219/97, *ivi* 1999, p. I-6121.

¹³⁷ Sentenza della Corte del 23 ottobre 1997, *Commissione c. Paesi Bassi*, cit., punto 43

¹³⁸ *Ibid.*, punto 58.

¹³⁹ Comitato intergovernativo creato dalla Conferenza di Messina, *Rapporto dei Capi di delegazione ai Ministri degli affari esteri*, Bruxelles, 21 aprile 1956, p. 60.

¹⁴⁰ Sul punto si vedano le conclusioni dell'Avvocato Generale Tesauo del 27 ottobre 1993, *Ruth Hünermund e altri c. Landesapothekerkammer Baden-Württemberg*, Causa C-292/92, in *Racc.*, p. I-6787, punto 1.

¹⁴¹ L'articolo 101, paragrafo 1, TFUE difatti, vieta «tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate

circolazione.¹⁴² Sebbene nell'ambito dell'articolo 106, paragrafo 2, TFUE l'elemento del pregiudizio agli scambi non abbia assunto un'importanza analoga a quella degli omologhi requisiti nel contesto della libera circolazione e delle regole di concorrenza,¹⁴³ l'opinione prevalente è che, nel contesto dell'esenzione condizionale in esame, tale elemento postuli la prova che le misure nazionali abbiano pregiudicato «in maniera sostanziale» il funzionamento del mercato interno.¹⁴⁴ Tale elemento, pertanto, può essere considerato come un'ulteriore condizione cui l'applicazione della deroga ex articolo 106, paragrafo 2, TFUE è soggetta.

In conclusione, sebbene l'articolo 106, paragrafo 2, TFUE

che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri» (corsivo aggiunto). L'articolo 102, paragrafo 2, TFUE, del pari, dichiara incompatibile con il mercato interno lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante «nella misura in cui possa essere *pregiudizievole al commercio tra Stati membri»* (corsivo aggiunto).

¹⁴² Si veda, ad esempio, l'articolo 36, ultimo periodo, TFUE in base al quale le restrizioni consentite alla libera circolazione delle merci «non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né *una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri»* (corsivo aggiunto).

¹⁴³ A. JONES e B. SUFRIN, *op. cit.*, p. 583.

¹⁴⁴ Conclusioni dell'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer del 20 ottobre 2009, *Federutility e altri c. Autorità per l'energia elettrica e il gas*, causa C-265/08, non ancora pubblicate, punto 78; la Corte, peraltro, non si è soffermata sull'aspetto del pregiudizio agli scambi nella relativa sentenza del 20 aprile 2010. Si vedano altresì le conclusioni dell'avvocato generale Léger del 10 luglio 2001, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, con l'intervento di: Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap*, causa C-309/99, in *Racc.*, p. I-01577, punto 166. Nella sentenza della Corte del 23 ottobre 1997, *Commissione c. Paesi Bassi*, cit., punto 67, si afferma che la Commissione avrebbe dovuto dimostrare che «gli scambi intracomunitari di energia elettrica si sono sviluppati e continuano a svilupparsi in misura contraria all'interesse della Comunità» (corsivo aggiunto). Dal tenore di tale periodo, R. WHISH, *Competition Law*, OUP, Oxford, 2008, p. 237 deduce che il requisito del pregiudizio agli scambi nel contesto dell'articolo 106, paragrafo 2, TFUE è più oneroso rispetto all'analogo requisito previsto ai fini dell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE.

fornisca un'esenzione alle disposizioni del Trattato soggetta a ben due condizioni, si tratta della disposizione che sottrae la maggior parte dei servizi pubblici, e delle misure relative alla loro organizzazione, gestione e finanziamento, all'applicazione delle norme di liberalizzazione. Nella misura in cui tale disposizione mira a contemperare l'interesse degli Stati membri ad utilizzare determinate imprese come strumento di politica economica o sociale con l'interesse dell'Unione all'osservanza delle regole di concorrenza e al mantenimento dell'unità del mercato comune,¹⁴⁵ essa costituisce un tassello fondamentale dell'esenzione relativa ai servizi pubblici nel diritto dell'Unione Europea.

2.1. Le «compensazioni degli oneri delle missioni d'interesse generale» nell'ambito delle regole in materia di aiuti di Stato

La disposizione chiave in materia di aiuti di Stato è l'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, il quale stabilisce che gli aiuti di Stato sono, in linea di principio, incompatibili con il mercato comune. *Ratio* di tale divieto è la considerazione che tali forme di intervento statale possono creare serie distorsioni della concorrenza nel mercato interno, pregiudicando lo svolgimento di un'autentica *competition on the merits* fra le imprese europee, e costituire un fattore di segmentazione tra i mercati nazionali.¹⁴⁶

La qualificazione di una certa misura come «aiuto di Stato» consegue all'accertamento di quattro presupposti: il trasferi-

¹⁴⁵ Sentenza 21 settembre 1999, *Albany*, causa C-67/96, in *Racc.*, p. I-5751, punto 103; sentenza della Corte del 20 aprile 2010, *Federutility e altri c. Autorità per l'energia elettrica e il gas*, causa C-265/08, non ancora pubblicata, punto 28.

¹⁴⁶ Il concetto di «impresa» ai fini dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE corrisponde a quello indicato al paragrafo 1.3 del presente capitolo con riferimento agli articoli 101 e 102 TFUE. Sul punto si vedano C. BOVIS, *Financing services of general interest in the EU: how do public procurement and state aids interact to demarcate between market forces and protection?*, in *European Law Journal*, 2005, vol. 11, p. 79; S. JANSSEN, *Services of general economic interest, state aid, and public procurement*, in *Journal of network industries* 2004, vol. 5, pp. 139-140.

mento di risorse statali, il vantaggio economico per l'impresa beneficiaria,¹⁴⁷ il carattere selettivo dell'aiuto, la potenziale incidenza sugli scambi fra Stati membri. Quanto al secondo di tali requisiti, nella celebre sentenza *Altmark*,¹⁴⁸ la Corte ha chiarito che, nella misura in cui un intervento statale rappresenti la contropartita delle prestazioni effettuate dal beneficiario in adempimento di obblighi di servizio pubblico, tale intervento non co-

¹⁴⁷ V. Conclusioni dell'Avvocato Generale Mischo nella causa 118/85 *Commissione c. Repubblica Italiana*, in *Racc.*, p. 2599; Cfr. inoltre la Comunicazione della Commissione *Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico*, in *GUUE* C 297 del 29 novembre 2005 p. 4-7, nota 4: «Per “impresa” si intende qualunque soggetto che svolga un'attività economica, indipendentemente dalla sua forma giuridica e dalle sue fonti di finanziamento» (corsivo aggiunto). In dottrina, cfr. *ex multis* J. L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive rights and state monopolies under EC law: Article 86 (formerly Article 90) of the EC Treaty*, OUP, Oxford, 1999, pp. 58-59.

¹⁴⁸ Sentenza della Corte del 24 luglio 2003, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg c. abverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, causa C-280/00, in *Racc.*, p. I-7747. Tra i numerosissimi commenti a tale pronuncia, si vedano in particolare A. SINNAEVE, *State Financing of Public Services: The Court's Dilemma in the Altmark Case*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2003, pp. 351-363; U. SCHNELLE, *Bidding Procedures in EC State Aid Surveillance over Public Services after Altmark Trans*, in *European State Aid Law Quarterly* 2003 pp. 411-413; C. RIZZA, *The Financial Assistance Granted by Member States to Undertakings Entrusted With the Operation of a Service of General Economic Interest: The Implications of the Forthcoming Altmark Judgment for Future State Aid Control Policy*, in *The Columbia Journal of European Law*, 2003, pp. 429-446; M. SÁNCHEZ RYDELSKI, *Compensation for Discharging Public Service Obligations: State Aid or not State Aid? - That was the Question*, in *European Law Reporter* 2003 p.318-320; N. TRAVERS, *Public Service Obligations and State Aid: Is all really clear after Altmark?*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2003 pp. 387-392; A. FRATINI e F. FILPO, *I nuovi sviluppi giurisprudenziali sul concetto di aiuto di Stato: dalla formula Altmark al paradosso del monopolista-concorrente di Chronopost*, in *Contratto e impresa: Europa*, 2003, pp. 1183-1219; E. ZANELLI, *Servizio pubblico e sentenza Altmark*, in *Politica del diritto*, 2004, pp. 175-199; R. MAGLIANO, *Servizi di interesse economico generale, aiuti di stato e compensazione di oneri di servizio pubblico: giurisprudenza Altmark e iniziative normative della commissione CE*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2004, pp.790-805.

stituisce un aiuto di Stato,¹⁴⁹ in quanto tale erogazione non comporta alcun vantaggio finanziario a carico dell'impresa beneficiaria e non ha l'effetto di collocarla in una posizione più favorevole rispetto ai concorrenti.

In tale occasione la Corte ha precisato che tale esclusione trova applicazione soltanto in presenza di quattro condizioni cumulative. In primo luogo, l'impresa beneficiaria deve essere effettivamente incaricata dell'assolvimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi devono essere definiti in modo chiaro. In secondo luogo, i parametri per il calcolo della compensazione devono essere predeterminati in modo obiettivo e trasparente. In terzo luogo, la compensazione non può eccedere quanto necessario per coprire tutti o parte dei costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto degli introiti relativi agli stessi nonché di un margine di utile ragionevole per l'adempimento di tali obblighi. In quarto luogo, quando la scelta dell'impresa incaricata degli obblighi di servizio pubblico non avvenga nell'ambito di una procedura di appalto pubblico secondo il criterio del costo più basso, il livello della necessaria compensazione deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi di trasporto al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, avrebbe sostenuto per adempiere tali obblighi, tenendo conto degli introiti ad essi attinenti nonché di un margine di utile ragionevole per l'adempimento di detti obblighi.

Come anticipato, le misure di intervento che soddisfino i quattro criteri richiesti per la qualificazione come aiuti di Stato e che difettino di almeno uno dei quattro requisiti necessari per l'applicazione della giurisprudenza *Altmark* sono, in linea di principio, incompatibili con il mercato comune. Ciò, peraltro, non si risolve in un divieto totale: i paragrafi 2 e 3 dello stesso

¹⁴⁹ Sul punto, cfr. E. SZYSZCZAK, *Financing services of general economic interest*, in *The Modern Law Review*, 2004, vol. 67, pp. 982-992.

articolo 107 TFUE specificano un certo numero di casi in cui gli aiuti di Stato possono essere considerati ammissibili (le c.d. «deroghe»¹⁵⁰).

Il paragrafo 2, in particolare, afferma che sono compatibili con il mercato interno: gli aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti; gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali; gli aiuti concessi all'economia di determinate regioni della Repubblica federale di Germania che risentono della divisione della Germania, nella misura in cui sono necessari a compensare gli svantaggi economici provocati da tale divisione.¹⁵¹

Il paragrafo 3 dell'articolo 107 TFUE prevede invece che, a seguito di valutazione individuale, possano considerarsi compatibili con il mercato interno: gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione; gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro; gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche; gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio; le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, su proposta della Commissione.

Inoltre – ed è questa la previsione che, insieme alla sentenza *Altmark*, principalmente concerne i servizi pubblici – delle mi-

¹⁵⁰ Comunicazione della Commissione *Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico*, cit..

¹⁵¹ Si noti peraltro che, da ultimo, il Trattato di Lisbona ha previsto, all'art. 98 TFUE, la possibilità, cinque anni dopo la propria entrata in vigore, per il Consiglio, su proposta della Commissione, di adottare una decisione che soppriime tale deroga.

sure qualificate come aiuti di Stato possano essere dichiarate compatibili con il Trattato, a norma dell'articolo 106, paragrafo 2, TFUE, se sono necessarie per la gestione dei servizi di interesse economico generale e non compromettono lo sviluppo degli scambi in misura contraria all'interesse della Comunità.

Al fine di facilitare l'applicazione dell'articolo 106, paragrafo 2, TFUE la Commissione ha adottato la Decisione 2005/842/CE¹⁵² e la Comunicazione *Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico* (2005).¹⁵³

La Decisione 2005/842/CE sancisce la compatibilità con le norme del Trattato, con dispensa dall'obbligo di previa notifica, degli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi ad imprese in relazione ai servizi d'interesse economico generale che rientrano in una delle quattro categorie ivi previste. La prima categoria comprende compensazioni inferiori ad un dato importo concesse ad imprese che rientrano in una certa soglia di fatturato; la seconda riguarda, invece, le compensazioni a favore di ospedali e di imprese aventi incarichi di edilizia popolare; la terza categoria concerne le compensazioni di obblighi di servizio pubblico elargite ai collegamenti aerei o marittimi verso le isole e con traffico annuale medio inferiore ad un certo limite; la quarta categoria include le compensazioni di obblighi di servizio pubblico assegnate ad aeroporti e porti con un traffico annuale medio inferiore ad un certo numero di passeggeri.

Le compensazioni degli obblighi di servizio pubblico che

¹⁵² Decisione della Commissione, del 28 novembre 2005, riguardante l'applicazione dell'articolo 106, paragrafo 2, TFUE, agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale, in *GUUE* L 312 del 29 novembre 2005, pp. 67-73.

¹⁵³ Comunicazione della Commissione *Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico*, in *GUUE* C 297 del 29 novembre 2005, pp. 4-7.

costituiscono aiuti di Stato e non rientrano nel campo d'applicazione della decisione 2005/842/CE restano, invece, soggette all'obbligo di notifica preventiva, ma potranno essere dichiarati compatibili con il mercato comune, a norma dell'articolo 106, paragrafo 2, TFUE, sulla base dei criteri illustrati nella citata Comunicazione del 2005.

In tale documento, si legge innanzitutto che la Commissione verificherà l'assenza di errori manifesti nella definizione, rimessa agli Stati membri, dei servizi forniti dalle imprese beneficiarie dell'aiuto quali servizi di interesse economico generale. Tale testo insiste, quindi, sulla necessità di un atto che specifichi gli obblighi di servizio pubblico e le modalità di calcolo della compensazione.

L'importo della compensazione, inoltre, non può eccedere quanto necessario per coprire i costi determinati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico:¹⁵⁴ a tal fine, la Comunicazione prevede una dettagliata disciplina in materia di sovracompensoazione. Ad esempio, si prevede che se l'importo della sovracompensoazione non supera il 10% dell'importo della compensazione annua, questa sovracompensoazione può essere riportata all'anno successivo;¹⁵⁵ inoltre, una sovracompensoazione può essere utilizzata per finanziare un altro servizio di interesse economico generale gestito dalla stessa impresa, a condizione che tale trasferimento risulti dalla contabilità dell'impresa interes-

¹⁵⁴ Ad esempio nella sentenza 22 novembre 2001, *Ferring SA c. Agence centrale des organismes de sécurité sociale*, causa C-53/00, in *Racc.*, p. I-09067, la Corte ha ritenuto che la compensazione accordata ai grossisti distributori eccedeva i costi aggiuntivi derivanti dagli obblighi di servizio pubblico e pertanto costituiva un aiuto di Stato non giustificabile ex art. 106, paragrafo 2, TFUE. In dottrina, cfr. i commenti di MEROLA, M., MEDINA, C., *De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark: continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics*, in *Cahiers de droit européen* 2003 p. 639-694; A. BARTOSCH, *Why did the Court of Justice respond in Ferring?*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2002, p. 1.

¹⁵⁵ Comunicazione *Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato*, cit., paragrafo 21.

sata e sia effettuato nel rispetto delle regole in materia di aiuti di Stato – ed in particolare dell’obbligo di notifica – nonché di quelle in materia di trasparenza.¹⁵⁶

La disamina delle regole del Trattato applicabili agli aiuti di Stato evidenzia la presenza di più di un’esenzione relativa ai servizi pubblici. La prima di esse è, senza dubbio, costituita dal principio di diritto contenuto nella sentenza *Altmark*, che sottrae alla disciplina in materia di aiuti di Stato, ivi compreso l’obbligo di notifica preventiva, una rilevante parte degli interventi statali a favore di imprese incaricate della gestione di servizi pubblici. Vengono poi in linea di conto le deroghe di cui ai paragrafi 2 e 3 dell’articolo 107 TFUE. Infine, merita attenzione la «deroga condizionata» di cui all’articolo 106, paragrafo 2, TFUE, già descritta in termini generali nel paragrafo precedente, che assume però una particolare fisionomia allorché applicata alle regole in materia di aiuti di Stato.

2.2. Deroghe espresse ed esigenze imperative nel contesto delle norme in materia di libera circolazione

Risulta del tutto pacifico che gli obblighi di liberalizzazione previsti dal TFUE in materia di circolazione delle merci, dei servizi, delle persone e dei capitali non sono di natura incondizionata, ma ammettono deroghe. Come è noto, alcune di esse sono espressamente previste dal TFUE (le c.d. «deroghe espresse»), mentre altre sono state introdotte in via pretoria dalla Corte di giustizia (le c.d. «esigenze imperative di interesse pubblico»). Scopo del presente paragrafo è quello di chiarire se, a prescindere dall’applicazione dell’articolo 106, paragrafo 2, TFUE, le deroghe espresse e le esigenze imperative possano fungere da esenzioni condizionali parziali relative ai servizi pubblici.

Sia le deroghe espresse che le esigenze imperative costituiscono esenzioni parziali. Per quanto attiene alle deroghe

¹⁵⁶ Ibid., paragrafo 22.

espresse, mentre l'articolo 52 TFUE prevede tre deroghe (ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica) che possono giustificare restrizioni a tutte e quattro le libertà fondamentali, l'articolo 36 TFUE prevede deroghe applicabili sono nell'ambito della libera circolazione delle merci (moralità pubblica, protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale e tutela della proprietà industriale e commerciale), così come gli articoli 64 e 65 contengono deroghe applicabili unicamente nel contesto della libera circolazione dei capitali. Per quanto attiene alle esigenze imperative, tale espressione individuale, in realtà, un insieme piuttosto eterogeneo di valori e finalità che la Corte di giustizia ha, di volta in volta, ritenuto meritevoli di tutela rispetto ad una o più libertà fondamentali. Parte della dottrina ritiene di poter classificare le esigenze imperative in quattro categorie:¹⁵⁷ quelle relative alle esternalità del mercato,¹⁵⁸ ai diritti civili,¹⁵⁹ alle pratiche socio-culturali¹⁶⁰ ed al governo del territorio.¹⁶¹ Anche la terminologia non è del tutto

¹⁵⁷ D. CHALMERS, G. DAVIES, e G. MONTI, *European Union law: cases and materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 833-834.

¹⁵⁸ Si pensi alla tutela dell'ambiente o della sicurezza stradale, al centro, rispettivamente, della sentenza della Corte del 29 novembre 2001, *François De Coster c. Collège des bourgmestre et échevins de Watermael-Boitsfort*, causa C-17/00, in *Racc.*, p. I-09445 e della sentenza della Corte del 5 ottobre 1994, *Procedimento penale c. Johannes Gerrit Cornelis van Schaik*, causa C-55/93, *ivi*, p. I-04837.

¹⁵⁹ Tale è il caso della dignità umana e della libertà di espressione ed associazione, oggetto di bilanciamento con le esigenze del mercato interno, rispettivamente, nella sentenza della Corte del 14 ottobre 2004, *Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, causa C-36/02, in *Racc.*, p. I-09609 e nella sentenza della Corte del 12 giugno 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Republik Österreich*, causa C-112/00, *ivi*, p. I-05659.

¹⁶⁰ Si tratta, ad esempio, dell'esigenza di tutelare l'equilibrio fra i club sportivi, oggetto di disamina nella sentenza della Corte del 15 dicembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL e altri c. Jean-Marc Bosman e altri*, causa C-415/93, in *Racc.*, p. I-4921.

¹⁶¹ Possono citarsi, al riguardo, le esigenze relative all'amministrazione della giustizia ed alla coerenza del sistema tributario, ritenute meritevoli di tu-

uniforme: la giurisprudenza impiega infatti l'espressione «esigenze imperative» prevalentemente nell'ambito della libera circolazione delle merci; in materia di diritto di stabilimento e libera circolazione dei servizi è più frequente l'espressione «motivi imperativi di pubblico interesse»¹⁶² o «motivi imperiosi di interesse pubblico» (stabilimento),¹⁶³ il sintagma «considerazioni oggettive» è invece preferito per fare riferimento alle deroghe di origine pretoria nell'ambito della libera circolazione dei lavoratori.¹⁶⁴

Le deroghe espresse e le esigenze imperative, inoltre, hanno carattere condizionale. L'applicazione di entrambi i tipi di deroga è infatti soggetta ad un vaglio di proporzionalità da parte della Corte.¹⁶⁵ In particolare quest'ultima ha affermato nella sentenza *Gebhard* che i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: devono applicarsi in modo non discriminatorio, devono essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico, devono essere

tela, rispettivamente, nella sentenza della Corte del 12 dicembre 1996, *Reisebüro Broede c. Gerd Sandker*, causa C-3/95, in *Racc.*, p. I-06511 e nella sentenza della Corte del 28 gennaio 1992, *Hanns-Martin Bachmann c. Stato belga*, causa C-204/90, *ivi*, p. I-00249.

¹⁶² Sentenza della Corte del 25 luglio 1991, *Manfred Säger c. Dennemeyer & Co. Ltd*, causa C-76/90, in *Racc.*, p. I-04221, punto 15.

¹⁶³ Sentenza della Corte del 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, causa C-55/94, in *Racc.*, p. I-04165, punto 37.

¹⁶⁴ In tal senso Sentenza della Corte del 23 maggio 1996, *John O'Flynn c. Adjudication Officer*, causa C-237/94, in *Racc.*, p. I-02617, punto 19.

¹⁶⁵ La giurisprudenza ha difatti ritenuto applicabile il principio di proporzionalità in presenza sia di deroghe espresse, si veda ad esempio la sentenza della Corte del 10 luglio 1984, *Campus Oil Limited e altri c. ministro dell'industria e dell'energia e altri*, Causa 72/83, in *Racc.*, p. 2727, punto 37, sia di esigenze imperative, Sentenza *Säger*, *cit.*, punto 15. La giurisprudenza ha altresì esteso l'applicazione di tale principio alle misure nazionali in deroga atti di diritto derivato: Sentenza della Corte del 15 maggio 1986, *Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, causa 222/84, in *Racc.*, p. 1651, punto 38.

idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non devono andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di tale scopo.¹⁶⁶

L'idoneità delle deroghe espresse e delle esigenze imperative a sottrarre alla liberalizzazione derivante dall'applicazione delle norme del TFUE in materia di mercato interno le misure nazionali relative all'organizzazione ed al finanziamento dei servizi pubblici risulta, invece, meno evidente. In particolare, sebbene siano spesso i c.d. fallimenti del mercato ad indurre gli Stati alla qualificazione di una determinata attività come servizio pubblico, secondo un costante orientamento giurisprudenziale le considerazioni di natura economica non rientrano tra le ragioni che sono idonee a giustificare le restrizioni alla libera circolazione.¹⁶⁷

Eppure, nelle sentenze *Smits*¹⁶⁸ e *Müller Fauré*¹⁶⁹ la Corte ha affermato che alcune normative nazionali che subordinavano al rilascio di un'autorizzazione la presa in carico delle cure prestate da un istituto ospedaliero situato in altri Stati membri, pur costituendo una restrizione alla libera circolazione dei servizi ospedalieri (in quanto idonee a scoraggiare gli assicurati dal rivolgersi ai prestatori di servizi medici stabiliti in uno Stato membro diverso da quello di assicurazione),¹⁷⁰ potessero ritenersi giustificate «in considerazione della necessità di conservare nel territorio nazionale un'offerta sufficiente, equilibrata e perma-

¹⁶⁶ Sentenza della Corte del 30 novembre 1995, *Gebhard*, cit., punto 37 della motivazione e punto 6 del dispositivo.

¹⁶⁷ Sentenza della Corte 9 giugno 1982, *Commissione c. Italia*, Causa 95/81, in *Racc.*, p. 2187, punto 27; sentenza 6 giugno 2000, *Verkooijen*, causa C-35/98, ivi, p. I-4071, punto 48; sentenza della Corte del 16 gennaio 2003, *Commissione c. Italia*, causa C-388/01, ivi, p. I-721, punto 22.

¹⁶⁸ Sentenza della Corte del 12 luglio 2001, *B.S.M. Smits c. Stichting Ziekenfonds VGZ*, causa C-157/99, in *Racc.*, p. I-5473.

¹⁶⁹ Sentenza della Corte del 13 maggio 2003, *V.G. Müller-Fauré c. Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA*, causa C-385/99, in *Racc.*, p. I-4509.

¹⁷⁰ Sentenza della Corte del 12 luglio 2001, *Smits*, cit., punto 69.

nente di cure ospedaliere e di assicurare la stabilità finanziaria del sistema di assicurazione malattia». ¹⁷¹ In particolare, dalla giurisprudenza emerge che l'obiettivo di mantenere un servizio medico-ospedaliero di qualità, accessibile a tutti ed equilibrato può rientrare in una delle deroghe espresse di cui all'articolo 52 TFUE, in quanto contribuisca alla realizzazione di un livello elevato di tutela della salute. ¹⁷²

La deferenza della giurisprudenza nei confronti delle regole che disciplinano servizi pubblici quali il servizio medico-ospedaliero è però tutt'altro che incondizionata. Nelle citate sentenze *Smits* e *Müller Fauré*, difatti, la Corte si è diffusamente soffermata sulle condizioni cui l'autorizzazione ad ottenere trattamenti medici in altri Stati membri può essere soggetta. ¹⁷³ Inoltre, la Corte ha precisato che mentre il ricorso alle deroghe previste dal TFUE è ammesso nel caso delle c.d. prestazioni *intra-moenia*, ciò non vale per le prestazioni fornite all'esterno delle strutture ospedaliere. Al riguardo, sembra sussistere una vera e propria presunzione di legittimità per le limitazioni imposte con riferimento al primo tipo di prestazioni, accompagnata da una presunzione di illiceità delle restrizioni relative alle prestazioni *extramoenia*. ¹⁷⁴

Tale atteggiamento di «apertura condizionata» della giurisprudenza nei confronti delle regole nazionali in materia di organizzazione dei servizi pubblici nazionali si rinviene, da ultimo, nella sentenza *Blanco Pérez*, in materia di limiti al rilascio

¹⁷¹ Ibid., punto 97.

¹⁷² Sentenza della Corte del 28 aprile 1998, *Raymond Kohll c. Union des caisses de maladie*, causa C-158/96, in *Racc.*, p. I-1931, punto 50; sentenza *Smits*, cit., punto 73.

¹⁷³ Sentenza della Corte del 12 luglio 2001, *Smits*, cit., punto 108; Sentenza della Corte del 13 maggio 2003, *Müller-Fauré*, cit., punto 92.

¹⁷⁴ C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU: the Four Freedoms*, OUP, Oxford, 2007, pp. 396-397. Si vedano al riguardo i rilievi critici di F. COSTAMAGNA, *Servizi socio-sanitari: concorrenza e libera circolazione dei servizi nel diritto dell'Unione Europea*, ESI, Napoli, 2009, pp. 136-138.

delle licenze per l'apertura di farmacie.¹⁷⁵ Dopo aver accertato che la disciplina nazionale in materia costituiva una restrizione alla libertà di stabilimento,¹⁷⁶ la Corte ha affermato che la stessa potesse essere giustificata alla luce della tutela della sanità pubblica ex articolo 52, paragrafo 1, TFUE, ed in particolare dell'obiettivo di garantire alla popolazione una fornitura di medicinali sicura e di qualità,¹⁷⁷ obiettivo la cui importanza è confermata dall'articolo 168, paragrafo 1, TFUE e dall'articolo 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a termini dei quali, occorre garantire un livello elevato di protezione della salute umana nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione europea. L'applicazione di tale paradigma giurisprudenziale alla normativa nazionale in questione, peraltro, ha costituito oggetto di una valutazione particolarmente dettagliata, all'esito della quale la Corte ha ritenuto interi aspetti di tale disciplina incompatibili con le regole in tema di mercato interno.¹⁷⁸

In conclusione, sembra possibile affermare che le deroghe alle norme in materia di libera circolazione riconosciute dal TFUE e dalla giurisprudenza possano fungere da esenzioni condizionali parziali relative ai servizi pubblici. Ciò appare possibile, in particolare, qualora le finalità perseguite dal servizio pubblico in questione possano essere inquadrare nell'ambito di deroghe espresse previste dal TFUE o esigenze imperative rico-

¹⁷⁵ Sentenza della Corte del 1 giugno 2010, *José Manuel Blanco Pérez e María del Pilar Chao Gómez c. Consejería de Salud y Servicios Sanitarios (C-570/07) e Principado de Asturias (C-571/07)*, cause riunite C-570/07 e C-571/07, non ancora pubblicata.

¹⁷⁶ *Ibid.*, punto 60.

¹⁷⁷ Sentenza della Corte 19 maggio 2009, *Commissione c. Italia*, causa C-531/06, non ancora pubblicata, punto 52; sentenza della Corte 19 maggio 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes e altri (C-171/07) e Helga Neumann-Seiwert (C-172/07) c. Saarland e Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales*, cause riunite C-171/07 e C-172/07, non ancora pubblicata, punto 28.

¹⁷⁸ Si veda, in particolare, il dispositivo della sentenza della Corte del 1 giugno 2010, *Blanco Pérez*, cit., punti 1 e 2.

nosciute dalla giurisprudenza. Inoltre, dal momento che i diritti fondamentali possono costituire essi stessi esigenze imperative soggette a bilanciamento con le norme in materia di libera circolazione,¹⁷⁹ il diritto di accesso ai servizi d'interesse economico generale sancito all'articolo 36 della Carta dei diritti fondamentali potrebbe comportare la rilevanza *diretta* delle missioni di interesse generale in sede di interpretazione delle libertà fondamentali.¹⁸⁰ In tali casi, le regole in materia di libera circolazione potranno essere interpretate alla luce delle finalità perseguite dai servizi pubblici ed applicate agli stessi in maniera «differenziata», ossia più permissiva. In alcuni casi, poi, le discipline nazionali in tema di organizzazione, finanziamento e gestione del servizio pubblico in questione potranno beneficiare di un'esenzione rispetto alle regole in materia di mercato interno. Peraltro, il carattere condizionale di tale esenzione, risultante dall'applicazione del principio di proporzionalità, apre le porte ad un sindacato particolarmente penetrante da parte della giurisprudenza, come si evince dalle pronunce esaminate in materia di farmacie e prestazioni mediche ospedaliere.

¹⁷⁹ Si vedano, a titolo d'esempio, la sentenza della Corte del 14 ottobre 2004, *Omega*, cit., e la sentenza della Corte del 12 giugno 2003, *Schmidberger*, cit.

¹⁸⁰ Sul punto, le *Spiegazioni relative alla carta dei diritti fondamentali*, in *GUUE* C 303 del 14 dicembre 2007, p. 27 affermano però che l'articolo 36 della Carta «è perfettamente in linea con l'articolo 14 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea e non crea nessun nuovo diritto. Esso si limita a sancire il principio del rispetto da parte dell'Unione dell'accesso ai servizi d'interesse economico generale previsto dalle disposizioni nazionali, a condizione che ciò sia compatibile con il diritto dell'Unione». Parte consistente della dottrina ritiene, peraltro, che dall'articolo 14 TFUE (già 16 CE) derivi un obbligo a carico degli Stati membri e dell'Unione di garantire il corretto funzionamento dei Servizi di interesse economico generale. In tal senso, si vedano in particolare J. VAN DE GRONDEN, *The EU and WTO law on Free Trade in Services and the Public Interest: Towards a Framework Directive on Services of General Economic Interest?*, in J. VAN DE GRONDEN (a cura di), *EU and WTO Law on Services: Limits to the realization of General Interest policies within the services markets*, 2008, p. 265; M. ROSS, *Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?*, in *European Law Review*, 2000, vol. 25, p. 38.

2.3. Le esenzioni condizionali nell'ambito del diritto della concorrenza

Posto che le norme in materia di mercato interno prevedono delle esenzioni condizionali e che le stesse possono, a prescindere dal ricorso all'articolo 106, paragrafo 2, TFUE, essere invocate per salvaguardare le misure nazionali relative all'organizzazione, al finanziamento ed alla gestione dei servizi pubblici, occorre interrogarsi se anche le regole in materia di concorrenza ammettano simili deroghe e se le stesse possano essere impiegate a tale scopo.

La rilevanza di considerazioni di interesse generale, quali quelle sottese all'istituzione dei servizi pubblici, nell'ambito dei paragrafi 1 e 3 dell'articolo 101 TFUE costituisce da sempre una *vexata quaestio*. Nella sentenza *Métropole*, il Tribunale ha espressamente rifiutato l'esistenza di una *rule of reason* in sede di interpretazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, escludendo pertanto che si debba procedere ad una ponderazione degli effetti pro ed anticoncorrenziali di un'intesa al fine di determinare se quest'ultima rientri nell'ambito del divieto dettato da tale previsione.¹⁸¹ Tale impostazione è stata pienamente condivisa dalla Commissione nel proprio Libro bianco del 1999 sulla modernizzazione delle norme antitrust.¹⁸²

Tuttavia, sentenze come *STM*,¹⁸³ *Gottrup-Klim*,¹⁸⁴ *Wou-*

¹⁸¹ Sentenza del Tribunale di primo grado del 18 settembre 2001, *Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom e Télévision française 1 SA (TF1) c. Commissione*, causa T-112/99, in *Racc.*, p. II-02459, punti 72-80.

¹⁸² Libro bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato CE, COM def (1999)101, in *GUCE* C 132 del 12 maggio 1999, p. 1, punto 57 «Sarebbe quanto meno paradossale privare della sua sostanza l'articolo 85, paragrafo 3, laddove tale disposizione contiene in realtà tutti gli elementi di un 'principio di ragionevolezza.'»

¹⁸³ Sentenza della Corte del 30 giugno 1966, *Société Technique Minière (L.T.M.) c. Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, Causa 56-65, in *Racc.*, p. 262.

¹⁸⁴ Sentenza della Corte del 15 dicembre 1994, *Gottrup-Klim e a. Grovva-*

*ters*¹⁸⁵ e *Meca-Medina*¹⁸⁶ dimostrano non soltanto che un bilanciamento tra effetti pro ed anticoncorrenziali nel contesto dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE è possibile,¹⁸⁷ ma che la sussistenza di esigenze di interesse generale può essere presa in considerazione in tale sede.¹⁸⁸ In particolare, se l'esigenza di assicurare «un sano spirito di emulazione tra gli atleti» mediante una regolamentazione antidoping è stata ritenuta meritevole di tutela a prescindere dagli eventuali effetti anticoncorrenziali,¹⁸⁹ non si vede perché un analogo trattamento non possa essere riservato a considerazioni inerenti al funzionamento dei servizi pubblici.

Inoltre, la formulazione delle quattro condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3 TFUE, è abbastanza ampia da comprendere, attraverso l'interpretazione teleologica, obiettivi di in-

reforeninger c. Dansk Landbrugs Grovvarereselskab AmbA (DLG), causa C-250/92, in *Racc.*, p. I-05641.

¹⁸⁵ Sentenza della Corte del 19 febbraio 2002, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, con l'intervento di: *Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap*, causa C-309/99, in *Racc.*, p. I-01577, punto 97

¹⁸⁶ Sentenza della Corte del 18 luglio 2006, *David Meca-Medina e Igor Majcen c. Commissione*, causa C-519/04 P, in *Racc.*, p. I-06991.

¹⁸⁷ In dottrina, si veda in particolare G. MONTI, *Article 81 EC and Public Policy*, in *Common Market Law Review*, 2002, pp. 1087-1088, secondo il quale la sentenza Wouters inaugura una *rule of reason* «all'europea», simile al bilanciamento operato in sede di applicazione delle norme in materia di libera circolazione. Di diverso avviso è però R. WHISH, *op. cit.*, pp. 121-122, secondo il quale la sentenza Wouters costituirebbe soltanto un'estensione della teoria dell'ancillarità.

¹⁸⁸ Si veda in particolare la sentenza della Corte del 19 febbraio 2002, *Wouters*, cit., punto 97 «ai fini dell'applicazione [dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE] ad un caso di specie, occorre innanzitutto tener conto del contesto globale in cui la decisione dell'associazione di imprese di cui trattasi è stata adottata o dispiega i suoi effetti e, più in particolare, dei suoi obiettivi, connessi nella fattispecie alla necessità di concepire norme in tema di organizzazione, di qualificazione, di deontologia, di controllo e di responsabilità, che forniscano la necessaria garanzia di integrità e di esperienza ai consumatori finali dei servizi legali e alla buona amministrazione della giustizia».

¹⁸⁹ Sentenza della Corte del 18 luglio 2006, *Meca-Medina*, cit., punto 45.

teresse generale che trovano consacrazione nei Trattati, nei protocolli e nella Carta dei diritti fondamentali. D'altra parte, il TFUE contiene alcune disposizioni, le cosiddette *flanking policies*, che richiedono espressamente che la definizione e l'attuazione del diritto dell'Unione tenga conto di valori quali la tutela dell'ambiente,¹⁹⁰ l'occupazione,¹⁹¹ la cultura,¹⁹² la salute,¹⁹³ la tutela dei consumatori¹⁹⁴ e la politica industriale.¹⁹⁵ La Corte di giustizia nella sentenza *Metro*, inoltre, ha dichiarato che la stabilità nel mercato del lavoro può essere annoverato fra i fattori «che contribuisc[o]no a migliorare la produzione» ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 3, TFUE. Analogamente, il Tribunale nella sentenza *Métropole* ha statuito che «la Commissione può certamente basarsi, nell'ambito di una valutazione globale, su considerazioni inerenti al perseguimento dell'interesse pubblico al fine di concedere un' esenzione in forza dell'art.[101, paragrafo 3, TFUE]». ¹⁹⁶

L'articolo 102 TFUE, a sua volta, è stato occasionalmente utilizzato per realizzare l'*unbundling* in alcune industrie di rete, finalità tipica della regolamentazione dei servizi pubblici. Sebbene generalmente si ritenga che gli obblighi *ex ante* imposti dalla regolamentazione sono più incisivi degli eventuali obblighi *ex post* derivanti dal regime di «speciale responsabilità» cui sono soggette le imprese in posizione dominante, pronunce come *Deutsche Telekom* sembrano suggerire che ciò non è sempre vero.¹⁹⁷ Parte della dottrina ha inoltre rilevato come l'applica-

¹⁹⁰ Articolo 11, TFUE.

¹⁹¹ Articolo 147, paragrafo 2, TFUE.

¹⁹² Articolo 167, paragrafo 4, TFUE.

¹⁹³ Articolo 168, paragrafo 1, TFUE.

¹⁹⁴ Articolo 169, paragrafo 2, TFUE.

¹⁹⁵ Articolo 173, paragrafo 3, TFUE.

¹⁹⁶ Sentenza del Tribunale di primo grado dell'11 luglio 1996, *Metropole télévision SA e Reti Televisive Italiane SpA e Gestevisión Telecinco SA e Antena 3 de Televisión c. Commissione*, cause riunite T-528/93, T-542/93, T-543/93 e T-546/93, in *Racc.*, p. II-649, punto 118.

¹⁹⁷ Sentenza del Tribunale di primo grado del 10 aprile 2008, *Deutsche Telekom AG c. Commissione*, causa T-271/03, in *Racc.*, p. II-477. In tale pronun-

zione della teoria delle *essential facilities* nel settore del trasporto marittimo abbia operato in sinergia con la liberalizzazione di tale settore realizzata attraverso la regolamentazione: una volta aboliti i diritti speciali ed esclusivi attraverso la regolamentazione, l'applicazione dell'articolo 102 TFUE assicurava l'accesso alle infrastrutture essenziali in modo da garantire una concorrenza effettiva nei mercati a valle.¹⁹⁸ La Commissione ha esplicitamente riconosciuto di aver fatto ricorso a tale strategia combinata nella propria Comunicazione del 1998 sull'applicazione di accordi di accesso nel settore delle telecomunicazioni.¹⁹⁹

Inoltre, le esigenze di interesse generale sottese alla regolamentazione o al funzionamento dei servizi pubblici potrebbero privare del carattere abusivo alcune condotte potenzialmente illecite in base all'articolo 102 TFUE. Nell'ambito della sentenza *Hilti*,²⁰⁰ ad esempio, l'omonima impresa, dominante nel mercato delle pistole sparachiodi, aveva cercato di giustificare le pratiche escludenti poste in essere nei confronti dei produttori di chiodi compatibili in nome dell'esigenza di proteggere i consumatori dai pericoli derivanti dall'uso di prodotti di qualità inferiore ai prodotti della stessa Hilti. Tale motivazione, peraltro, non era stata considerata credibile né dalla Commissione né successivamente dal Tribunale.²⁰¹ Parte della dottrina ha però suggerito

cia, il Tribunale ha ritenuto l'operatore di telecomunicazioni tedesco responsabile di una pratica di *margin squeeze* a danno delle imprese nel mercato a valle, pur essendo i prezzi da essa praticati fissati dall'autorità tedesca di regolamentazione, in quanto DT non si sarebbe rivolta a tale autorità per ottenere la modifica di detti prezzi.

¹⁹⁸ Si vedano al riguardo la decisione della Commissione 94/19/CE, del 21 dicembre 1993, *IV/34689 - Sea Containers/Stena Sealink*, in *GUCE* del 18 gennaio 1994, pp. 8-19 e la decisione della Commissione 94/119/CE, *Porto di Rødby*, in *GUCE* L 55 del 26 febbraio 1994, p. 52.

¹⁹⁹ Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle regole di concorrenza agli accordi in materia di accesso nel settore delle telecomunicazioni, in *GUCE* C 265 del 22 agosto 1998, pp. 2-28.

²⁰⁰ Sentenza del Tribunale di primo grado del 12 dicembre 1991, *Hilti AG c. Commissione*, causa T-30/89, in *Racc.*, p. II-01439.

²⁰¹ *Ibid.*, punto 118: «non spetta evidentemente ad un'impresa in posi-

che, se invece di agire nel proprio interesse ed in maniera autonoma, come nel caso di Hilti, un'impresa operi nell'interesse generale in base ad obblighi di servizio pubblico formalmente imposti da un'amministrazione pubblica, eventuali comportamenti escludenti potrebbero essere ritenuti leciti,²⁰² come nel caso di un operatore di rete che, in base alla regolamentazione nazionale, rifiuti di contrarre con imprese prive dei necessari requisiti tecnici e di sicurezza.

In conclusione, come nel caso delle norme relative alle libertà fondamentali, anche gli articoli 101 e 102 TFUE presentano spiragli attraverso i quali possono fare ingresso le considerazioni di interesse generale sottese alle misure nazionali relative ai servizi pubblici, con conseguente esenzione di tali misure dalle regole di concorrenza o, quantomeno, applicazione «differenziata» di dette regole alla luce delle finalità perseguite dai servizi pubblici.

2.4. La deroga in materia di sicurezza nazionale di cui all'articolo 346 TFUE

L'articolo 346, paragrafo 1, lettera b), TFUE prevede un'esenzione totale (ossia riferibile a tutte le disposizioni dei Trattati) relativamente alle misure «necessarie alla tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza» e che si riferiscano «alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico».

La rilevanza di tale deroga quale clausola di esenzione relativa ai servizi pubblici è evidente, posto che, in base alla definizione stipulativa dell'espressione «servizio pubblico» adottata ai

zione dominante adottare, di propria iniziativa, misure destinate ad eliminare prodotti che essa considera, a torto o a ragione, pericolosi, o perlomeno di qualità inferiore ai propri prodotti».

²⁰² G. DAVIES, *What does Article 86 EC actually do?*, in M. KRAJEWSKI, U. NEERGAARD e J. VAN DE GRONDEN (a cura di), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe: Between Competition and Solidarity*, Asser Press, L'Aia, 2009, p. 62.

fini del presente lavoro (paragrafo 1.4 del capitolo 1), tale nozione comprende altresì le c.d. funzioni pubbliche o di regalità, ossia quelle espressioni del nucleo più intimo della sovranità statale, quali la sicurezza nazionale e l'industria degli armamenti.

Da ultimo, il Trattato di Lisbona ha ribadito, all'articolo 4, paragrafo 2, TUE, che «la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro». La deroga di cui all'articolo 346 appare però di carattere condizionale. Ciò risulta innanzitutto dal testo dell'articolo 346, paragrafo 1, lettera b), TFUE 346, ove si rinvencono tre condizioni cumulative:²⁰³ una *di carattere teleologico*, in base alla quale le misure nazionali di carattere derogatorio devono essere «necessarie» per la tutela della sicurezza nazionale; una *di carattere oggettivo*, nel senso che le misure devono essere circoscritte alla produzione o al commercio dei prodotti militari compresi nell'elenco predisposto dal Consiglio ai sensi del paragrafo 2 di tale articolo;²⁰⁴ una *di carattere negativo*, che impone che le misure nazionali in questione non devono alterare le condizioni di concorrenza per i prodotti c.d. *dual use*.

Nella recente sentenza *Commissione c. Grecia*,²⁰⁵ la Corte ha confermato tale interpretazione, affermando espressamente che la deroga in esame riguarda «ipotesi eccezionali chiaramente delimitate» e che pertanto non è lecito dedurre una riserva generale che escluda dall'ambito d'applicazione del diritto dell'Unione qualsiasi provvedimento adottato per motivi di pubblica sicurezza, posto che ammettere l'esistenza di una riserva del genere «rischierebbe di compromettere la forza cogente e

²⁰³ Per tale classificazione, si veda F. SCIAUDONE, *Commento all'articolo 296 CE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, Giuffrè, 2004, p. 1316.

²⁰⁴ Articolo 346, paragrafo 2, TFUE: «Il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione, può apportare modificazioni all'elenco, stabilito il 15 aprile 1958, dei prodotti cui si applicano le disposizioni del paragrafo 1, lettera b)».

²⁰⁵ Sentenza della Corte del 15 dicembre 2009, *Commissione c. Grecia*, causa C-409/05, non ancora pubblicata.

l'applicazione uniforme del diritto comunitario».²⁰⁶ In tale occasione, inoltre, la Corte ha ribadito che tale deroga, al pari di tutte le altre limitazioni all'applicazione delle norme dei Trattati, deve essere interpretata in modo restrittivo.²⁰⁷ D'altra parte, se uno Stato membro abusa dei poteri previsti dalla deroga in esame, ai sensi dell'articolo 348 TFUE la Commissione o un altro Stato membro possono proporre direttamente un ricorso per infrazione alla Corte di giustizia, omettendo la fase precontenziosa prevista agli articoli 346 e 347 TFUE.

Al fine di saggiare la valenza dell'articolo 346, paragrafo 1, lettera b), TFUE quale esenzione condizionale relativa ai servizi pubblici risulta utile richiamare alcuni esempi di applicazione di tale deroga nell'ambito delle regole di concorrenza. In un primo momento, tale disposizione ha, in buona sostanza, permesso di sottrarre le concentrazioni tra imprese operanti nel settore difesa al controllo preventivo della Commissione. Nel caso *British Aerospace/GEC Marconi*, ad esempio, alle parti è stato consentito, sulla base dell'art. 346, paragrafo 1, lettera b), TFUE, di notificare alla Commissione unicamente gli aspetti non militari dell'operazione, pari ad appena il 2,5% del fatturato totale delle imprese interessate. In tempi recenti, la Commissione ha peraltro adottato un'interpretazione più restrittiva di tale deroga.²⁰⁸ Nel contesto della concentrazione *Saab/Celsius* il Governo svedese aveva invitato le parti a notificare esclusivamente gli aspetti dell'operazione relativi ai prodotti *dual-use* e per uso civile; la Commissione, nondimeno, ha richiesto alle parti ulteriori informazioni, al fine di valutare gli effetti della concentrazione nel suo complesso, compresi quelli sul mercato della difesa.²⁰⁹

In conclusione, sembra che l'articolo 346, paragrafo 1, lettera

²⁰⁶ Ibid., punto 50.

²⁰⁷ Ibid., punto 51.

²⁰⁸ Decisione della Commissione del 25 giugno 1999, *Caso n. IV/M.1438 - British Aerospace/GEC Marconi*, in *GUCE* C 241 del 26 agosto 1999, p. 8.

²⁰⁹ Decisione della Commissione del 4 febbraio 2000, *Caso n. IV/M.1797 - Saab/Celsius*, in *GUCE* C 46 del 19.2.2000, p. 25.

b), TFUE possa fungere da clausola di esenzione totale limitatamente ai servizi pubblici inerenti alla sicurezza nazionale ed all'industria della difesa. Il ristretto ambito applicativo *ratione materiae* e il penetrante paradigma di condizionalità cui l'applicazione di tale deroga è soggetta ne riducono, peraltro, significativamente la portata.

3. Le clausole di regolamentazione relative ai servizi pubblici

Le clausole di regolamentazione, ossia le disposizioni di diritto dell'Unione Europea che regolano direttamente la portata dell'intervento pubblico nell'ambito dei servizi pubblici, sono prevalentemente contenute in atti di diritto derivato aventi portata settoriale. Il diritto primario, invece, da un lato fornisce le basi giuridiche per l'adozione di tali atti, dall'altro contiene dei principi generali che svolgono la funzione di clausole di regolamentazione *sui generis*, in quanto suscettibili di orientare l'interpretazione di altre norme di diritto dell'Unione in modo da tenere conto delle specificità dei servizi pubblici, con conseguente applicazione «differenziata» delle regole di diritto comune nei confronti di tali servizi.

Con il Trattato di Lisbona, tale duplice funzione del diritto primario trova un punto di congiunzione ideale nell'articolo 14 TFUE che, come si vedrà, costituisce sia base giuridica che canone ermeneutico in materia di servizi di interesse economico generale. Nell'ambito del presente paragrafo, pertanto, si procederà dapprima alla disamina delle clausole di regolamentazione contenute nel diritto derivato, quindi alla valutazione della valenza di specifiche disposizioni di rango primario quali clausole di regolamentazione *suorum generum*.

3.1. Le clausole di regolamentazione contenute nel diritto derivato e l'articolo 14, secondo periodo, TFUE

I primi interventi del legislatore dell'Unione aventi diretta

incidenza sui servizi pubblici a livello nazionale risalgono alla fine degli anni '80. Il Libro bianco *Il completamento del mercato interno* del 1985 aveva infatti rilanciato l'obiettivo di uno spazio senza frontiere interne in cui fosse garantita la libera circolazione dei prodotti e dei fattori produttivi, nonché una concorrenza non distorta fra le imprese.²¹⁰ Ciò presupponeva, innanzitutto, l'eliminazione delle barriere esistenti fra gli Stati ed in particolare dei diritti speciali ed esclusivi che segmentavano il mercato interno lungo i confini nazionali e sottraevano settori molto rilevanti, in termini di investimenti e capitale umano, agli scambi transfrontalieri.

La prima fase di interventi del legislatore dell'Unione in materia di servizi pubblici si sostanzia, pertanto, principalmente nell'adozione di direttive c.d. di liberalizzazione in base all'articolo 90, paragrafo 3, del Trattato CE (ora 106, paragrafo 3, TFUE),²¹¹ volte all'abolizione dei diritti speciali ed esclusivi ed all'*unbundling* delle principali industrie di rete, secondo il c.d. schema di Littlechild.²¹² Tali iniziative furono fortemente osteggiate dagli Stati membri che impugnarono, sia pure con esito negativo, alcune di tali direttive.²¹³ L'abolizione dei monopoli legali, d'altra parte, spesso lasciava in piedi monopoli di fatto nelle mani degli operatori storici, il che pregiudicava il consegu-

²¹⁰ Libro bianco della Commissione per il Consiglio europeo (Milano, 28-29 giugno 1985), *Il completamento del mercato interno*, COM(85) 310, giugno 1985.

²¹¹ Sul punto, F. MUNARI, *La disciplina dei cd. servizi essenziali tra diritto comunitario, prerogative degli Stati Membri e interesse generale*, *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2002, pp. 40-41.

²¹² S. LITTLECHILD, *Privatisation, competition and regulation*, London, 2000. Per un'analisi dell'evoluzione di tali teorie nella disciplina dei servizi di interesse generale, si veda F. MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Diritto amministrativo*, 2010, pp. 314-324.

²¹³ Sentenza della Corte del 19 marzo 1991, *Francia c. Commissione*, causa C-202/88, in *Racc.*, p. I-01223; Sentenza della Corte del 17 novembre 1992, *Spagna, Belgio e Italia c. Commissione*, cause riunite C-271/90, C-281/90 e C-289/90, *ivi*, p. I-05833.

mento dei guadagni in termini di efficienza allocativa cui gli interventi di liberalizzazione erano ispirati.

Pertanto, la regolamentazione delle *utilities* a livello comunitario ha, almeno in un primo momento, essenzialmente natura di *deregulation*. Ciò indusse larga parte della dottrina a ritenere che l'azione comunitaria fosse unicamente finalizzata all'apertura alla concorrenza di tali mercati, lasciando sullo sfondo le considerazioni di carattere sociale e politico sottese alle diverse tradizioni nazionali in materia di servizio pubblico.²¹⁴ Sulla scorta di tali osservazioni, la Commissione pubblicò la sua prima Comunicazione sui servizi di interesse generale²¹⁵ sottolineando la necessità di operare un bilanciamento fra le istanze della liberalizzazione e gli obiettivi di interesse generale al cui soddisfacimento erano preordinati i servizi di interesse economico generale.

La seconda tipologia di intervento del legislatore comunitario ha assunto perciò la forma di direttive di armonizzazione settoriali adottate sulla base dell'articolo 100A del Trattato CE (ora articolo 114 TFUE). Ciò ha consentito una *re-regulation* dei servizi pubblici attraverso un nuovo bilanciamento tra esigenze del mercato interno e ragioni di interesse generale,²¹⁶ quali quelle originariamente sottese alle normative nazionali in materia di servizi pubblici. In particolare, le direttive di armonizzazione contenevano da un lato «obblighi di servizio pubblico»²¹⁷ o «obblighi di

²¹⁴ Sul punto G. NAPOLITANO, *op. cit.*, p. 566.

²¹⁵ Comunicazione della Commissione *I servizi d'interesse generale in Europa* (1996), in *GUCE* C 281 del 26 settembre 1996.

²¹⁶ Sul punto, S. WEATHERILL, *Pre-emption, Harmonisation and the Distribution of Competence to Regulate the Internal Market*, in C. BARNARD e J. SCOTT (a cura di), *The Law of the Single European Market*, Hart Publishing, 2002, pp. 41-73.

²¹⁷ Si veda, ad esempio, il Regolamento (CEE) n. 95/93 del Consiglio, del 18 gennaio 1993, relativo a norme comuni per l'assegnazione di bande orarie negli aeroporti della Comunità, in *GUCE* L 14 del 22 gennaio 1993, pp. 1-6, articolo 9, lettera b) «In un aeroporto pienamente coordinato uno Stato membro può riservare determinate bande orarie per servizi nazionali di linea [...]

servizio universale»²¹⁸ posti a tutela degli utenti o di altre esigenze di interesse generale, dall'altro obblighi *ex ante* in tema di «accesso» o «interconnessione»²¹⁹ per completare l'opera di *unbundling* intrapresa dalle direttive di liberalizzazione. Le principali industrie di rete – quali le comunicazioni elettroniche²²⁰, i servizi

su rotte per le quali siano stati imposti *oneri di servizio pubblico* ai sensi del diritto comunitario» (corsivo aggiunto).

²¹⁸ Si veda, ad esempio, la Direttiva 97/67/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 dicembre 1997 concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio, in *GUCE* L 15 del 21 gennaio 1998, pp. 14–25, articolo 3, paragrafo 1: «Gli Stati membri garantiscono che gli utilizzatori godano del diritto a *un servizio universale* corrispondente ad un'offerta di servizi postali di qualità determinata forniti permanentemente in tutti i punti del territorio a prezzi accessibili a tutti gli utenti» (corsivo aggiunto).

²¹⁹ A tali aspetti è dedicata l'intera Direttiva 2002/19/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime (direttiva accesso), in *GUCE* L 108 del 24 aprile 2002, pp. 7–20. Tale direttiva è stata di recente modificata dalla Direttiva 2009/140/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009, in *GUUE* L 337 del 18 dicembre 2009, pp. 37–69.

²²⁰ Direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro), in *GUCE* L 108 del 24.4.2002, pp. 33-50; Direttiva 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni), *ivi*, pp. 21-32; Direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale) *ivi*, pp. 51–77; Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche), *ivi*, pp. 37-47; Direttiva 2002/77/CE della Commissione, del 16 settembre 2002, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, *ivi*, pp. 21–26; Regolamento (CE) n. 2887/2000 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 dicembre 2000, relativo all'accesso disaggregato alla rete locale, in *GUCE* L 336 del 30 dicembre 2000, pp. 4-8.

postali²²¹, l'energia²²², il gas²²³ ed i trasporti²²⁴– sono oggi soggette a quadri regolamentari di settore che si articolano in atti di diritto derivato vincolanti (regolamenti, direttive e decisioni) e non vincolanti (comunicazioni, linee guida ecc.). Posto che tali normative definiscono, nei settori armonizzati, obblighi di servizio pubblico e di servizio universale, nonché di vari aspetti dell'organizzazione, del finanziamento e della gestione dei servizi in questione, il potere di intervento degli Stati membri nell'ambito di tali settori risulta fortemente limitato. È infatti noto che l'adozione da parte del legislatore dell'Unione di atti vincolanti nell'ambito di competenze non esclusive comporta una preclusione più o meno ampia per la potestà normativa degli

²²¹ Direttiva 97/67/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 dicembre 1997 concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio, in *GUCE* L 15 del 21 gennaio 1998, pp. 14–25.

²²² Direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2003/54/CE, in *GUUE* L 211 del 14 agosto 2009, pp. 55-93.

²²³ Direttiva 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 2003/55/CE, in *GUUE* L 211 del 14 agosto 2009, pp. 94-136.

²²⁴ In materia di trasporto su strada, v. 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 *GUCE* L 74 del 20 marzo 1992, pp. 1–9. Per quanto attiene al trasporto marittimo, v. Regolamento (CEE) n. 4055/86 del Consiglio del 22 dicembre 1986 che applica il principio della libera prestazione dei servizi ai trasporti marittimi tra Stati membri e tra Stati membri e paesi terzi, in *GUCE* L 378 del 31 dicembre 1986, pp. 1–3; 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), in *GUCE* L 364 del 12 dicembre 1992, pp. 7–10. Per il trasporto aereo, v. Regolamento (CE) n. 847/2004 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativo alla negoziazione e all'applicazione di accordi in materia di servizi aerei stipulati dagli Stati membri con i Paesi terzi, in *GUUE* L 157 del 30 aprile 2004, pp. 7–17.

Stati membri.²²⁵ I giudici²²⁶ e le amministrazioni nazionali²²⁷ sono inoltre tenuti a disapplicare le previsioni nazionali in contrasto con la disciplina armonizzata.

L'effetto preclusivo e disapplicativo della disciplina armonizzata è bidirezionale, nel senso che non consente l'adozione, salvo diversa pattuizione, né di previsioni nazionali più rigide rispetto alla normativa armonizzata, né di norme interne più permissive. Quest'ultima ipotesi è stata di recente portata all'attenzione della Corte nel contesto della causa *Commissione c. Germania*: il legislatore tedesco aveva deciso di non sottoporre a regolamentazione i nuovi mercati di telecomunicazioni elettroniche, scelta che però si è rivelata in contrasto con la relativa disciplina UE, in base alla quale spetta alle autorità nazionali di regolamentazione, e non al legislatore nazionale, valutare la neces-

²²⁵ Trattasi dell'istituto della c.d. *Union Preemption* (o «principio di preclusione»), che da ultimo ha trovato espresso riconoscimento nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer del 5 febbraio 2009, *Bud jovický Budvar, národní podnik c. Rudolf Ammersin GmbH*, causa C-478/07, in *Racc.*, p. I-07721, punto 93. In dottrina, v. M. WAELBROECK, *The emergent doctrine of Community pre-emption - Consent and redelegation*, in SANDALOW e STEIN (a cura di), *Courts and Free Markets: Perspectives from the United States and Europe*, Oxford, OUP, 1982, pp. 548-580; E. CROSS, *Pre-emption of Member State law in the European Economic Community: A framework for analysis*, in *Common Market Law Review*, 1992, vol. 29, pp. 447-472; S. WEATHERILL, *Beyond preemption? Shared competence and constitutional change in the European Community*, in D. O'KEEFFE e P. TWOMEY (a cura di), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, Wiley Chancery Law, 1994, pp.13-33; A. ARENA, *The Doctrine of Union Preemption in the EU Internal Market: between Sein and Sollen*, in *Columbia Journal of European Law*, 2011, vol. 17 (in corso di pubblicazione).

²²⁶ Sentenza della Corte del 9 marzo 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. SpA Simmenthal*, causa 106/77, in *Racc.*, p. 629, punto 22; sentenza della Corte del 19 giugno 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri*, causa C-213/89, ivi, p. I-2433, punto 20.

²²⁷ Sentenza della Corte del 22 giugno 1989, *Fratelli Costanzo SpA c. Comune di Milano*, causa 103/88, in *Racc.*, p. 01839, punto 33, in cui si legge che che, al pari del giudice nazionale, anche l'amministrazione è tenuta ad applicare le norme UE direttamente applicabili ed a disapplicare le norme del diritto nazionale ad esse non conformi.

sità di assoggettare i mercati ad una regolamentazione *ex ante*.²²⁸ Specularmente, se la disciplina UE istituisce un quadro regolamentare completo in una data materia, gli Stati membri non possono prevedere requisiti ulteriori o più onerosi: nella sentenza *De Agostini*, ad esempio, la Corte ha statuito che la direttiva 89/552, c.d. Televisione senza frontiere,²²⁹ ostava all'applicazione alle trasmissioni provenienti da altri Stati membri di una disposizione svedese che vietava la pubblicità diretta ad attirare l'attenzione dei bambini minori di dodici anni.²³⁰

Le direttive di armonizzazione di norma non istituiscono enti europei di regolazione, ma, secondo il modello del c.d. fe-

²²⁸ Sentenza della Corte del 3 dicembre 2009, *Commissione c. Germania*, causa C-424/07, non ancora pubblicata in Raccolta, punti 69-100.

²²⁹ Direttiva 89/552/CEE del Consiglio, del 3 ottobre 1989, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati Membri concernenti l'esercizio delle attività televisive, in *GUCE* L 298 del 17 ottobre 1989, pp. 23-30. Per commenti, v. R. WALLACE, D. GOLDBERG, *The EEC Directive on Television Broadcasting*, in *Yearbook of European Law*, 1989, pp. 176 ss.; A. TIZZANO, *La direttiva CEE sulla "televisione senza frontiere"*, in *Foro It.*, 1990, IV, pp. 92 ss.; R. MASTROIANNI, *Il diritto comunitario e le trasmissioni televisive*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1990, pp. 170 ss. La vigente disciplina UE in materia di servizi di media audiovisivi è contenuta nella Direttiva 2010/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 marzo 2010, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi), in *GUUE* L 95 del 15 aprile 2010, pp. 1-24. In dottrina, v. R. MASTROIANNI, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi*, Torino, Giappichelli, 2009; O. CASTENDYK, E. DOMMERING, A. SCHEUER, *European Media Law*, Alphen a/d Rijn, 2008; EUROPEAN AUDIOVISUAL OBSERVATORY (a cura di), *Ready, set ... go? : the audiovisual media services directive*, Strasbourg, EAO, 2009; H. WARDALE, *The new frontier: the Audiovisual Media Services Directive*, in *European Intellectual Property Review*, 2009, vol. 31, pp. 336-341.

²³⁰ Sentenza della Corte del 9 luglio 1997, *Konsumentombudsmannen c. De Agostini*, cause riunite C-34/95, C-35/95 e C-36/95, in *Racc.*, p. I-3843, punto 63, con note di J. STUYCK, in *Common Market Law Review*, 1997, pp. 1445-1468 e di J. SNELL, *De Agostini and the Regulation of Television Broadcasting*, *European Business Law Review*, 1997, pp. 222-227.

deralismo esecutivo, assegnano ad autorità nazionali di regolamentazione compiti quali la definizione dei mercati rilevanti, l'identificazione degli operatori dotati di significativo potere di mercato e l'imposizione di obblighi *ex ante* a carico di questi ultimi. Al fine di assicurare un'applicazione uniforme della regolamentazione a livello europeo, la Commissione ha adottato orientamenti e comunicazioni rivolte alle autorità nazionali. In alcuni settori, come quello delle comunicazioni elettroniche, tali documenti sono particolarmente dettagliati e si caratterizzano per l'impiego di metodologie e concetti tipici del diritto antitrust.²³¹ Da ultimo, si assiste peraltro alla creazione di regolazione una molteplicità di agenzie dell'Unione²³² e di cornici istituzionali di coordinamento tra le autorità nazionali, quali l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC).²³³

²³¹ Si vedano ad esempio le Linee direttrici della Commissione per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del nuovo quadro normativo comunitario per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, in *GUCE* C 165 dell'11 luglio 2002, pp. 6-31.

²³² Si consideri, ad esempio, l'Agenzia europea per la sicurezza aerea, cfr. Regolamento (CE) n. 216/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 febbraio 2008, recante regole comuni nel settore dell'aviazione civile e che istituisce un'Agenzia europea per la sicurezza aerea, e che abroga la direttiva 91/670/CEE del Consiglio, il regolamento (CE) n. 1592/2002 e la direttiva 2004/36/CE, in *GUUE* L 79 del 19 marzo 2008, pp. 1-49. In altri settori, invece, il legislatore dell'Unione ha istituito comitati di comitologia per garantire l'uniforme applicazione delle discipline armonizzate. Si veda ad esempio la Decisione della Commissione 2001/546/CE, che istituisce un comitato consultivo, noto come il «Forum europeo dell'energia e dei trasporti», in *GUCE* L 195 del 19 luglio 2001, pp. 58-60; il Regolamento (CEE) n. 2408/92 del 23 luglio 1992, sull'accesso dei vettori aerei della Comunità alle rotte intracomunitarie, in *GUCE* L 240 del 24 agosto 1992, pp. 8-14, articolo 11, che istituisce un «comitato consultivo» composto dai rappresentanti degli Stati membri e presieduto da un rappresentante della Commissione.

²³³ V. in particolare il Regolamento (CE) n. 1211/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 che istituisce l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC) e l'Ufficio, in *GUUE* L337 del 18 dicembre 2009, pp. 1-11. L'istituzione del BEREC rientra nel quadro di una più ampia iniziativa di riforma della disciplina UE delle co-

Con il Trattato di Lisbona, l'articolo 14, secondo periodo, TFUE diviene la base giuridica generale per l'adozione, mediante la procedura legislativa ordinaria, di regolamenti che fissino i principî e le condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano ai servizi di interesse economico generale di assolvere i propri compiti.²³⁴ A dispetto delle sollecitazioni in tal senso da parte di alcune istituzioni dell'Unione,²³⁵ la Commissione non ha ancora presentato proposte di atti legislativi sulla base di tale articolo. L'opinione prevalente è che tale base giuridica potrà essere usata per colmare le lacune e rimediare alle incertezze derivanti dall'applicazione delle discipline settoriali vigenti,²³⁶ nonché per adottare dei principî di regola-

municazioni elettroniche: v. Direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 recante modifica della direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori, *ivi*, pp. 11-37 e Direttiva 2009/140/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 recante modifica delle direttive 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, 2002/19/CE relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime e 2002/20/CE relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, *ivi*, p. 37 ss..

²³⁴ L'articolo 14 TFUE, in ogni caso, fa salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei Trattati, di «fornire, fare eseguire e finanziare» i servizi di interesse economico generale.

²³⁵ Parere del Comitato delle regioni, *Il futuro della politica di coesione*, in *GUUE* C 232 del 27 agosto 2010, pp. 14-22, punto 26; Parere del Comitato economico e sociale europeo, *Servizi di interesse economico generale: come ripartire le responsabilità tra l'UE e gli Stati membri?*, in *GUUE* C 128 del 18 maggio 2010, pp. 65-68, punto 2.10.

²³⁶ In tal senso S. DE VRIES, *Harmonization of Services of General Economic Interest: Where There's a Will There's a Way!*, in J. VAN DE GRONDEN (a cura di), *EU and WTO Law on Services: Limits to the realization of General Interest policies within the services markets*, Kluwer Law International, 2008, pp. 155-158; J. VAN DE GRONDEN, *The EU and WTO law on Free Trade in*

mentazione comuni a tutti i Servizi di interesse economico generale.²³⁷

3.2. L'articolo 14, primo periodo, TFUE e gli altri riferimenti nel diritto primario quali clausole di regolamentazione suorum generum

Oltre a prevedere, al secondo periodo, una base giuridica per l'adozione di regolamenti recanti clausole di regolamentazione, l'articolo 14 TFUE riconosce, al primo periodo, l'importanza dei servizi di interesse economico generale «nell'ambito dei valori comuni dell'Unione» ed il loro ruolo «nella promozione della coesione sociale e territoriale». In base all'articolo 1 del Protocollo n. 26 sui Servizi di interesse generale, tali «valori comuni» comprendono: l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicino possibile alle esigenze degli utenti; la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e pre-

Services and the Public Interest: Towards a Framework Directive on Services of General Economic Interest?, *ivi*, pp. 260-262; A. CRESPI, *Une directive-cadre sur les services d'intérêt général en Europe: un dossier enterré?*, in *L'Année sociale 2007*, pp. 222-223.

²³⁷ L'idea di adottare una disciplina trasversale in materia di servizi di interesse economico generale era stata avanzata per la prima volta nel Libro verde della Commissione del 21 maggio 2003 sui servizi d'interesse generale COM(2003) 270 final, *GUUE* C 76 del 25 marzo 2004. Tale iniziativa era stata però temporaneamente accantonata con la successiva Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 12 maggio 2004 *Libro bianco sui servizi d'interesse generale*, COM (2004) 374 def.. Infine, la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 20 novembre 2007, che accompagna la comunicazione «Un mercato unico per l'Europa del XXI secolo», *I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*, COM(2007) 725 definitivo, sembra confermare che l'adozione di tale disciplina trasversale non rientri tra le attuali priorità della Commissione.

ferenze degli utenti; l'esigenza di garantire un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente. Il riferimento alla «coesione sociale e territoriale» trova invece corrispondenza nell'articolo 36 della Carta dei diritti fondamentali, ove si afferma che, in nome di siffatta coesione, l'Unione «riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente ai Trattati».

La dottrina si è diffusamente interrogata sul valore di tali riferimenti al ruolo dei servizi interesse economico generale contenuti nel diritto primario.²³⁸ I lavori preparatori dell'articolo 7 D del Trattato CE – equivalente all'attuale articolo 14 TFUE eccezion fatta per il secondo periodo, introdotto dal Trattato di Lisbona – rivelano che tale norma è frutto di un compromesso tra due contrapposte posizioni.²³⁹ alcuni Stati membri, preoccupati delle conseguenze dell'applicazione delle norme di concorrenza ai propri servizi pubblici, avevano sostenuto l'opportunità di restringere l'ambito applicativo delle regole antitrust; altri invece ritenevano sufficienti la tutela predisposta dalle norme esistenti, segnatamente dall'articolo 106, paragrafo 2, TFUE.²⁴⁰

²³⁸ Si vedano, da ultimo, i contributi di F. DONATI, *La regolazione dei servizi d'interesse economico generale. I servizi di interesse economico generale: prospettive di evoluzione del modello regolatorio europeo*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010, pp. 195-217; G. NAPOLITANO, *La regolazione dei servizi d'interesse economico generale. I modelli di regolazione dei servizi di pubblica utilità e il consorzio regolamentare europeo*, ivi pp. 218-227; D. SORACE, *I servizi "pubblici" economici nell'ordinamento Nazionale ed Europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Diritto amministrativo*, 2010, pp. 1-25; G. GUIGLIA, *I servizi sociali nel processo di integrazione europea: dalla distinzione alla regolazione*, in *Jus*, 2009, pp. 457-515; F. BUONOMENNA, *I servizi pubblici internazionali nell'epoca della globalizzazione e nel trattato di Lisbona*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 2009, pp. 91-108;

²³⁹ Sul punto, S. RODRIGUES, *Le services publics et le Traité d'Amsterdam*, in *Revue du Marché Commun*, 1998, p. 39.

²⁴⁰ In tal senso A. GARDELLA, *Commento all'articolo 16 CE*, in A. TIZ-

Secondo parte della dottrina, il *quid novum* della disposizione in oggetto consisterebbe nella sua idoneità ad affrancare i servizi di interesse generale dal ruolo di antitesi dialettica rispetto alle norme di concorrenza ed a quelle sul mercato interno, conferendo loro lo *status* di valori comuni dell'Unione, cui la futura azione comunitaria e degli Stati deve ispirarsi.²⁴¹ In particolare, secondo alcuni autori, ciò comporterebbe a carico degli Stati membri un preciso «obbligo» di tutela a favore dei beni pubblici.²⁴²

Tale argomentazione, pur autorevolmente sostenuta, appare, peraltro, non del tutto condivisibile. Le *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, nell'affermare che l'articolo 36 della Carta «non crea nessun nuovo diritto», precisa che ciò «è perfettamente in linea» con l'articolo 14 TFUE.²⁴³ Difatti, se quest'ultimo avesse previsto un dovere a carico degli Stati di assicurare la fornitura dei servizi di interesse economico generale, sarebbe stato lecito ritenere che l'articolo 36 della Carta dei diritti fondamentali, specularmente, sancisse il diritto dei cittadini dell'Unione ad avere accesso a tali servizi. La precisazione contenuta nelle citate *Spiegazioni*, peraltro, chiarisce che non è così: il senso dell'articolo 36 è unicamente affermare che l'Unione rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale «previsto dalle disposizioni nazionali, a condizione che ciò sia compatibile con il diritto dell'Unione», non già «previsto dal diritto dell'Unione, a prescindere dalle disposizioni nazionali».²⁴⁴

Secondo un altro orientamento, la disposizione in parola avrebbe invece la funzione di rafforzare il *diritto* degli Stati di disciplinare, gestire e finanziare i servizi pubblici, al punto da

ZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 245-248.

²⁴¹ S. RODRIGUES, *op. cit.*, p. 46.

²⁴² Tale è la tesi di M. ROSS, *Article 16 EC and services of general interest: from derogation to obligation?*, in *European Law Review*, 2000, p. 38.

²⁴³ *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, in *GUUE C* 303 del 14 dicembre 2007, p. 27.

²⁴⁴ *Ibid.*

comportare un'inversione dell'onere della prova circa la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della deroga *ex art.* 106, paragrafo 2, TFUE.²⁴⁵ Innegabilmente, tale lettura sembrerebbe porsi in continuità ideale rispetto all'atteggiamento di progressiva apertura da parte della giurisprudenza nell'applicazione della disposizione da ultimo citata.²⁴⁶

Peraltro, tale ricostruzione, che si risolverebbe nel riconoscimento a ciascuno Stato della prerogativa di estendere *ad libitum* l'ambito applicativo della deroga di cui all'art. 106, paragrafo 2, TFUE, appare inconciliabile sia con il testo di tale previsione, che afferma che le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale di norma «sono sottoposte alle norme dei Trattati», sia con il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale le deroghe alle previsioni del trattato devono essere interpretate in maniera restrittiva.

Pertanto, appare preferibile un orientamento mediano, secondo il quale la portata innovativa dell'Articolo 14 TFUE, letto alla luce del Protocollo n. 26, sarebbe quella di conferire autonomia semantica alla categoria dei «servizi di interesse economico generale» quale espressione di una nozione sovranazionale di «servizio pubblico» suscettibile, in quanto tale, di un trattamento giuridico differenziato. Mentre i risvolti sul piano concettuale saranno oggetto di disamina nel capitolo seguente, occorre in questa sede interrogarsi circa la concreta operatività di tali riferimenti normativi. Una possibile ricostruzione consiste nell'ipotizzare che gli stessi possano fungere da canone ermeneutico per la Corte²⁴⁷ e, ancor prima, per la Commissione, non

²⁴⁵ In tal senso C. IANNELLO, *Poteri pubblici e servizi privatizzati*, Giapichelli, Torino, 2005, p. 144.

²⁴⁶ Si rinvia alle considerazioni svolte al paragrafo 2.1 del presente capitolo.

²⁴⁷ Sul valore dei riferimenti contenuti nel diritto primario ai fini del riconoscimento del ruolo dei servizi di interesse economico generale, v. conclusioni dell'Avvocato Generale Alber relative alla sentenza della Corte 17 maggio 2001, causa C-340/99, *TNT Traco*, in *Racc.*, p. I-4109, punto 94; dell'Avvocato Generale Jacobs relative alle sentenze della Corte 25 ottobre 2001, causa C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, *ivi*, p. I-8094, punto 175, e 20 novembre

più soltanto al fine di esentare i servizi in questione dalle disposizioni dei Trattati o di disciplinarli mediante atti di diritto derivato, bensì nel contesto di un'applicazione «differenziata» delle regole comuni in materia di concorrenza, di aiuti di Stato e mercato interno che tenga conto delle specificità dei servizi di interesse economico generale.

Tale tesi trova espressa conferma nella *Comunicazione sui servizi di interesse generale* del 2007, in cui la Commissione, ancor prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha affermato che intendeva utilizzare il Protocollo n. 26 e i principi ivi enucleati come «parametri di riferimento per verificare la coerenza e la proporzionalità delle politiche e delle iniziative dell'UE». ²⁴⁸

D'altra parte, non sarebbe la prima volta che l'interpretazione delle regole di diritto materiale risulta «orientata» in funzione di particolari finalità che trovano consacrazione nel diritto primario. In materia di servizio pubblico televisivo, ad esempio, le regole in materia di aiuti di Stato sono state interpretate alla luce del *Protocollo sul sistema di radiodiffusione pubblica negli Stati membri*, il che ha consentito al Tribunale ²⁴⁹ di ritenere compatibili con il mercato comune erogazioni a vantaggio di operatori televisivi il cui *remit* era definito dalla legislazione nazionale in maniera alquanto ampia e generica, ²⁵⁰ ossia in contra-

2003, causa C-126/01, *GEMO*, *ivi*, p. I-13772, punto 124, e dell'Avvocato Generale Poiarés Maduro relative alla sentenza della Corte 11 luglio 2006, causa C-205/03 P, *FENIN c. Commissione*, in *Racc.*, *ivi*, p. I-6297, punto 26, nota n. 35; cfr. inoltre l'ordinanza del Presidente del Tribunale del 28 maggio 2001, *Poste Italiane c. Commissione*, causa T-53/01 R, *ivi*, p. II-1479, punto 132.

²⁴⁸ *Comunicazione sui servizi di interesse generale* (2007), cit., paragrafo 3, ultimo capoverso.

²⁴⁹ Sentenza del Tribunale di primo grado del 26 giugno 2008, *SIC - Sociedade Independente de Comunicação, SA c. Commissione*, causa T-442/03, in *Racc.*, p. II-01161, punto 201; Sentenza del Tribunale di primo grado del 22 ottobre 2008, *TV 2/Danmark A/S e altri c. Commissione*, cause riunite T-309/04, T-317/04, T-329/04 e T-336/04, in *Racc.*, p. II-02935, punto 113.

²⁵⁰ In tal senso si veda la *Comunicazione della Commissione* relativa al-

sto con il principio secondo il quale la natura precisa, la portata e la durata degli obblighi di servizio pubblico devono essere specificati in modo chiaro e preciso.²⁵¹ Inoltre, si è detto in precedenza che le norme in materia di libera circolazione e concorrenza sono «permeabili» a valori sanciti nel diritto primario, in particolare quando questi assumono la veste di diritti fondamentali, come nel caso dell'accesso ai servizi di interesse economico generale di cui all'articolo 36 della Carta dei diritti fondamentali che, in base all'articolo 6, paragrafo 1, TUE, ha «lo stesso valore giuridico dei Trattati».

l'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato al servizio pubblico di emittenza radiotelevisiva, in *GUUE* C 257 del 27 ottobre 2009, pp. 1–14, punto 47: «per la natura specifica del settore dell'emittenza radiotelevisiva e data l'esigenza di salvaguardare l'indipendenza del contenuto dei programmi delle emittenti di servizio pubblico, si ritiene di norma, *secondo le disposizioni interpretative del protocollo di Amsterdam*, che sia legittima ai sensi dell'articolo [106, paragrafo 2, TFUE] una definizione qualitativa che imponga ad una determinata emittente l'obbligo di fornire un'ampia gamma di programmazione e di offrire trasmissioni equilibrate e variate» (corsivo aggiunto).

²⁵¹ Decisione della Commissione 2005/842/CE, del 28 novembre 2005, riguardante l'applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, del trattato CE agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale, in *GUCE* L 312 del 29 novembre 2005, pp. 67–73, ottavo considerando.

5.

CATEGORIE GIURIDICHE RELATIVE AI SERVIZI PUBBLICI NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Il capitolo precedente ha dimostrato come, nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione Europea, le considerazioni di interesse generale inerenti alla nozione di servizio pubblico possono venire in rilievo in sede di interpretazione ed applicazione di una pluralità di norme. Oggetto del presente capitolo sono invece le categorie giuridiche di diritto dell'Unione inerenti alla nozione di «servizio pubblico», che costituiscono la razionalizzazione e la concettualizzazione di tale molteplicità di riferimenti normativi e giurisprudenziali.

A tal fine, innanzitutto si procederà alla disamina della genesi e dell'evoluzione della categoria dei «servizi di interesse generale». A tale riguardo, particolare attenzione verrà rivolta al rapporto fra tale nozione e la definizione stipulativa di «servizio pubblico» fornita al paragrafo 4 del capitolo 1 del presente lavoro. Inoltre, si avrà riguardo del principale elemento qualificativo di tale nozione, ossia il concetto di «interesse generale».

La categoria dei «servizi di interesse generale», come si dirà, si articola in due sottocategorie: quella di «servizi di interesse economico generale» e quella di «servizi non economici di interesse generale». Quanto alla prima – categoria di enorme rilevanza pratica poiché comprendente la maggior parte dei servizi pubblici tradizionalmente intesi – costituirà oggetto di specifico approfondimento il principio della libertà di definizione da parte degli Stati membri dei servizi da essi ritenuti «di interesse economico generale». Quanto alla nozione di «servizi non economici di interesse generale», invece, particolare attenzione sarà rivolta ai confini, tutt'ora incerti, di detta categoria.

Gli ultimi due paragrafi del presente capitolo saranno rivolti alle nozioni di «servizio universale» e «servizi sociali di interesse generale». La nozione di «servizio universale», in particolare,

sarà oggetto di approfondimento in considerazione della sua natura «parziale» rispetto alla nozione di «servizio di interesse generale». La categoria giuridica relativa ai «servizi sociali di interesse generale», di recente elaborazione, costituirà, infine, oggetto di disamina relativamente ai suoi rapporti con i concetti di «servizi di interesse economico generale» e «servizi non economici di interesse generale».

1. Genesi ed evoluzione della nozione di «servizi di interesse generale»

Il tema dei servizi pubblici ha avuto per lungo tempo un ruolo marginale fra le priorità delle istituzioni dell'Unione. Sebbene i redattori del Trattato di Roma fossero consapevoli del fatto che l'intervento statale potesse interferire con il funzionamento del mercato comune, soltanto le forme più penetranti di intervento erano in origine disciplinate: gli aiuti di Stato, i diritti speciali ed esclusivi ed i monopoli statali.¹

A prescindere da tali gruppi di disposizioni, i servizi pubblici sono stati, per almeno un quarto di secolo, per lo più sottratti all'applicazione delle regole in tema di concorrenza e di libera circolazione.² In tale contesto di generalizzata deferenza nei confronti dell'intervento degli Stati membri nel mercato, non stupisce che non fosse stata elaborata alcuna nozione comunitaria di «servizio pubblico», eccezion fatta per il riferimento ai «servizi di interesse economico generale» di cui all'articolo 90, paragrafo 2, del Trattato CE (ora 106, paragrafo 2, TFUE).

L'introduzione della nozione di «servizi di interesse economico generale» è frutto della volontà dei redattori del Trattato di

¹ E. SZYSZCZAK, 'State Intervention and the Internal Market' in T. TRIDIMAS e P. NEBBIA (a cura di) *European Union Law for the Twenty-First Century - Rethinking the New Legal Order*, Hart, Oxford, 2004, p. 219.

² G. NAPOLITANO, *Towards a European Legal Order for Services of General Economic Interest*, in *European Public Law*, 2005, vol. 11, p. 566.

Roma di sottrarre le *utilities* alle regole in materia di concorrenza e di libera circolazione³. Sennonché, tra i sei Stati fondatori sussistevano differenze non trascurabili nella classificazione giuridica di tali servizi: in particolare, mentre in Francia ed in Italia le espressioni «*service public*» e «servizio pubblico» individuavano precise nozioni giuridiche, nell'ambito del diritto tedesco difettava una categoria corrispondente.⁴ I redattori optarono, pertanto, per un approccio di tipo funzionale, che prescindesse dalle caratteristiche del prestatore del servizio per concentrarsi unicamente sulle finalità dell'attività prestata, ossia la tutela dell'interesse generale.⁵

Il quadro inizia a cambiare all'inizio degli anni '80: la realizzazione del mercato comune ottiene nuovo slancio grazie alla pubblicazione del Libro bianco della Commissione *Il completamento del mercato interno*⁶ il quale, insieme all'introduzione del voto a maggioranza in alcuni settori chiave ad opera dell'Atto unico europeo, costituisce la base per le rilevanti iniziative di liberalizzazione intraprese nei primi anni '90.⁷ Contestualmente, la Commissione e la Corte iniziano ad applicare le norme in materia di concorrenza e di aiuti di Stato ai servizi pubblici con crescente frequenza. Ciò induce molti commentatori a ritenere che l'azione comunitaria fosse unicamente finalizzata all'apertura

³ P. BAUBY e M. SIMILIE, *Public Services in the European Union and in the 27 Member States*, 2010, p. 11.

⁴ In Germania, l'espressione «*öffentliche Dienstleistungen*» individua i servizi pubblici in senso prevalentemente socioeconomico, mentre il concetto giuridico di «*Daseinsvorsorge*» comprende soltanto i servizi pubblici essenziali. Sul punto J. SCHWARZE, *Le Service Public: l'expérience allemande*, in *Actualité Juridique Droit Administratif*, 1997, p. 150 ss.

⁵ In tal senso, P. BAUBY e M. SIMILIE, *op. cit.*, p. 37.

⁶ Libro bianco della Commissione per il Consiglio europeo (Milano, 28-29 giugno 1985) *Il completamento del mercato interno*, COM(85) 310, giugno 1985.

⁷ F. MUNARI, *La disciplina dei cd. servizi essenziali tra diritto comunitario, prerogative degli Stati Membri e interesse generale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2002, pp. 40-41.

alla concorrenza delle *public utilities*, non lasciando spazio a considerazioni di carattere sociale e politico e determinando, pertanto, il declino della tradizione del servizio pubblico.⁸

È in tale contesto che nel 1996 la Commissione pubblica la sua prima comunicazione sui *Servizi d'interesse generale in Europa*,⁹ in cui afferma la necessità di operare un bilanciamento fra le istanze della liberalizzazione e gli obiettivi di interesse generale al cui soddisfacimento sono preordinate le normative nazionali in materia di servizi pubblici. Ai fini della presente analisi, peraltro, tale comunicazione assume un rilievo decisivo per un altro motivo: essa introduce la nozione di «servizi di interesse generale», ponendo così le fondamenta per il successivo sviluppo di un diritto sovranazionale dei servizi pubblici.¹⁰

I principi comuni della disciplina dei «servizi di interesse generale» sono stati più volte oggetto di documenti di *soft-law* della Commissione: un *Libro verde* (2003),¹¹ un *Libro bianco* (2004)¹² e tre *Comunicazioni* (1996, 2000 e 2007).¹³ La consacra-

⁸ G. NAPOLITANO, *op. cit.*, p. 566.

⁹ Comunicazione della Commissione *I servizi d'interesse generale in Europa* (1996), in *GUCE* C 281 del 26 settembre 1996.

¹⁰ M. ROSS, *Article 16 E.C. and Services of General Interest: from Derogation to Obligation?*, in *European Law Review*, 2000, vol. 25, pp. 22-38.

¹¹ Libro verde della Commissione del 21 maggio 2003 sui servizi d'interesse generale COM(2003) 270 final, *GUUE* C 76 del 25.03.2004

¹² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 12 maggio 2004 *Libro bianco sui servizi d'interesse generale*, COM (2004) 374 def.

¹³ Comunicazione della Commissione *I servizi d'interesse generale in Europa* (1996), cit.; Comunicazione della Commissione *I servizi d'interesse generale in Europa* (2000), in *GUCE* C 17 del 19 gennaio 2001 pp. 4-23; Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 20 novembre 2007, che accompagna la comunicazione «Un mercato unico per l'Europa del XXI secolo», *I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*, COM(2007) 725 definitivo, non pubblicata nella Gazzetta ufficiale. Si veda inoltre: Commissione Europea, Relazione al Consiglio europeo di Laeken, *I servizi di interesse generale* COM(2001) 598 del 17 ottobre 2001.

zione della nozione di «servizi di interesse generale» a livello di diritto primario avviene, però, solo con il Protocollo n. 26 allegato al Trattato di Lisbona, che individua chiaramente le due principali *species* di tale *genus*: i «servizi di interesse economico generale» ed i «servizi non economici di interesse generale».¹⁴

2. I servizi di interesse generale: l'equivalente funzionale della nozione di «servizio pubblico» nel diritto dell'Unione Europea

La *Comunicazione* del 1996 definisce i «servizi di interesse generale» come segue:

«[...] i servizi, forniti dietro retribuzione o meno, che sono considerati d'interesse generale dalle autorità pubbliche e soggetti quindi a specifici obblighi inerenti al pubblico servizio.»¹⁵

La nozione di «servizio di interesse generale», definita in questi termini, costituisce la categoria giuridica di diritto dell'Unione Europea che più si approssima alla definizione stipulativa di «servizio pubblico» formulata al paragrafo 4 del capitolo 1 del presente lavoro. Quest'ultima, come chiarito, ha carattere funzionale e comprende le attività che presentano tre elementi «strutturali»: i) il *carattere qualificato dell'interesse pubblico* alla cui soddisfazione è preordinata l'attività in questione; ii) il *carattere doveroso della prestazione* di tale attività per l'amministrazione o per il soggetto da essa incaricato; iii) la «determina-

¹⁴ In tal senso, U. NEERGAARD, 'Services of general economic interest': the nature of the beast, in M. KRAJEWSKI, U. NEERGAARD e J. VAN DE GRONDEN (a cura di), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe: Between Competition and Solidarity*, Asser Press, L'Aia, 2009, p. 21.

¹⁵ Comunicazione della Commissione *I servizi d'interesse generale in Europa (1996)*, cit.

zione dell'offerta»¹⁶ di tale attività da parte dei pubblici poteri rispetto alle condizioni che prevarrebbero in regime di libero mercato (anche nota come «attività conformativa dell'amministrazione»¹⁷).

Il primo elemento di detta definizione stipulativa trova diretta corrispondenza nella *Comunicazione* del 1996, ove si afferma espressamente che sono le «autorità pubbliche» a considerare tali i «servizi di interesse generale».¹⁸ Il carattere doveroso della prestazione e la determinazione dell'offerta da parte dell'amministrazione trovano, poi, riscontro nella soggezione dei servizi di interesse generale ad «obblighi inerenti al pubblico servizio», ossia ai «requisiti specifici imposti dalle autorità pubbliche al fornitore del servizio per garantire il conseguimento di alcuni obiettivi di interesse pubblico».¹⁹ Difatti, nell'imporre tali requisiti, le autorità pubbliche finiscono per alterare qualitativamente e quantitativamente le condizioni di fornitura del servizio (la c.d. «determinazione dell'offerta» o «attività conformativa dell'amministrazione») ed al contempo connotano tale fornitura di un elemento di obbligatorietà.²⁰

L'affinità fra la nozione di «servizi pubblici» e quella di «ser-

¹⁶ Così G. MARCOU, *De l'idée de service public au service d'intérêt général* in G. MARCOU e F. MODERNE (a cura di) *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union Européenne*, Logiques juridiques, L'Harmattan, Parigi, 2001, pp. 386-391.

¹⁷ Sul punto A. BRANCASI, *Il servizio pubblico di trasporto terrestre e la liberalizzazione dei servizi pubblici a carattere imprenditoriale* in A. BRANCASI (a cura di) *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 30.

¹⁸ Sul punto M. NETTESHEIM, *Les services d'intérêt général en droit communautaire entre libre concurrence et Etat social*, in *Revue internationale de droit comparé* 2008, vol. 60, p. 603-637.

¹⁹ Libro verde della Commissione del 21 maggio 2003 sui servizi d'interesse generale, cit., punto 20.

²⁰ La prospettiva degli utenti dei servizi di interesse generale nei vari Stati membri è opportunamente messa in evidenza in COMMISSIONE EUROPEA, *European consumers and services of general interest: qualitative study in the 15 Member States and the 10 future Member States acceding to the European Union in 2004: key findings and conclusions*, Luxembourg, EUR-OP, 2004.

vizi di interesse generale»²¹ trova una prima conferma nella Dichiarazione n. 13 allegata all'atto finale di Amsterdam, in cui si afferma espressamente che «Le disposizioni dell'articolo 7 D del Trattato che istituisce la Comunità europea *sui servizi pubblici* sono attuate nel pieno rispetto della giurisprudenza della Corte di giustizia». ²² Difatti, l'articolo 7 D del Trattato CE (al pari della corrispondente disposizione in vigore, l'articolo 14 TFUE) faceva riferimento non già ai «servizi pubblici», bensì ai «servizi di interesse economico generale», il che consente di dedurre l'equivalenza delle due nozioni, quanto meno ai fini della citata dichiarazione.

Tali considerazioni trovano ulteriore supporto nella *Comunicazione* del 2007,²³ che definisce i «servizi di interesse generale» come:

«i servizi – economici e non economici – che le autorità pubbliche classificano di interesse generale e soggetti a specifici obblighi di servizio pubblico».²⁴

Se confrontata con la definizione del 1996, la nuova formulazione è cifra del superamento di molte delle incertezze iniziali che caratterizzavano il concetto di «servizi di interesse generale» e la loro disciplina. La sostituzione della forma passiva («*sono considerati* d'interesse generale») con quella attiva («le autorità pubbliche *classificano* di interesse generale») palesa la maturata consapevolezza circa l'importanza del momento politico-discrezionale rimesso alle autorità nazionali nella qualificazione di un

²¹ Per un interessante parallelo tra la nozione di servizi di interesse economico generale e quella di servizi pubblici in senso oggettivo, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006, fasc. 5, p. 747-789.

²² Corsivo aggiunto.

²³ Comunicazione *I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*, cit..

²⁴ Ibid. p. 4

dato servizio come servizio di interesse generale. Analoghe considerazioni valgono per l'espressione «servizio pubblico», inizialmente espressamente evitata,²⁵ ora impiegata stentoreamente come a ribadire l'equivalenza tra tale concetto e quello di «servizio di interesse generale».

Quanto al concetto di «interesse generale», elemento essenziale della categoria giuridica in argomento, è stato affermato che lo stesso può ritenersi equivalente alla nozione di «interesse pubblico»,²⁶ con la conseguenza che un servizio offerto soltanto a destinatari specifici non potrà ritenersi «di interesse generale». Nella recente pronuncia *BUPA*, il Tribunale ha però affermato che una «missione di interesse generale» non deve necessariamente rispondere ad un'esigenza comune all'insieme della popolazione o riguardare un territorio nella sua totalità.²⁷

L'«interesse generale» o «interesse pubblico» alla cui tutela sono preordinati i servizi di interesse generale ha, di solito, natura non economica, bensì sociale, culturale, politica ecc..²⁸ Pertanto, come opportunamente rilevato in dottrina,²⁹ all'espressione «servizi di interesse economico generale» andrebbe preferita quella di «servizi economici di interesse generale», posto che il requisito dell'economicità riguarda il servizio, non già l'interesse perseguito.³⁰

²⁵ Si rimanda, sul punto, alle considerazioni svolte nell'introduzione del capitolo 4 ed in particolare alla nota 3.

²⁶ A. PAGE, *Public Undertakings and Article 90*, in *European Law Review*, 1982, p. 28.

²⁷ Sentenza del Tribunale di primo grado del 12 febbraio 2008, *British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd e BUPA Ireland Ltd c. Commissione*, Causa T-289/03, in *Racc.*, p. II-00081, punto 186.

²⁸ J. BUENDIA SIERRA, *Exclusive rights and State Monopolies under EC Law. Article 86 (formerly Articolo 90) of the EC Treaty*, OUP, Oxford, 1999, p. 27.

²⁹ U. NEERGAARD, *op. cit.*, pp. 23-24.

³⁰ In tal senso, J. BUENDIA SIERRA, *op. cit.*, p. 278; F. COSTAMAGNA, *op. cit.*, p. 56; L. DRIGUEZ, *op. cit.*, p. 691; A. JONES e B. SUFRIN, *op. cit.*, p. 537; S. RODRIGUES, *La nouvelle régulation des services publics en Europe*, Technique et documentation, Londra, 2000, p. 109.

3. I servizi di interesse economico generale: un «contenitore concettuale» tra libertà di definizione e prospettive di sovranazionalizzazione

La nozione di «servizi di interesse economico generale» abbraccia la maggior parte dei servizi che negli ordinamenti nazionali sono considerati servizi pubblici.³¹ Difatti, la Corte ha considerato servizi di interesse economico generale la gestione di linee non redditizie,³² di un importante sbocco fluviale,³³ della rete di approvvigionamento dell'energia elettrica,³⁴ dei servizi postali di base,³⁵ dei servizi di attracco nei porti,³⁶ dello smaltimento dei rifiuti,³⁷ dei fondi di pensione supplementari di categoria,³⁸ dei servizi di ambulanza in casi di emergenza.³⁹ Per converso, la Corte non ha accordato tale *status* alla fornitura di apparecchi telefonici⁴⁰ ed alle operazioni di carico e scarico delle merci nel porto di Genova, riservate per legge ad un'impresa formata unicamente da maestranze di cittadinanza italiana.⁴¹

³¹ Sul punto, v. per tutti J. LOUIS e S. RODRIGUES, *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, in particolare le pp. 31-34.

³² Sentenza della Corte dell'11 aprile 1989, Causa 66/86 *Ahmed Saeed*, cit..

³³ Sentenza della Corte del 14 luglio 1971, causa 10/71, *Ministère Public of Luxembourg v. Muller*, causa 10/71, in *Racc.*, p. 723

³⁴ Sentenza della Corte del 27 aprile 1994, causa C-393/92, *Comune di Almelo v. N.V. Energiebedrijf Ijsselmij*, in *Racc.*, causa C-393/92, p. I-1477.

³⁵ Sentenza della Corte del 19 maggio 1993 Causa C-320/91, *Corbeau*, cit..

³⁶ Sentenza della Corte del 18 giugno 1998 Causa C-266/96, *Corsica Ferries*, cit..

³⁷ Sentenza della Corte del 25 giugno 1998, causa C-203/96, *Dusseldorp*, causa C-203/96, in *Racc.*, p. I-4075.

³⁸ Sentenza della Corte del 21 settembre 1999 Causa C-67/96, *Albany*, cit..

³⁹ Sentenza della Corte del 25 ottobre 2001 Causa C-475/1999, *Ambulanz Glöckner*, cit..

⁴⁰ Sentenza della Corte del 13 dicembre 1991, *Régie des télégraphes et des téléphones c. GB-Inno-BM SA*, causa C-18/88, in *Racc.*, p. I-05941.

⁴¹ Sentenza della Corte del 10 dicembre 1991, causa C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova v. Siderurgica Gabrielle*, causa C-179/90, in *Racc.*, p. I-5889.

Come affermato dalla *Comunicazione sui servizi di interesse generale* del 2000, infatti, i «servizi d'interesse economico generale» si differenziano dai servizi c.d. «di mercato» per il fatto che «le autorità pubbliche ritengono che debbano essere garantiti anche quando il mercato non sia sufficientemente incentivato a provvedervi da solo». ⁴² In buona sostanza, il rischio che si verifichino *market failures* postula l'intervento pubblico sotto forma di «attività conformativa» o di «determinazione dell'offerta»: ⁴³ laddove le autorità pubbliche ritengano che alcuni servizi siano d'interesse generale e che i meccanismi del mercato potrebbero non essere in grado di garantire livelli di prestazione soddisfacenti, esse possono stabilire che le richieste di taluni specifici servizi siano soddisfatte mediante «obblighi di servizio d'interesse generale», tra cui gli obblighi «di servizio universale» e gli obblighi «di servizio pubblico». ⁴⁴

Per l'esecuzione di questi obblighi possono, ma non necessariamente devono, essere concessi diritti speciali o esclusivi, o anche essere predisposti specifici meccanismi di finanziamento. È rimesso alla discrezione delle autorità statali la scelta di imporre obblighi di servizio pubblico a tutti gli operatori di un mercato, ovvero ad uno o più di essi. In quest'ultimo caso, può essere giustificato richiedere a tutti gli operatori presenti nel mercato di partecipare al finanziamento dei costi netti supplementari derivanti, a carico dei soggetti affidatari, dalla fornitura del servizio d'interesse generale in questione. Ciò può essere realizzato in concreto tramite un sistema di compensi supplementari o di un fondo per il servizio pubblico, purché tali importi siano proporzionali all'attività svolta dall'impresa incaricata della gestione del servizio di interesse economico generale e

⁴² Comunicazione della Commissione *I servizi d'interesse generale in Europa* (2001), cit., punto 14.

⁴³ Sul punto N. FIEDZIUK, *Towards a More Refined Economic Approach to Services of General Economic Interest*, European Public Law, 2010, pp. 271–288.

⁴⁴ Comunicazione della Commissione *I servizi d'interesse generale in Europa* (2001), cit., punti 14 e 15.

siano nettamente distinti dagli altri oneri sostenuti nell'esercizio delle normali attività d'impresa.⁴⁵

La *Comunicazione* del 2001 elenca tre principî che sovrintendono all'applicazione dell'articolo 106, paragrafo 2, TFUE e quindi della nozione di servizi di interesse economico generale: la neutralità, la proporzionalità e la libertà di definizione.

Il principio di neutralità rispetto al regime di proprietà, sancito dall'articolo 345 TFUE, postula che le imprese responsabili della prestazione di servizi d'interesse generale possono indifferentemente avere natura pubblica o privata. Ciò comporta, da un lato, che le imprese affidatarie non devono essere necessariamente privatizzate,⁴⁶ dall'altro, che tali imprese, pubbliche o private che siano, sono assoggettate alle norme in materia di concorrenza e mercato interno, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata.

Il requisito della proporzionalità, implica che i mezzi utilizzati per il perseguimento della missione d'interesse generale non danno luogo a distorsioni degli scambi intracomunitari e dell'assetto concorrenziale dei mercati non strettamente indispensabili all'adempimento di detta missione. Tale controllo, affidato alla Commissione e sottoposto al sindacato giurisdizionale della Corte di giustizia, è stato oggetto di discussione nel paragrafo 2.1 del capitolo 4 del presente lavoro.

La libertà di definizione attribuisce essenzialmente agli Stati membri il compito di determinare quali servizi debbano essere considerati «servizi d'interesse economico generale» e come devono essere disciplinati e sovvenzionati.⁴⁷ Tale responsabilità, in

⁴⁵ Comunicazione della Commissione *I servizi d'interesse generale in Europa* (2001), cit., punti 15 e 16.

⁴⁶ Sul punto si vedano però le considerazioni di E. APPIANO, *L'influenza del diritto comunitario sui processi di privatizzazione negli Stati membri*, in L. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 89-128.

⁴⁷ Emblematico è, al riguardo, il seguente *dictum* della Corte nella sen-

linea con il principio di sussidiarietà, compete in primo luogo al livello locale. Le definizioni elaborate a livello nazionale ed i conferenti regimi normativi possono essere oggetto di controllo in caso di errore manifesto. Secondo il Comitato economico e sociale, peraltro, tale controllo dovrebbe essere effettuato alla luce della diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e delle differenze delle esigenze e preferenze degli utenti, la cui importanza è stata da ultimo ribadita all'articolo 1, secondo trattino, del Protocollo n. 26 sui servizi di interesse generale.⁴⁸

Il principio della libertà di definizione sembrerebbe suggerire che la categoria dei servizi di interesse economico generale non costituisca una «nozione sovranazionale» del tutto indipendente dalle classificazioni nazionali – come la giurisprudenza ha affermato con riferimento, per esempio, alle nozioni di «impieghi nella pubblica amministrazione» e di attività che partecipano «all'esercizio dei pubblici poteri – bensì un concetto la cui definizione è rimessa agli Stati membri.

tenza 23 ottobre 1997, *Commissione contro Paesi Bassi*, causa C-157/94, in *Racc.*, p. I-5699, punto 40: «Tenuto conto dell'interesse degli Stati membri così definito, non si potrebbe vietar loro di prendere in considerazione - allorché determinano i servizi di interesse economico generale di cui incaricano talune imprese - obiettivi propri della loro politica nazionale, e di tentare di conseguirli imponendo obblighi e vincoli alle dette imprese». L'Avvocato Generale Cosmas, al punto 96 delle proprie conclusioni, aveva invece fatto riferimento alla natura comunitaria della nozione di servizi di interesse generale: «It is sufficient if that task does not go beyond the powers and responsibilities reasonably regarded as associated with the operation of a 'service of general economic interest' *within the meaning of that term in Community law*» (corsivo aggiunto).

⁴⁸ In tal senso, cfr. Parere del Comitato economico e sociale europeo, *Servizi di interesse economico generale: come ripartire le responsabilità tra l'UE e gli Stati membri?*, in *GUUE* C 128 del 18 maggio 2010, pp. 65–68, punto 2.8: «Pertanto, durante il controllo del rispetto delle regole del Trattato per quanto riguarda la definizione dei SIEG da parte degli Stati membri, la Commissione deve tenere maggiormente conto delle logiche pubbliche e delle scelte democratiche di ciascuno Stato membro. Per evitare, nella misura del possibile, conflitti e contenziosi bisognerà adeguare di conseguenza l'ambito, il contenuto e le modalità di valutazione degli "errori manifesti" da parte della Commissione».

Come evidenziato in altra sede,⁴⁹ del resto, il principio della libertà di definizione sembra infatti conferire agli Stati Membri un margine di manovra nell'individuazione dei servizi pubblici esenti persino maggiore di quello derivante dall'approccio «à la carte» del GATS: mentre quest'ultimo accordo richiede ai Membri OMC di indicare i servizi esenti in elenchi la cui modifica è soggetta ad una procedura piuttosto farraginosa, l'articolo 106, paragrafo 2, TFUE consente agli Stati Membri la facoltà di attribuire ad un dato servizio lo *status* di «servizio di interesse economico generale», o di rivederne la qualificazione, in qualsiasi momento.

Il ruolo degli Stati nel riempire di contenuto l'espressione «servizi di interesse economico generale» risulta inoltre evidente nella giurisprudenza *Commissione c. Paesi Bassi*, in cui la Corte ha espressamente affermato che agli Stati membri non può essere vietato «di prendere in considerazione – allorché determinano i servizi di interesse economico generale di cui incaricano talune imprese – obiettivi propri della loro politica nazionale, e di tentare di conseguirli imponendo obblighi e vincoli alle dette imprese».⁵⁰

Una recente pronuncia del Tribunale, pur formalmente recependo il principio della libertà di definizione, sembra però porre le basi per la «sovrannazionalizzazione» della nozione di «servizi di interesse economico generale».⁵¹ Nella sentenza *BUPA*, il Tri-

⁴⁹ R. MASTROIANNI e A. ARENA, *I servizi pubblici nel GATS e nel TFUE: una radicale divergenza di impostazione?*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2010, p. 47.

⁵⁰ Sentenza della Corte del 23 ottobre 1997, *Commissione c. Paesi Bassi*, causa C-157/94, in *Racc.*, p. I-05699, punto 40. Si consideri inoltre che, nel contesto dell'espressione «determinano i servizi di interesse economico generale», le versioni inglese e francese della sentenza impiegano il verbo «definire», in luogo del verbo «determinare».

⁵¹ Sentenza del Tribunale di primo grado del 12 febbraio 2008, *British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd e BUPA Ireland Ltd c. Commissione delle Comunità europee*, causa T-289/03, in *Racc.*, p. II-00081, in particolare punti 166-169. Si vedano, in particolare, i commenti di S.

bunale ha infatti affermato che, anche se lo Stato membro dispone di ampia discrezionalità nel definire ciò che considera un «servizio di interesse economico generale», ciò non lo dispensa, quando invoca l'esistenza e la necessità della tutela di una missione di servizio di interesse economico generale, dal vigilare a che quest'ultima soddisfi alcuni «criteri minimi comuni a tutte le missioni di servizio di interesse economico generale ai sensi del Trattato» e dal dimostrare che tali criteri ricorrano nella specie.⁵² Il Tribunale ha fornito alcuni esempi di tali «criteri minimi»: la necessaria previsione di un atto della pubblica autorità (compresi i contratti)⁵³ che investa gli operatori di cui trattasi di una missione del genere, nonché il carattere «universale» e «obbligatorio» di tale missione. Quanto al carattere «universale» della missione di interesse generale, il Tribunale ha precisato che il servizio in questione non deve necessariamente rispondere ad un'esigenza comune all'insieme della popolazione o essere fornito a un territorio nella sua totalità.⁵⁴ Quanto al carattere «ob-

RODRIGUES, *Le TPICE apporte une nouvelle pierre à l'interprétation de l'article 86.2 CE notamment sous l'angle du partage des responsabilités et des compétences entre Etats membres et Communauté européenne à l'égard des entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général*, in *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, 2008, pp. 178-180; W. SAUTER, *Case T-289/03, British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd, BUPA Ireland Ltd v. Commission of the European Communities*, Judgment of the Court of First Instance of 12 February 2008, nyr, in *Common Market Law Review*, 2009, pp. 269-28; A. BIONDI, *BUPA v. Commission*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2008, pp. 401-407; M. ROSS, *A healthy approach to services of general economic interest? The BUPA judgment of the Court of First Instance*, in *European Law Review*, 2009, pp. 127-140

⁵² Sentenza del Tribunale di primo grado del 12 febbraio 2008, BUPA, *cit.*, punto 172.

⁵³ Sentenza della Corte del 23 ottobre 1997, *Commissione c. Francia*, causa C-159/94, in *Racc.*, p. I-05815.

⁵⁴ Sentenza del Tribunale di primo grado del 12 febbraio 2008, BUPA, *cit.*, punto 186. Si vedano inoltre in tal senso le sentenze della Corte dell'11 aprile 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen*, causa 66/86, in *Racc.*, p. 803, punto 55 e del 18 giugno 1998, *Corsica Ferries France*, causa C-266/96, *ivi*, p. I-3949, punto 45.

bligatorio» del servizio, il Tribunale ha chiarito che tale elemento deve essere inteso nel senso che gli operatori incaricati sono, in linea di principio, tenuti ad offrire il servizio stesso rispettando gli obblighi di servizio di interesse economico generale che regolano la prestazione del detto servizio.⁵⁵

Sembrano inoltre concorrere alla «sovrnazionalizzazione» del concetto di «servizi di interesse economico generale» i «valori comuni», menzionati all'articolo 14 TFUE e specificati all'articolo 1 del protocollo n. 26 allegato al Trattato di Lisbona, che caratterizzano tali servizi, ossia l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicino possibile alle esigenze degli utenti, la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti e l'esigenza di garantire un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente.

In conclusione, appare chiaro come la nozione di «servizi di interesse economico generale» non costituisca un concetto del tutto «sovrnazionale», in funzione del principio della libertà di definizione, né una categoria interamente rimessa alla determinazione degli Stati membri, in considerazione dei «criteri minimi» enucleati nella giurisprudenza *BUPA* e dei «valori comuni» di cui all'articolo 14 TFUE illustrati all'articolo 1 del protocollo n. 26 allegato al Trattato di Lisbona. Per razionalizzare il carattere evidentemente ibrido della nozione in esame, parte della dottrina ha fatto ricorso alla metafora, di origine hartiana,⁵⁶ del «nucleo duro» di significato, in questo caso determinato a livello sovranazionale, circondato da una «penombra» la cui chiarificazione spetterebbe agli Stati membri.

Si ritiene, peraltro, che una diversa metafora possa più accuratamente illustrare l'attuale condizione del concetto in esame:

⁵⁵ Sentenza del Tribunale di primo grado del 12 febbraio 2008, *BUPA*, *cit.*, punto 188.

quella di «contenitore concettuale», che gli Stati possono liberamente riempire di contenuto nell'ambito di «bordi» definiti a livello sovranazionale, ossia, fuor di metafora, dei suddetti «criteri minimi» e «valori comuni». Va da sé che la progressiva chiarificazione di tali «confini», attraverso l'esercizio da parte della Commissione del suo potere di controllo in caso di errore manifesto, l'impiego ad opera del legislatore dell'Unione della base giuridica di cui all'articolo 14, secondo periodo, TFUE e l'attività interpretativa della Corte di giustizia, non potrà che accelerare la «sovranazionalizzazione» della nozione di «servizi di interesse economico generale».

4. I servizi non economici di interesse generale: una «riserva di sovranità» in cerca di contenuto

L'espressione «servizi di interesse generale» e quella «servizi di interesse economico generale» sono state a lungo impiegate come sinonimi nella comunicazioni della Commissione e nella giurisprudenza della Corte di giustizia.⁵⁷ Già nella *Comunicazione* del 1996, peraltro, la Commissione aveva rilevato che «ove i servizi d'interesse generale abbiano *carattere non economico* o costituiscano prerogative inerenti alla potestà pubblica» essi non sono soggetti alla stessa disciplina applicabile ai «servizi di inte-

⁵⁶ Si veda, ad esempio, H. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in *Harvard Law Review*, 1958, vol. 71, p. 607: «*There must be a core of settled meaning, but there will be, as well, a penumbra of debatable cases in which words are neither obviously applicable nor obviously ruled out*».

⁵⁷ Si veda, ad esempio, la sentenza del Tribunale di primo grado del 10 luglio 1991, *Radio Telefis Eireann c. Commissione*, causa T-69/89, in *Racc.*, p. II-485, punto 81: «La Commissione obietta che la RTE, pur essendo un'impresa incaricata della gestione di *servizi d'interesse generale*, è tenuta, nell'ambito delle proprie attività commerciali, a rispettare le regole di concorrenza, in forza dell' art. [106, paragrafo 2, TFUE]» (corsivo aggiunto). Dai riferimenti all'attività commerciale del ricorrente, alla sua soggezione alle regole di concorrenza ed all'articolo 106, paragrafo 2, TFUE, può evincersi chiaramente come RTE esercitasse in realtà un servizio di interesse *economico* generale.

resse economico generale».⁵⁸ In tale documento, peraltro, la Commissione non definiva la nozione di «servizi non economici di interesse generale», ma si limitava a fornirne due esempi (scuola d'obbligo e previdenza sociale),⁵⁹ precisando che l'azione comunitaria in tali settori non poteva essere che complementare.

Come opportunamente rilevato dalla Commissione nel *Libro verde*,⁶⁰ la distinzione fra «servizi di interesse economico generale» e «servizi non economici di interesse generale» è di fondamentale importanza, nella misura in tali servizi sono per lo più soggetti a discipline differenziate. La maggior parte delle disposizioni del TFUE si applicano unicamente ai servizi di interesse generale aventi natura economica: tale è il caso delle regole in materia di concorrenza e di aiuti di Stato,⁶¹ così come quelle in tema di libera prestazione dei servizi e diritto di stabilimento.⁶² Lo stesso articolo 14 TFUE e la deroga *ex* articolo 106, paragrafo 2, TFUE, riguardano unicamente i servizi di interesse economico generale.⁶³ Trovano invece applicazione anche ai servizi di interesse generale di natura non economica il principio generale di non discriminazione sulla base della nazionalità *ex* articolo 18 TFUE e le norme in tema di libera circolazione dei lavoratori. Lo stesso vale per le norme in materia di appalti pubblici, che si applicano *inter alia* agli appalti di servizi sia di natura economica (ad esempio: servizi pubblicitari, alberghieri, legali ecc.)⁶⁴ che di natura non economica (ad esempio: servizi di

⁵⁸ Comunicazione della Commissione *I servizi d'interesse generale in Europa (1996)*, cit., punto 18, corsivo aggiunto.

⁵⁹ Quanto invece alle «prerogative che sono inerenti all'esercizio della potestà pubblica», la Comunicazione del 1996 fornisce quattro esempi: la sicurezza, la giustizia, la diplomazia e lo stato civile. *Ibid.*

⁶⁰ Libro verde della Commissione del 21 maggio 2003 sui servizi d'interesse generale, COM(2003) 270 final, *GUUE* C 76 del 25 marzo 2004, punto 43.

⁶¹ Si rinvia al paragrafo 1.3 del capitolo 4.

⁶² Si rinvia al paragrafo 1.5 del capitolo 4.

⁶³ Si rinvia ai paragrafi 3.1, 3.2 e 2.1 del capitolo 4.

⁶⁴ Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31

sicurezza, servizi sociali ecc.).⁶⁵ Similmente, le direttive non correttamente o tempestivamente recepite possono produrre effetti diretti c.d. verticali nei confronti degli organi incaricati della gestione dei pubblici servizi indipendentemente dalla natura, economica o meno, di tali servizi.⁶⁶

La categoria dei «servizi non economici di interesse generale» costituisce pertanto un'importante «riserva di sovranità» a favore degli Stati membri, posto che, fatte eccezione per le norme appena richiamate, tali servizi si situano al di fuori dell'ambito applicativo del diritto dell'Unione Europea. Ciò trova conferma, da ultimo, nell'articolo 2 del Protocollo n. 26 allegato al Trattato di Lisbona: tale norma, nel dare consacrazione normativa nell'ambito delle fonti di rango primario alla categoria in parola, afferma infatti che le disposizioni dei Trattati «lasciano impregiudicata la competenza degli Stati membri a fornire, a commissionare e ad organizzare servizi di interesse generale non economico».

Peraltro, i confini di tale nozione appaiono ancora incerti e mutevoli.⁶⁷ La stessa Commissione, nel rapporto del 2001 al Consiglio Europeo di Laeken, ha espressamente declinato il compito di fornire una lista definitiva *a priori* dei servizi rientranti nella categoria in questione, in considerazione delle difficoltà incontrate nel definire in astratto la nozione di «non economico». Tale scelta è confermata dalla *Comunicazione* del 2007, in cui si afferma l'esigenza di procedere ad una ricogni-

marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, in *GUUE* L 134 del 30 aprile 2004, pp. 114-240, Allegato II, categorie 13, 17 e 21.

⁶⁵ *Ibid.*, categorie 23 e 25. Quanto alla natura promiscua dei servizi sociali di interesse generale, si rinvia al paragrafo 6.

⁶⁶ Sentenza della Corte del 12 luglio 1990, *A. Foster e altri c. British Gas plc*, causa C-188/89, in *Racc.*, p. I-03313, punto 20.

⁶⁷ In tal senso U. NEERGAARD, *op. cit.*, p. 28; L. BERTONAZZI e R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M. CHITI e G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 1803-1808.

zione caso per caso, in considerazione delle differenze che intercorrono fra gli Stati membri e, talvolta, anche fra le varie autorità locali.⁶⁸

A complicare ulteriormente il quadro concorre la circostanza che, mentre l'economicità appare il più ovvio fattore discriminante fra i «servizi di interesse economico generale» ed i «servizi non economici di interesse generale», le comunicazioni del 1996 e del 2000, il rapporto della Commissione al Consiglio Europeo di Laeken ed il *Libro verde* distinguono invece tra servizi «di mercato» e servizi «non di mercato».⁶⁹ Lungi dal risolversi in una mera logomachia, la scelta del criterio distintivo è essenziale: mentre la qualificazione di un servizio come «economico» compete alle istituzioni dell'Unione ed attiene alla *natura* del servizio, la scelta se *organizzare* un dato servizio secondo logiche «di mercato» (ad esempio dietro corrispettivo, in condizioni di concorrenza) ovvero «non di mercato» (come nel caso della erogazione gratuita di taluni servizi in regime di monopolio legale) spetta agli Stati membri.⁷⁰ Tale elemento di incertezza sembra essere, peraltro, in via di superamento, posto che la *Comunicazione* del 2007 ha abbandonato la distinzione fondata sul riferimento al «mercato», optando per una definizione di «servizi di interesse economico generale» basata sulla loro «natura economica».

Se i riferimenti contenuti nelle fonti di diritto primario e di diritto derivato non forniscono informazioni insufficienti per determinare con esattezza la portata della nozione di «servizi non economici di interesse generale», si ritiene che utili indica-

⁶⁸ Comunicazione della Commissione *I servizi d'interesse generale* (2007), cit., punto 2.1..

⁶⁹ Cfr. Comunicazione della Commissione *I servizi d'interesse generale in Europa* (1996), cit.; Comunicazione della Commissione *I servizi d'interesse generale in Europa* (2000), cit., Allegato II; Relazione al Consiglio Europeo di Laeken *I servizi di interesse generale*, cit., allegato; Relazione al Consiglio Europeo di Laeken *I servizi di interesse generale*, cit., Allegato; Libro verde della Commissione del 21 maggio 2003 sui servizi d'interesse generale, cit., punto 16.

⁷⁰ G. MARCOU, *Il servizio pubblico di fronte al diritto comunitario*, pp. 24-26.

zioni possano trarsi dalla giurisprudenza relativa ai concetti di «attività economica» e di «remunerazione».⁷¹ A porre tali nozioni in relazione con quella di «servizi non economici di interesse generale» è il *Manuale per l'attuazione della direttiva servizi*:⁷² nel chiarire il significato dell'esclusione contenuta nella Direttiva servizi per i «servizi non economici di interesse generale»,⁷³ il *Manuale* afferma che tale nozione è «strettamente legata» a quella di «servizio», nella misura in cui «il termine «servizi non economici» si riferisce a servizi «che non vengono prestati contro remunerazione».⁷⁴

Quanto alla nozione di «remunerazione» o «retribuzione» quale elemento costitutivo della nozione di «servizio» ai sensi dell'articolo 57 TFUE, la giurisprudenza ha chiarito che l'istruzione pubblica non costituisce un servizio nella misura in cui è essenzialmente finanziata con fondi pubblici.⁷⁵ È stato però segnalato che tale orientamento è stato superato dalla giurisprudenza più recente,⁷⁶ che ha equiparato l'elemento della retribuzione a quello relativo all'«attività economica» ai fini della nozione di «impresa» nel contesto del diritto della concorrenza.⁷⁷

⁷¹ Si vedano però le considerazioni di U. NEERGAARD, *op. cit.*, p. 28, nota n. 51, secondo la quale occorre tenere distinte le «attività non economiche» ai fini del diritto della concorrenza dai «servizi non economici di interesse generale» in quanto la relazione tra tali categorie giuridiche non è ancora del tutto chiara.

⁷² Commissione Europea, *Manuale per l'attuazione della Direttiva servizi*, Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità Europee, Lussemburgo, 2007.

⁷³ Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, in *GUUE* L 376 del 27 dicembre 2006, pp. 36–68, articolo 2, paragrafo 2, lettera a).

⁷⁴ Commissione Europea, *Manuale per l'attuazione della Direttiva servizi*, cit., punto 2.1.2.

⁷⁵ Sentenza della Corte del 27 settembre 1988, *Stato belga c. René Humbel e Marie-Thérèse Edel*, causa 263/86, in *Racc.*, p. 5365, punto 18.

⁷⁶ Sentenza della Corte del 2 febbraio 1989, causa 186/87, *Cowan v. Trésor Public*, in *Racc.*, p. 195

⁷⁷ Sentenza 11 aprile 2000, cause riunite C-51/96 e C-191/97, *Deliège*, in *Racc.*, p. I-2549, punto 53.

A tale riguardo, è stato osservato che la nozione di «attività non economica» può fungere da esenzione incondizionata relativa ai servizi pubblici rispetto alle regole di concorrenza essenzialmente in due casi: quando le attività in questione implicano l'esercizio di «pubblici poteri» al fine di tutelare «interessi generali»⁷⁸ e quando dette attività assolvono una «funzione di carattere esclusivamente sociale» in base al principio solidaristico⁷⁹ o sotto il controllo diretto dello Stato.⁸⁰ Dal momento che entrambe tali finalità sono attinenti al perseguimento dell'interesse generale, sembra possibile affermare che le attività escluse per tali ragioni dalle norme sulla concorrenza costituiscano altresì «servizi di interesse non economico generale».

Il criterio dell'esercizio dei «pubblici poteri» richiama alla mente la deroga, di analoga formulazione, prevista dall'articolo 51 TFUE in materia di servizi e stabilimento. Dal momento che

⁷⁸ Sentenza della Corte del 19 gennaio 1994, *SAT Fluggesellschaft mbH c. Eurocontrol*, causa C-364/92, in *Racc.*, p. I-43, punto 27; Sentenza della Corte del 18 marzo 1997, causa C-343/95, *Diego Cali e Figli S.R.L. c. Servizi Ecologici Porto di Genova S.p.A. (SEPG)*, *ivi*, p. I-1547, punti 22-23; Sentenza della Corte del 4 maggio 1988, causa 30/87, *Bodson v Pompes Funèbres des Régions Libérées SA*, *ivi*, p. 2479; Sentenza della Corte del 1 luglio 2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) c. Elliniko Dimosio*, causa C-49/07, *ivi*, I-04863, punti 24-26; Sentenza della Corte del 26 marzo 2009, *SELEX Sistemi Integrati SpA c. Commissione e Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne (Eurocontrol)*, causa C-113/07 P, *ivi*, I-2207, punto 70.

⁷⁹ Sentenza della Corte del 17 febbraio 1993, *Christian Poucet c. Assurances générales de France (AGF) e Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon (Camulrac) e Daniel Pistre c. Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans (Cancava)*, cause riunite C-159/91 e C-160/91, in *Racc.*, p. I-637; sentenza della Corte 22 gennaio 2002 causa C-218/00, *Cisal di Battistello Venanzio c. Istituto Nazionale per l'Assicurazione c. gli Infortuni sul Lavoro (INAIL)*, *ivi*, p. I-691; sentenza della Corte del 16 marzo 2004, *AOK Bundesverband, Bundesverband der Betriebskrankenkassen et al. c. Ichthyol-Gesellschaft Corde et al.*, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, *ivi*, p. I-02493.

⁸⁰ Si vedano le sentenze della Corte del 22 gennaio 2002, *Cisal*, *cit.*, punto 44 e del 5 marzo 2009, *Kattner Stahlbau GmbH c. Maschinenbau- und Metall-Berufsgenossenschaft*, causa C-350/07, in *Racc.*, p. I-01513, punto 62.

non si rinvencono pronunce in cui la Corte ha ritenuto applicabile tale deroga,⁸¹ peraltro, la giurisprudenza relativa all'interpretazione della nozione di «attività che partecipano all'esercizio dei pubblici poteri» sembra fornire soltanto indicazioni sulle attività che *non* costituiscono «servizi non economico di interesse generale».⁸² Nondimeno, sulla base di alcuni *obiter* contenuti in detta giurisprudenza, sembra potersi affermare che rientrano in tale nozione le attività dell'Ispettorato per le assicurazioni al centro della sentenza *Thijssen*,⁸³ la funzione giurisdizionale,⁸⁴ i compiti dell'Amministrazione finanziaria⁸⁵ e le responsabilità delle forze di pubblica sicurezza.⁸⁶

Ben più nutrita è, invece, la giurisprudenza relativa alla deroga per gli «impieghi nella pubblica amministrazione» di cui all'articolo 45, paragrafo 4, TFUE.⁸⁷ Come accennato, sussistono notevoli analogie tra l'esenzione in parola e quella di cui all'articolo 51 TFUE. Lo stesso Avvocato Generale Jacobs ha riconosciuto che «in svariate sentenze la Corte ha interpretato l'arti-

⁸¹ Sul punto, E. LEROUX, *What is a «service supplied in the exercise of governmental authority» under Article I:3(b) and (c) of the General Agreement on Trade in Services?*, in *Journal of World Trade*, 2006, vol. 40, p. 349.

⁸² In base a tale interpretazione, possono escludersi dal novero dei «servizi non economici di interesse generale» la professione forense, i servizi di vigilanza privata, l'attività di vigilanza sulle delibere delle società di assicurazione, l'apposizione di visti di conformità alle dichiarazioni dei redditi, la redazione di perizie in materia di infortunistica stradale. Si vedano al riguardo i riferimenti giurisprudenziali richiamati al paragrafo 1.1 del capitolo 4.

⁸³ Sentenza della Corte del 13 luglio 1993, causa C-42/92, *Adrianus Thijssen c. Controledienst voor de verzekeringen*, in *Racc.*, p. I-4047

⁸⁴ Sentenza della Corte del 10 dicembre 1991, *Commissione c. Grecia*, causa C-306/89, in *Racc.*, p. I-5863; sentenza della Corte del 21 giugno 1974, *Reyners c. Belgio*, causa 2/74, *ivi*, p. 631.

⁸⁵ Sentenza della Corte 30 marzo 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti S.R.L. c. Giuseppe Calafiori*, causa C-451/03, in *Racc.*, p. I-02941.

⁸⁶ Sentenza della Corte del 29 ottobre 1998, *Commissione c. Spagna*, causa C-114/97, in *Racc.*, p. I-6717; Sentenza della Corte del 9 marzo 2000, causa C-355/98, *Commissione c. Belgio*, *ivi*, p. I-1221; Sentenza della Corte del 31 maggio 2001, causa C-283/99, *Commissione c. Italia*, *ivi*, p. I-4636.

⁸⁷ Si rinvia al paragrafo 1.2 del capitolo 4.

colo [45, paragrafo 4 TFUE] alla luce dell'articolo [51 TFUE]». ⁸⁸ Risulta pertanto possibile avvalersi delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza con riferimento alla «riserva di sovranità» ⁸⁹ di cui all'articolo 45, paragrafo 4, TFUE per chiarire la portata della nozione di «servizi non economici di interesse generale» prevista all'articolo 2 del Protocollo n. 26, allegato al Trattato di Lisbona? Non sfugge che l'applicazione successiva di procedimenti di analogia abbia condotto al confronto tra deroghe aventi portata *ratione materiae* molto diverse, posto che quella prevista all'articolo 45, paragrafo 4, TFUE riguarda alcuni rapporti di lavoro subordinato, mentre quella di cui all'articolo 2 del Protocollo n. 26 concerne alcuni tipi di servizio pubblico, complessivamente inteso. È quindi giocoforza constatare che l'ambito applicativo della prima esenzione certamente non è perfettamente sovrapponibile a quello della seconda, così come quest'ultimo non coinciderà del tutto con il campo di applicazione delle altre esenzioni richiamate nel presente paragrafo, ossia l'articolo 51 TFUE, la nozione di «attività non economica» e quella di «retribuzione». D'altra parte, in concreto tali esenzioni finiscono per trovare applicazione nei confronti sostanzialmente delle medesime attività, ossia quelle che costituiscono espressione del nucleo più intimo della sovranità statale. Posto che il dato pre-giuridico è il medesimo, pertanto, non sorprende che le sue varie classificazioni giuridiche – di matrice internazionale (l'esenzione per i «servizi forniti nell'esercizio dei poteri governativi» di cui all'articolo I, paragrafo 3, lettere b) e c), GATS), sovranazionale (l'esclusione per i «servizi non economici di interesse generale») o statale (si pensi alla nozione di *fonctions régaliennes*) – siano, almeno tendenzialmente, coincidenti. Sembra pertanto potersi

⁸⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs del 15 febbraio 2001, *Commissione c. Italia*, causa C-283/99, ivi, punto 26.

⁸⁹ L'espressione è di L. LA MARCA, *Osservazioni su alcune infrazioni nazionali delle norme in materia di libera circolazione*, in B. NASCIMBENE (a cura di) *La Libera Circolazione dei Lavoratori - Trent'anni di applicazione delle norme comunitarie*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 317.

concludere che, sia pure *cum grano salis*, la giurisprudenza relativa alla nozione di «impieghi nella pubblica amministrazione» di cui all'articolo 45, paragrafo 4, TFUE possa costituire un utile ausilio per chiarire la portata della nozione di «servizi non economici di interesse generale» prevista all'articolo 2 del Protocollo n. 26, allegato al Trattato di Lisbona.

5. Gli obblighi di servizio universale

L'espressione «servizio universale», categoria concettuale tipica degli ordinamenti di *common law*, è introdotta per la prima volta nel lessico del diritto dell'Unione Europea nell'ambito della disciplina delle telecomunicazioni⁹⁰ ed è definita dalla *Comunicazione sui servizi di interesse generale* del 2001 come «l'insieme minimo di servizi di qualità specificata il cui accesso è garantito a tutti gli utilizzatori e consumatori, conformemente alle specifiche condizioni nazionali, ad un prezzo accessibile».⁹¹

Come opportunamente rilevato, il concetto di «servizio universale», nasce con finalità «difensive» nel contesto della libera-

⁹⁰ Sul punto, V. SOTTILI, *Servizio pubblico e diritto comunitario* in L. G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino 2001, p. 23.

⁹¹ Comunicazione della Commissione *I servizi d'interesse generale in Europa (2001)*, cit., definizione di servizio universale. In dottrina, la tematica del servizio universale è stata approfondita prevalentemente con riferimento a singoli ambiti settoriali. Limitandosi ai contributi di carattere generale, si vedano W. SAUTER, *Services of general economic interest and universal service in EU law*, in *European Law Review* 2008, vol. 33, p. 167-193; M. ZINZI, *Il complesso equilibrio tra la libera concorrenza, gli oneri per le licenze individuali e le esigenze del servizio universale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007 fasc. 1, pp. 436-439; G. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, Giuffrè, 2002; G. NAPOLITANO, *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, in *Mercato concorrenza regole*, 2000, pp. 429-455; V. GASPARINI CASARI, *Il servizio universale*, in *Il Diritto dell'economia*, 2000, pp. 263-289; G. TELESE, *Servizio di interesse economico generale e servizio universale nella giurisprudenza e nella normativa comunitaria*, in *Jus*, 1999, pp. 947-966.

lizzazione delle *public utilities* al fine di preservare, almeno in parte, la funzione sociale che originariamente caratterizzava il servizio pubblico nei settori in questione.⁹² La definizione e la garanzia del servizio universale assicurano che nel corso della fase di transizione dal monopolio alla libera concorrenza siano mantenute per tutti gli utilizzatori e tutti i consumatori l'accessibilità e la qualità dei servizi esistenti.

Dal punto di vista del riparto di competenze, il servizio universale ha natura bifronte: gli obblighi di servizio universale sono di norma previsti da atti di diritto dell'Unione Europea (tipicamente direttive di armonizzazione con portata settoriale), ma sono suscettibili di integrazione a livello nazionale e locale. Ai sensi dell'articolo 36 della Carta dei diritti fondamentali, infatti, l'Unione riconosce e rispetta l'accesso ai servizi di interesse economico generale e, in base ad un'interpretazione sistematica, anche la parità di trattamento tra donne e uomini e la lotta a tutte le forme di discriminazione nell'accesso ai servizi in parola. Inoltre, la nozione di «servizio universale» deve essere letta in funzione del principio di sussidiarietà, permettendo agli Stati membri di riempire di contenuto le prestazioni che formano oggetto del servizio universale. Inoltre, agli Stati membri è di norma riconosciuto il potere di specificare ulteriori obblighi di servizio pubblico.⁹³

Quello di «servizio universale» costituisce peraltro un concetto mutevole, che occorre aggiornare periodicamente settore per settore in relazione al progresso tecnologico ed alle esigenze dell'utenza.⁹⁴ Nel campo delle comunicazioni elettroniche, ad

⁹² C. IANNELLO, *Poteri pubblici e servizi privatizzati*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 129; L. SOLIMENE, *Servizio universale, liberalizzazione dei mercati e regolamentazione dei servizi di pubblica utilità*, in *Economia pubblica*, 2002, vol. 32, pp. 5-40; W. BAUMOL, *A ciascuno il tuo: concorrenza e servizio universale*, in *Mercato concorrenza regole*, 1999, pp. 65-77.

⁹³ Comunicazione della Commissione *I servizi d'interesse generale in Europa* (2001), cit., punto 15.

⁹⁴ In tal senso, v. L. RADICATI DI BROZOLO, *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni*, Milano, 1998, p. 138 ss.. Sul punto v. altresì M. MARINIELLO,

esempio, la declinazione del concetto di servizio universale è demandata ad uno specifico provvedimento normativo, la direttiva 2002/22⁹⁵ (recentemente modificata dalla Direttiva 2009/136/CE⁹⁶) che prevede obblighi in tema di accesso universale a prezzi ragionevoli, di elenchi abbonati, di telefoni a pagamento, di misure speciali per gli utenti disabili ecc.

Meno agevole è invece porre in rapporto la nozione di «servizio universale» con quella di «servizio pubblico». In base ad un primo orientamento, la prima nozione costituirebbe l'equivalente della seconda nel contesto del diritto dell'Unione Europea.⁹⁷ In base ad un altro orientamento,⁹⁸ invece, le due nozioni

Il servizio universale nel settore delle comunicazioni elettroniche: attuali modalità di finanziamento ed ipotesi di riforma, in *Il Diritto dell'economia*, 2007 fasc. 4, pp. 721-751; I. NASTI, *Il servizio universale nel nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, 2004, pp. 39-59; G. ROMANO, *Sul servizio universale nel settore delle telecomunicazioni*, in *Il Foro amministrativo T.A.R.*, 2002, pp. 944-956.

⁹⁵ Direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale), in *GUCE* L 108 del 24 aprile 2002, pp. 51-77.

⁹⁶ Direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 recante modifica della direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori, in *GUUE* L 337 del 18 dicembre 2009, pp. 11-36.

⁹⁷ M. CABIDDU, *Pubblicità come attributo dei servizi e non del soggetto gestore. I servizi essenziali ex art. 43 costituzione e i servizi corrispondenti ai diritti sociali*, in *Jus*, 1999, p. 923.

⁹⁸ J. CHEVALLIER, *Le service public*, Parigi, 1997, 112. Secondo N. RANGONE, *I servizi pubblici*, p. 23, il servizio universale si distinguerebbe dal servizio pubblico in quanto il primo non implica necessariamente la gestione riservata e poiché comporta, oltre all'obbligo di prestazione, anche un obbligo di predisposizione consistente nell'istituzione del servizio in questione in tutte le zone geografiche e le fasce orarie specificate ad un prezzo accessibile a tutti i consociati.

sarebbero distinte: in quanto insieme di prestazioni minime, il servizio universale non rappresenterebbe che una parte di un preesistente servizio pubblico dai contenuti più ampi; diversa sarebbe poi l'opzione culturale sottesa ai due concetti, nella misura in cui la tutela di valori sociali e interessi collettivi, alla base dei servizi pubblici, non coinciderebbe con la garanzia degli interessi individuali dei clienti, cui è preordinata l'imposizione di obblighi di servizio universale.⁹⁹

Si ritiene maggiormente condivisibile il secondo orientamento, sebbene per ragioni diverse da quelle illustrate. Se la distinzione tra la cura di interessi collettivi e quella di interessi individuali presuppone un orizzonte concettuale alieno al diritto dell'Unione Europea, di pregio è l'argomentazione secondo la quale il servizio universale rappresenterebbe solo una «parte» del servizio pubblico, non tanto, però, per la «minor forza» con cui gli obblighi di servizio universale difenderebbero i valori sociali rispetto ai servizi pubblici tradizionalmente intesi, quanto per una differenza di tipo qualitativo. Il concetto di «obbligo di servizio universale», difatti, ricomprende solo gli ultimi due elementi della definizione stipulativa di «servizio pubblico» fornita al paragrafo 4 del capitolo 1 – ossia la doverosità e la determinazione delle prestazioni nell'interesse pubblico – ponendo in ombra il carattere qualificato dell'interesse pubblico alla cui soddisfazione è preordinata l'attività in questione. In altre parole, mentre la nozione di «servizio pubblico» individua al contempo lo *status* del prestatore del servizio (di solito soggetto ad un regime giuridico di carattere derogatorio rispetto al diritto comune) e le prestazioni che detto soggetto è tenuto a garantire, quella di «servizio universale» riguarda unicamente quest'ultimo aspetto.¹⁰⁰

Tale ricostruzione del rapporto fra la nozione di «servizio

⁹⁹ C. IANNELLO, *op. cit.*, p. 131.

¹⁰⁰ Interessante è la ricostruzione di M. CABIDDU, *op. cit.*, p. 922, secondo il quale il concetto di «servizio universale» dovrebbe essere posto in relazione con la categoria giuridica italiana del «servizio pubblico essenziale».

pubblico» e quella di «servizio universale» ha trovato conferma, da ultimo, nella citata sentenza del Tribunale nella causa *BUPA*.¹⁰¹ In tale occasione, il Tribunale ha innanzitutto affermato che, ai fini della qualificazione di un servizio come «servizio di interesse (economico) generale» – nozione, come si è visto, funzionalmente equivalente a quella di «servizio pubblico» – non è necessario che lo stesso sia «un servizio universale in senso stretto», ossia rivolto all'intera popolazione o alla totalità del territorio.¹⁰² Difatti, benché il servizio universale *stricto sensu* corrisponda al tipo di servizio di interesse economico generale più diffuso negli Stati membri, ciò non esclude l'esistenza di altri tipi di servizio di interesse economico generale che non presentino le predette caratteristiche.

In conclusione, la nozione di «servizio universale» non si presta ad operare come esenzione relativa ai servizi pubblici nell'ambito del diritto dell'Unione se non indirettamente, ossia in quanto elemento rivelatore, ma non indefettibile, della più ampia nozione di servizio di interesse generale.¹⁰³ Al contrario, gli obblighi di servizio universale costituiscono la forma tipica delle clausole di regolamentazione relative ai servizi pubblici contenute nel diritto derivato.

¹⁰¹ Sentenza del Tribunale di primo grado del 12 febbraio 2008, *BUPA*, cit..

¹⁰² *Ibid.*, punto 186.

¹⁰³ La nota n. 4 della Comunicazione della Commissione *I servizi d'interesse generale in Europa (2001)*, cit., afferma: «La nozione di servizio universale e quella di obbligo di servizio pubblico sono state riconosciute nella giurisprudenza della Corte di giustizia (causa C-320/91, *Corbeau*, Racc. 1993; causa C-393/92, *Almelo*, Racc. 1994)». Dalla lettura di tali pronunce, peraltro, sembra evincersi il contrario: la nozione di servizio universale non figura in alcuna di esse, mentre un solo riferimento al «pubblico servizio» si rinviene al par. 30 della sentenza *Almelo*. Non sorprende, al contrario, la circostanza che in entrambi i provvedimenti si faccia più volte menzione del concetto di «impresa incaricata della gestione di servizi di interesse economico generale». In dottrina, cfr. C. IANNELLO, *op. cit.*, p. 129: «l'adempimento degli obblighi di servizio universale rappresenta, insomma, una condizione sufficiente per la previsione di un regime derogatorio per le imprese incaricate dello svolgimento di un servizio di interesse economico generale».

6. I servizi sociali di interesse generale ed i servizi sanitari

La categoria relativa ai servizi pubblici di più recente elaborazione nell'ambito del diritto dell'Unione è quella dei «servizi sociali di interesse generale», tematica di crescente interesse negli ultimi anni¹⁰⁴ ed oggetto, nel 2006, di una specifica comunicazione della Commissione.¹⁰⁵

La *Comunicazione sui Servizi Sociali* fa infatti seguito al *Libro bianco sui servizi d'interesse generale*, in cui si preannunciava un approccio sistematico al fine di riconoscere e descrivere le caratteristiche specifiche dei servizi sociali d'interesse generale ed individuare possibili prospettive di modernizzazione, proposito che è stato successivamente ribadito nell'*Agenda Sociale*¹⁰⁶ e nel *Programma comunitario* di Lisbona.¹⁰⁷ La specificità dei ser-

¹⁰⁴ In dottrina, si vedano in particolare F. COSTAMAGNA, *Servizi socio-sanitari: concorrenza e libera circolazione dei servizi nel diritto dell'Unione Europea*, ESI, Napoli, 2009; S. GOBBATO, *Diritto comunitario della concorrenza e servizi di interesse generale di carattere sociale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2005, pp. 797-816; P. HERRMANN, A. BRANDSTÄTTER e C. O'CONNELL, *Defining social services in Europe: between the particular and the general*, Baden-Baden: Nomos, 2007; A. PIZZO FERRATO, *Libertà di concorrenza e diritti sociali nell'ordinamento UE*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2010, pp. 523-549; O. POLLICINO e V. SCIARABBA, *I servizi sociali tra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale in prospettiva comparata*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, pp. 968-998.

¹⁰⁵ Comunicazione della Commissione *Attuazione del programma comunitario di Lisbona - I servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea*, SEC(2006) 516, COM/2006/0177 def., non pubblicata in Gazzetta Ufficiale. In dottrina, cfr. L. DRIGUEZ, *Services sociaux d'intérêt général et droit communautaire: entre spécificité et banalisation*, in *AJDA hebdo: L'Actualité juridique. Droit administratif* 2008, vol. 64, pp. 191-197; P. OLIVELLI, *La conferenza di Vienna sui servizi sociali di interesse generale*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2006, pp. 553-558; M. DONY, *Services sociaux d'intérêt général et droit communautaire*, in *Transnational Associations: The review of the Union of International Associations*, 2004, pp. 299-307.

¹⁰⁶ Comunicazione della Commissione sull'Agenda sociale del 9 febbraio 2005, COM(2005) 33.

¹⁰⁷ Commission staff working document del 20 luglio 2005, *Common Actions for Growth and Employment: The Community Lisbon Programme*, COM(2005) 330 final, SEC(2005) 981.

vizi in questione risulta inoltre ribadita dal fatto che la Direttiva servizi espressamente esclude dal proprio ambito applicativo i «servizi sociali riguardanti gli alloggi popolari, l'assistenza all'infanzia e il sostegno alle famiglie e alle persone temporaneamente o permanentemente in stato di bisogno»¹⁰⁸

Materia assai affine a quella dei servizi sociali è quella dei servizi sanitari,¹⁰⁹ anch'essi sottratti all'applicazione della Direttiva servizi in ragione di un'esplicita esclusione introdotta il 16 febbraio 2006 a seguito della votazione del Parlamento europeo in prima lettura.¹¹⁰ Facendo seguito agli impegni presi nella *Strategia annuale* per il 2007,¹¹¹ il 2 luglio 2008 la Commissione ha presentato una proposta di direttiva sull'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera.¹¹² Tale proposta riguarda unicamente «la prestazione di assistenza sanitaria ai pazienti, indipendentemente dalle relative modalità

¹⁰⁸ Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno («La direttiva servizi»), in *GUUE* L 376 del 27 dicembre 2006, pp. 36–68, articolo 2, paragrafo 2, lettera j).

¹⁰⁹ Sul punto V. ŠPIDLA (a cura di), *Les services sociaux et de santé d'intérêt général : droits fondamentaux versus marché intérieur: une contribution au débat communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

¹¹⁰ COM(2006) 160 del 4 aprile 2006. Sull'impianto originario della direttiva, cfr. M. COMPARINI, *Proposition de directive services: contribution au débat*, in *La gazette du palais* 2005, vol. 125, pp. 1567-1588; M. GARABIOL-FURET, *La directive Bolkestein, bouc émissaire d'une Europe incertaine*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2005, pp. 295-302; C. MCCREEVY e H. RÜHLE, *Debating the EU Services Directive*, in *CESifo Forum*, 2005, vol. 6, pp. 29-31.

¹¹¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Strategia politica annuale per il 2007*, COM(2006) 122 del 14.3. marzo 2006, p. 11.

¹¹² Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 2 luglio 2008, concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera, COM(2008) 414 def.. Si veda inoltre la Comunicazione della Commissione, del 2 luglio 2008, *Quadro comunitario concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera*, COM(2008) 415 def..

di organizzazione, di prestazione e di finanziamento» e non richiede agli Stati membri di rimborsare i costi dell'assistenza sanitaria prestata da fornitori di assistenza sanitaria stabiliti sul loro territorio se detti fornitori «non fanno parte del [loro] sistema di sicurezza sociale o del [loro] sistema sanitario nazionale». ¹¹³

Volgendo nuovamente lo sguardo ai «servizi sociali di interesse generale», occorre innanzitutto premettere che essi non rappresentano un *tertium genus* rispetto ai «servizi di interesse economico generale» ed ai «servizi non economici di interesse generale». La *Comunicazione sui servizi di interesse generale* del 2007, difatti, precisa che i servizi sociali «possono avere carattere economico o non economico in funzione dell'attività in questione». ¹¹⁴

Quanto alle attività concretamente rientranti nella nozione di «servizi sociali di interesse generale», nella *Comunicazione sui Servizi Sociali* la Commissione ha individuato, escludendo i servizi sanitari, due macrocategorie: ¹¹⁵ innanzitutto, i regimi legali e complementari di sicurezza sociale, organizzati in vario modo (organizzazione mutualistica o professionale), che comprendono i principali rischi della vita, quali quelli connessi alla salute, all'invecchiamento, agli infortuni sul lavoro, alla disoccupazione, alla pensione e all'invalidità; in secondo luogo, gli altri servizi prestati direttamente alla persona quali i servizi di assistenza sociale, i servizi per l'occupazione e la formazione, l'edilizia popolare e le cure a lungo termine. ¹¹⁶

¹¹³ Ibid. articolo 2.

¹¹⁴ Comunicazione della Commissione *I servizi d'interesse generale* (2007), cit., paragrafo 2.1, ultimo capoverso. Per alcuni esempi di servizi sociali di natura economica e non, si veda Commission staff working document, *Annexes to the Communication from the Commission on Social services of general interest in the European Union: Socio-economic and legal overview*, COM(2006) 177 final, SEC/2006/0516, pp. 16-18.

¹¹⁵ Comunicazione della Commissione *I servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea*, cit., paragrafo 1.1., primo e secondo trattino.

¹¹⁶ Per un'analisi approfondita della situazione nei vari Stati membri, cfr.

Elemento comune ai vari tipi di servizi sociali di interesse generale è il carattere essenziale delle esigenze che sono destinati a soddisfare, garantendo in tal modo l'applicazione di diritti fondamentali quali la dignità e l'integrità fisica della persona umana.¹¹⁷ Le consultazioni condotte dalla Commissione con gli Stati membri e la società civile hanno rivelato che, nello svolgimento della loro missione d'interesse generale, i servizi sociali presentano uno o più dei seguenti criteri di organizzazione: gestione fondata sul principio di solidarietà; carattere globale e personalizzato delle prestazioni fornite; assenza di scopo di lucro; partecipazione di soggetti volontari; forte radicamento connesso a tradizioni culturali locali; rapporti complessi e diversificati fra coloro che forniscono il servizio ed i beneficiari.¹¹⁸

I servizi sociali di interesse generale sono, tipicamente, organizzati a livello locale e fortemente dipendenti dal finanziamento pubblico.¹¹⁹ Ne consegue che gli stessi possono facilmente rientrare nell'ambito di applicazione di varie norme di diritto dell'Unione, come chiarito dalla *Comunicazione sui Servizi Sociali*. Se le autorità pubbliche, ad esempio, decidono di affidare la prestazione di un servizio sociale ad un partner esterno o di cooperare con il settore privato a mezzo di un partenariato, può trovare applicazione la normativa in materia di appalti pubblici e concessioni, almeno con riferimento ai principi di trasparenza, di parità di trattamento e di proporzionalità.¹²⁰ Inoltre,

Commission staff working document *Biennial Report on social services of general interest*, SEC/2008/2179, COM(2008) 418 final, non pubblicato in Gazzetta Ufficiale.

¹¹⁷ P. HERRMANN, A. BRANDSTÄTTER, e C. O'CONNELL (a cura di), *Defining social services in Europe: between the particular and the general*, Baden-Baden, Nomos, 2007.

¹¹⁸ Ibid., ultimo trattino.

¹¹⁹ Tale quadro, ad esempio, emerge chiaramente dal recente studio sui servizi sociali in Francia di F. PASCAL, *Quel cadre juridique européen pour les services sociaux d'intérêt général?*, in *Journal officiel de la République française. Avis et rapports du Conseil économique et social*, 2008, n. 12, 17 aprile 2008.

¹²⁰ Ibid., paragrafo 2.2.1..

l'autorità pubblica può decidere di accordare ad un prestatore di servizi sociali una compensazione finanziaria a copertura degli oneri connessi allo svolgimento della propria missione sociale d'interesse generale. In tal caso sono le norme in materia di aiuti di Stato a venire in rilievo, con precipuo riferimento alla sentenza *Altmark*¹²¹ e, in subordine, all'articolo 106, paragrafo 2, TFUE.

I «servizi sociali di interesse generale» rappresentano pertanto una categoria intimamente connessa alla nozione di servizio pubblico, sebbene spesso soggetta all'applicazione delle norme contenute nei Trattati in materia di libera circolazione e concorrenza.¹²² Nondimeno, nella misura in cui tali servizi presentano alcuni requisiti (es. non economicità dell'attività, gestione basata sul principio di solidarietà ecc.) essi possono rientrare nella nozione di «servizi non economici di interesse generale» di cui all'articolo 2 del Protocollo n. 26 allegato al Trattato di Lisbona.

¹²¹ Sentenza 24 luglio 2003, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg c. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, causa C-280/00, in *Racc.*, p. I-7747.

¹²² Quanto all'applicabilità ai servizi sociali delle norme di concorrenza, cfr. P. THIEFFRY, *Les services sociaux d'intérêt général sont-ils des entreprises?* in *AJDA hebdo: L'Actualité juridique. Droit administratif*, 2007, vol. 63, pp. 1331-1337.

CONCLUSIONI

L'analisi della nozione di «servizio pubblico» nell'ambito del diritto dell'integrazione economica ha innanzitutto evidenziato come tale concetto non appartenga a titolo originario a detto contesto, ma costituisca generalmente oggetto di «presupposizione» sulla base di categorie e nozioni di natura fondamentale statale. Pertanto, si è ritenuto opportuno illustrare il contenuto di detta «presupposizione», formulando una definizione stipulativa della nozione di «servizio pubblico» impiegata nel contesto del presente lavoro.

Tale operazione ha evidenziato ulteriori criticità. In primo luogo, il metodo diairetico si è rivelato inidoneo a razionalizzare un dato positivo estremamente frammentario ed eterogeneo. La nozione di «servizio pubblico», difatti, non solo si manifesta in forme molto diverse nei vari ordinamenti nazionali, ma, anche nell'ambito del medesimo sistema giuridico, assume significati diversi a seconda del plesso di norme nel quale si inserisce. Ciò ha indotto, in secondo luogo, a fare riferimento a concetti economici quali quello di «beni pubblici» e «beni meritori». Anche tale approccio, peraltro, non ha consentito la formulazione di una definizione stipulativa di «servizio pubblico», posto che la nozione di «beni pubblici» si è rivelata troppo angusta rispetto all'attuale portata dell'intervento pubblico nell'economia, mentre quella di «beni meritori», a confronto con il medesimo parametro, è risultata troppo vasta. In terzo luogo, si è cercato di individuare gli elementi «strutturali» della nozione di «servizio pubblico» traendo ispirazione, tra le altre, dalle più influenti concettualizzazioni della giuspubblicistica italiana e francese. Sebbene alcuni di tali elementi si sono rivelati contingenti, tale approccio ha consentito di pervenire ad una definizione stipulativa della nozione di «servizio pubblico» sufficientemente ampia da essere impiegata nel contesto dell'integrazione economica.

La definizione di servizio pubblico prescelta, pertanto, ha carattere funzionale e consta di tre elementi: i) il *carattere qualificato dell'interesse pubblico* alla cui soddisfazione è preordinata l'attività in questione; ii) il *carattere doveroso della prestazione* di detta attività per l'amministrazione o per il soggetto da essa incaricato; iii) l'«*attività conformativa dell'amministrazione*» o la «*determinazione dell'offerta*» da parte dei pubblici poteri rispetto alle condizioni quantitative e qualitative che caratterizzerebbero l'attività in parola in regime di libero mercato.

L'approfondimento dei fondamenti teorici dell'integrazione economica ha evidenziato che la liberalizzazione degli scambi di servizi è strumentale al miglioramento del benessere delle parti e che, nell'ambito dei mercati generalmente considerati «servizi pubblici», tale obiettivo può essere conseguito unicamente permettendo alle parti dell'accordo un certo margine di intervento in detti settori per prevenire o rettificare i fallimenti del mercato.

La nozione di «servizio pubblico» fatta propria dagli accordi di integrazione economica, pertanto, è risultata funzione di un bilanciamento tra la liberalizzazione degli scambi ed il suo necessario complemento, ossia l'intervento pubblico nell'economia. In particolare, si è evidenziato che tale bilanciamento può evolvere sulla base di quattro *patterns* fondamentali: i) in caso di modifica espressa delle regole dell'accordo di integrazione economica, ii) in seguito ad azioni individuali o concertate delle parti dell'accordo al di fuori della struttura istituzionale del medesimo, iii) in funzione della legislazione adottata dall'organizzazione internazionale cui compete l'attuazione dall'accordo o dell'interpretazione autentica delle disposizioni dell'accordo fornita da un organo di detta organizzazione, iv) quale conseguenza indiretta della delegazione di poteri a detta organizzazione internazionale, tipicamente quando tali poteri attengono alla risoluzione delle controversie tra le parti.

La manifestazione più frequente della nozione di «servizio pubblico» nell'ambito degli accordi di integrazione economica è risultata la previsione di clausole di «esenzione», ossia di dispo-

sizioni che sottraggono alcune attività considerate «servizi pubblici» all'ambito applicativo degli obblighi di liberalizzazione dell'accordo in questione, consentendo alle parti di tale accordo di sottoporre dette attività a forme di intervento pubblico. Dal momento che le clausole di esenzione consentono unicamente di ridurre la portata degli obblighi di liberalizzazione, lasciando agli Stati ampia discrezionalità relativamente alla misura dell'intervento pubblico, si è evidenziato come alcuni accordi di integrazione economica rechino altresì clausole di «regolamentazione», volte a disciplinare in modo diretto la portata dell'intervento pubblico consentito.

Nell'ambito del GATS, particolare rilievo hanno assunto le clausole di esenzione c.d. «individuali» derivanti dall'applicazione *à la carte* degli obblighi di liberalizzazione previsti in tale accordo. Quanto alle esenzioni «totali», particolarmente problematica è risultata la definizione dell'ambito applicativo *ratione materiae* della deroga prevista all'articolo I, paragrafo 3, lettere b) e c) GATS in favore dei servizi «forniti nell'esercizio dei poteri governativi». Al riguardo, si è proposto di interpretare i criteri di cui alla lettera c) di tale paragrafo alla luce della nozione stessa di «poteri governativi», in base ad un approccio funzionale sul modello di quello fatto proprio dall'articolo 5 degli Articoli sulla responsabilità degli Stati predisposti dalla Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite. Nell'ambito delle clausole di regolamentazione, invece, particolare attenzione è stata rivolta alle previsioni di cui all'Allegato sulle telecomunicazioni e del *Reference paper*, posto che in tali documenti sono state rinvenute disposizioni che operano un autentico bilanciamento tra gli obblighi di servizio universale e di servizio pubblico gravanti sugli operatori di telecomunicazioni in base alle discipline nazionali. Peraltro, è emerso un quadro complessivo di sostanziale indifferenza del GATS nei confronti delle considerazioni di interesse generale generalmente sottese alla disciplina dei servizi pubblici a livello nazionale. Del pari, è risultato che detto accordo non sembra aver fatto propria un'autonoma nozione di «servizio pubblico».

La disamina della nozione di «servizio pubblico» nel contesto del diritto dell'Unione Europea ha evidenziato due fondamentali specificità: la «permeabilità» del diritto dell'Unione alle considerazioni di interesse generale inerenti ai servizi pubblici e l'elaborazione di un sofisticato apparato concettuale autonomo relativo alla nozione di «servizio pubblico».

La prima di tali specificità è emersa chiaramente dalla disamina delle clausole di esenzione relative ai servizi pubblici. Le considerazioni di interesse generale sottese alla previsione dei servizi pubblici possono infatti condizionare, ed in alcuni casi precludere del tutto, l'applicazione del diritto dell'Unione. Mentre in alcuni casi ciò era stato preventivato dai redattori del Trattato di Roma mediante la previsione di apposite deroghe (come nel caso della deroghe di cui agli articoli 45, paragrafo 4, 51, 106, paragrafo 2, e 346 TFUE per gli «impieghi nella pubblica amministrazione», le attività connesse «all'esercizio dei pubblici poteri», le imprese «incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale» e la «sicurezza nazionale»), in altri casi è stata la Corte di giustizia ad introdurre delle deroghe «implicite» (si pensi alla nozione di «attività non economica» ai fini delle regole di concorrenza, al concetto di «retribuzione» nel contesto della libera circolazione dei servizi», al requisito del «vantaggio economico» nell'ambito degli aiuti di Stato secondo la giurisprudenza *Altmark* ecc.).

Inoltre, è stato suggerito che le deroghe espresse e le esigenze imperative in materia di libera circolazione consentono, ad alcune condizioni, il bilanciamento delle libertà fondamentali con considerazioni attinenti ai servizi pubblici, in particolare quando queste ultime trovano consacrazione in disposizioni di diritto primario e, segnatamente, nella Carta dei diritti fondamentali. Meno immediato, ma pur sempre possibile è risultato il bilanciamento tra tali considerazioni di interesse generale e le regole di concorrenza attraverso l'applicazione della *rule of reason* nel contesto dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, l'interpretazione teleologica dei fattori di cui al paragrafo 3 di tale articolo alla luce del diritto primario e la determinazione in funzione di

quest'ultimo del carattere abusivo della condotta rilevante ai fini dell'articolo 102 TFUE.

Sono poi emersi molteplici elementi di convergenza fra le varie esenzioni incondizionate relative ai servizi pubblici. L'esame della giurisprudenza relativa agli articoli 45, paragrafo 4, e 51 TFUE ha evidenziato varie analogie fra la deroga relativa agli «impieghi nella pubblica amministrazione» e la deroga per le attività connesse «all'esercizio dei pubblici poteri». Quest'ultima, inoltre, ha trovato parziale corrispondenza nell'«esercizio dei pubblici poteri per la cura di interessi generali», ossia uno dei due fattori ritenuto decisivo dalla giurisprudenza ai fini della qualificazione di una data attività come «non economica», con conseguente esenzione della stessa dalle regole di concorrenza. Del pari, i più recenti orientamenti relativi alla nozione di «retribuzione» ai fini della libera circolazione dei servizi hanno determinato una convergenza tra le attività prive di tale elemento e le citate attività «non economiche» nel contesto del diritto della concorrenza.

Le considerazioni di interesse generale sono risultate, del pari, centrali nelle clausole di regolamentazione relative ai servizi pubblici contenute negli atti di diritto derivato di carattere settoriale, accomunati dalla definizione a livello sovranazionale di obblighi di servizio pubblico e di servizio universale, nonché di molteplici aspetti dell'organizzazione, del finanziamento e della gestione dei servizi di interesse economico generale, con conseguente svuotamento della potestà normativa nazionale nei settori oggetto di armonizzazione.

L'analisi delle clausole di regolamentazione ha altresì rivelato la presenza nell'ambito del diritto primario di molteplici riferimenti normativi ai servizi di interesse economico generale. Al riguardo, è stato sostenuto che l'articolo 14 TFUE, l'articolo 1 del protocollo n. 26 e l'articolo 36 della Carta dei diritti fondamentali possano fungere da clausole di regolamentazione *suorum generum*, ossia idonee a determinare un'applicazione «differenziata» delle regole in materia di libera circolazione, concorrenza ed aiuti di Stato che tenga conto delle peculiarità dei servizi di interesse economico generale.

La seconda specificità del sistema sovranazionale europeo attiene, come accennato, all'elaborazione di un articolato edificio concettuale di categorie giuridiche relative alla nozione di «servizio pubblico» autonome, ancorché coordinate, alle determinazioni degli Stati membri.

La disamina condotta al riguardo ha innanzitutto evidenziato un'equivalenza funzionale, suffragata da una molteplicità di riferimenti normativi, fra la nozione di «servizio pubblico» e la categoria dei «servizi di interesse generale», che si caratterizzano, secondo una prospettiva funzionale, per il perseguimento di interessi pubblici di natura essenzialmente non economica.

Quanto ai «servizi di interesse economico generale» – categoria di enorme rilievo pratico in quanto comprensiva della maggior parte dei servizi pubblici ed in particolare delle c.d. *public utilities* – di particolare interesse è risultato il grado di «sovranazionalizzazione» di tale concetto. Mentre infatti la giurisprudenza ha chiaramente affermato la natura «sovranazionale» di altre nozioni, quale quella di «impieghi nella pubblica amministrazione» ai fini dell'articolo 45, paragrafo 4, TFUE o quella di servizi che partecipano «all'esercizio dei pubblici poteri» nell'ambito dell'articolo 51 TFUE, con conseguente irrilevanza delle classificazioni giuridiche nazionali, la nozione di «servizi di interesse economico generale» si fonda sul principio di libertà di definizione, in base al quale spetta agli Stati membri ed alle loro articolazioni territoriali attribuire tale qualificazione ad un determinato servizio. Peraltro, il potere di controllo della Commissione in caso di errore manifesto, l'enunciazione ad opera della giurisprudenza *BUPA* dei «requisiti minimi» che le missioni di interesse generale devono soddisfare e l'illustrazione all'articolo 1 del Protocollo n. 26 di alcuni dei «valori comuni» ai «servizi di interesse economico generale» sembrano limitare la portata del principio della libertà di definizione. Ciò ha consentito di descrivere la nozione di «servizi di interesse economico generale» come un «contenitore concettuale», che gli Stati possono riempire a piacimento all'interno di «bordi» definiti a livello sovranazionale, di confini la cui progressiva chiarificazione

comporterà inevitabilmente la graduale «sovrnazionalizzazione» della nozione in parola.

Quanto invece ai «servizi non economici di interesse generale» è apparso immediatamente evidente che tale nozione costituisce, ad oggi, la più rilevante «riserva di sovranità» a vantaggio degli Stati membri in materia di servizio pubblico, posto che le norme in materia di concorrenza e libera circolazione non trovano applicazione nei confronti di tale categoria di servizi. La determinazione dei confini di detta categoria – che ha trovato consacrazione normativa nel diritto primario soltanto in tempi recenti – si è rivelata problematica sulla base dei soli riferimenti normativi contenuti nei Trattati e nel diritto derivato. Si è perciò fatto ricorso alle indicazioni fornite dalla giurisprudenza relativamente alla nozione di «attività economica» nel contesto del diritto della concorrenza, di «retribuzione» nell'ambito della libera circolazione dei servizi, nonché di attività che partecipano «all'esercizio dei pubblici poteri» e di «impieghi nella pubblica amministrazione» ai fini delle deroghe di cui agli articoli 45, paragrafo 4, e 51 TFUE. Sebbene la portata di tali nozioni non possa ritenersi del tutto coincidente con quella della categoria dei «servizi non economici di interesse generale», tale operazione ha consentito di delinearne, almeno in via approssimativa, i confini, che appaiono ricomprendere quanto meno le attività intimamente connesse alla sovranità statale, quali le c.d. *fonctions régaliennes*.

Di interesse più ridotto si sono invece dimostrati gli «obblighi di servizio universale» ed i «servizi sociali di interesse generale»: i primi, in quanto costituiscono esclusivamente un elemento, peraltro eventuale, del concetto più ampio di «servizi di interesse generale»; i secondi, in quanto non costituiscono un *tertium genus* rispetto ai «servizi di interesse economico generale» ed ai «servizi non economici di interesse generale», ma comprendono alcuni servizi rientranti in tali categorie.

In definitiva, la disamina della nozione di «servizio pubblico» nell'ambito del diritto dell'Unione europea ha rivelato rilevanti specificità rispetto ad altri accordi di integrazione econo-

mica, quali il GATS. Mentre quest'ultimo è sostanzialmente indifferente alle considerazioni di interesse generale inerenti alla nozione di servizio pubblico, tali esigenze trovano ampiamente riconoscimento nell'ambito del diritto dell'Unione, potendo comportare un'applicazione «differenziata» delle regole in materia di libera circolazione, concorrenza ed aiuti di Stato a tali servizi o, in alcuni casi, l'esenzione dalle stesse. Inoltre, mentre in ambito GATS non sembra possibile individuare un'autonoma nozione di «servizio pubblico», il diritto dell'Unione europea ha elaborato, al di là delle intenzioni dei redattori del Trattato di Roma, un sofisticato apparato concettuale per la nozione di «servizi di interesse generale» e le sue articolazioni. In terzo luogo, mentre le clausole di regolamentazione contenute nel GATS si rivelano di numero ridotto e di natura rudimentale, nell'ambito del diritto dell'Unione i «servizi di interesse economico generale» costituiscono oggetto di discipline di settore particolarmente dettagliate che prevedono una ripartizione di compiti fra l'Unione e gli Stati membri. Da ultimo, si assiste, da un lato all'istituzione di enti di regolamentazione a livello europeo, dall'altro a richieste sempre più insistenti di assicurare dei servizi di interesse economico generale a livello sovranazionale.

La portata radicale di tali differenze tra il TFUE ed il GATS, a fronte della relativa similitudine di alcune delle clausole di esenzione e di regolamentazione previste nel testo dei due accordi, può spiegarsi unicamente tenendo conto della variabile istituzionale. Il carattere «agnostico» dell'approccio del GATS nei confronti della nozione di «servizio pubblico» trova infatti corrispondenza nella natura intergovernativa dell'OMC, così come la complessità del quadro regolamentare e concettuale relativo ai «servizi di interesse generale» è funzione del carattere sovranazionale o *sui generis* dell'apparato istituzionale dell'Unione Europea.

Difatti, nell'ambito del diritto dell'Unione, l'adozione di atti di diritto derivato di carattere vincolante ha contribuito in modo sostanziale allo sviluppo di concetti quali quello di «servizi di interesse generale», di «servizio universale» ecc.. Ciò è stato

possibile grazie all'omogeneità ed al numero ridotto degli Stati Membri, all'ampio ricorso al voto a maggioranza qualificata ed all'attivismo della Commissione nella fase di iniziativa legislativa e nell'adozione di orientamenti e comunicazioni. L'assenza di un simile processo eidopoietico in seno all'OMC, pertanto, sarebbe imputabile al ricorso generalizzato al voto per *consensus*, al carattere fortemente limitato dei poteri del Segretariato ed alle disomogeneità economiche, culturali e giuridiche sussistenti fra i 153 Membri di tale organizzazione intergovernativa. Tali fattori rendono chimerico persino il raggiungimento della maggioranza dei tre quarti necessaria ai fini dell'interpretazione autentica di una disposizione di un accordo multilaterale, quale il controverso riferimento ai servizi forniti «nell'esercizio di poteri governativi» di cui all'articolo I, paragrafo 3, lettere b) e c), GATS.

In realtà la questione è ben più articolata. È infatti noto che, prima dell'introduzione del voto a maggioranza qualificata ad opera dell'Atto unico europeo, il Consiglio era paralizzato dal c.d. Compromesso di Lussemburgo, non meno di quanto gli organi dell'OMC siano oggi ostacolati dalla regola del *consensus*. Eppure, i lineamenti essenziali delle nozioni di «servizio di interesse economico generale», di attività che partecipano «all'esercizio dei pubblici poteri» e di impieghi «nella pubblica amministrazione» erano già stati chiariti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Le carenze iniziali della Comunità in termini di sovranazionalità decisionale, difatti, sono state compensate dallo sviluppo della sua sovranazionalità normativa, una caratteristica che, ad oggi, non può ravvisarsi nel contesto del diritto dell'OMC.

In particolare, il diritto dell'Unione, a differenza del diritto dell'OMC, può dare luogo a posizioni giuridiche soggettive tutelabili innanzi alle giurisdizioni nazionali anche in assenza di atti interni di recepimento. Tale caratteristica, insieme alla responsabilità degli Stati per la violazione del diritto dell'Unione in base alla giurisprudenza *Francovich*, trasforma i cittadini dell'Unione in custodi della legalità dell'Unione. I giudici nazio-

nali, inoltre, possono rivolgersi alla Corte di giustizia attraverso il procedimento di rinvio pregiudiziale, mentre i singoli possono impugnare gli atti dell'Unione ritenuti pregiudizievoli direttamente innanzi al Tribunale. I precedenti della Corte di giustizia, inoltre, sono vincolanti in tutti gli Stati membri relativamente alla validità ed all'interpretazione del diritto dell'Unione. In tale contesto, accade che, come affermato da Rudolph von Jhering, la lotta di ciascuno per la tutela dei propri diritti contribuisce allo sviluppo dell'ordinamento giuridico nel suo complesso. Non sorprende pertanto come, nei primi decenni di vita della Comunità, la chiarificazione della portata delle varie esenzioni relative ai servizi pubblici contenute nel Trattato sia avvenuta grazie alla giurisprudenza, piuttosto che attraverso la legislazione.

Nel contesto OMC, il *judicial lawmaking* non assume una portata paragonabile. Difatti, l'Organo di appello ed i *panels* depositano ogni anno un numero piuttosto ridotto di rapporti e ciò anche perché solo i Membri OMC sono legittimati ad agire. Inoltre, sebbene l'articolo VI, paragrafo 2, lettera a) del GATS imponga ai Membri OMC di istituire tribunali per assicurare un tempestivo sindacato sulle decisioni amministrative che interessano gli scambi di servizi, tale disposizione non prevede un meccanismo di cooperazione tra giudici simile al rinvio pregiudiziale di cui all'articolo 267 TFUE, con la conseguenza che l'interpretazione delle regole del GATS fornita dai predetti tribunali nazionali è destinata a rimanere sconosciuta sia agli altri Membri dell'OMC sia all'Organo di risoluzione delle controversie e non può perciò contribuire all'elaborazione di una nozione autonoma di «servizi pubblici» nell'ambito del GATS.

In conclusione, le specificità dell'approccio del diritto dell'Unione Europea alla nozione di «servizio pubblico», rispetto a quello di altri accordi di integrazione economica, quali il GATS, appaiono fortemente correlate alla struttura istituzionale *sui generis* che caratterizza il modello sovranazionale europeo.

BIBLIOGRAFIA

- ABEL J., *Entry Into Regulated Monopoly Markets: The Development of a Competitive Fringe in the Local Telephone Industry*, in *Journal of Law and Economics*, 2002, vol. 45, p. 289 ss.
- ADLUNG R., *Public services and the GATS*, in *Journal of International Economic Law*, vol. 9, pp. 455-485
- ALESSI R., *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Giuffrè, Milano, 1956.
- APPIANO E., *L'influenza del diritto comunitario sui processi di privatizzazione negli Stati membri*, in L. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 89-128
- ARENA A., MARTIRE J., NOCERINO R., TORINO A. (a cura di), *Codice dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008
- ARENA A., *The Doctrine of Union Preemption in the EU Internal Market: between Sein and Sollen*, in *Columbia Journal of European Law*, 2011, vol. 17 (in corso di pubblicazione)
- ARENA A., *The GATS Notion of Public Services as an Instance of Intergovernmental Agnosticism: Comparative Insights from the EU's Supranational Dialectic*, in *Journal of World Trade*, 2011, vol. 45 (in corso di pubblicazione)
- BAIGENT N., *Social choice and merit goods*, in *Economics Letters*, 1981, vol. 7, pp. 301-305
- BALASSA B., *The Theory of Economic Integration*, Londra, Allen & Unwin, 1961
- BAQUERO CRUZ J., *Beyond Competition: Services of General interest and European Community Law*, in G. DE BÚRCA (a cura di), *EU Law and the Welfare State, in Search of Solidarity*, OUP, Oxford, pp. 169-212
- BARNARD C., *The Substantive Law of the EU: the Four Freedoms*, OUP, Oxford, 2007
- BARRILLON R., *Droit administratif*, PUF, Parigi, 1979

- BARTOSCH A., *Why did the Court of Justice respond in Ferring?*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2002, p. 1 ss.
- BAUBY P., SIMILIE M., *Public Services in the European Union and in the 27 Member States*, 2010
- BAUMOL W., *A ciascuno il tuo: concorrenza e servizio universale*, in *Mercato concorrenza regole*, 1999, p. 65 ss.
- BEENEN J., *Citizenship, Nationality and Access to Public Service Employment: the Impact of European Community Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2001
- BELL J., KENNEDY T., *La notion de service public au Royaume-Uni et en Irlande*, in F. MODERNE e G. MARCOU (a cura di), *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union européenne*, L'Harmattan, Parigi, 2001, pp. 225-258
- BELLANTE F., *I servizi di interesse generale: la gestione del riorientamento*, Torino, Giappichelli, 2005
- BÉNOIT F., *Le droit administratif français*, Dalloz, Parigi, 1968
- BERTONAZZI L. e VILLATA R., *Servizi di interesse economico generale*, in M. CHITI e G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 1793-1896
- BESLEY T., *A simple model for merit good arguments*, in *Journal of Public Economics*, 1988, vol. 35, pp. 371-383
- BIONDI A., *BUPA v. Commission*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2008, pp. 401-407
- BIONDI A., *Justifying State Aid: The Financing of Services of General Economic Interest* in TRIDIMAS T. e NEBBIA P. (a cura di) *European Union Law for the Twenty-First Century - Rethinking the New Legal Order*, Hart, Oxford, 2004, p. 259 ss.
- BLOMQUIST S., MICHELETTO L., *Optimal redistributive taxation when government's and agents' preferences differ*, in *Journal of Public Economics*, 2006, vol. 90, pp. 1215-1233
- BOEGER N., *Solidarity and EC competition law*, in *European Law Review* 2007, vol. 32, pp. 319-340
- BOUAL J., BRACHET P. e HISZKA M. (a cura di), *Public services in Europe: Germany, Italy, Sweden, United Kingdom, Bulgaria, Czech Republic, Estonia, Hungary, Latvia, Lithuania, Poland, Romania, Slovakia*, Publisud, Parigi, 2007
- BOVIS C., *Financing services of general interest in the EU: how do public procurement and state aids interact to demarcate between market forces and protection?*, in *European Law Journal*, 2005, vol. 11, p. 79 ss.

- BRADLEY C., KELLEY J., *The Concept of International Delegation*, in *Law And Contemporary Problems*, 2008, vol. 71, p. 26 ss.
- BRAIBANT G., STIRN B., *Le droit administratif français*, Dalloz, Parigi, 2005
- BRANCASI A., *Il servizio pubblico di trasporto terrestre e la liberalizzazione dei servizi pubblici a carattere imprenditoriale* in A. BRANCASI (a cura di) *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 30 ss.
- BRONCKERS M., LAROUCHE P., *Telecommunications Services and the World Trade Organization*, in *Journal of World Trade*, 1997, vol. 31, pp. 6-7
- BROWN P., *The failure of market failures*, in *Journal of Socio-Economics*, 1992, vol. 21, pp. 1-24
- BROWNLIE I., *Principles of Public International Law*, Clarendon Press, Oxford, 2003
- BRUTI LIBERATI E., DONATI F. (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2010
- BUENDIA SIERRA J., *Exclusive rights and State Monopolies under EC Law. Article 86 (formerly Articolo 90) of the EC Treaty*, OUP, Oxford, 1999
- BUONOMENNA F., *I servizi pubblici internazionali nell'epoca della globalizzazione e nel trattato di Lisbona*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 2009, pp. 91-108
- BURLEY A. e MATTLI W., *Europe Before the Court: A Political Theory of Legal Integration*, in *International Organization*, 1993, p. 234 ss.
- BURRI NENOVA M., *The Law of the World Trade Organization and the Communications Law of the European Community: On a Path of Harmony or Discord?*, in *Journal of World Trade*, 2007, vol. 41, pp. 833-878
- CABIDDU M., *Pubblicità come attributo dei servizi e non del soggetto gestore. I servizi essenziali ex art. 43 costituzione e i servizi corrispondenti ai diritti sociali*, in *Jus*, 1999, p. 923 ss.
- CAGGIANO G., *La disciplina dei servizi di interesse economico generale: contributo allo studio del modello sociale europeo*, Giappichelli, Torino, 2008
- CAMERON K., *Telecommunications and Audio-Visual Services in the Context of the WTO: Today and Tomorrow*, in D. GERADIN e D. LUFF (a cura di), *The WTO and Global Convergence in Telecom-*

- munications and Audio-Visual Services*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004
- CAMPBELL D., *Poststructuralism*, in T. DUNNE, M. KURKI, S. SMITH (a cura di) *International relations theories: discipline and diversity*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 204
- CARTEI G., *Il servizio universale*, Milano, Giuffrè, 2002
- CASSESE S., *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006, vol. 3, pp. 597-612
- CASSESE S., *La nuova costituzione economica*, GLF editori Laterza, Roma, 2007
- CASTENDYK O., DOMMERING E., SCHEUER A., *European Media Law*, Alphen a/d Rijn, 2008
- CERULLI IRELLI V., *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006, p. 747-789
- CHALMERS D., DAVIES G., e. MONTI G., *European Union law: cases and materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 833-834
- CHAPUS R., *Droit administratif général*, Montchrestien, Parigi, 1987
- CHEVALLIER J., *Le service public*, Parigi, 1997
- COASE R., *The Lighthouse in Economics*, in *Journal of Law and Economics*, 1974, vol. 17, pp. 357-376
- COMPARINI M., *Proposition de directive services: contribution au débat*, in *La gazette du palais* 2005, vol. 125, pp. 1567-1588
- CONFORTI B., *Diritto Internazionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2006
- CONFORTI B., FERRARI BRAVO L. e TIZZANO A., *Trattato Istitutivo della Comunità Economica Europea – Commentario*, Giuffrè, Milano, 1965
- COSTAMAGNA F., *Servizi socio-sanitari: concorrenza e libera circolazione dei servizi nel diritto dell'Unione Europea*, ESI, Napoli, 2009
- CRAIG P., DE BÜRCA G., *EU Law - Text, Cases, and Materials*, OUP, Oxford, 2008
- CRESPY A., *Une directive-cadre sur les services d'intérêt général en Europe: un dossier enterré?*, in *L'Année sociale* 2007, p. 222 ss.
- CROSS E., *Pre-emption of Member State law in the European Economic Community: A framework for analysis*, in *Common Market Law Review*, 1992, vol. 29, pp. 447-472

- DAVEY W., *European Integration: Reflections on its Limits and Effects*, in *Ind. J. Global Legal Stud.*, 1993, vol. 1, p. 198 ss.
- DAVIES G., *What does Article 86 EC actually do?*, in M. KRAJEWSKI, U. NEERGAARD e J. VAN DE GRONDEN (a cura di), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe: Between Competition and Solidarity*, Asser Press, L'Aia, 2009, p. 62 ss.
- DE CORAIL, *L'Approche Fonctionnelle du Service Public: Sa Réalité et ses Limites*, in *Actualité Juridique Droit Administratif*, p. 20 ss.
- DE DOMINICIS M., *Concorrenza e nozione d'impresa nella giurisprudenza comunitaria*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005.
- DE FALCO V., *Il servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni*, CEDAM, Padova, 2003
- DE RUGGIERO L., *Sul concetto di precomprensione*, in *Politica del diritto*, 1984, vol. 15, pp. 577-598
- DE VALLES A., 'I servizi pubblici' in ORLANDO V. E. (a cura di) *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Giuffrè, Milano, 1930
- DE VRIES S., *Harmonization of Services of General Economic Interest: Where There's a Will There's a Way!*, in J. VAN DE GRONDEN (a cura di), *EU and WTO Law on Services: Limits to the realization of General Interest policies within the services markets*, Kluwer Law International, 2008, pp. 155-158
- DELVOLVÉ P., *Le droit administratif*, Dalloz, Parigi, 1998
- DEMICHÉL A., *Le droit administratif: essai de réflexion théorique*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Parigi, 1978;
- DEMSETZ H., *Why Regulate Utilities?*, in *Journal of Law and Economics*, 1968, vol. 11, p. 55 ss.
- DI VIA L., *Ancora sul principio di solidarietà e la nozione d'impresa rilevante per il diritto comunitario della concorrenza*, in *Foro it.*, 1996, IV, p. 67
- DONATI F., *La regolazione dei servizi d'interesse economico generale. I servizi di interesse economico generale: prospettive di evoluzione del modello regolatorio europeo*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010, pp. 195-217
- DONY M., *Services sociaux d'intérêt général et droit communautaire*, in *Transnational Associations: The review of the Union of International Associations*, 2004, pp. 299-307
- DRIGUEZ L., *Services sociaux d'intérêt général et droit communautaire:*

- entre spécificité et banalisation*, in *AJDA hebdo: L'Actualité juridique. Droit administratif* 2008, vol. 64, pp. 191-197
- DRIGUEZ L., *Droit social et droit de la concurrence*, Bruylant, Bruxelles, 2007
- DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, Parigi, 1921
- DUGUIT L., *Le libertés publiques*, Parigi, 1925
- ESPOSITO M., *Applicazione delle norme comunitarie in materia di lavoro subordinato e prassi nazionale* in B. NASCIMBENE (a cura di) *La Libera Circolazione dei Lavoratori - Trent'anni di applicazione delle norme comunitarie*, Giuffrè, Milano, 1998
- FERRARI E. (a cura di), *Attività economiche ed attività sociali nei servizi di interesse generale*, Torino, Giappichelli, 2007
- FIEDZIUK N., *Towards a More Refined Economic Approach to Services of General Economic Interest*, *European Public Law*, 2010, pp. 271-288
- FLAMME M., *Droit administratif*, Presses universitaires de Bruxelles, Bruxelles, 1977
- FOUCAULT M., *The Order of Discourse*, in R. YOUNG (a cura di), *Untying the Text: a Post-Structuralist Reader*, Routledge, Londra, 1981, p. 67
- FRATINI A., FILPO F., *I nuovi sviluppi giurisprudenziali sul concetto di aiuto di Stato: dalla formula Altmark al paradosso del monopolista-concorrente di Chronopost*, in *Contratto e impresa: Europa*, 2003, pp. 1183-1219
- FREEDLAND M., SCIARRA S., *Public services and citizenship in european law: public and labour law perspectives*, Clarendon Press, Oxford, 1998
- GALGANO F., *Le professioni intellettuali e il concetto comunitario d'impresa*, in *Contr. impr./Eur.*, 1997, p. 93 ss.
- GARABIOL-FURET M., *La directive Bolkestein, bouc émissaire d'une Europe incertaine*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2005, pp. 295-302
- GARANT P., *Droit administratif*, Editions Yvon Blais, Montreal, 1985
- GASPARINI CASARI V., *Il servizio universale*, in *Il Diritto dell'economia*, 2000, pp. 263-289
- GIGLIONI F., *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale: una prospettiva per riconsiderare liberalizzazioni e servizi pubblici*, Milano, Giuffrè, 2008
- GOBBATO S., *Diritto comunitario della concorrenza e servizi di inte-*

- resse generale di carattere sociale, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2005, pp. 797-816
- GRARD L. (a cura di), *L'Europe et les services publics. Le retour de la loi*, Bordeaux, 2007
- GUARINO A., *I contenuti della nozione di impresa*, in *Conc.e merc.*, 1995, p. 303
- GUIGLIA G., *I servizi sociali nel processo di integrazione europea: dalla distinzione alla regolazione*, in *Jus*, 2009, pp. 457-515
- GUIZZI G. *Il concetto comunitario d'impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1993
- HANDOLL J., *Article 48(4) EEC and Non-National Access to Public Employment*, in *European Law Review*, 1988, p. 235 ss..
- HART H., *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in *Harvard Law Review*, 1958, vol. 71, p. 607 ss.
- HAURIOU M., *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, Parigi, 1929
- HAWKINS D., JACOBY W., *How agents matter*, in D. HAWKINS et al. (a cura di) *Delegation And Agency In International Organizations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006
- HAWKINS D. et al., *Delegation Under Anarchy: States, International Organizations, and Principal-Agent Theory*, in HAWKINS D. et al. (a cura di) *Delegation and Agency In International Organizations*, CUP, Cambridge, 2006
- HENRY C., MATHEU M., JEUNEMAITRE A., *Regulation of Network Utilities: The European Experience*, OUP, Oxford, 2001
- HERRMANN P., BRANDSTÄTTER A., O'CONNELL C. (a cura di), *Defining social services in Europe: between the particular and the general*, Baden-Baden, Nomos, 2007
- HILARY J., *Social Cohesion, Poverty Alleviation and Sustainable Development*, in COMMONWEALTH SECRETARIAT (a cura di), *Report of the Fifteenth CCEM Preliminary Meeting on Education and the General Agreement on Trade in Services: What Does the Future Hold?*, Londra 2003, p. 33 ss.
- HORN, M., *The Political Economy of Public Administration: Institutional Choice in the Public Sector*, CUP, Cambridge, 1995.
- HURWICZ J., *The Design of Mechanisms for Resource Allocation*, *American Economic Review*, 1973, vol. 68, p. 1 ss.
- IANNELLO C., *Poteri pubblici e servizi privatizzati*, Giappichelli, Torino, 2005
- JANSSEN S., *Services of general economic interest, state aid, and public*

- procurement*, in *Journal of network industries* 2004, vol. 5, p. 139 ss.
- JÈZE G., *Le principes généraux du droit administratif*, Giard & Brière, Parigi, 1914.
- KAMIEN M., SCHWARTZ N., ROBERTS D., *Exclusion, externalities, and public goods*, in *Journal of Public Economics*, 1973, vol. 2, p. 217 ss.
- KAUL I., GRUNBERG I., STERN M., *Defining Global Public Goods*, in I. KAUL, I. GRUNBERG e M. STERN (a cura di), *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century*, OUP, Oxford, 1999, pp. 2-19.
- KEARNEY J., MERRILL T., *The Great Transformation of Regulated Industries Law*, in *Columbia Law Review*, 1998, vol. 98, p. 1323 ss.
- KLEIN D., *Tie-ins and the Market Provision of Public Goods*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 1987, vol. 10, pp. 451-474
- KLESTA DOSI L., *Corte di giustizia delle Comunità europee (1° novembre 1995 - 31 marzo 1996)*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1996, II, p. 349 ss.
- KOENIG C., BRAUN J., *The International Regulatory Framework of EC Telecommunications Law: The Law of the WTO and the ITU as a Yardstick for EC Law*, in C. KOENIG, A. BARTOSCH e J. BRAUN (a cura di), *EC Competition and Telecommunications Law*, Kluwer, L'Aia, 2002, pp. 19-49
- KRAJEWSKI M., *Protecting a Shared Value of the Union in a Globalized World: Services of General Economic Interest and External Trade*, in J. VAN DE GRONDEN (a cura di), *EU and WTO Law on Services: Limits to the realization of General Interest policies within the services markets*, Kluwer Law International, 2008, pp. 187-213
- KRAJEWSKI M., *Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework*, in *Journal of International Economic Law*, 2003, vol. 6, p. 348 ss.
- KRAJEWSKI M., NEERGAARD U. , VAN DE GRONDEN J. (a cura di), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe: Between Competition and Solidarity*, Asser Press, L'Aia, 2009.
- KRUGMAN P., *International economics: theory & policy*, Addison-Wesley, Boston, 2009
- KULKARNI P., *Impact of the GATS on Basic Social Services Redux*, in *Journal of World Trade*, 2009, vol. 43, p. 252 ss..
- KUTTNER R., *Everything for Sale: The Virtues and Limits of Markets*, University of Chicago Press, Chicago, 1997

- LA MARCA L., *Osservazioni su alcune infrazioni nazionali delle norme in materia di libera circolazione* in B. NASCIMBENE (a cura di) *La Libera Circolazione dei Lavoratori - Trent'anni di applicazione delle norme comunitarie*, Giuffrè, Milano, 1998
- LAFFONT J., TIROLE J., *A Theory of Incentives in procurement and regulation*, Cambridge MA, MIT Press, 1993
- LAUX-MEISELBACH W., *Impossibility of exclusion and characteristics of public goods*, in *Journal of Public Economics*, 1988, vol. 36, pp. 127-137
- LEIBENSTEIN H., *Allocative Efficiency and X-Efficiency*, in *The American Economic Review*, 1996, vol. 56, p. 392 ss.
- LEONI B., *Freedom and the law*, Van Nostrand, Princeton, 1961
- LEROUX E., *What is a «service supplied in the exercise of governmental authority» under Article I:3(b) and (c) of the General Agreement on Trade in Services?*, in *Journal of World Trade*, vol. 40, p. 349 ss.
- LEUTWILER F., *Trade Policies for a Better Future: Proposals for Action*, GATT, Ginevra, 1985
- LIJPHART A., *Comparative politics and the comparative method*, in *American Political Science Review*, 1971, vol. 65, pp. 682-693
- LITTLECHILD S., *Privatisation, competition and regulation*, Londra, 2000
- LONG M., WEIL P., BRAIBANT G. et al., *Les grandes arrêts de la jurisprudence administrative*, Parigi, 1999
- LOUIS J., RODRIGUES S. (a cura di), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006
- LUCARELLI A. (a cura di), *Diritto pubblico europeo dell'economia*, ESI, Napoli, 2010
- MAGLIANO R., *Servizi di interesse economico generale, aiuti di stato e compensazione di oneri di servizio pubblico: giurisprudenza Altmark e iniziative normative della commissione CE*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2004, pp. 790-805
- MANN S., *Why organic food in Germany is a merit good*, in *Food Policy*, 2003, vol. 28, pp. 459-469
- MANN S., WÜSTEMANN H., *Public governance of information asymmetries: the gap between reality and economic theory*, in *Journal of Socio-Economics*, 2010, vol. 39, pp. 278-285
- MANZINI P., *L'intervento pubblico nell'economia alla luce dell'art. 90 del Trattato CE*, in *Rivista di diritto internazionale* 1995 p.379-396
- MANZINI P., *Scopo di lucro e intese intragruppo nella nozione di impresa comunitaria*, in *Riv. dir. inter. priv. e proc.*, 1994, p. 805 ss.

- MARCHETTI J., MAVROIDIS P., *What Are the Main Challenges for the GATS Framework? Don't Talk About Revolution*, in *European Business Organization Law Review*, 2004, pp. 518 ss.
- MARCOU G., *De l'idée de service public au service d'intérêt général* in G. MARCOU e F. MODERNE (a cura di) *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union Européenne*, Logiques juridiques, L'Harmattan, Parigi, 2001, pp. 386-391
- MARCOU G., *Il servizio pubblico di fronte al diritto comunitario*, in *Quaderni Filangieri*, 2003
- MARCOU G., *Il servizio pubblico tra attività economiche e non economiche* in BRANCASI A. (a cura di), *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, Il Mulino, Bologna 2003
- MARCOU G., *Les mutations du droit de l'administration en Europe: pluralisme et convergences*, L'Harmattan, Parigi, 1995
- MARCOU G., *Regolazione, servizi pubblici essenziali e diritti sociali nello spazio giuridico europeo*, in A. LUCARELLI (a cura di), *Diritto pubblico europeo dell'economia*, ESI, Napoli, 2010, pp. 25-60
- MARINIELLO M., *Il servizio universale nel settore delle comunicazioni elettroniche: attuali modalità di finanziamento ed ipotesi di riforma*, in *Il Diritto dell'economia*, 2007, pp. 721-751
- MASTROIANNI R., ARENA A., *I servizi pubblici nel GATS e nel TFUE: una radicale divergenza di impostazione?*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2010, pp. 27-60
- MASTROIANNI R., *Il diritto comunitario e le trasmissioni televisive*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1990, pp. 170 ss.
- MASTROIANNI R., *Il Protocollo sul sistema di radiodiffusione pubblica*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 1998
- MASTROIANNI R., *La direttiva sui servizi di media audiovisivi*, Torino, Giappichelli, 2009
- MASTROIANNI R., *Public Service Media and Market Integration: A Differential Application of Free Movement and State Aid Rules?* in CREMONA M. (a cura di), *Market Integration and Public Services within the EU* (in corso di pubblicazione)
- MATHEW B., *The WTO Agreements on Telecommunications*, Peter Lang, Berna, 2003
- MCCREEVY C., RÜHLE H., *Debating the EU Services Directive*, in *CE-Sifo Forum*, 2005, vol. 6, p. 29 ss.
- MCDONALD D., RUITERS G., *Rethinking Privatisation: Towards a Critical Theoretical Perspective*, in *Public Services Yearbook*, 2005

- MEROLA M., MEDINA C., *De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark: continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics*, in *Cahiers de droit européen* 2003 p. 639-694
- MERUSI F., *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Diritto amministrativo*, 2010, pp. 314-324
- MERUSI F., *Servizio pubblico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, Torino, 1970
- MESCHERIAKOFF A., *Droit des services publics*, Presses universitaires de France, Parigi, 1997
- MODEEN T., *Le service public en droit finlandais et suédois*, in F. MODERNE e G. MARCOU (a cura di), *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union européenne*, L'Harmattan, Parigi, 2001, pp. 151-159
- MODERNE F., MARCOU G. (a cura di), *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union européenne*, L'Harmattan, Parigi, 2001
- MONTI G., *Article 81 EC and Public Policy*, in *Common Market Law Review*, 2002, pp. 1087-1088
- MORTATI C., *Lezioni sulle forme di governo*, CEDAM, Padova, 1973
- MUNARI F., *L'Applicazione del GATS ai Servizi di Interesse Generale* in VENTURINI G., COSCIA G. e VELLANO M. (a cura di) *Le nuove sfide per l'OMC a dieci anni dalla sua istituzione*, Giuffrè, Milano, 2005
- MUNARI F., *La disciplina dei cd. servizi essenziali tra diritto comunitario, prerogative degli Stati Membri e interesse generale*, *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2002, pp. 40-41
- MUSGRAVE R., *A Multiple Theory of Budget Determination*, in *FinanzArchiv*, 1957, volume 25, pp. 33-43
- MUSGRAVE R., *The Theory of Public Finance*, New York, 1959
- MUSGRAVE R., MUSGRAVE P., *Public Finance in Theory and Practice*, McGraw-Hill, New York, 1973
- NAPOLITANO G., *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, in *Mercato concorrenza regole*, 2000, pp. 429-455
- NAPOLITANO G., *La regolazione dei servizi d'interesse economico generale. I modelli di regolazione dei servizi di pubblica utilità e il consorzio regolamentare europeo*, in *Diritto dell'unione europea*, 2010, pp. 218-227
- NAPOLITANO G., *Servizi pubblici*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 5517-5527
- NAPOLITANO G., *Towards a European Legal Order for Services of*

- General Economic Interest*, in *European Public Law*, 2005, vol. 11, p. 566 ss.
- NASCIMBENE B. (a cura di), *La Libera Circolazione dei Lavoratori - Trent'anni di applicazione delle norme comunitarie*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 317 ss.
- NASTI L., *Il servizio universale nel nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, 2004, pp. 39-59
- NEERGAARD U., «*Services of general economic interest*»: *the nature of the beast*, in M. KRAJEWSKI, U. NEERGAARD e J. VAN DE GRONDEN (a cura di), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe: Between Competition and Solidarity*, Asser Press, L'Aia, 2009, p. 21 ss.
- NETTESHEIM M., *Les services d'intérêt général en droit communautaire entre libre concurrence et Etat social*, in *Revue internationale de droit comparé* 2008, vol. 60, pp. 603-637
- NEVILLE BROWN L., BELL J., *French Administrative Law*, OUP, Oxford, 1998
- NIGRO M., *Profili pubblicistici del credito*, Milano, 1972
- NIHOUL P., RODFORD P., *EU Electronic Communications Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004
- NOLL R., *Economic perspectives on the politics of regulation*, in SCHMALENSEE R., WILLIG R. (a cura di) *Handbook of industrial organization*, North-Holland, Amsterdam, 1989, pp. 1253-1288
- O'KEEFE D., *Judicial interpretation of the public service exception in Article 48, paragraph 4 of the EEC Treaty* in CURTIN D., O'KEEFE D. (a cura di), *Constitutional Adjudication in European Community and National law*, Butterworths, Dublino, 1992
- ODUDU O., *The boundaries of EC competition law: the scope of Article 81*, OUP, Oxford, 2006, pp. 23-25
- ODUDU O., *The meaning of undertaking within 81 EC*, in *Cambridge yearbook of European legal studies*, 2006, vol. 7, pp. 211-224
- OGUS A., *Regulation: legal form and economic theory*, Clarendon Press, Oxford, 1994
- OHLIN B., *Interregional and International Trade*, Harvard University Press, Cambridge, 1933
- OLIVELLI P., *La conferenza di Vienna sui servizi sociali di interesse generale*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2006, pp. 553-558
- ORZAN M., *The concept of economic activity in the "Kattner" case: be-*

- tween the free movement rules and competition law* (“Kattner Stahlbau GmbH v Maschinebau- und Metall-Berufsgenossenschaft”, ECJ (Third Chamber), judgment of 5 March 2009, C-350/07, in *European Law Reporter*, 2009, pp. 416-421.
- PAGE A., *Public Undertakings and Article 90*, in *European Law Review*, 1982, p. 28 ss.
- PALMA G., *Itinerari di diritto amministrativo. Lezioni 1993-1994*, CEDAM, Padova, 1996
- PARISI F., GHEI N., *The Role of Reciprocity in International Law*, in *Cornell International Law Journal*, 2003, vol. 36, p. 93 ss.
- PASCAL F., *Quel cadre juridique européen pour les services sociaux d'intérêt général?*, in *Journal officiel de la République française. Avis et rapports du Conseil économique et social*, 2008, n. 12, 17 aprile 2008
- PETERS G., *Comparative Politics: Theory and Method*, New York University Press, New York, 1998
- PIZZOFERRATO A., *Libertà di concorrenza e diritti sociali nell'ordinamento UE*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2010, pp. 523-549
- POLLICINO O., SCIARABBA V., *I servizi sociali tra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale in prospettiva comparata*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, pp. 968-998
- PONTIER J., *La notion de compétences régaliennes dans la problématique de la répartition des compétences entre les collectivités publiques*, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger*, 2003, pp. 194-237
- POSNER R., *Taxation by Regulation*, in *Bell Journal of Economics*, 1971
- POSNER R., *Theories of Economic Regulation*, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 1974
- POTOTSCHNIG U., *I pubblici servizi*, Padova, 1964
- PRZEWORSKI A., TEUNE H., *The Logic of Comparative Social Inquiry*, Wiley, New York, 1970
- QUEIROLO I., *Giusrisdizione Statale e Regole di Immunità* in S. CARBONE, R. LUZZATTO e A. S. MARIA (a cura di), *Istituzioni di Diritto Internazionale*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 181-187
- RADICATI DI BROZOLO L. (a cura di), *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 2001
- RADICATI DI BROZOLO L., *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni*, Giuffrè, Milano, 1998

- RAGIONIERI M., MARESCA M. (a cura di), *Servizi di interesse generale, diritti degli utenti e tutela dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 2006
- RICARDO D., *On the Principles of Political Economy and Taxation*, John Murray, Londra, 1821
- RIVERO J., WALINE J., *Droit Administratif*, Dalloz, Paris, 2004
- RIZZA C., *The Financial Assistance Granted by Member States to Undertakings Entrusted With the Operation of a Service of General Economic Interest: The Implications of the Forthcoming Altmark Judgment for Future State Aid Control Policy*, in *The Columbia Journal of European Law*, 2003, pp. 429-446
- RODRIGUES S., *La nouvelle régulation des services publics en Europe*, Technique et documentation, Londra, 2000
- RODRIGUES S., *Le services publics et le Traité d'Amsterdam*, in *Revue du Marché Commun*, 1998, p. 39 ss.
- RODRIGUES S., *Le TPICE apporte une nouvelle pierre à l'interprétation de l'article 86.2 CE notamment sous l'angle du partage des responsabilités et des compétences entre Etats membres et Communauté européenne à l'égard des entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général*, in *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, 2008, pp. 178-180;
- ROMANO G., *Sul servizio universale nel settore delle telecomunicazioni*, in *Il Foro amministrativo T.A.R.*, 2002, pp. 944-956.
- ROSS M., *A healthy approach to services of general economic interest? The BUPA judgment of the Court of First Instance*, in *European Law Review*, 2009, pp. 127-140
- ROSS M., *Article 16 E.C. and Services of General Interest: from Derogation to Obligation?*, in *European Law Review*, 2000, vol. 25, pp. 22-38
- ROSS M., *Promoting solidarity: from public services to a European model of competition?*, in *Common Market Law Review*, 2007, vol. 44, pp. 1057-1080
- ROSS M., *The value of solidarity in European public services law*, in KRAJEWSKI M., NEERGAARD U. e VAN DE GRONDEN J. (a cura di), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe: Between Competition and Solidarity*, Asser Press, L'Aia, 2009
- ROSSI L., *Cooperazione rafforzata e Trattato di Nizza: quali geometrie per l'Europa allargata?*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2001, p. 815 ss.

- SALERNO G., *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2010
- SAMUELSON P., *The Pure Theory of Public Expenditure*, in *International Library of Critical Writings in Economics*, 1996, vol. 67, p. 7 ss.
- SAMUELSON P., *The Way of an Economist*, in P. SAMUELSON (a cura di) *International Economic Relations: Proceedings of the Third Congress of the International Economic Association*, Londra, 1969
- SÁNCHEZ RYDELSKI M., *Compensation for Discharging Public Service Obligations: State Aid or not State Aid? - That was the Question*, in *European Law Reporter* 2003 p. 318 ss.
- SAUTER W., *Case T-289/03, British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd, BUPA Ireland Ltd v. Commission of the European Communities*, Judgment of the Court of First Instance of 12 February 2008, nyr, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 269 ss.
- SAUTER W., *Services of general economic interest and universal service in EU law*, in *European Law Review* 2008, vol. 33, pp. 167-193
- SCHNELLE U., *Bidding Procedures in EC State Aid Surveillance over Public Services after Altmark Trans*, in *European State Aid Law Quarterly* 2003 p. 411 ss.
- SCHROYEN F., *An alternative way to model merit good arguments*, in *Journal of Public Economics*, 2005, vol. 89, pp. 957-966
- SCHWARZE J., *Le Service Public: l'expérience allemande*, in *Actualité Juridique Droit Administratif*, 1997, pp. 150-158
- SCIAUDONE F., *Commento all'articolo 296 CE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, Giuffrè, 2004, p. 1316 ss.
- SHAPIRO M., *The Globalization of the Law*, in *Ind. J. Global Legal Stud.*, 1993, p. 52 ss.
- SILVA E., KAHN C., *Exclusion and moral hazard: The case of identical demand*, in *Journal of Public Economics*, 1993, vol. 52, pp. 217-235
- SINNAEVE A., *State Financing of Public Services: The Court's Dilemma in the Altmark Case*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2003, pp. 351-363
- SMITH A., *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776, Londra (rist. Methuen, 1961)
- SNELL J., *De Agostini and the Regulation of Television Broadcasting*, *European Business Law Review*, 1997, pp. 222-227

- SOLIMENE L., *Servizio universale, liberalizzazione dei mercati e regolamentazione dei servizi di pubblica utilità*, in *Economia pubblica*, 2002, vol. 32, pp. 5-40
- SORACE D., *I servizi "pubblici" economici nell'ordinamento Nazionale ed Europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Diritto amministrativo*, 2010, pp. 1-25
- SOTTILI V., *Servizio pubblico e diritto comunitario* in L. RADICATI DI BROZOLO (a cura di) *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 7-33.
- SPAVENTA E., *Public Services and European Law: Looking for Boundaries* in J. BELL *et al.* (a cura di), *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Hart, Oxford, 2004, p. 273 ss.
- ŠPIDLA V., *Les services sociaux et de santé d'intérêt général : droits fondamentaux versus marché intérieur: une contribution au débat communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2006
- STIGLER G., *The Theory of Economic Regulation*, in *Bell Journal of Economics*, 1971
- STIGLITZ J., *Economics of the public sector*, Norton, New York, 2000
- STIGLITZ, J., *Self-selection and Pareto-efficient taxation*, in *Journal of Public Economics*, 1982, vol. 17, pp. 213-240
- STUYCK J., in *Common Market Law Review*, 1997, pp. 1445-1468
- SZYSZCZAK E., *Financing services of general economic interest*, in *The Modern Law Review*, 2004, vol. 67, pp. 982-992
- SZYSZCZAK E., *State Intervention and the Internal Market* in T. TRIDIMAS e P. NEBBIA (a cura di), *European Union Law for the Twenty-First Century - Rethinking the New Legal Order*, Hart, Oxford, 2004, p. 219 ss.
- TAYLOR C., *Dispute Resolution as a Catalyst for Economic Integration and an Agent for Deepening Integration: NAFTA and MERCOSUR?*, in *Northwestern Journal of International Law and Business*, 1996, vol. 17, p. 850 ss
- TELESE G., *Servizio di interesse economico generale e servizio universale nella giurisprudenza e nella normativa comunitaria*, in *Jus*, 1999, pp. 947-966
- THIEFFRY P., *Les services sociaux d'intérêt général sont-ils des entreprises?* in *AJDA hebdo: L'Actualité juridique. Droit administratif*, 2007, vol. 63, pp. 1331-1337
- TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 245-248

- TIZZANO A., *La direttiva CEE sulla "televisione senza frontiere"*, in *Foro It.*, 1990, IV, pp. 92 ss.
- TOMER J., *Beyond the rationality of economic man, toward the true rationality of human man*, in *Journal of Socio-Economics*, 2008, vol. 37, pp. 1703-1712
- TOVIAS A., *A survey of the theory of economic integration*, in *Journal of European Integration*, 1991, vol. 15, p. 5 ss.
- TRACHTMAN J., *Lessons for the GATS from Existing WTO Rules on Domestic Regulation*, in A. MATTOO e P. SAUVÉ (a cura di), *Domestic Regulation & Services Trade Liberalization*, Washington, 2003
- TRAVERS N., *Public Service Obligations and State Aid: Is all really clear after Altmark?*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2003 pp. 387-392
- TREBILCOCK M., HOWSE R., *The regulation of international trade*, Routledge, Londra, 2005
- VALETTE J., *Le service public à la française*, Ellipses Marketing, Parigi, 2000
- VAN DE GRONDEN J., *The EU and WTO law on Free Trade in Services and the Public Interest: Towards a Framework Directive on Services of General Economic Interest?*, in J. VAN DE GRONDEN (a cura di), *EU and WTO Law on Services: Limits to the realization of General Interest policies within the services markets*, 2008, pp. 249-279
- VAN DER MEI A.P., *Cross-Border Access to Health Care within the European Union: Some Reflections of Geraets-Smits and Peerbooms and Vanbraekel*, in *Maastricht Journal*, 2002, p. 189 ss.
- VANDUZER J., *Health, Education and Social Services in Canada: The Impact of the GATS*, in J. CURTIS e D. CIURIAK (a cura di), *Trade Policy Research*, Ottawa, 2004
- VER EECKE W., *Adam Smith and Musgrave's concept of merit good*, in *Journal of Socio-Economics*, 2003, vol. 31, pp. 701-720
- VER EECKE W., *Public goods: An ideal concept*, in *Journal of Socio-Economics*, 1999, vol. 28, pp. 139-156
- VERDUN A., *The role of the Delors Committee in the creation of EMU: an epistemic community?*, in *Journal of European Public Policy*, 1996, vol. 6, p. 308 ss
- VILLATA R., *Pubblici servizi, Discussioni e problemi*, Milano, 2006
- WAELEBROECK V., *The emergent doctrine of Community pre-emption -*

- Consent and redelegation*, in SANDALOW e STEIN (a cura di), *Courts and Free Markets: Perspectives from the United States and Europe*, Oxford, OUP, 1982, pp. 548–580
- WALLACE R., GOLDBERG D., *The EEC Directive on Television Broadcasting*, in *Yearbook of European Law*, 1989, p. 176 ss.
- WARDALE H., *The new frontier: the Audiovisual Media Services Directive*, in *European Intellectual Property Review*, 2009, vol. 31, pp. 336-341
- WEATHERILL S., *Beyond preemption? Shared competence and constitutional change in the European Community*, in D. O'KEEFFE e P. TWOMEY (a cura di), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, Wiley Chancery Law, 1994, pp. 13-33
- WEATHERILL S., *Pre-emption, Harmonisation and the Distribution of Competence to Regulate the Internal Market*, in C. BARNARD e J. SCOTT (a cura di), *The Law of the Single European Market*, Hart Publishing, 2002, pp. 41-73
- WILKINSON R., *Multilateralism and the World Trade Organisation: the architecture and extension of international trade regulation*, Londra, Routledge, 2000
- WINTERS A., *International economics*, Routledge, Londra, 1998
- WINTERSTEIN A., *Nailing the Jellyfish: Social Security and Competition Law*, in *European Competition Law Review*, 1999, vol. 20, pp. 324-333
- WOLLMANN H., MARCOU G. (a cura di), *The Provision of Public Services in Europe: Between State, Local Government and Market*, Edward Elgar, Cheltenham, 2010
- ZACHARIAS D., *Scope and definition*, in R. WOLFRUM, P. STOLL e C. FEINÄUGLE (a cura di), *WTO - Trade in Services*, Brill, Leiden, 2008, p. 57 ss.
- ZANELLI E., *Servizio pubblico e sentenza Altmark*, in *Politica del diritto*, 2004, pp. 175-199
- ZINZI M., *Il complesso equilibrio tra la libera concorrenza, gli oneri per le licenze individuali e le esigenze del servizio universale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, pp. 436-439;
- ZWEIGERT K., KÖTZ H., *Introduction to comparative law*, Clarendon, Oxford, 1998.

Finito di stampare nel mese di gennaio 2011
dalla Cangiano Grafica srl - Napoli

