

Massimo Giavazzi

**I SERVIZI DI INTERESSE
ECONOMICO GENERALE
NELLA DIMENSIONE DELLA
“DASEINSVORSORGE”
DI FORSTHOFF**

Estratto

MASSIMO GIAVAZZI

**I SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE
NELLA DIMENSIONE DELLA “DASEINSVORSORGE”
DI FORSTHOFF**

Forsthoff’s “Daseinsvorsorge” defines a legal model of public services in which the State assumes the obligation to guarantee the satisfaction of essential needs, with continuity and universal access, by guiding and coordinating private economic initiatives. His representation (strongly sociological in nature) of a model for organizing public services was originally designed to serve the ideal of a totalitarian State, which justified the unconditional exercise of power through the care of social needs (the “procura existencial”). However, this theoretical model is also useful for illustrating the organization of public oversight on private activities in a democratic framework, overcoming the contrast between the nominalistic and objective theories of public service. The “Daseinsvorsorge” is, therefore, instrumental in defining the indeterminate legal concept of services of general economic interest (SGEI), which remains somewhat undefined in EU law, both in treaties and secondary legislation.

SOMMARIO: 1. La definizione sociologica di servizio pubblico di Duguit. — 2. Il modello pre-giuridico di Forsthoff. — 3. La cura dei bisogni essenziali. — 4. La natura politica del bisogno sociale. — 5. La selettività del modello concettuale di Forsthoff. — 6. La regolazione dei mercati e la “Daseinsvorsorge”. — 7. I tratti caratteristici della “Daseinsvorsorge”. — 8. L’utilità del modello concettuale della “Daseinsvorsorge”. — 9. La definizione comunitaria dei servizi di interesse economico generale. — 10. La giurisprudenza della Corte di giustizia sui SIEG. — 11. L’evoluzione del modello originario. — 12. I SIEG nella prospettiva di Forsthoff.

1. *La definizione sociologica di servizio pubblico di Duguit.*

Nell’icastica definizione di Leon Duguit, il servizio pubblico « *c’est toute activité dont l’accomplissement doit être réglé, assuré et contrôlé par les gouvernants, parce qu’il est indispensable à la réa-*

lisation et au développement de l'interdépendance sociale et qu'il est de telle nature qu'il ne peut être assuré complètement que par l'intervention de la force gouvernante. S'il était besoin d'un critérium formel pour reconnaître les activités devant servir de support à l'organisation d'un service public, nous dirions qu'il se trouve dans le désordre social produit par la suspension, même pendant un temps très court, de cette activité » (1).

La sua è, probabilmente, una delle migliori definizioni di servizio pubblico.

Vi si rintracciano, infatti, tutti i tratti caratteristici del concetto giuridico: (1) l'emersione nella società moderna di bisogni individuali che solo lo Stato può soddisfare con continuità; (2) l'essenzialità del soddisfacimento di quei bisogni per la coesistenza pacifica di una collettività di individui interdipendenti; (3) la necessità di un'organizzazione pubblica dell'attività economica privata, a evitare l'interruzione dell'erogazione delle prestazioni; (4) l'obbligo dello Stato di garantire la continuità delle prestazioni con interventi sostitutivi, in caso di fallimento del mercato.

Vi si legge, soprattutto, la funzione del servizio pubblico di evitare il disordine sociale che conseguirebbe alla discontinuità dell'attività di prestazioni.

Così che emerge sin da questa antica definizione il tratto caratteristico di ogni servizio pubblico: il soddisfacimento di un bisogno essenziale di una massa di individui, che diviene bisogno sociale, perché da esso dipende la vita della società.

Ma, a ben vedere, si tratta pur sempre di una rappresentazione sociologica del fenomeno (2).

Nel contrasto tra le due opposte teorie che si contendono da decenni (3) la definizione del servizio pubblico — nella dogmatica più risalente, ma sempre attuale: la teoria soggettiva di Arnaldo De Valles (4) vs. la teoria oggettiva di Umberto Pototschnig (5) — è,

(1) L. DUGUIT, *Les Transformations du droit public*, Paris, 1913.

(2) A. DE VALLES, *I servizi pubblici, Primo trattato completo di Diritto Amministrativo Italiano*, Vol. VI, parte I, diretto da V.E. ORLANDO, Milano, 1924, p. 6, sostiene che « *Uno studio completo del servizio pubblico il Duguit fa in Les Transformations du droit public... Ma è una teoria tutta particolare, più politica che giuridica* ».

(3) A. MASSERA, *I servizi pubblici tra regole della concorrenza e responsabilità pubblica*, in *Diritto pubblico*, 2009, p. 440, scrive al proposito di una « *stanca contrapposizione* ».

(4) A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, cit.

(5) U. POTOTSCHNIG, *I servizi pubblici*, Padova, 1964.

senza dubbio, più difficile trovare un concetto giuridico (6) altrettanto appagante (7).

Quindi, bisogna, probabilmente, tornare alle origini del problema — l’affermazione nello Stato sociale delle libertà individuali attraverso la garanzia dei diritti sociali (8) —, e da lì cercare un nuovo approccio.

2. *Il modello pre-giuridico di Forsthoff.*

È, dunque, utile rileggere un classico della dottrina tedesca, che, ancora oggi, è centrale nella definizione giuridica del servizio di interesse generale (il concetto giuridico indeterminato che nel diritto UE prende il posto che il catalogo delle definizioni giuridiche nazionali originariamente assegnava al sintagma “servizio pubblico”, e che può tradursi in servizio di pubblica utilità (9)).

Mi riferisco allo scritto di Ernst Forsthoff, « *Die Verwaltung als Leistungsträger* » pubblicato nel 1938 (10).

Quell’opera seminale divenne, trent’anni dopo, fondamentale nella dogmatica pubblicistica tedesca e resa accessibile a un più ampio pubblico (anche aldilà dei confini nazionali) nella traduzione spagnola dei suoi scritti sul tema: « *Sociedad industrial y administración pública* » (11). Ciò a rendere evidente che (quantomeno nell’opinione di Forsthoff) la concettualizzazione della “*Daseinsvorsorge*” non appartiene all’ideologia nazionalsocialista (12), di cui egli, indubbiamente, subì la fascinazione (13).

(6) U. POTOTSCHNIG, *I servizi pubblici*, cit., pp. 7 e 8, distingue la categoria giuridica (che « è un concetto puramente dogmatico, che soltanto la scienza e non il legislatore può validamente costruire ») dall’istituto giuridico (la « disciplina unitaria di determinate materie o fattispecie »). In questo senso, la ricerca di un concetto giuridico di servizio pubblico è da intendersi come tentativo di definire una categoria giuridica. Così che — in questa prospettiva — risulta meno appagante la ricerca empirica di De Valles, che è semplicemente ricognitiva di ciò che il legislatore contemporaneo definisce servizio pubblico.

(7) R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati. Teoria generale*, Milano, 1956, p. 2, afferma che « le nozioni di servizio pubblico sono tante, quanti gli autori che — per lo più incidentalmente e di scorcio — se ne occuparono ». La sua constatazione è, in effetti, ancora attuale. Semmai, nel tempo, la confusione è aumentata.

(8) A valorizzare questa differente prospettiva (che va oltre il punto di contrasto tra le due tradizionali teorie), L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001.

(9) E. BRUTI LIBERATI, *Servizi pubblici e servizi di interesse economico generale nella riflessione di Domenico Sorace*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2020, p. 536.

(10) E. FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Stuttgart-Berlin, 1938.

(11) E. FORSTHOFF, *Sociedad industrial y administración pública*, Madrid, 1967.

(12) P. TECHET, *Das Konzept der Daseinsvorsorge bei Ernst Forsthoff als Legitimation des autoritären Staates*, in *Historia Constitucional*, 2022, p. 325 ss., sostiene, invece, che: « Um

Il concetto giuridico (di derivazione schiettamente sociologica) di “*Daseinsvorsorge*” (14) non è, dunque, una scoria ideologica della visione assolutistica dello Stato, che, innegabilmente condizionò, in altri ambiti, la dogmatica di Forsthoff (15).

eine pluralistische Sozialstaatlichkeit zu verhindern, entwickelte also Forsthoff sein verwaltungsrechtliches Konzept demnach als Ergänzung/Untermauerung eines ‘qualitativ totalen’ Staates ... interessierte sich Forsthoff für das Innerleben des Staates, d.h. er füllte die innerstaatliche ‘Leere’ der Schmittschen Lehre mit der Idee der ‘Daseinsvorsorge’ als Ziel und Inhalt eines autoritären Staates aus ». Si può, in effetti convenire con l’affermazione che « *Dieses ‘vermehrte Interesse an der Wirklichkeit der Verwaltung im NS-Staat’ bot auch Forsthoff die wissenschaftliche und sprachliche Grundlage, die Verwaltung nicht mehr als bloß abstrakten Normenkomplex, sondern als Reaktion auf die Lebenswirklichkeit zu erfassen* ». Invero, la teoria di Forsthoff ha una componente fortemente sociologica, ed è dunque condizionata dalla realtà sociale sottostante (tant’è che il suo originario lavoro del 1938 assume differenti contorni nel 1967), ma da questo ad affermare che il concetto giuridico della “*Daseinsvorsorge*” sia espressione della ideologia nazionalsocialista ne passa. A volere indagare sull’obiettivo ideologico della teoria di Forsthoff, pare più corretto affermare che « *Die Daseinsvorsorge war insofern die Theorie eines autoritären Staates, welche zwar die Einzelnen mit den Herausforderungen und den Gefahren der Industriegesellschaft nicht allein lässt, aber die Verwaltung als staatliche Macht einsetzt, um die politische Autorität des Staates gegenüber der Gesellschaft wiederherzustellen. In der Zielsetzung, d.h. im Versuch, den Sozialstaat zu verhindern, zeigt das Forsthoffsche Konzept Ähnlichkeiten zum Neoliberalismus — dazu bedient es sich aber verwaltungstechnischer Mittel, welche einer sozialstaatlichen Verwaltung ähnlich zu sein schienen. Der autoritäre Staat nimmt also die Daseinsvorsorge als Staatsaufgabe wahr (worin einen Unterschied zum liberalen Staat besteht) — aber mit dem Ansatz, diese Aufgabe nicht einem vergesellschaftlichten Staat anvertrauen zu müssen* ». A ogni buon conto, ciò che qui interessa non è la giustificazione ideologica dello “*Stato totale*” (che legittima la sua autorità — nella nuova dimensione sociale — attraverso la cura del benessere sociale), ma la rappresentazione giuridica di un fenomeno sociale: ciò che rende ideologicamente neutro il concetto giuridico di servizio di interesse generale. Come tale (un modello giuridico ideologicamente neutro), la “*Daseinsvorsorge*” di Forsthoff può sì essere utilizzata per la legittimazione di uno Stato autoritario, ma è altrettanto funzionale al soddisfacimento di un bisogno sociale in una dimensione democratica.

(13) N. MAGALDI, *Procura existencial, estado de derecho y estado social*. Ernst Forsthoff y la Crisis de Weimar, Colombia, 2010, p. 66, riferisce che « *Forsthoff sucumbió inicialmente a la fascinación por un Estado fuerte y autoritario que pudiera actuar de forma independiente de los particulares intereses de la sociedad, a los que lograría dominar. En este sentido, insistió, incluso en la segunda edición de su El Estado total, en considerar el Estado nacionalsocialista como una vuelta del pueblo alemán a un verdadero concepto de Estado, aunque también es cierto que dicha insistencia se vio, en cierto modo, compensada por sus intentos de dotar a dicho Estado de una estructura que consiguiera, por así decirlo, ‘domarlo’, someterlo a cauces jurídicos* ».

(14) L. MARTÍN RETORTILLO, *La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de Daseinsvorsorge*, in *Revista de Administración Pública*, 1962, p. 60, sostiene che il merito di Forsthoff è stato quello di « *traducir aquellas observaciones de carácter sociológico a un terreno netamente jurídico y el haber procurado un lugar dentro de la dogmática jurídica a una Administración que se reconoce responsable del fin de la procura existencial* ». N. MAGALDI, *El concepto de procura existencial (Daseinsvorsorge) en Ernst Forsthoff y las transformaciones de la administración pública*, in *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 2020, pp. 147 ss., tuttavia, sostiene che « *Forsthoff está, por lo tanto, utilizando un concepto amplio de procura existencial; tan amplio que, de hecho, termina por identificarse prácticamente con los fines del Estado (social): la satisfacción de las necesidades del individuo con tal de asegurarle una existencia materialmente digna y adecuada. Posiblemente, el hecho de haber construido un concepto sociológico — y no jurídico — de Daseinsvorsorge es lo que le impide perfilar adecuadamente sus contornos jurídico* ».

(15) Com’è evidente in E. FORSTHOFF, *Der totale Staat*, Hamburg, 1933.

Il punto di partenza (sociologico) della definizione del concetto giuridico della “*Daseinsvorsorge*” di Forsthoff è la constatazione empirica del cambiamento della società, che consegue all’interdipendenza tra gli individui provocata dal progresso tecnologico (16): così che nessun membro della collettività (quale che sia la sua condizione sociale) può oggi provvedere autonomamente ai propri bisogni essenziali, come una volta, invece, egli faceva (l’abitante di una casa rurale si procurava l’acqua attingendo al suo pozzo ed era quindi autosufficiente; ciò che è impossibile per il moderno abitante di una città, che dipende, inevitabilmente, da altri per il soddisfacimento di quel suo bisogno essenziale).

Questa interdipendenza della massa degli individui di una collettività organizzata per il soddisfacimento dei propri bisogni essenziali si definisce, nella “*Daseinsvorsorge*” di Forsthoff, bisogno sociale (“*soziale Bedürftigkeit*”). Questo rende inevitabile il soddisfacimento di quel bisogno sociale da parte dello Stato, che al riguardo assume un obbligo di garanzia (“*Daseinsverantwortung*”) (17).

Da qui, la necessità di ripensare il modello liberale dello Stato di diritto, che sull’autonomia privata (e sulla protezione di quella sfera di libera determinazione dell’individuo) si era definito nella sua struttura giuridica (18).

(16) Analogamente, L. DUGUIT, *Les Transformations*, cit., scrive al proposito del fondamento dell’obbligo dello Stato di erogare il servizio pubblico: « *Nous persistons à penser que le fait de l’interdépendance sociale permet de donner au problème une solution intéressante ... A l’intérieur de chaque État une transformation économique s’est produite, que nous avons déjà tenté de caractériser en disant que partout et dans presque tous les ordres d’activité une économie nationale est venue remplacer l’économie domestique. Il en résulte que les hommes d’un même groupe social sont devenus bien plus dépendants les uns des autres et cela pour les besoins les plus élémentaires, les besoins de tout instant. Le groupe familial se suffisait à peu près à lui seul au moins pour les besoins quotidiens. Aujourd’hui il faut qu’il s’adresse à d’autres groupes et, comme il s’agit de besoins d’ordre élémentaire de chaque instant, il faut que l’activité qui est chargée d’y répondre ne puisse pas être interrompue. Les gouvernants doivent donc intervenir pour que cette activité s’exerce d’une manière permanente* ».

(17) E. FORSTHOFF, *Sociedad industrial* cit., p. 25; ad analoga conclusione giunge anche L. DUGUIT, *Les Transformations*, cit.: « *Ils consistent essentiellement dans l’existence d’une obligation d’ordre juridique s’imposant aux gouvernants, c’est-à-dire à ceux qui en fait détiennent le pouvoir dans un pays donné, obligation d’assurer sans interruption l’accomplissement d’une certaine activité ... De tous temps la masse des hommes a senti que les détenteurs du pouvoir ne pouvaient légitimement imposer l’obéissance que s’ils rendaient certains services et dans la mesure où ils les rendaient ... Au surplus ce n’est pas seulement une obligation morale qui s’impose aux gouvernants, c’est une obligation d’ordre juridique susceptible de recevoir une sanction positivement organisée ... Il existe donc une correspondance intime entre la possession de la puissance et l’obligation d’accomplir certaines activités. Les activités dont l’accomplissement est considéré comme obligatoire pour les gouvernants forment l’objet des services publics* ».

(18) E. FORSTHOFF, *Strukturwandlungen der modernen Demokratie*, in *Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*, Berlin, 1964 (nella traduzione di A. MANGIA, in *L’ultimo Forsthoff*, Padova, 1995, p. 160) sostiene, tuttavia, che « *La costituzione dello Stato di diritto è*

A partire da questa considerazione sociologica, Forsthoff costruisce il suo modello pre-giuridico (19).

Egli distingue lo spazio vitale dominato (“*beherrscher Lebensraum*”) dallo spazio vitale effettivo (“*effektiver Lebensraum*”). Lo spazio vitale dominato (assegnato all'autonomia privata) dell'individuo non si estende, nella nuova realtà sociale dell'industrializzazione e dell'inurbamento, sino a ricoprire l'intero spazio vitale effettivo (il luogo dove si soddisfano i bisogni essenziali). Così che la libertà economica dell'individuo e il diritto privato che la definisce non sono più sufficienti a garantire il soddisfacimento dei suoi bisogni essenziali. Da qui, la necessità di aprire il mercato (il luogo dove l'individuo si appropria dei beni e dei servizi che egli da solo non può produrre) all'intervento dei pubblici poteri (20) e al diritto pubblico che ne regola l'azione (21).

per ragioni strutturali impermeabile ai contenuti sociali ... Di conseguenza tutte le misure che sono servite alla edificazione del moderno Stato sociale sono state attivate non nell'ambito della Costituzione, ma sul diverso piano della legislazione o dell'amministrazione ».

(19) N. MAGALDI, *El concepto*, cit., pp. 147 ss., sostiene che la “*Daseinsvorsorge*” è un concetto pienamente sociologico e solo pre-giuridico, perché « *Sin embargo, en muchos casos [Forsthoff] no logró ofrecer soluciones jurídicas satisfactorias, y en otros ni siquiera logró articular una concreta respuesta jurídica; por ello, el tercer y último paso en su construcción científica — la caracterización jurídica de la Daseinsvorsorge — quedó incompleto, lo que, en opinión de parte de la doctrina, le resta parte de su utilidad práctica Sin embargo, en muchos casos no logró ofrecer soluciones jurídicas satisfactorias, y en otros ni siquiera logró articular una concreta respuesta jurídica; por ello, el tercer y último paso en su construcción científica — la caracterización jurídica de la Daseinsvorsorge — quedó incompleto, lo que, en opinión de parte de la doctrina, le resta parte de su utilidad práctica ».*

(20) E. FORSTHOFF, *Sociedad industrial*, cit., p. 63.

(21) G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, II, (*La notion de service public*), Paris, 1930, p. 7, afferma che si ha servizio pubblico ogniqualvolta « *pour la satisfaction d'un certain besoin d'intérêt général, les agents publics peuvent recourir à des règles exorbitantes du droit privé, aux procédés du droit public ».* Risale all'affermazione del *Tribunal des conflits* del 8/2/1873 nello storico *arrêt Blanco* la constatazione che « *la responsabilité, qui peut incomber à l'État, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier »* (com'è noto, in questo modo, si è attribuita alla giurisdizione amministrativa la sorveglianza anche sulle “*activités de gestion*”, da lì in poi soggette a regole speciali, distinte dal diritto comune). Ad analoga conclusione giungerà anni dopo il nostro giudice della nomofilachia, affermando che « *nel sistema della nostra legislazione postale la irresponsabilità dell'Amministrazione per l'operato dei suoi agenti costituisce la regola e la responsabilità l'eccezione; per cui non si può ammettere tale responsabilità che nei casi determinati in cui sia dalla legge speciale esplicitamente riconosciuta »* (Corte di cassazione, sez. unite, 16/6/1923). Con una definizione ellittica, che intende ricomporre le due opposte teorie (soggettiva e oggettiva) del servizio pubblico, A. BRANCASI, *Il 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*, Bologna, 2003, pp. 11 ss., « *qualifica ... come servizio pubblico quelle attività che sono conformate dall'amministrazione e sono sottoposte a un regime di doverosità in considerazione delle prestazioni che, con il loro esercizio, l'amministrazione stessa vuole siano rese alla collettività, mediante la loro messa a disposizione del pubblico ».* Così che egli distingue il profilo soggettivo del servizio pubblico (« *il potere*

3. *La cura dei bisogni essenziali*

Emerge già da questi primi accenni un tratto caratteristico della teoria di Forsthoff: centrale nella sua definizione di servizio di interesse generale (del ruolo di garanzia che lo Stato assume rispetto all'esecuzione di un'attività economica di prestazioni) è la pretesa dell'individuo, conseguente a una sua necessità riconosciuta come meritevole dallo Stato, di ottenere sul mercato più di quanto egli è in grado di procurarsi, da sé, nell'esercizio della sua autonomia privata (*"beherrscher Lebensraum"*).

Il concetto giuridico di *"Daseinsvorsorge"* si traduce, con una certa approssimazione, in servizi di interesse generale (ma anche servizi pubblici). In realtà, si legge nella traduzione spagnola del suo lavoro seminale (*"La administración como aportadora de prestaciones"*) che in quel concetto si rinvergono le parole *"Die Sorge"* (la cura) e *"Das Dasein"* (l'esistenza); così che quella sua definizione svela piuttosto una missione (o, se vogliamo, una funzione (22))

conformativo che è riservato all'ente pubblico e che si esercita sulle imprese, pubbliche o private che siano ») da quello oggettivo (« *il regime di doverosità a cui sia i gestori pubblici che quelli privati sono sottoposti* »).

(22) Quantomeno, nel senso lessicale di attività diretta a uno scopo. Più complicato è l'uso del termine nel senso strettamente giuridico. Invero, G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di Diritto Amministrativo Italiano*, vol. II, parte III, diretto da V. E. ORLANDO, Milano, 1935, pp. 235 ss., individua la funzione pubblica nell'attività di natura giuridica dell'amministrazione pubblica in funzione dell'interesse generale e in posizione di supremazia. Allo stesso modo, M. S. GIANNINI, *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Moneta e credito*, 1949, p. 108, definisce pubblica funzione « *quell'attività delle pubbliche autorità che, in immediata derivazione dei poteri sovrani, o con più precisione, dalle potestà personale e territoriale nelle quali si scinde l'esercizio della sovranità, rappresenta un'estrinsecazione tipica del 'momento dell'autorità'* ». Tuttavia, egli precisa che « *è pubblica funzione non solo ogni attività il cui contenuto rappresenti una compressione autoritativa delle libertà degli associati — come la potestà punitiva, di ordine pubblico, di controllo, ablativa — ma altresì ogni altra attività il cui contenuto sia produzione di un servizio — in senso economico e sociologico — di appartenenza necessaria alla pubblica autorità — come la giurisdizione e la certificazione* » (*Ibidem*). All'opposto, G. MIELE, *Funzione pubblica*, in *Novissimo digesto*, vol. VII, Torino, 1961, assegna alla nozione di servizio pubblico « *le attività relative, ordinate direttamente alla prestazione di utilità, non già all'esercizio di un potere pubblicistico* ». Anche M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, vol. II, p. 24, ritiene che « *la definizione di servizio pubblico in senso soggettivo può rendersi con quella di attività non autoritativa assunta da un pubblico potere* ». Analogamente, F. ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Milano, 1973, p. 7, sostiene che « *quando la funzione degradi a servizio per il venir meno del momento autoritativo, non possano sorgere dubbi sul carattere di servizio pubblico dell'attività in esame in quanto attività strumentale all'esplicazione di una pubblica funzione* ». Tuttavia, la linea di confine tra pubblica funzione e servizio pubblico non è affatto chiara. Scrive, al proposito, G. BERTI, *I pubblici servizi*, cit., p. 867, « *Descrittivamente, può dirsi che il servizio si presenta come un'attività, mentre la funzione non può prendere corpo che attraverso un puntuale provvedimento. Infatti, l'imperio, che è proprio della funzione, non può stemperarsi in una attività, ma è meglio rappresentato da un atto solitario pieno di efficacia (nel senso di produzione di effetti immediati a carico dei soggetti dell'ordinamento) [però] non abbiamo mai avuto un*

pubblica: la cura dei bisogni essenziali della massa di individui (“*procura existencial*”) (23).

La definizione di “*Daseinsvorsorge*” rappresenta, dunque, il ruolo (di garante dell’esistenza della massa di individui) che lo Stato svolge all’interno dei servizi di interesse generale.

Questo consente di mettere al centro delle riflessioni sui servizi di interesse generale (e anche dei servizi pubblici, che talvolta con essi coincidono) la loro principale caratteristica sostanziale: di essere espressione del passaggio dallo Stato liberale (all’interno del quale il diritto amministrativo è, principalmente, volto a definire lo spazio di libertà dell’individuo, che si definisce nella tutela dell’autonomia privata da indebite interferenze dei pubblici poteri) allo Stato sociale (dove l’individuo manifesta, piuttosto, un bisogno di tutela nella rivendicazione di un suo diritto di partecipazione alla distribuzione, in condizioni di uguaglianza formale e sostanziale, di risorse scarse) (24).

Da qui, l’attrazione alla sfera dell’amministrazione pubblica (e al controllo della giurisdizione amministrativa) dell’attività economica dei privati, che da sola (nel libero esercizio dell’autonomia individuale) più non consente di soddisfare i bisogni essenziali dei soggetti di un ordinamento giuridico democratico (così inteso, non più soltanto perché protegge i diritti fondamentali di libertà, ma soprattutto perché garantisce a tutti il soddisfacimento di questi bisogni essenziali (25)).

servizio pubblico che non fosse allo stesso tempo almeno in parte funzione o non contenesse occasioni od episodi di esercizio di funzioni: atti di imperio sono sempre stati ritenuti necessari a costituire, ad organizzare e poi gestire un servizio ». Vi è, in effetti, evidenza dell’incidenza di provvedimenti amministrativi nell’attività di servizio pubblico (G. CAIA, *Funzione pubblica e servizio pubblico*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F.G. COCA, *Diritto amministrativo*, vol. I, Bologna, 1993, p. 280). Così che il distinguo tra servizio pubblico e funzione pubblica appare artificioso. In questo senso, L. R. PERFETTI, *Contributo*, cit., p. 37 ss., contrasta la distinzione tra funzione e servizio pubblico (oltretutto per ragioni di teoria generale) soprattutto per l’incapacità di spiegare l’attività di indirizzo e controllo (la regolazione del servizio pubblico) sull’attività economica dei privati.

(23) E. FORSTHOFF, *Sociedad industrial*, cit., p. 20.

(24) E. FORSTHOFF, *Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre*, in *Epirrhosis Festgabe für Carl Schmitt*, Berlin, 1968, (nella traduzione di A. Mangia, in *L’ultimo Forsthoff*, cit., p. 119) spiega che: « *La realtà attuale della costituzione si scinde dunque in due parti: la legge costituzionale formale e quelle norme e istituti che comunemente si definiscono Stato sociale, senza peraltro che al proposito si possa giungere a una distinzione rigorosa. Entrambe queste parti si differenziano da un punto di vista strutturale; la costituzione dello Stato di diritto è fondata sulla libertà, quella dello Stato sociale sulle prestazioni e sulla sicurezza, ma entrambe sono legate l’una all’altra in una struttura razionale unitaria* ».

(25) Vi è consonanza in ciò con G. BERTI, *I pubblici servizi*, cit., p. 872, nell’affermazione che: « *il servizio pubblico diventa dunque immagine e mezzo di soddisfacimento dei diritti*

Forsthoff intuì subito che il tratto caratteristico (sotto un profilo giuridico) di quel fenomeno sociale è l'esercizio di una funzione pubblica attraverso strumenti di diritto privato (26): ciò che richiede l'inserimento di una relazione economica (la somministrazione di beni e servizi per il soddisfacimento di un bisogno individuale), definita ordinariamente attraverso il contratto (manifestazione tipica dell'autonomia privata), in una dimensione di garanzia di diritto pubblico (27).

sociali e in ciò rivela la propria legittimità". Di ciò vi è conferma nella prassi amministrativa: « sono considerati servizi pubblici ... quelli volti a garantire il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla salute, all'assistenza e previdenza sociale, all'istruzione e alla libertà di comunicazione, alla libertà e alla sicurezza della persona, alla libertà di circolazione, ai sensi dell'art. 1 della legge 12 giugno 1990, n. 146, e quelli di erogazione di energia elettrica, acqua e gas » (cfr. direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri recante "Principi sull'erogazione dei servizi pubblici").

(26) Vi è una consonanza in questo con ciò che scrive S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1912, p. 360: « Anche quando il contenuto della prestazione amministrativa è materialmente identico al contenuto di prestazioni private, il diverso subbietto che le rende ne altera la natura giuridica, in maniera più o meno apparente [e] gli elementi di diritto privato non governano l'intero istituto, ma si fondono, e non in modo preponderante, con quelli di diritto pubblico che adesso conferiscono la propria impronta ». In questo senso, è da leggersi anche la definizione di servizi di interesse pubblico di M. S. GIANNINI, *Istituti di credito*, cit., p. 111: « Allorché si abbiano dei soggetti giuridici che, per loro intrinseca conformazione, svolgono una attività retta dal diritto privato, ma assoggettata ad una disciplina pubblicistica penetrante, non si ha esercizio non statale di attività statali, ma una figura giuridica organizzatoria a sé ...ordinamenti giuridici di settore (o sezionali) ... essi associano i vantaggi dell'impresa privata a quelli della direzione pubblica: ciascuno dei soggetti è e resta un privato imprenditore che sopporta i rischi dell'impresa e da essa trae i suoi incentivi e i suoi lucri. I pubblici poteri hanno però possibilità di dirigere, in tutto o in parte, le varie attività secondo scopi pubblici ». Egli aveva anticipato questa sua riflessione in M.S. GIANNINI, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. II, Padova, 1939, p. 720, con l'affermazione che nell'esercizio dell'attività bancaria si ha « l'esercizio privato di pubbliche attività ». Nella dottrina d'Oltralpe, J. L'HUILLIER, *A propos de la crise de la notion de service public*, in *Recueil Dalloz*, 1955, p. 122, analogamente sostiene che « malgrado la sua attuale complessità, la nozione giurisprudenziale di servizio pubblico conserva, in effetti, un elemento di unità che consiste nella sottomissione delle attività che esso comprende ad un regime giuridico che se in gran parte, contrariamente a quanto insegnava Duguit, appartiene al diritto privato, comprende tuttavia in ogni caso una parte irriducibile di regole di diritto pubblico » (così nella traduzione di F. ZUELLI, *Servizi pubblici*, cit., p. 78).

(27) E. FORSTHOFF, *Sociedad industrial*, cit., p. 63: « Un ordenamiento jurídico basado en la autonomía privada del negocio jurídico, libre por principio, también atribuye los riesgos al sujeto o titular de esa autonomía privada. Lo exige que haga uso adecuado de la misma y deja a su cargo los riesgos que la vida encierra, riesgos que el individuo debe evitar o afrontar por medio de un uso razonable de la autonomía. Pero todo esto se produce en la medida en que la autonomía privada del negocio jurídico incluye la posibilidad de elección y decisión entre diversos modos de comportamiento. Al elegir y decidir, el individuo se entrega a los imponderables de la vida y el ordenamiento jurídico le exige que se atenga a los mismos en caso adverso o favorable. Esta clase de distribución de riesgos, que fue la predominante en el ordenamiento del Estado de Derecho burgués y que todavía hoy tiene señalada vigencia en los Estados Unidos, pierde, naturalmente su justificación político-jurídica cuando no se da su contrapartida como posibilidad de libre elección y decisión, cuando en lugar de esa posibilidad ha surgido la pura y simple dependencia de una posibilidad de apropiación. Una vez que la evolución ha llegado a este punto, suyo de un modo ineludible la necesidad de la procura existencial supraindividual.

4. *La natura politica del bisogno sociale.*

Nell'opinione di Forsthoff, l'organizzazione di un'attività di prestazioni secondo il modello della "*Daseinsvorsorge*" consegue a una scelta legislativa: non vi è, dunque, un vincolo costituzionale in tal senso (28).

Il concetto giuridico di servizio di interesse generale ("*Daseinsvorsorge*") non si definisce, perciò, attraverso criteri formali. Si tratta, inevitabilmente, di forme di intervento atipiche (29), che sfuggono alla catalogazione degli atti di esercizio dei pubblici poteri tradizionali dello Stato di diritto (30).

Eppure, i servizi di interesse generale non possono nemmeno essere individuati sulla base dell'oggetto dell'intervento della pubblica amministrazione (un criterio sostanziale), perché i bisogni essenziali degli individui che lo Stato è chiamato a soddisfare ("*soziale Bedürftigkeit*") sono in continua evoluzione (31).

En este caso el riesgo pasa a la sociedad, se transforma en el riesgo que siempre va unido a la existencia colectiva de una comunidad estructurada y diferenciada. La situación provoca la intervención reguladora del Estado, de carácter imperativo, soberano. De las ruinas de la autonomía privada, vaciada de contenidos, y de las necesidades de regulación a cargo del poder público surge una ordenación soberana de Derecho público. El residuo de la autonomía privada del negocio jurídico es incluido en esa ordenación jurídico-pública. Ese residuo se limita a dejar al individuo la decisión de si quiere o no aprovechar la ocasión u oportunidad que se le ofrece de servirse de prestaciones de la procura existencial de carácter público. En caso afirmativo, la prestación se desarrolla normalmente, pero no necesariamente, por medio de un contrato sobre cuyo perfeccionamiento el individuo no puede tener, por principio, influjo alguno. » Analogamente, A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, cit., p. 192, sostiene che quando l'ammissione a un servizio pubblico realizzi « un rapporto contrattuale, il contenuto delle obbligazioni resta formalmente fissato dalla volontà delle parti: ma questa non è di regola libera nella sua determinazione; per cui quel contenuto, materialmente, è anche qui fissato dalla legge, ed inerisce al rapporto come un naturale negotii; non si ha quindi una vera subordinazione volontaria alle norme di legge, ma piuttosto un consenso sopra un oggetto che è necessariamente regolato da quelle norme di legge ».

(28) E. FORSTHOFF, *Zur heutigen*, cit.

(29) In questo senso, B. L. BOSCHETTI, *Cittadino e utente*, in *Jus*, 2003, p. 106, afferma che, « Se, dunque, i poteri amministrativi sono limitati dalla riserva di legge, la quale porta con sé i postulati della tassatività e tipicità, i poteri di pubblico servizio, al contrario, non sarebbero tipizzabili, se non nel caso in cui coincidano con poteri autoritativi ».

(30) L. DUGUIT, *Les Transformations*, cit., giunge alla medesima conclusione: « *D'une part l'intervention des gouvernants n'étant pas l'exercice d'un droit de puissance, les actes qu'ils font n'ont aucun caractère spécifique, qui se rattacherait à ce qu'ils seraient la mise en œuvre d'un droit de puissance. S'ils ont des caractères propres, s'ils produisent des effets particuliers, c'est parce qu'ils sont déterminés par un but de service public.* ».

(31) Analogamente, L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1911, I, 100 e 101, scrive: « *Quelles sont les activités dont l'accomplissement constitue pour les gouvernants une obligation? A cette question on ne peut point faire de réponse fixe. Il y a là quelque chose d'essentiellement variable, d'évolutif au premier degré. Il est même difficile de fixer le sens général de cette évolution. Tout ce que l'on peut dire, c'est que, à mesure que la civilisation se développe, le nombre des activités susceptibles de servir de support à des services publics, augmente et que le nombre des services publics s'accroît par là même. C'est logique. En effet de la civilisation on*

Così che è da escludere che l'area di intervento dell'amministrazione pubblica nell'economia per garantire il soddisfacimento di un bisogno essenziale ("Daseinsvorsorge") si definisca attraverso l'individuazione di un livello minimo dei bisogni dell'individuo. Il bisogno essenziale non è necessariamente ciò che è strettamente indispensabile alla sopravvivenza. Si tratta, piuttosto, di un concetto dinamico (un'immagine contemporanea ne è la plastica rappresentazione: il mendicante di strada che usa un telefono cellulare; quello strumento tecnologico — un tempo, uno *status symbol* — soddisfa ai giorni nostri un bisogno essenziale). Così che è servizio di interesse generale ciò che — in un determinato momento storico — lo Stato, all'esito di una valutazione politica di chi lo governa (32), ritiene

peut dire qu'elle consiste uniquement dans l'accroissement du nombre des besoins de tous ordres pouvant être satisfaits dans un moindre temps. Par suite, à mesure que la civilisation progresse, l'intervention des gouvernants devient normalement plus fréquente, parce qu'elle seule peut réaliser ce qu'est là civilisation». Conferma concreta dell'intrinseca natura evolutiva del concetto di bisogno essenziale si ha nella « *Comunicazione sui servizi d'interesse generale in Europa* » (Bruxelles, 11.9.1996 COM(96) 443 def.), ove, appunto, si legge: « *In gioco sono essenzialmente le condizioni dell'interazione tra imperativi quali la libera circolazione, la libera concorrenza, il dinamismo economico e l'efficienza cui mira il grande mercato europeo, da un lato, e la presa in considerazione degli obiettivi d'interesse generale dall'altro. L'interazione deve aver luogo a vantaggio del cittadino e della società. La difficoltà di questo equilibrio è da ricondursi alla natura evolutiva dello stesso: il grande mercato si approfondisce sempre più e la missione di servizio pubblico non può che essere una nozione dinamica, onde poter rispondere alle nuove esigenze. L'approccio che la Comunità segue ha carattere evolutivo in quanto l'obiettivo da raggiungere è un equilibrio dinamico* ».

(32) E. FORSTHOFF, *Sociedad industrial*, cit., p. 72: « *Por ello, claro está, en ningún modo debería suponer que el derecho a la procura existencial surgiese, per así decirlo, como un derecho fundamental en lugar de los anteriores derechos fundamentales. Se trata más bien de que todo ordenamiento jurídico tiene que decidirse en algún modo sobre los medios con los cuales ha de tener lugar la afirmación de la existencia humana dentro del ámbito social* ». Sostiene al proposito A. MANGIA, *L'ultimo Forsthoff*, cit., p. 182, che nella prospettiva di Forsthoff « *il soddisfacimento delle garanzie di pretesa codificate nella costituzione attraverso 'i diritti sociali' non potrebbe rappresentare una quantità assoluta, ma pur sempre una quantità relativa, connessa alla capacità di produrre ricchezza di una società in un dato momento storico* »; donde, l'inutilità dell'inclusione nella Costituzione di obiettivi programmatici di carattere sociale, perché il livello di soddisfazione del bisogno sociale garantito dalla *Daseinsvorsorge* dipende dal livello di benessere raggiunto dalla società in un dato momento storico. Vi è, in ciò, corrispondenza con quello che sostiene U. POTOTSCHNIG, *I servizi pubblici*, cit., p. 222, nell'interpretazione dell'art. 41 Cost. (l'archetipo del suo modello di servizio pubblico oggettivo): « *I fini sociali ... assumono rilievo giuridico solo se ed in quanto l'ordinamento li costituisca. Essi appartengono, per così dire, al mondo delle realtà giuridiche, non di quelle naturali; talché l'ordinamento, più che riconoscerli, li determina, definendone a propria discrezione l'ampiezza, le condizioni, il grado di rilevanza* ». Differente è la prospettiva del *Conseil constitutionnel* francese che definisce — all'interno della più ampia categoria dei servizi pubblici — i *services publics constitutionnels*, che vincolerebbero gli enti pubblici al loro soddisfacimento (P. ESPULGAS, *Conseil constitutionnel et service public*, Paris, 1994, p. 20). Nell'individuazione di questi servizi pubblici costituzionali, si è affermato: « *Même s'il subsiste certains doutes, faute de jurisprudence explicite du Conseil constitutionnel, pour déterminer précisément quels sont ces services publics, on peut les identifier en les classant en deux catégories. Ce sont, d'une part, les services publics conçus comme mode d'exercice de la souveraineté nationale (c'est-à-dire la*

necessario offrire alla generalità degli individui, secondo criteri non discriminatori: si direbbe, oggi, il carattere universale del servizio pubblico (il « *Libro verde sui servizi di interesse generale* » (33) definisce il concetto giuridico di « *servizio universale ... l'accesso di ciascuno, indipendentemente dalla situazione economica, sociale o geografica, ad un servizio di qualità specificata ad un prezzo abbordabile* »).

5. *La selettività del modello concettuale di Forsthoff.*

Il servizio di interesse generale di Forsthoff si realizza per mezzo dell'attività dei pubblici poteri per soddisfare (o favorire il soddisfacimento di (34)) un bisogno collettivo attraverso il soddisfacimento dei bisogni individuali di ciascun soggetto di una collettività organizzata in forma di Stato (35).

*justice, la force publique, la monnaie, le fisc, la diplomatie; mais cette liste inclut-elle le service public pénitentiaire ?). Ce sont, d'autre part, les services publics destinés à mettre en œuvre les droits créances de nature économique et sociale proclamés par le Préambule de la Constitution de 1946. Sont ici concernés les services publics de l'enseignement, de la santé et de la sécurité sociale. Il semble possible d'ajouter à cette dernière catégorie les services publics dits 'de protection de l'économie nationale' ... c'est-à-dire les transports, les télécommunications et la production et la distribution d'énergie » (P. ESPULGAS, *La constitutionnalisation du service public: un tigre de papier?*, in *Revue Administrative*, 1996, p. 163). Questo riconduce all'interno del concetto di servizio pubblico anche attività dei pubblici poteri che andrebbero piuttosto assegnate a una funzione pubblica e che, ad ogni modo, non sono caratterizzate dal soddisfacimento dei bisogni individuali e — attraverso di essi — di un bisogno sociale (della massa di individui organizzati nello Stato). Certo è, tuttavia, che la costituzionalizzazione di alcuni servizi pubblici storicamente garantiti (l'insegnamento, la sanità, la previdenza sociale, i trasporti, le telecomunicazioni, l'energia elettrica) riduce lo spazio della scelta politica.*

(33) Bruxelles, 21.5.2003, COM(2003) 270 definitivo.

(34) E. FORSTHOFF, *Sociedad industrial*, cit., p. 76: « *En todo caso, y cualesquiera que sean las circunstancias, la retirada del Estado de la procura existencial nunca podría ser completa. Pero la responsabilidad que actualmente corresponde al Estado, en parte explícitamente y en parte de un modo implícito, por una regulación adecuada y, en particular, también socialmente justa de las relaciones de prestación, se podría transformar de una responsabilidad directa en una responsabilidad subsidiaria, en el sentido de que el Estado se limite a una inspección o control de los sujetos o titulares infraestatales de la prestación realizada en forma comunitaria. Pero incluso en ese caso sería imprescindible una normativa estatal, que habría de fijar con carácter unitario los principios generales de la regulación de las relaciones de prestación para poner ciertos límites necesarios a la autonomía de los titulares o sujetos aportadores de la prestación, para garantizar dentro de un cierto marco para la totalidad del Reich la unidad jurídica y para satisfacer los restantes intereses trascendentes del Estado* ». Analogamente, L. DUGUIT, *Les Transformations du droit public*, cit., scrive: « *Dire qu'un service devient ou va devenir un service public, c'est dire que ce service sera organisé par les gouvernants, qu'il fonctionnera sous leur contrôle et qu'ils devront en assurer le fonctionnement sans interruption. Mais cela ne veut pas dire nécessairement que les agents préposés à la gestion du service, les richesses qui y sont affectées, soient placés sous la dépendance immédiate et directe des gouvernants* ».

(35) Ciò che trova conferma in S. ROMANO, *Principii*, cit., p. 358 — il quale sostiene che nei servizi pubblici « *la prestazione deve essere fatta ad uno o più subbietti determinati* » —, e in E. PRESUTTI, *L'ordine sistematico nei trattati di diritto amministrativo*, 1902, in *Archivio di diritto*

Così che fuoriesce dal perimetro della “*Daseinsvorsorge*” l’esercizio di quelle funzioni tradizionali dello Stato liberale (la tutela dell’ordine pubblico, ad esempio) che soddisfano, invece, direttamente un bisogno collettivo, e perciò stesso, indirettamente, anche i bisogni dei singoli individui che compongono la collettività (36).

Del pari, non appartengono alla “*Daseinsvorsorge*” i rapporti di prestazione che l’amministrazione pubblica gestisce attraverso atti di carattere unilaterale, senza la contropartita di una controprestazione (37).

Nella concettualizzazione di Forsthoff, il servizio d’interesse generale definisce una relazione bilaterale (38), nella quale l’individuo è in una situazione di bisogno essenziale (“*effektiver Lebensraum*”), che fuoriesce dal dominio della sua autonomia privata (“*beherrscher Lebensraum*”), e rivendica, perciò, il soddisfacimento di quel suo bisogno individuale dallo Stato, che assume al proposito un obbligo di garanzia (“*Daseinsverantwortung*”) (39), riconoscendolo come bisogno sociale (“*soziale Bedürftigkeit*”) (40).

pubblico, 1902, pp. 309 ss., che distingue i servizi pubblici di cui i cittadini godono *uti singuli*, da quelli di cui godono *uti universi*. A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, cit., pp. 27 e 200 scrive al proposito: « È logico che l’attività amministrativa sociale venga studiata nelle sue manifestazioni, e cioè che si consideri sia in quanto diretta alla collettività come tale sia in quanto diretta ai singoli. Ma nulla impedisce che questa seconda figura di attività venga staccata dalla prima, e studiata se, come parte di un sistema più generale. La si chiami prestazione, come il Romano; la si chiami servizio pubblico di cui cittadini godono *uti singuli*, come il Presutti; la si chiami servizio pubblico, semplicemente, come io ritengo esatto, l’oggetto sostanziale di studio non muta: tutto sta nell’intenderci su questo oggetto ». E su questa premessa, egli poi conclude che « i pubblici servizi hanno come scopo primario la soddisfazione di un interesse individuale ».

(36) E. FORSTHOFF, *Sociedad industrial*, cit., p. 27.

(37) S. ROMANO, *Principii*, cit., p. 369, sostiene, di contro, che « All’infuori del pagamento di una tassa, le prestazioni degli enti amministrativi non danno, per regola generale, diritto ad una controprestazione. Tale principio si desume dal carattere di pubblico servizio che alle prime è da assegnarsi. Il servizio pubblico è, per la sua stessa natura, essenzialmente gratuito: ove di esso si avvantaggino particolarmente determinati individui è possibile che dia luogo all’obbligo di una tassa, la quale costituisce l’istituto caratteristico con cui la pubblica amministrazione si riva delle spese che incontra nell’esercizio di una sua attività, se questa, oltre che all’intero corpo sociale, giova specialmente a singoli ».

(38) Allo stesso modo, S. ROMANO, *Principii*, cit., p. 360, precisa che « In genere, è solo a dirsi che, ove ricorrono i principii del diritto privato, ivi i rapporti assumono, il più delle volte, carattere contrattuale: ove invece si rimane nel campo del diritto pubblico, si avranno degli atti unilaterali dell’ente amministrativo sia pure d’efficacia condizionata all’accettazione del singolo cui si dirigono ».

(39) Ciò che coincide all’affermazione di L. DUGUIT, *Les Transformations du droit public*, cit.: « si pour une raison quelconque le gouvernement n’intervenait pas quand il est d’évidence qu’il doit intervenir parce qu’il s’agit d’une activité dont l’inaccomplissement, même partiel ou momentané, cause un trouble profond dans le pays, les particuliers ne seraient point désarmés. Alors apparaît en effet une institution juridique nouvelle que, pour nous conformer à la terminologie courante, nous appellerons la responsabilité de l’État. Voilà le grand fait du droit public moderne, le fait nouveau totalement inconnu dans le système impérialiste. L’abstention de l’État engage sa responsabilité envers les particuliers lésés et cela alors même que c’est l’État

Così che la “*Daseinsvorsorge*” non è l’obbligo dello Stato di soddisfare direttamente il bisogno essenziale (che è principalmente soddisfatto dalla società), bensì di intervenire, quando il soddisfacimento di quel bisogno sociale non avviene spontaneamente: la responsabilità dello Stato è, dunque, di carattere sussidiario (41).

6. *La regolazione dei mercati e la “Daseinsvorsorge”.*

La regolazione economica (42) è un surrogato della concorrenza reale (43). Essa, indubbiamente, concorre al soddisfacimento dei bisogni sociali (i bisogni essenziali della massa di individui), garantendo agli utenti l’approvvigionamento di servizi di qualità sul mercato a prezzi convenienti. Così che la regolazione insegue lo stesso obiettivo (la cura del benessere sociale) della “*Daseinsvorsorge*” (44). Tuttavia, « *la circostanza che il legislatore nazionale*

législateur qui s’abstient ». Egli, però, nega l’esistenza di una relazione che impegni lo Stato nei confronti dell’individuo a soddisfare il bisogno sociale: « *Demander s’il existe un droit au profit du particulier au fonctionnement légal d’un service, c’est demander s’il existe un lien juridique entre le particulier et l’État-personne, lien de droit en vertu duquel le particulier pourrait faire condamner l’État à exécuter le service conformément à la loi. Or il est évident qu’il n’en est pas ainsi; et cette mauvaise terminologie explique les hésitations qu’on aperçoit aisément dans les conclusions présentées par les savants commissaires du gouvernement. Mais les faits sont plus forts que tout. Sous leur action se forment une règle de droit nouvelle et aussi une procédure nouvelle pour la mettre en œuvre. Voici où en est aujourd’hui cette formation. Quand un service public a été créé et organisé, il doit fonctionner conformément à sa loi. S’il y a un acte de l’administration contraire à cette loi, tout particulier est armé d’une action pour faire annuler cet acte. C’est une voie de droit d’ordre objectif. Cela veut dire que le particulier ne demande pas, ne peut pas demander que l’État soit condamné à lui assurer le fonctionnement régulier du service. Il demande seulement l’annulation de l’acte administratif illégal* ». Non pare, tuttavia, che si possa affermare una responsabilità dello Stato nell’assicurare la gestione efficace del servizio pubblico e, al contempo, escludere che quella situazione di garanzia realizzi un legame giuridico tra l’individuo e lo Stato-persona.

(40) E. FORSTHOFF, *Sociedad industrial*, cit., p. 66: « *Los criterios para la delimitación están determinados por los dos puntos de vista siguientes: la bilateralidad de la relación de prestación y la dependencia del individuo de la existencia de la relación de prestación. Con estos criterios no se abarca todo lo que ha de incluirse en la procura existencial* ».

(41) N. MAGALDI, *Procura existencial*, cit., p. 48, afferma al proposito che « *en situaciones normales, muchas de las funciones estatales de procura existencial pueden y deben ser devueltas a la sociedad, pero siempre con la seguridad de saberse que, en caso de urgencia o crisis emergerá de nuevo la procura* ».

(42) Secondo F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, p. 277, nella regolazione « *la norma-fondamento prescrive l’obbligo di realizzare un mercato concorrenziale con lo strumento artificiale dei provvedimenti amministrativi disciplinanti negozi giuridici di diritto privato e, in qualche caso, anche sostituitivi di negozi giuridici di diritto privato* ».

(43) D. SORACE, *Il servizio d’interesse economico generale*, cit., p. 1016.

(44) A. MASSERA, *I servizi pubblici tra regole della concorrenza e responsabilità pubblica*, in *Diritto pubblico*, 2009, p. 457, afferma « *la necessità di una funzione di regolazione pubblica ... per rendere compatibile la dimensione economica dell’attività con la dimensione collettiva degli interessi dei destinatari dell’attività medesima* », in questo modo sostenendo la complementarità

imponga, nell'interesse generale in senso lato, talune regole di autorizzazione, di funzionamento o di controllo all'insieme degli operatori di un settore non è di per sé, in linea di principio, costitutiva di una missione SIEG » (45).

Come afferma Fabio Merusi, nei mercati liberalizzati, « *la concorrenza nella gestione del servizio [pubblico] deve essere inventata con provvedimenti amministrativi (la regolazione) dal momento che la preesistenza di un monopolista inibisce l'immediata comparsa di concorrenti paritari (in limine, in mancanza di una pluralità di concorrenti, la concorrenza può essere addirittura simulata, cioè inventata giuridicamente) » (46).*

Invero, l'obiettivo della regolazione è di stimolare (e, talvolta, simulare) le dinamiche concorrenziali all'interno di un mercato asimmetrico, per orientare i prezzi ai costi marginali, realizzando in questo modo il giusto equilibrio tra gli obiettivi di redditività degli imprenditori privati e gli interessi economici della massa di individui che usufruisce del servizio essenziale, senza tuttavia gravare i primi di oneri impropri di servizio pubblico.

La regolazione del mercato consente di avere prestazioni di qualità a prezzi convenienti; ma altri (e ben più ambiziosi) sono gli obiettivi del servizio di interesse generale definito dal principio di universalità (« *l'accesso di ciascuno, indipendentemente dalla situazione economica, sociale o geografica, ad un servizio di qualità specificata ad un prezzo abbordabile* » (47)), così che il servizio di interesse generale richiede interventi, graduati sulla base del principio di proporzionalità, delle autorità pubbliche sul mercato di tutt'altra consistenza (48): la costituzione di obblighi di prestazione, regolati dal diritto pubblico.

della regolazione economica alla missione di servizio pubblico. In effetti, il mercato concorrenziale costituisce l'indispensabile presupposto per un efficace intervento dei pubblici poteri a favorire il più ampio soddisfacimento (secondo il principio di universalità dei servizi di interesse economico generale) dei bisogni della massa di individui. Così che la regolazione dei mercati per favorire la concorrenza e la gestione dei servizi di pubblica utilità per garantire il soddisfacimento dei bisogni essenziali concorrono a realizzare la "*Daseinsvorsorge*" di Forsthoff.

(45) Tribunale UE, 12.2.2008, causa T-289/03, *BUPA e a./Commissione*.

(46) F. MERUSI, *La regolazione dei servizi d'interesse economico generale nei mercati (parzialmente) liberalizzati: una introduzione*, in E. BRUTI LIBERATI e F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, p. 2. Il riferimento è alla teoria di S. C. LITTLECHILD, *Privatisation, Competition and Regulation*, London, 2000.

(47) Cfr. « *Libro verde sui servizi di interesse generale* », cit.

(48) D. SORACE, *Il servizio d'interesse economico generale*, cit., p. 1024: « *se si intende la 'regolazione economica', come pro-concorrenziale o, al più, surrogatoria della concorrenza, qui si tratta di operare interventi diversi (non market making o market enhancing ma piuttosto market*

Non si può, dunque, dilatare il concetto della “*Daseinsvorsorge*” sino a ricomprendervi l’attività dello Stato per garantire ai salariati remunerazioni adeguate a consentire loro, mediante la regolazione della concorrenza, l’appropriazione sul mercato, a prezzi accessibili, dei beni e dei servizi necessari al soddisfacimento dei loro bisogni essenziali (49).

In effetti, Forsthoff rappresenta l’evoluzione dell’intervento statale nell’economia di mercato (ciò che segna il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale) sino a ricomprendervi la regolazione equa dei salari e dei prezzi, al fine di consentire alle masse di lavoratori di soddisfare autonomamente sul mercato i loro bisogni essenziali (ciò che, indubbiamente, concorre a soddisfare il “*soziale Bedürftigkeit*”). Tuttavia, egli chiarisce che solo l’adempimento dell’obbligo statale di garanzia della somministrazione di beni e servizi indispensabili al soddisfacimento dei bisogni essenziali (che l’individuo non riesce da solo a procurarsi nell’esercizio della sua autonomia privata) rientra nel concetto della “*Daseinsvorsorge*” (50).

distorting come, nella letteratura economico-giuridica di origine anglo-americana, è qualificata quella che viene chiamata social regulation) imponendo quelli che il diritto comunitario chiama ‘obblighi di servizio pubblico’ » Altra è, secondo l’A., la “*regolazione sociale*” del servizio di pubblica utilità, che richiede l’intervento dei pubblici poteri, anche in deroga alle regole della concorrenza, per soddisfare i bisogni sociali (ivi, p. 1027). Solo in questa ipotesi, l’A. ritiene appropriata la denominazione di servizi di interesse economico generale (D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2023, p. 115). Analogamente, F. TRIMARCHI BANFI, *Il ‘principio di concorrenza’: proprietà e fondamento*, in *Diritto amministrativo*, 2013, p. 41, sostiene che « *le previsioni dell’art. 106, c. 2 TFUE non si collocano sul terreno dei ‘fallimenti’ dei mercati e della conseguente necessità di interventi correttivi, poiché esse muovono da un presupposto diverso, e cioè che un mercato di concorrenza normalmente funzionante possa tuttavia mostrarsi inidoneo a conseguire i risultati che sono legittimamente perseguiti dall’autorità, secondo propri disegni di carattere politico* ». In questo senso (« *una idea di incompletezza del mercato, ma a fronte di un giudizio politico* » — così A. MASSERA, *I servizi pubblici*, cit., p. 451 —) va letto anche l’art. 2, comma 1, lett. h) del d.lgs. n. 175/2016 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica), il quale definisce come « *servizi di interesse generale: le attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell’ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l’omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale* ».

(49) N. MAGALDI, *Procura existencial*, cit., p. 45, osserva che « *Es especialmente relevante — y conviene llamar la atención al respecto — el hecho de que Forsthoff excluyera en 1958 un salario adecuado de las tareas propias de la procura existencial estatal, cuando en 1938 sí lo había considerado parte integrante de dicho conjunto de prestaciones. Forsthoff justifica dicha exclusión en el hecho de que el mismo Estado ha renunciado a la decisión estatal al respecto en favor de los convenios colectivos sobre salarios, concluyendo que, con ello, la procura del salario adecuado ha pasado a ser una función de la sociedad; en concreto, una decisión de las organizaciones de patronos y los sindicatos de obreros* ».

(50) E. FORSTHOFF, *Sociedad industrial*, cit., p. 48.

La regolazione autoritativa dei salari e dei prezzi è, invero, funzionale ad allargare lo spazio vitale dominato (“*beherrschter Lebensraum*”) e a realizzare lo Stato sociale. Altro è, però, la cura dei bisogni essenziali (“*Daseinsvorsorge*”), che persegue, invece, l’obiettivo di garantire a ogni individuo della collettività la possibilità di appropriarsi del suo spazio vitale effettivo (“*effektiver Lebensraum*”) spingendosi oltre lo spazio vitale dominato (regolato dal diritto privato), con l’ausilio dei pubblici poteri (nel regime del diritto amministrativo).

7. *I tratti caratteristici della “Daseinsvorsorge”.*

La “*Daseinsvorsorge*” di Forsthoff si definisce attraverso questi suoi elementi costitutivi: (1) un bisogno essenziale condiviso da una massa di individui; (2) l’incapacità del singolo individuo, indipendentemente dalle sue condizioni sociali, di soddisfare da solo (nell’esercizio della sua autonomia privata) il suo bisogno essenziale; (3) l’assunzione di un obbligo di garanzia dello Stato (con il carattere della sussidiarietà) per il soddisfacimento del bisogno collettivo, dato dalla somma dei bisogni individuali; (4) il soddisfacimento del bisogno individuale all’interno di una relazione bilaterale sinallagmatica avente come oggetto l’esecuzione di prestazioni non commutative (il corrispettivo del servizio non è un prezzo, bensì una tassa), regolata dal diritto privato; (5) l’organizzazione pubblica dell’attività economica di esecuzione delle prestazioni attraverso rapporti di diritto privato, al fine di garantirne la continuità e il carattere universale del servizio.

L’applicazione di questo modello concettuale consente di catalogare nella “*Daseinsvorsorge*” i classici servizi pubblici (trasporti, fornitura di energia elettrica, gas e acqua) e di escludere, di converso: (1) il servizio di illuminazione pubblica (perché soddisfa direttamente un bisogno collettivo e solo di riflesso uno individuale); (2) le principali funzioni amministrative non autoritative (perché soddisfano un bisogno individuale con una prestazione regolata dal diritto amministrativo); (3) le attività economiche esercitate in libertà di impresa non assoggettate a obblighi di pubblico servizio, ma nondimeno soggette a controllo pubblico (51) (perché lo Stato non garan-

(51) Di contro, A. DEMICHEL, *Le contrôle de l’Etat sur les organismes privés: essai d’une théorie générale*, Paris, 1960, p. 674, afferma che « Da una parte il controllo dello Stato è la conseguenza dell’esercizio del servizio pubblico. Dall’altra, il controllo dello Stato è la manifesta-

tisce l'esecuzione delle prestazioni con continuità e in modo universale, bensì sorveglianza, con interventi di carattere negativo, che l'attività economica non si svolga in contrasto con la sua funzione sociale); (4) gli interventi statali di regolazione della concorrenza sul mercato (perché dilatano la capacità di spesa dell'individuo attraverso la formazione di un prezzo allineato con i costi marginali di un'impresa ben organizzata e non consentono, invece, all'individuo di appropriarsi di prestazioni che non gli è possibile procurarsi nell'esercizio della sua autonomia privata).

Questo consente di superare la principale obiezione alla teoria oggettiva del servizio pubblico (alla quale pare di doversi ricondurre la dogmatica di Forsthoff): e cioè che con essa « *si tende a identificare il servizio pubblico con ogni attività soggetta ad un procedimento di pubblica programmazione* » (52) o, addirittura, che in questo modo si vuole « *fare del servizio pubblico un concetto di mero regime giuridico, individuandone l'esistenza in ogni attività privata soggetta, per il suo rilievo generale, ad un più o meno penetrante ordinamento pubblicistico* » (53).

Il concetto giuridico della “*Daseinsvorsorge*” appare, in effetti, sufficientemente selettivo: esso consente, invero, di individuare tutte quelle prestazioni che sono organizzate dallo Stato per garantire il soddisfacimento di un bisogno essenziale di una massa di individui,

*zione dell'esistenza del servizio pubblico... Bisogna secondo noi ammettere che, tranne alcune eccezioni che indicheremo, il controllo dello Stato manifesta l'esistenza del servizio pubblico, cioè le attività controllate dallo Stato devono essere considerate dei servizi pubblici ... si deve dunque constatare che esiste una coincidenza quasi assoluta fra controllo dello Stato e servizio pubblico poiché ogni organismo incaricato di gestire un servizio pubblico è assoggettato al controllo e che ogni attività controllata deve, salvo eccezioni, essere considerata come servizio pubblico dal punto di vista del contenuto giuridico della nozione di servizio pubblico, si può fin d'ora concludere che questo contenuto esiste al grado minimo: si tratta del controllo dello Stato » (così nella traduzione di F. ZUELLI, *Servizi pubblici*, cit., p. 79). Ma questa conclusione non è condivisibile, perché il controllo non è, si per sé, caratterizzante il servizio pubblico (*Ibidem*). Il controllo pubblico è — assieme ad altri elementi caratterizzanti — uno solo degli elementi costitutivi di un servizio pubblico. Nemmeno si può convenire con L. R. PERFETTI, *Contributo*, cit., p. 123, là dove sostiene che « *Non pare possibile negare che le prestazioni fornite dalle imprese nell'ambito del mercato liberalizzato siano esse stesse servizio pubblico, stante che lo erano fintanto che ad erogarle era un soggetto pubblico in regime di riserva* ». Ciò a meno di ridimensionare questa sua affermazione con riferimento a quella parte del mercato liberalizzato che è ancora sottoposta a una organizzazione di diritto pubblico, attraverso i programmi e controlli di cui all'art. 41, comma 3, Cost. Ma ciò non perché quel mercato era una volta riservato allo Stato ai sensi dell'art. 43 Cost. (e, quindi, si riferiva oggettivamente a un servizio pubblico essenziale), bensì perché — anche dopo la liberalizzazione — lo Stato continua a garantire il soddisfacimento dei bisogni sociali attraverso l'organizzazione pubblica dell'attività di prestazioni.*

(52) F. ZUELLI, *Servizi pubblici*, cit., p. 52.

(53) V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, *Napoli*, 1962, p. 114.

con continuità e con carattere universale, e che sono eseguite all'interno di un rapporto giuridico obbligatorio bilaterale (sinallagmatico ma non commutativo) regolato dal diritto privato, eppure sorvegliato attraverso il diritto pubblico.

Così che tutti i rapporti obbligatori di prestazione che si definiscono secondo il modello della "*Daseinsvorsorge*" sono suscettibili di una organizzazione pubblica (secondo il modello definito dall'art. 41, comma 3, Cost.), che giustifica la costrizione della libertà d'impresa per il soddisfacimento di un bisogno individuale che, per la sua essenzialità, è catalogato tra i diritti sociali (54).

Da qui, la riconducibilità della teoria di Forsthoff alla nozione oggettiva di servizio pubblico (non è essenziale la titolarità pubblica dell'attività di prestazioni, bensì rileva la responsabilità pubblica del risultato dell'appagamento di un bisogno sociale), ma anche la compatibilità del suo modello teorico con la versione temperata della teoria nominalistica (una volta che si sposti il discrimine, tra ciò che è servizio pubblico e ciò che non lo è, dalla titolarità pubblica dell'attività di prestazioni alla riferibilità a un ente pubblico della responsabilità dell'organizzazione, nell'adempimento dell'obbligo statale di garanzia riconosciuto nella "*Daseinsvorsorge*", di quella stessa attività, quand'anche esercitata da soggetti privati nella loro libertà d'impresa).

Come poi si dirà, l'intervento autoritativo degli enti pubblici sull'attività economica di prestazioni di servizio pubblico rappresenta, tuttavia, nella disciplina comunitaria dei servizi di interesse economico generale, una delle differenti modalità di soddisfacimento di un bisogno sociale, percorribile solo nelle ipotesi di fallimento del mercato, secondo un gradiente di proporzionalità, che declina le possibilità di intervento pubblico sull'attività economica di prestazioni in misure differenti, via via più invasive: la regolazione del mercato (art. 41, comma 2, Cost.), il finanziamento statale degli oneri di servizio pubblico (art. 106 TFUE), l'organizzazione pubblica del mercato mediante programmi e controlli per indirizzare e coordinare

(54) Osserva, al proposito, G. BERTI, *I pubblici servizi tra funzione e privatizzazione*, in *Jus*, 1999, p. 872, che: « In pratica sono i diritti sociali a caratterizzare il servizio pubblico. Questo non è che il riflesso organizzativo dei diritti sociali: per meglio dire è la parte sociale del diritto in senso oggettivo e del diritto in senso soggettivo a legittimare il servizio come struttura o meccanismo idoneo ad esprimerne la validità e l'efficacia... Il servizio pubblico diventa dunque immagine e mezzo di soddisfacimento dei diritti sociali e in ciò rivela la propria legittimità. Su questa legittimità si impianta l'amministrazione per servizi ».

l'attività privata al perseguimento di fini pubblici (art. 41, comma 3, Cost.), la riserva pubblica di una quota di mercato (art. 43 Cost.).

8. *L'utilità del modello concettuale della "Daseinsvorsorge"*.

La "*Daseinsvorsorge*" è, probabilmente, la migliore rappresentazione giuridica dei servizi pubblici; essa consente di andare oltre il contrasto tra le due opposte teorie — nominalistica e oggettiva — che ne definiscono da sempre il concetto giuridico.

Il presupposto sociologico della teoria di Forsthoff (l'incapacità della massa di individui di soddisfare, in autonomia, i propri bisogni essenziali) attiva l'obbligo di garanzia dello Stato, di natura sussidiaria: così che non importa chi esegue la prestazione (55), e nemmeno il soggetto che ha la titolarità del servizio: ciò che, esclusivamente, rileva è che lo Stato garantisca, attraverso l'organizzazione dell'attività economica, l'esecuzione delle prestazioni necessarie al soddisfacimento di un bisogno sociale con continuità e universalità (56).

A definire il concetto giuridico di "*Daseinsvorsorge*" è l'organizzazione pubblica della cura del bisogno essenziale (la "*procura existencial*"): così che si possono ricondurre al modello teorico di Forsthoff: (1) il servizio pubblico in senso soggettivo (l'esecuzione delle prestazioni da parte di un ente pubblico, o di un privato su sua concessione) nei mercati riservati allo Stato ex art. 43 Cost.; (2) l'organizzazione pubblica dell'attività di prestazioni, attraverso i programmi e i controlli che indirizzano e coordinano le imprese (pubbliche e private) al perseguimento di fini sociali, secondo il modello di intervento definito dall'art. 41, comma 3, Cost. (57); (3) il

(55) Come spiega G. D. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, 2020, p. 187, « La nozione di servizio pubblico in senso soggettivo ... non implica che il servizio sia svolto direttamente da soggetto pubblico ».

(56) E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, Aggiornamento, Torino, 2011, p. 652, afferma che « alla base del servizio pubblico v'è l'individuazione di un bisogno collettivo e l'assunzione, da parte dell'ente locale, della garanzia che le prestazioni necessarie a soddisfarlo siano rese alla collettività secondo canoni di universalità, uguaglianza, accessibilità e secondo un programma di offerta predeterminato ».

(57) F. ZUELLI, *Servizi pubblici*, cit., p. 54, nella critica alla teoria oggettiva di Pototschnig, obietta che « il servizio pubblico più che l'attività programmata sia un tipo di attività programmata », sul rilievo che non è sufficiente che ogni attività programmata sia indirizzata ai fini sociali ad affermare che ogni attività programmata sia perciò solo servizio pubblico, perché realizza il fine sociale. E questo rilievo è, senz'altro, esatto. Così che appare corretto individuare l'organizzazione pubblica dell'attività di prestazione (attraverso i programmi e i controlli) solo come una, tra le altre, caratteristiche che concorrono, nel loro insieme, a definire il servizio pubblico. Donde, il servizio pubblico è solo uno, tra i tanti, modelli organizzativi di un'attività economica indirizzata ai fini sociali (ivi, pag. 55).

coinvolgimento su base volontaria delle imprese private nella missione di servizio pubblico, attraverso il loro impegno negoziale (remunerato con contribuzioni in danaro o con gli extra-profitti resi possibili dalla riserva di una quota di mercato) all'adempimento di obblighi di servizio pubblico, com'è nella disciplina dei servizi di interesse economico generale dell'art. 106 TFUE.

Indubbiamente, un modello concettuale che tutto ricomprende a nulla serve, perché l'utilità dei concetti giuridici è di individuare un'uniforme disciplina (com'è per gli istituti giuridici) o, perlomeno, principi di riferimento (com'è per le categorie giuridiche).

Ma non è questa la critica che può muoversi alla "*Daseinsvorsorge*".

Forsthoff definisce un modello concettuale — un diritto civico che impegna lo Stato a garantire l'esecuzione di una prestazione a favore di una massa di individui per soddisfare un loro bisogno essenziale con continuità e accesso universale, ogniqualvolta il mercato non vi provvede spontaneamente — che seleziona alcune attività economiche soltanto, lasciando all'esterno del suo perimetro altre attività di prestazioni che pure sono di interesse o rilevanze pubblici (58), ma non sono organizzate secondo il modello della "*Daseinsvorsorge*".

Non rientrano nel modello di Forsthoff le prestazioni che soddisfano direttamente bisogni collettivi (i servizi *uti universi* di Renato Alessi (59)), gli interventi pubblici di regolazione del mercato, la sorveglianza di un'attività economica d'interesse pubblico a evitare che essa sia esercitata in pregiudizio dell'utilità sociale e in violazione dei diritti fondamentali alla salute, alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana, l'uso individuale di beni collettivi.

Il modello teorico di Forsthoff introduce nel concetto giuridico indeterminato di servizio pubblico un principio giuridico di riferimento: l'obbligo di garanzia che impegna lo Stato a intervenire sull'iniziativa economica privata in via sussidiaria (ogniqualvolta vi sia un fallimento del mercato) per garantire, con continuità e con prestazioni di carattere universale, il soddisfacimento di un bisogno individuale, definito dal legislatore come sociale.

(58) Nel significato che attribuisce alle due differenti qualificazioni pubbliche di un'attività economica privata V. OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, 1959, p. 41.

(59) R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative*, cit., p. 6.

La “*Daseinsvorsorge*” non descrive, perciò, un unico modello di servizio pubblico, bensì differenti organizzazioni statali della cura dei bisogni essenziali di una massa di individui (differenti modelli di servizio pubblico), in dipendenza di quale intervento pubblico richiede il riallineamento della domanda all’offerta di un servizio (in misura proporzionale al fallimento del mercato (60)), ogniqualvolta non sia sufficiente la regolazione (quale surrogato del mercato) con provvedimenti di carattere negativo (divieti e sanzioni).

Così che è, ordinariamente, sufficiente un intervento minimale, che altera le regole della concorrenza, ma non limita la libertà d’impresa, nelle forme delle sovvenzioni e della riserva di una quota di mercato in compensazione degli obblighi di servizio pubblico, ammessi dal diritto UE nei servizi di interesse economico generale (art. 106 TFUE).

In altre situazioni, invece, il disallineamento della domanda e dell’offerta richiede un intervento dei pubblici poteri di tipo conformativo, con atti di carattere positivo, della libertà d’impresa (art. 41, comma 3, Cost.).

Talvolta, è invece, necessario intervenire con provvedimenti di carattere ablatorio (art. 43 Cost.), con la riserva di un mercato allo Stato, in questo modo portando all’estremo la « *de-economicizzazione dei servizi pubblici* », perché con la statizzazione l’utente non è più considerato come un contraente/amministrato, che paga un prezzo o versa una tassa in cambio della prestazione, bensì un cittadino/contribuente che usufruisce del servizio in ragione di apprezzamenti di carattere politico dell’ente pubblico titolare del servizio (spesso indifferenti ai vincoli di equilibrio economico-finanziario degli esercenti) e concorre al finanziamento dell’attività di prestazione attraverso la fiscalità generale (61).

Appare, perciò, velleitario il tentativo di assegnare al concetto giuridico indeterminato di servizio pubblico il ruolo di un istituto giuridico (un insieme di regole di condotta), valevole ogniqualvolta lo

(60) M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Diritto pubblico*, 1998, p. 194, afferma che « ha senso parlare di servizio pubblico solo con riguardo a prestazioni e servizi che il mercato deregolato non è in grado di offrire sotto il profilo della qualità, della quantità e delle condizioni di accessibilità a vaste fasce di utenti ». In questo senso, vi è una conferma solo parziale del modello di Forsthoff, perché la “*Daseinsvorsorge*” (quantomeno nella sua versione più matura) non si estende sino a ricomprendere anche la regolazione del mercato.

(61) G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001, pp. 529 e 530.

Stato si assuma l'obbligo di soddisfare con continuità e universalità un bisogno sociale (il bisogno essenziale di una massa di individui).

I presupposti (la giustificazione) dell'intervento pubblico sono gli stessi: l'incapacità della massa degli individui di procurarsi sul mercato i beni necessari al soddisfacimento di un loro bisogno essenziale e il riconoscimento di quel bisogno essenziale come bisogno sociale. Le conseguenze giuridiche di quei due presupposti di legittimazione dell'intervento statale sull'attività di prestazione (le modalità di organizzazione del servizio pubblico) sono affatto differenti: accomunate soltanto dall'obbligo di garanzia che lo Stato assume in ciascuna delle differenti modalità di intervento sul mercato.

Si può, dunque, partire dalla "*Daseinsvorsorge*" per ricostruire i tratti fondamentali della disciplina giuridica dei servizi di interesse economico generale, che appare alquanto indefinita nei suoi principali riferimenti comunitari (gli artt. 14 e 116 TFUE), soprattutto nella definizione del ruolo che lo Stato assume nella gestione e nell'organizzazione delle prestazioni di servizio pubblico.

9. *La definizione comunitaria dei servizi di interesse economico generale.*

Com'è noto, si fa menzione del concetto giuridico di servizi di interesse economico generale negli artt. 14 e 106 TFUE (62), che, tuttavia, lo danno per presupposto (non è definito nei trattati, né nella normativa derivata): vi si riconducono, comunemente, quelle « attività concernenti prestazioni e/o forniture destinate a individui su richiesta [o alla collettività] nelle quali si manifestano interessi che esorbitano quelli riposti intrinsecamente nello scambio economico tra erogatori e utenti e che l'ordinamento ritiene meritevoli di tutela e soddisfazione » (63).

(62) Con specifico riferimento alle politiche comunitarie sui trasporti, l'art. 93 TFUE riconosce che « Sono compatibili con i trattati gli aiuti richiesti dalle necessità del coordinamento dei trasporti ovvero corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio ». Qui, il concetto di servizio di interesse economico generale si declina nella differente nozione della servitù di pubblico servizio, che ne costituisce il principale strumento di attuazione.

(63) F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale. Una prospettiva per riconsiderare liberalizzazione e servizi pubblici*, Milano, 2008, p. 54. In realtà, l'A. scrive « a individui su richiesta o alla collettività ». Nella mia prospettiva (la "*Daseinsvorsorge*" di Forsthoff), solo i servizi offerti individualmente (i servizi *uti singuli* di Alessi) si possono ricondurre alla definizione di SIEG, perché solo essi inseriscono l'azione pubblica in una relazione bilaterale — corrispettiva ma non commutativa — di diritto privato.

La disciplina comunitaria dei servizi di interesse economico generale è tutta (quel poco che c'è) nell'art. 106 TFUE: « *Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata* » (64).

I servizi di interesse economico generale fanno parte della disciplina comunitaria della concorrenza (che è una competenza esclusiva dell'Unione Europea, secondo l'art. 3 TFUE), epper ciò spetta alle istituzioni comunitarie di definirli, tanto che l'art. 106 TFUE prevede che « *La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni* », e l'art. 14 TFUE stabilisce che « *Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi* » (la tecnica legislativa è, in effetti, criticabile (65), dovendosi, semmai, utilizzare lo strumento della direttiva per affermare principi generali da declinare nelle prescrizioni specifiche di leggi nazionali).

Le istituzioni comunitarie hanno competenza legislativa sui servizi di interesse economico generale anche in ragione delle generiche attribuzioni di cui agli artt. 114 e 115 TFUE, sul ravvicinamento delle legislazioni nazionali che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno, o comunque un'incidenza diretta su di esso.

Nella misura in cui la disciplina dei servizi di interesse economico generale si definisce come deroga alle norme del Trattato di Lisbona che vietano gli accordi tra imprese che impediscono, restringono o falsano il gioco della concorrenza (art. 101 TFUE), lo sfruttamento abusivo di posizioni dominanti sul mercato (art. 102 TFUE) e gli

(64) La norma comunitaria trova generico riscontro nell'art. 8 della legge n. 287/1990 ("Norme per la tutela della concorrenza e del mercato"), ove si legge che: « *Le disposizioni di cui ai precedenti articoli non si applicano alle imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati* ».

(65) M. KRAJEWSKI, *Providing Legal Clarity and Securing Policy Space for Public Services through a Legal Framework for Services of General Economic Interest: Squaring the Circle?*, in *European public law*, 2008, p. 393.

aiuti di Stato (art. 107 TFUE), le istituzioni comunitarie fondano la loro attribuzione legislativa sui servizi di interesse economico generale anche sugli artt. 103 e 109 TFUE.

Tuttavia, nonostante le sollecitazioni del Parlamento, la Commissione non ha fatto uso di questa sua potestà di armonizzazione della disciplina degli Stati membri dei servizi di interesse economico generale, ritenendo che « *La fattibilità e il possibile valore aggiunto di una direttiva quadro ... solleva complessi interrogativi che riguardano fra l'altro i possibili obiettivi, il campo d'applicazione e il contenuto di una siffatta direttiva, come pure il suo rapportarsi alla legislazione specifica del settore [che] richiedono ulteriori riflessioni e discussioni* » (66), e mantenendo nel tempo questo suo scetticismo sull'utilità di una disciplina comune dei servizi pubblici (67).

Si trova, perciò, una prima definizione dei servizi di interesse economico generale in un atto di *soft-law*: « *nella prassi comunitaria vi è ampio accordo sul fatto che l'espressione si riferisce a servizi di natura economica che, in virtù di un criterio di interesse generale, gli Stati membri o la Comunità assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico* » (68).

La Commissione individua, con ciò, una specie del più ampio genere dei servizi di interesse generale, da essa definiti come quei « *servizi forniti dietro retribuzione o meno, considerati d'interesse generale dalle autorità pubbliche e soggetti quindi a specifici obblighi inerenti al pubblico servizio* » (69).

(66) Cfr. « *Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni sullo stato dei lavori relativi all'esame di una proposta di direttiva quadro sui servizi d'interesse generale* », Bruxelles, 4.12.2002, COM(2002) 689 definitivo.

(67) M. KRAJEWSKI, *Providing*, cit., pp. 382 e 383, riferisce nel dettaglio dei ripetuti e infruttuosi tentativi di definire un quadro comunitario di riferimento della disciplina dei servizi di interesse economico generale. Ciò che egli ritiene un'occasione perduta, perché « *Apart from recognizing the value of services of general economic interest in a similar way as the new Protocol, a legal framework could aim at legal certainty, guaranteeing policy space and requiring certain common standards* ». In questo senso si è espresso anche J. F. AUBY, *Une directive communautaire sur les services d'intérêt général*, in *Revue française de droit administratif*, 2006, pp. 786 e 787.

(68) Cfr. « *Libro verde sui servizi di interesse generale* », cit. La Commissione precisa che: « *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* ».

(69) Cfr. « *Comunicazione sui servizi d'interesse generale in Europa* », cit.

Si è osservato, al proposito, che il concetto di servizi di interesse generale non economici non trova fondamento nei trattati ed è equivoco, perché un servizio non economico o un servizio che non ha caratteristiche economiche non esiste nel diritto UE (70).

In effetti, un'attività non economica non è affatto un servizio, secondo la definizione dell'art. 57 TFUE (« *Ai sensi dei trattati, sono considerate come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone* »).

Così che la sovrastruttura concettuale della Commissione non ha portato chiarezza, ma crea, piuttosto, maggiore confusione (71).

Il concetto giuridico di servizio di interesse economico generale rimane indefinito anche nel diritto derivato.

L'art. 1 della direttiva 2006/123/CE, relativa alla liberalizzazione dei servizi nel mercato interno (c.d. direttiva "*Bolkestein*"), stabilisce che essa « *lascia impregiudicata la libertà, per gli Stati membri, di definire, in conformità del diritto comunitario, quali essi ritengano essere servizi d'interesse economico generale, in che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati, in conformità delle regole sugli aiuti concessi dagli Stati, e a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti* » (72), analogamente l'art. 1 della direttiva 2014/24/UE ribadisce, al proposito degli appalti pubblici, « *la libertà, per gli Stati membri, di definire, in conformità del diritto dell'Unione, quali essi ritengano essere servizi d'interesse economico generale, in che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati, in conformità delle regole sugli aiuti di Stato, e a quali obblighi specifici debbano essere soggetti [e] fa salva la possibilità per le autorità pubbliche di decidere se, come e in che misura desiderano espletare funzioni pubbliche autonomamente in conformità dell'articolo 14 TFUE e del protocollo n. 26* », e, infine, l'art. 2 della direttiva 2014/23/UE specifica, al proposito delle concessioni, che « *[le autorità pubbliche] possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie*

(70) M. KRAJEWSKI, *Providing, cit.*, pp. 385 e 386

(71) F. CHALTIEL, *Les services d'intérêt général — Développements récents*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 2006, p. 639.

(72) Altra è la disciplina dei servizi non economici di interesse generale e dei servizi socio-sanitari, che sono del tutto esonerati dal rispetto delle regole di concorrenza (art. 2 della direttiva 2006/123/CE), perché « *sono essenziali per garantire i diritti fondamentali alla dignità e all'integrità umana e costituiscono una manifestazione dei principi di coesione e solidarietà sociale* » (considerando n. 27) e si vuole, perciò, evitare che la liberalizzazione dei servizi « *incid[a] sul principio del servizio universale nell'ambito dei servizi sociali degli Stati membri* » (considerando n. 28).

risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni ».

Ciò che appare, più che la disciplina dei servizi di interesse economico generale, la mera reiterazione della scarna previsione dei trattati (art. 106 TFUE): la possibilità di concedere sovvenzioni a copertura dei maggiori oneri di servizio pubblico e la facoltà di organizzare, in deroga alle regole della concorrenza che le direttive specificano, l'attività economica di prestazioni.

Così che il servizio di interesse economico generale è definito dal diritto UE come un concetto giuridico indeterminato.

Da qui la necessità di ricondurlo a un modello teorico di riferimento (la "*Daseinsvorsorge*" di Forsthoff) per individuare i principi giuridici che definiscono la regola del caso concreto.

Al fine di adempiere il loro obbligo di soddisfare i bisogni essenziali della massa di individui, gli Stati membri sono chiamati dalle istituzioni comunitarie a garantire « *l'accesso di ciascuno, indipendentemente dalla situazione economica, sociale o geografica, ad un servizio di qualità specificata ad un prezzo abbordabile [e] senza interruzione* » (73).

I tratti caratteristici dei servizi di interesse economico generale nel diritto UE sono, dunque: (i) il carattere universale; (ii) la continuità; (iii) la qualità; (iv) l'accessibilità delle tariffe; (v) la tutela degli utenti e consumatori.

La disciplina comunitaria dei servizi di interesse economico generale (a cui corrisponde nel catalogo dei concetti giuridici nazionali la definizione di servizi di interesse pubblico o di pubblica utilità (74)) mira, dunque, a comporre due contrastanti interessi pubblici: la concorrenza e la cura del bisogno sociale (75). Le pre-

(73) Cfr. « *Libro verde sui servizi di interesse generale* », cit.

(74) Così definiti nella legge 14.11.1995, n. 481 (« *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità* »).

(75) D. SORACE, *Il servizio d'interesse economico generale dell'energia elettrica in Italia tra concorrenza ed altri interessi pubblici*, in *Diritto Pubblico*, 2004, p. 1011. Si legge al proposito nel « *Libro verde sui servizi di interesse generale* », cit., che « *I servizi di interesse generale sono al centro del dibattito politico. In realtà, si discute la questione centrale del ruolo delle autorità pubbliche in un'economia di mercato, garantendo, da un lato, il buon funzionamento del mercato e il rispetto delle regole del gioco da parte di tutti e, dall'altro, salvaguardando l'interesse generale, in particolare la soddisfazione dei bisogni essenziali dei cittadini e la tutela dei beni pubblici in caso di crollo del mercato* ». E, invero, la Commissione riconosce che « *Le forze del mercato consentono una migliore allocazione delle risorse e imprimono una maggiore efficienza alla fornitura dei servizi, a vantaggio soprattutto del consumatore che ne vede migliorata la qualità a prezzi più modici. Si tratta tuttavia di meccanismi che presentano talvolta i loro limiti, con il duplice rischio di escludere parte della popolazione dai benefici che ne possono essere tratti*

stazioni dei servizi sono, infatti, sottratte alle regole della concorrenza, se le normali dinamiche di mercato sono di impedimento (nella stretta misura in cui lo sono (76)) al perseguimento della missione di servizio pubblico, potendosi in questi casi ammettere interventi pubblici di finanziamento degli oneri di servizio pubblico e porre delle restrizioni alla libera concorrenza.

Sono, perciò, resi compatibili con il diritto UE gli interventi degli Stati membri sul mercato a favorire l'erogazione di prestazioni di servizio pubblico, che tradizionalmente assumono il contenuto di: (1) un sostegno finanziario diretto attraverso il bilancio statale; (2) il riconoscimento di diritti speciali o esclusivi; (3) il finanziamento del servizio universale con contributi obbligatori imposti ai partecipanti al mercato (77).

Ciò che comporta, nel primo caso, una deroga all'art. 107 TFUE (il divieto di aiuti di Stato) e, negli altri due, un'eccezione all'art. 101 TFUE (che vieta gli accordi tra imprese che impediscono, restringono o falsano il gioco della concorrenza) e dell'art. 102 TFUE (che impedisce lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato).

10. *La giurisprudenza della Corte di giustizia sui SIEG.*

Con l'eccezione degli interventi di armonizzazione ex artt. 114 e 115 TFUE (com'è per le grandi infrastrutture di rete), l'equilibrio tra le regole della concorrenza e il soddisfacimento dei bisogni essenziali della massa di individui (l'adempimento dell'obbligo di garanzia che lo Stato assume al riguardo) si realizza, non già con la codificazione di una astratta norma di condotta, bensì nell'affermazione giurisprudenziale di una regola del caso concreto, all'esito di una verifica (sulla base dei principi di attribuzione, sussidiarietà e proporzionalità) della singola prestazione di servizio pubblico effettuata (o agevolata) dallo Stato in deroga agli artt. 101, 102 e 107 TFUE.

Nondimeno, si possono ricavare dalla giurisprudenza della Corte di giustizia un insieme di principi che (anche in assenza di regole

e di non permettere la coesione sociale e territoriale. Le autorità pubbliche hanno quindi il dovere di vigilare alla tutela dell'interesse generale» (cfr. «Comunicazione sui servizi d'interesse generale in Europa», cit.).

(76) Come si legge nel «Libro verde sui servizi di interesse generale», cit., nel rispetto dei principi di attribuzione, proporzionalità e sussidiarietà.

(77) Cfr. «Libro verde sui servizi di interesse generale», cit.

scritte) consentono di individuare *ex ante* l'unica risposta giusta (78): la misura della prestazione di servizio pubblico garantita dallo Stato (e, di converso, degli obblighi di servizio pubblico fatti gravare sul privato) che è consentita dall'ordinamento comunitario.

Con riguardo all'interferenza della prestazione di pubblici servizi con il divieto di intese restrittive della concorrenza (art. 101 TFUE) e con il divieto di abuso di una posizione dominante sul mercato (art. 102 TFUE), la Corte di giustizia ha ammesso: (1) l'assegnazione di diritti di esclusiva all'impresa impegnata nell'adempimento di obblighi di pubblico servizio, al fine di consentirle di ricavare extra-profitti per finanziare il servizio di interesse generale economicamente non sostenibile (79); (2) la creazione di un monopolio legale a fruizione obbligatoria, con tariffe differenziate per prestazioni equivalenti e con un sovraccosto derivante dall'obbligo di garantire l'universalità del servizio di interesse economico generale (80); (3) l'estensione di un diritto speciale o esclusivo sull'esercizio di un servizio d'interesse

(78) Il riferimento è alla teoria (“*one-right-answer*”) di R.M. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, 1977, che afferma il rispetto della certezza del diritto — e, dunque, la prevedibilità *ex ante* della regola di condotta — anche nelle situazioni dove non vi è una regola giuridica da applicare.

(79) Corte di giustizia, 19.5.1993, causa C-320/91, *Corbeau*: « [L'art. 106 TFUE] consente quindi agli Stati membri di conferire ad imprese, cui attribuiscono la gestione di servizi di interesse economico generale, diritti esclusivi che possono impedire l'applicazione delle norme del Trattato in materia di concorrenza, nella misura in cui restrizioni della concorrenza, o persino l'esclusione di qualsiasi concorrenza da parte di altri operatori economici, sono necessarie per garantire l'adempimento della specifica funzione attribuita alle imprese titolari dei diritti esclusivi ... L'obbligo del titolare di questa funzione di garantire i suoi servizi in condizioni di equilibrio economico presuppone la possibilità di una compensazione tra i settori di attività redditizi e quelli meno redditizi, e giustifica quindi una limitazione della concorrenza da parte di imprenditori privati nei settori economicamente redditizi. Gli imprenditori privati, se fossero infatti autorizzati a fare concorrenza al titolare dei diritti esclusivi nei settori di loro scelta corrispondenti a detti diritti, sarebbero in grado di concentrarsi sulle attività economicamente redditizie e di offrirvi tariffe più vantaggiose di quelle praticate dai titolari dei diritti esclusivi poiché, diversamente da questi ultimi, essi non sono tenuti economicamente ad effettuare una compensazione fra le perdite subite nei settori non redditizi e i profitti realizzati nei settori più redditizi ».

(80) Corte di giustizia, 18.6.1998, causa C-266/96, *Corsica Ferries France/Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova e a.*: « Uno Stato membro può, senza violare [l'art. 102 TFUE], concedere diritti esclusivi per la prestazione dei servizi di ormeggio nei suoi porti a gruppi locali di ormeggiatori in quanto questi ultimi non sfruttino abusivamente la loro posizione dominante ... L'abuso fatto valere nella fattispecie rivestirebbe tre aspetti. Esso risiederebbe nella concessione di diritti esclusivi ai gruppi locali di ormeggiatori, che impedirebbe alle imprese di navigazione di far ricorso al proprio personale per procedere alle operazioni di ormeggio, nel carattere eccessivo del prezzo del servizio, che non avrebbe alcun nesso con il costo reale del servizio effettivamente reso, e nella fissazione di tariffe diverse a seconda dei porti per prestazioni equivalenti [tuttavia] non è incompatibile con gli [artt. 102 e 106 TFUE] inserire nel prezzo del servizio una componente destinata a coprire il costo del mantenimento del servizio universale di ormeggio, in quanto corrisponda al supplemento di costo che le caratteristiche specifiche di questo servizio comportano, e di prevedere, per questo servizio, tariffe diverse a seconda delle caratteristiche proprie di ciascun porto ».

economico generale (quale il contingentamento delle autorizzazioni necessarie all'esercizio di una attività economica) a un'attività complementare, di per sé gestibile in condizioni economicamente sostenibili, qualora ciò sia necessario a finanziare l'obbligo di servizio pubblico gravante sull'attività principale (81).

Con riferimento, invece, all'interferenza della prestazione di servizio pubblico con il divieto di aiuti di Stato (art. 107 TFUE), il giudice comunitario ha affermato: (4) l'ammissibilità di un esonero fiscale alla condizione dell'equivalenza tra l'esonero concesso e i costi aggiuntivi dell'adempimento di un obbligo di pubblico servizio (82); (5) l'ammissibilità di un aiuto di Stato, nella ricorrenza di quattro condizioni: (a) l'impresa beneficiaria deve essere incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico, definiti in modo chiaro; (b) i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione devono essere preventivamente definiti in modo obiettivo e trasparente; (c) la compensazione non può eccedere ciò che necessario per coprire i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico; (d) la misura della compensazione deve essere stabilita in relazione ai costi medi di un'impresa gestita in modo efficiente (83); (6) l'obbligo di servizio pubblico deve essere attribuito con un atto dei pubblici poteri (84).

(81) Corte di giustizia, 25.10.2001, causa C-475/99, *Ambulanz Glöckner*: « risulta che il sistema istituito dalla RettDG 1991 e tale da permettere alle organizzazioni sanitarie di espletare il loro compito in condizioni economicamente accettabili. In particolare, emerge dagli atti che gli introiti del trasporto non urgente contribuiscono a coprire le spese connesse al servizio del trasporto d'urgenza ... l'estensione dei diritti esclusivi delle organizzazioni sanitarie al settore del trasporto non urgente di malati permette loro per l'appunto di espletare il loro compito d'interesse generale, riguardante il trasporto d'urgenza, in condizioni di equilibrio economico. La possibilità che avrebbero gli imprenditori privati di concentrarsi nei settori di trasporto non urgente su tragitti più redditizi potrebbe compromettere la redditività economica del servizio fornito dalle organizzazioni sanitarie e, di conseguenza, mettere in discussione la qualità e l'affidabilità del detto servizio ».

(82) Corte di giustizia, 22.11.2001, causa C-53/00, *Ferring*: « purché il contributo sulle vendite dirette imposto ai laboratori corrisponda ai costi aggiuntivi effettivamente sostenuti dai grossisti distributori per l'assolvimento dei loro obblighi di servizio pubblico, il non assoggettamento di questi ultimi a detto contributo può essere considerato la contropartita delle prestazioni effettuate e, pertanto, una misura che non configura un aiuto di Stato ai sensi dell'[art. 107 TFUE]. Del resto, qualora tale condizione di equivalenza tra l'esonero concesso e i costi aggiuntivi indicati sia soddisfatta, i grossisti distributori non beneficiano, in realtà, di un vantaggio ai sensi dell'[art. 107 TFUE], in quanto la misura di cui trattasi avrà come solo effetto di mettere questi ultimi e i laboratori farmaceutici in condizioni di concorrenza comparabili ».

(83) Corte di giustizia, 24.7.2003, causa C-280/00, *Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg*: « [dalla giurisprudenza comunitaria] discende che, nei limiti in cui un intervento statale deve essere considerato come una compensazione diretta a rappresentare la contropartita delle prestazioni effettuate dalle imprese beneficiarie per assolvere obblighi di servizio pubblico, cosicché tali imprese non traggono, in realtà, un vantaggio finanziario e il suddetto intervento non ha quindi l'effetto di collocarle in una posizione concorrenziale più favorevole rispetto a

In questa prima fase, l'approccio comunitario ai servizi di interesse economico generale è, dunque, di tipo ragionieristico: la sorveglianza delle istituzioni UE si traduce, in buona sostanza, nel confronto tra gli oneri di pubblico servizio e i vantaggi (sotto forma di extra-profitti ricavabili in un mercato sottratto alla libera concorrenza o di una contribuzione pubblica di varia natura) che lo Stato attribuisce all'operatore economico onerato della prestazione di servizio pubblico, al fine di valutare se vi sia o no uno sbilancio (a valere come aiuto di Stato) a vantaggio di quest'ultimo.

Vi è, tuttavia, da considerare che, quantunque un contributo pubblico a compensazione di un obbligo di servizio pubblico non soddisfi i requisiti (contabili) di neutralizzazione dei suoi effetti sul mercato e, dunque, costituisca aiuto di Stato, nondimeno, anche « *se non ricorrono le quattro condizioni della sentenza Altmark e la misura statale costituisce un aiuto di Stato, quest'ultima può ancora essere giustificata in particolare dalla deroga prevista dall'art. 106, paragrafo 2, TFUE* » (85).

Questo è, indubbiamente, corretto come considerazione astratta.

Un conto, infatti, è escludere che una misura costituisca aiuto di Stato per l'equivalenza contabile tra ciò che è imposto con ciò che è corrisposto; altro è, invece, affermare che quell'aiuto di Stato è

quelle che fanno loro concorrenza, tale intervento non ricade nell'ambito di applicazione dell'[art. 107 TFUE]. Tuttavia, affinché, in un caso concreto, una siffatta compensazione possa sottrarsi alla qualificazione di aiuto di Stato, devono ricorrere taluni presupposti. In primo luogo, l'impresa beneficiaria deve essere effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi devono essere definiti in modo chiaro ... In secondo luogo, i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente ... In terzo luogo, la compensazione non può eccedere quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico ... In quarto luogo, ... 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 dovuto sopportare per adempiere tali obblighi ».

(84) Tribunale UE, 12.2.2008, causa T-289/03, *BUPA e a. / Commissione*: « *si deve ricordare che, in sostanza, sia la prima condizione enunciata dalla corte nella sentenza Altmark ..., sia la formulazione dell'[art. 106 TFUE], in quanto tale, richiedono che l'operatore di cui tratta sia incaricato di una missione SIEG con un atto dei pubblici poteri* ».

(85) Conclusioni dell'Avvocato generale Melchior Wathelet nelle cause riunite C-66/16 P a C-69/16 P, *Comunidad Autónoma del País Vasco e Itelazpi / Commissione*. Analogamente, la decisione della Commissione 2012/21/UE (« *riguardante l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 106, paragrafo 2, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale* ») avverte che, « *Qualora questi criteri non siano soddisfatti e siano rispettate le condizioni generali di applicabilità dell'articolo 107, paragrafo 1, del trattato, le compensazioni degli obblighi di servizio pubblico costituiscono aiuti di Stato e sono soggette alle disposizioni degli articoli 93, 106, 107 e 108 del trattato* ».

ammissibile, perché costituisce l'indispensabile mezzo per consentire la gestione di servizi di interesse economico generale.

Si tratta, tuttavia, di un'ipotesi difficilmente verificabile in concreto, considerato che interventi in deroga alle regole della concorrenza sono ammissibili solo nel rigoroso rispetto del principio di proporzionalità.

È, perciò, difficile ipotizzare una situazione concreta in cui sia idoneo, necessario e adeguato alla missione di servizio di interesse economico generale attribuire all'operatore privato sovvenzioni pubbliche superiori agli oneri che gli derivano dall'adempimento di un obbligo di servizio pubblico.

11. *L'evoluzione del modello originario.*

Il cambio di modello trova la sua giustificazione nel Trattato di Amsterdam del 1997, che riconosce i servizi di interesse economico generale tra i « *valori comuni dell'Unione* » (86).

Ciò che induce, in seguito, gli Stati membri a declinare nell'art. 36 della Carta di Nizza del 2000 questo solenne impegno: « *Al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi di interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente al trattato che istituisce la Comunità europea* ».

Sia pure con la prudenza imposta dal doveroso rispetto del principio di attribuzione (art. 4 TUE) è, a questo punto, evidente che « *i servizi di interesse generale ... sono parte dei valori condivisi da tutte le società europee e costituiscono un tratto essenziale del modello europeo di società ... sono un elemento portante della cittadinanza europea e rappresentano una parte dei diritti goduti dai cittadini europei* » (87).

(86) L'art. 16 del trattato dispone che: « *Fatti salvi gli articoli 73, 86 e 87, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, la Comunità e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione del presente trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i loro compiti* ». Il cambio di rotta fu anticipato nella « *Comunicazione sui servizi d'interesse generale in Europa* », cit., nella quale si riconosceva che « *La solidarietà e la parità di trattamento, nel contesto di un'economia di mercato aperto e dinamico, costituiscono obiettivi fondamentali della Comunità europea. I servizi di interesse generale contribuiscono al conseguimento di questi stessi obiettivi: gli europei si attendono infatti servizi di qualità a prezzi abbordabili e molti di essi considerano i servizi d'interesse generale come veri e propri diritti sociali in quanto contribuiscono in misura considerevole alla coesione socio-economica* ».

(87) Cfr. « *Libro verde sui servizi di interesse generale* », cit.

In questo modo (superando l'originaria impostazione liberista dei trattati comunitari), si è assegnato ai servizi di interesse economico generale un ruolo essenziale nella realizzazione degli obiettivi dell'Unione europea.

Là dove, in origine, i servizi pubblici erano avvertiti come un corpo estraneo alla costituzione comunitaria (perché in antitesi con il suo tratto genetico d'impronta mercantile), in questa « *nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta* » (art. 1 TUE), si assiste a un cambio di prospettiva: la cura dei bisogni essenziali diviene un obiettivo delle istituzioni europee (88), anziché un intralcio alla realizzazione delle politiche comunitarie (com'era originariamente inteso).

Statuisce, ora, l'art. 14 TFUE che, « *Fatti salvi l'articolo 4 del trattato sull'Unione europea e gli articoli 93, 106 e 107 del presente trattato, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti* » (rispetto alla vecchia formulazione del Trattato di Amsterdam, vi è una maggiore enfasi sul principio di attribuzione; ciò che, probabilmente, tradisce la preoccupazione degli Stati membri di un cambio di prospettiva che è, in effetti, rivoluzionario).

Chiarisce, quindi, il Protocollo n. 26 del Trattato di Lisbona che: « *I valori comuni dell'Unione con riguardo al settore dei ser-*

(88) Non è, tuttavia, un obiettivo delle politiche comunitarie, giacché « *Il trattato non colloca il funzionamento dei servizi di interesse generale fra gli obiettivi comunitari e non assegna alla Comunità poteri positivi specifici in questo settore* » (cfr. « *Libro verde sui servizi di interesse generale* », cit.). In effetti, « *Per alcuni settori, le disposizioni in materia di servizio universale si limitano perfino a lasciare agli Stati membri la facoltà di imporre o meno obblighi di interesse generale e di prevedere delle compensazioni. Nel promuovere lo sviluppo, a livello europeo, del servizio universale viene quindi rispettata la diversità, tenendo sistematicamente conto delle concezioni nazionali dell'interesse generale, quali sono definite da ciascuno Stato membro in funzione delle proprie tradizioni e dei propri bisogni* » (cfr. « *Comunicazione sui servizi d'interesse generale in Europa* », cit.). Quanto comporta che quell'obiettivo (la tutela di un valore riconosciuto dai trattati) deve essere perseguito dalle istituzioni comunitarie promuovendo l'azione degli Stati membri, attraverso gli strumenti di cooperazione amministrativa di cui all'art. 6 TFUE (« *L'Unione ha competenza per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri* »). Ciò non impedisce, ovviamente, alle istituzioni comunitarie di intervenire direttamente attraverso propri atti di normazione, deliberati ai sensi degli artt. 114 e 115 TFUE (norme sul "ravvicinamento delle legislazioni"), com'è, in effetti, accaduto con riguardo alle grandi industrie di rete (cfr. « *Libro verde sui servizi di interesse generale* », cit.).

vizi di interesse economico generale ai sensi dell'articolo 14 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea comprendono in particolare: — il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti; — la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse; — un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente ».

Bisogna, dunque, reinterpretare l'art. 106 TFUE, ampliandone la portata oltre gli angusti limiti di una deroga (a certe rigorose condizioni) ai divieti di intese tra imprese restrittive della concorrenza (art. 101 TFUE), di sfruttamento di una posizione dominante sul mercato (art. 102 TFUE) e di aiuti di Stato (art. 107 TFUE).

Al proposito, torna di attualità l'insegnamento di Forsthoff.

12. I SIEG nella prospettiva di Forsthoff.

Nella “*Daseinsvorsorge*” di Forsthoff, il servizio pubblico si rappresenta sociologicamente nella cura collettiva dei bisogni essenziali della massa di individui (la “*procura existencial*”) (89).

La rappresentazione pre-giuridica (90) del servizio pubblico di Forsthoff riconosce l'emersione nella società moderna di bisogni essenziali che l'individuo non può soddisfare autonomamente attraverso il dominio sulla sua sfera giuridica (“*beherrschter Lebensraum*”) e con gli strumenti del diritto privato.

Su questi presupposti sociologici, egli definisce un concetto giuridico: la responsabilità collettiva dell'esistenza individuale (“*Daseinsverantwortung*”); vale a dire l'obbligo dello Stato di garantire il soddisfacimento di un bisogno sociale (“*soziale Bedürftigkeit*”), con continuità e universalità.

Nella versione di servizio d'interesse generale di Forsthoff, l'intervento dello Stato nell'attività di erogazione di un servizio ha, perciò, natura sussidiaria: il bisogno essenziale della massa di individui è soddisfatto, principalmente, dalle imprese private nell'esercizio della

(89) E. FORSTHOFF, *Sociedad industrial*, cit., p. 20.

(90) N. MAGALDI, *El concepto*, cit., pp. 147 ss.

loro libertà di iniziativa economica, nel rapporto paritetico (al fine di rendere effettiva, in termini concreti, questa uguaglianza giuridica concorre, se necessario, la regolazione di un mercato asimmetrico) con il soggetto che soddisfa il suo bisogno attraverso l'esercizio della sua capacità di diritto privato (il dominio sulla sua sfera giuridica).

Il soddisfacimento di un bisogno sociale si realizza, in primo luogo, all'interno dello spazio vitale dominato (“*beherrscher Lebensraum*”) della massa di individui e attraverso contratti di diritto privato, che definiscono il loro sinallagma (in un mercato concorrenziale, eventualmente, stimolato a esserlo dall'intervento di regolazione dello Stato) secondo la logica del libero scambio tra prestazioni corrispettive e commutative, in quella loro imprescindibile caratteristica che è la causa: la giustificazione economico-sociale dell'atto di disposizione della sfera giuridica individuale nei rapporti intersoggettivi.

In questo quadro di riferimento è da interpretare (si tratta di una interpretazione valutativa, definendosi l'art. 106 TFUE attraverso clausole generali (91)), la disciplina dei servizi di interesse economico generale nel diritto UE.

In effetti, il concetto giuridico di servizio d'interesse economico generale è di vago contenuto (lo si riconduce generalmente alla categoria delle clausole generali) ed è, perciò, suscettibile di essere definito solo attraverso la sussunzione, che nei così detti concetti valvola (92) opera alla rovescia (93).

Nelle clausole generali è, dunque, il fatto che qualifica la norma.

È ben noto, invero, che un concetto giuridico indeterminato, espressione di un principio generale (e dei valori che esso sottende),

(91) Secondo V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, p. 77, la c.d. “*integrazione valutativa*” che la clausola generale richiede all'interprete di fare è un giudizio di valore da realizzare attraverso la tecnica del bilanciamento tra i confliggenti principi coinvolti nel caso concreto.

(92) K. G. WURZEL, *Das juristische Denken*, Wien-Leipzig, 1904, p. 86, li definisce “*Ventilbegriffe*”. Da qui la loro funzione omeostatica, di adeguamento automatico della definizione della fattispecie giuridica alle sollecitazioni esterne per consentire all'ordinamento di gestire l'invecchiamento delle norme (prospettiva diacronica) e le diversità emergenti da una società plurale (prospettiva sincronica) attraverso clausole elastiche (S. RODOTÀ, *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, in AA. VV., *Lezioni sul contratto*, Torino, 2009, pp. 97 ss.).

(93) In questo senso, G. D'AMICO, *Note in tema di clausole generali*, in *lure Praesentia*, 1989, p. 447, sostiene che « è il giudizio di fatto (espresso sulla base di parametri extralegali: 'principi dell'etica o del costume', 'canoni estetici', 'regole economiche' e così via) a riempire il contenuto e a 'concretizzare' la clausola generale ». Da qui, appunto, l'affermazione di V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., p. 20, che « *Nell'interpretare e nell'applicare le clausole generali, il meccanismo della sussunzione opererebbe, per così dire, alla rovescia* ».

acquista la dimensione di un precetto d'immediata applicazione solo in rapporto a una vicenda concreta.

La così detta "regola del caso concreto", sulla quale si innerva il principio del risultato, ora, codificato dall'art. 1 del Codice dei contratti pubblici.

Nel regime comunitario dei servizi d'interesse economico generale, ogniqualvolta il dominio sulla sfera giuridica individuale ("*beherrscher Lebensraum*") non consente alla massa di individui di appropriarsi dell'intero spazio vitale effettivo ("*effektiver Lebensraum*"), lo Stato obbliga gli operatori economici a prestazioni inique (che non trovano una loro giustificazione nella controprestazione dell'utente del servizio pubblico), in una misura variabile in relazione alle contingenti dinamiche di mercato (la regola del caso concreto, che discende dall'applicazione del principio di responsabilità collettiva dell'esistenza individuale), secondo un gradiente di proporzionalità (idoneità, necessarietà e adeguatezza).

La logica "fuzzy", che domina l'applicazione dei concetti giuridici indeterminati si schiarisce nell'interpretazione valutativa del concetto giuridico di servizi d'interesse economico generale (non meno oscuro di quello di servizio pubblico). E si rende, dunque, intellegibile attraverso l'operare congiunto, ma divergente, di questi due principi: (1) la responsabilità collettiva dell'esistenza individuale, richiede l'intervento sussidiario dei pubblici poteri nell'adempimento dell'obbligo di garanzia dello Stato, ogniqualvolta vi è un fallimento del mercato nel perseguimento dell'obiettivo pubblico di soddisfare il bisogno sociale con continuità e garantendo l'accesso universale al servizio; (2) la proporzionalità, che consente interventi statali distorsivi del mercato concorrenziale ("*market distorting*" (94)) solo se idonei, necessari e adeguati alla realizzazione di quel medesimo obiettivo.

Non vi è, perciò, un solo modello di servizio pubblico, bensì diversi modelli che soddisfano distinti bisogni sociali in relazione a multiformi situazioni di mercato.

Lo Stato interviene con gli strumenti del servizio pubblico (la "*Daseinsvorsorge*" di Forsthoff) solo nelle ipotesi di fallimento del mercato, quando non è sufficiente la regolazione a soddisfare i bisogni essenziali della massa di individui attraverso la disciplina

(94) D. SORACE, *Il servizio d'interesse economico generale dell'energia elettrica in Italia tra concorrenza ed altri interessi pubblici*, in *Diritto Pubblico*, 2004, p. 1024.

dell'attività degli operatori economici con prescrizioni di carattere negativo (art. 41, comma 2, Cost.).

Dunque, quando ciò accade (la regolazione non è sufficiente ad assicurare la continuità e l'universalità di un servizio che soddisfa bisogni essenziali della massa di individui), lo Stato adempie il suo obbligo di garanzia, anzitutto, coinvolgendo nella missione di servizio pubblico le imprese, che volontariamente assumono obblighi di servizio pubblico per consentire la continuità e l'universalità nell'esecuzione delle prestazioni (art. 106 TFUE), dietro la contropartita di aiuti di Stato (in deroga all'art. 107 TFUE) o dello sfruttamento di una posizione dominante sul mercato (in deroga all'art. 102 TFUE) e del vantaggio derivante da intese restrittive della concorrenza (in deroga all'art. 101 del TFUE), che consentono di coprire i maggiori oneri del servizio pubblico con extra-profitti.

Quando nemmeno ciò garantisce il soddisfacimento del bisogno sociale con continuità e universalità, allora, è possibile (nel rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità) limitare la libertà d'impresa attraverso una legge che stabilisca i programmi e i controlli (con prescrizioni di carattere positivo) con cui indirizzare e coordinare l'iniziativa economica privata verso fini sociali (art. 41, comma 3, Cost.).

Infine, se neppure ciò è risolutivo, lo Stato — come *extrema ratio* — può riservare all'amministrazione pubblica la titolarità del servizio pubblico, eventualmente, espropriando le imprese che su quel segmento di mercato operano in modo discontinuo e senza garantire l'accesso universale alle prestazioni, da esse erogate nel perseguimento di un obiettivo di profitto.

In ragione di ciò, l'organizzazione pubblica dei servizi di interesse economico generale, secondo lo scarno modello delineato dall'art. 106 TFUE, è solo una delle differenti modalità (nella prospettiva comunitaria, la preferibile in un gradiente di proporzionalità) con le quali lo Stato adempie il suo fondamentale obbligo sussidiario di garanzia del soddisfacimento di un bisogno sociale (la "*procura existencial*" di Forsthoff), assicurando, cioè, ininterrottamente a tutti i cittadini (indipendentemente dalla loro condizione economica, sociale o geografica) le prestazioni indispensabili al soddisfacimento di un loro bisogno essenziale (così definito per scelta politica di una organizzazione sociale, riconoscendolo così come un diritto civico) che essi non riescono a procurarsi nell'esercizio della loro autonomia privata.