

---

UNIVERSITÀ DI TORINO  
MISCELLANEA DEL DIPARTIMENTO  
DI SCIENZE GIURIDICHE

SERIE III

MISCELLANEA III

---

SCRITTI IN ONORE  
DI ELIO CASETTA

II



---

NAPOLI — CASA EDITRICE JOVENE — 2001

ROBERTO CAVALLO PERIN

I PRINCIPI COME DISCIPLINA GIURIDICA  
DEL PUBBLICO SERVIZIO  
TRA ORDINAMENTO INTERNO  
ED ORDINAMENTO EUROPEO

1. — La disciplina giuridica dei servizi pubblici è stata sinora caratterizzata da leggi e regolamenti di settore, dalla più recente istituzione delle diverse autorità indipendenti, alla disciplina sulle comunicazioni, sul ciclo completo della acque, sui rifiuti solidi urbani, o sugli asili nido, per non trattare dei trasporti ferroviari, o via mare, e così via sino agli albori della scuola pubblica, nonché delle concessioni inizialmente di beni e poi di servizi per l'erogazione del gas, dell'acqua potabile, o del telefono.

Disciplina di settore ulteriormente frammentata dalle forme organizzative di erogazione del servizio pubblico: anzitutto quelle istitutive dei diversi enti pubblici, poi quelle che hanno ad oggetto la scelta del concessionario, infine quelle sull'acquisto della qualità di socio in società cui partecipa l'ente pubblico titolare del servizio.

Si tratta di norme che attendono ai problemi ogni qualvolta sorti nelle diverse epoche storiche, con difetto di una disciplina organica dei servizi pubblici, al quale ha tentato di sopperire l'opera della giurisprudenza amministrativa e ordinaria, giovando del contributo di numerosi studi di settore e di quelli di più ampio respiro che hanno tentato una sintesi della definizione del pubblico servizio nel nostro ordinamento, cioè della disciplina giuridica che appare essenziale a caratterizzare un'attività come pubblico servizio.

Alla corposa opera interpretativa della prima metà del secolo di «astrazione generalizzante» a partire dalle diverse discipline particolari<sup>1</sup> che per tentativi ha consentito di perveni-

<sup>1</sup> Si vedano nel *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V. E. Orlando, le trattazioni di F. Cammeo sulla sanità pubblica, di A. De Valles sui servizi pubblici, di F. Virgilio sull'istruzione pubblica, nonché gli scritti sulla concessione di servizio pubblico di fine inizio secolo, per i

re alla definizione di una categoria unitaria di pubblico servizio nel nostro ordinamento, si è affiancata quella successiva a partire dalle disposizioni costituzionali, come principi della Repubblica italiana ai quali l'intero ordinamento legislativo doveva uniformarsi, quasi subito integrati dalle disposizioni delle Comunità europee e poi dell'Unione, da ultimo intese come costitutive di un originale ordinamento europeo<sup>2</sup>, con propri principî, seppure tratti direttamente dall'esperienza costituzionale degli Stati che ne sono componenti.

I principî come opera di sistemazione di episodici o settoriali interventi del legislatore nei servizi pubblici, i principî come innovazione costituzionale che definisce l'interpretazione delle disposizioni preesistenti, i principî come riduzione del molteplice ad unità di un ordinamento, appaiono definizioni conformi alla nostra tradizione giuridica che ha superato diversi rivolgimenti istituzionali.

Superata infatti la radice storica<sup>3</sup> che da tempo contrapponeva i sostenitori del diritto naturale a quelli del diritto positivamente posto<sup>4</sup>, la ricostruzione teorica dei principî pare

quali si consenta un rinvio a R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, Giappichelli, 1998; ID., *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, Jovene, 1993.

<sup>2</sup> A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999, spec. 140: l'ordinamento comunitario «o per meglio dire dal fatto che lo ha storicamente assunto, e che lo sta storicamente svolgendo ... da ordinamento derivato, e quindi solo autonomo, tende a trasformarsi in un ordinamento originario, e quindi sovrano.»

<sup>3</sup> Per tutti N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, *Memorie dell'istituto giuridico*, II serie, XXXVI, 1938, 48 s.; G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disp. prel. al cod. civ.*, in *Foro it.*, 1969, V, 112, poi in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, 443; T. ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione (1945)*, poi in *Saggi giuridici*, Milano, 1949, 41 s.

<sup>4</sup> Per la dottrina che identifica i principî con il diritto naturale: G. DEL VECCHIO, *Sui principî generali del diritto*, in *Arch. giur.*, 1921, 33 s.; G. BRUNETTI, *Le fonti e le funzioni del dubbio nella giurisprudenza*, in *Giur. it.*, 1923,

riaffiorare attraverso la teoria dell'interpretazione. Una volta accolta la legge come fonte generale e gerarchicamente sovraordinata del diritto positivo, l'argomentare della dottrina della seconda metà dell'ottocento intorno ai principi riparte dall'idea dell'impossibilità per il legislatore di prevedere tutto, per poi risalire attraverso l'analogia al cuore della interpretazione delle disposizioni di legge (la *ratio legis*), sino alla convinzione che ogni disposizione di legge non potesse *esistere in concreto* senza un'interpretazione<sup>5</sup>.

La teoria dell'unità sistematica dell'ordinamento giuridico<sup>6</sup>

IV, 1 s.; C. GANGI, *Il problema delle lacune nel diritto privato*, in *Arch. giur.*, 1923, 137 s. Contrari invece: V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, in *Annali dell'Università di Camerino*, 1879-1880, 24 s., poi in *Studi giuridici*, III, *Diritto positivo*, pt. I, Roma, A.R.E., 1 s.; G. PACCHIONI, *I principi generali del diritto*, in *Arch. giur.*, 1924, 113 s.; D. DONATI, *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910, poi rist. anastatica in *Scritti di Diritto Pubblico*, I, Padova, 1966; V. MICELI, *I principi generali del diritto. A proposito di una recente pubblicazione* [il riferimento è allo scritto di G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*], in *Riv. dir. civ.*, Milano, 1923, 23 s.; A. CECCHINI, *Storia della giurisprudenza e interpretazione della legge*, in *Arch. giur.*, 1923, 15 s.; E. CROSA, *Osservazioni sui principi generali come fonte di diritto pubblico*, Torino, 1926, 19-22; T. ASCARELLI, *Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. cod. civ. (1865) nel diritto privato*, *Arch. giur.*, 1925, poi in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, 209 s.; Per altri riferimenti si veda: N. BOBBIO, *L'analogia*, cit., 71 e nota 9-16; nonché 66 s., spec. nota 2, 69, per l'analisi dei precedenti storici e degli influssi della dottrina tedesca. Dello stesso autore si veda la voce: *I principi generali del diritto*, del *Nss. dig. it.*, XIII, 1966, 889-892.

<sup>5</sup> Per la vicenda storica cfr. gli scritti di Gorla citati nelle premesse a: G. GORLA - F. ROSSELLI, *Per la storia del potere dei giudici in Italia fra secolo XVI e i secoli XIX-XX fino alla cessazione dello statuto albertino: alcune tracce*, in *Foro it.*, 1986, V, 93 s.; F. ROSSELLI, *Giudici e limiti del legislatore, vigente lo statuto albertino*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988. Per una diversa impostazione: P. PERLINGERI, *L'interpretazione della legge come sistematica e assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'articolo 12 disp. prel. del cod. civ. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 998 s., spec. 1001.

<sup>6</sup> Riconduce alla prima metà del settecento il rapporto analogia sistema

consente di vedere nei principî non solo più un freno alle innovazioni legislative, ma anzitutto la possibilità di introdurre con norme espresse nuovi «valori» che possono infondere l'ordinamento giuridico preesistente<sup>7</sup>. I principî, come valori «supremi» dell'intero ordinamento giuridico, nella teoria dell'interpretazione si definiscono tuttavia in un rapporto di continuità<sup>8</sup> con le scelte di valore del legislatore, aprendo uno spazio che non pone in discussione il primato della legge, perché ai principî si ricorre ove questa manchi (*lacuna legis*).

G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1980, 383 s.

<sup>7</sup> L'idea si fa strada con la distinzione fra principî espressi e principî inespressi, nonché attraverso il riconoscimento della natura normativa dei principî; per tutti si veda: V. CRISAFULLI, *A proposito dei principî generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa*, in *Jus*, 1940, 193 s., articolo stimolato dal proposito del Ministro guardasigilli Grandi di completare la codificazione con la solenne enunciazione dei principî dell'ordinamento giuridico dello Stato fascista. In tale quadro storico dello stesso autore: *Per la determinazione del concetto di principî generali del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1941, 42 s., 157 s., 230 s.; *I principî costituzionali dell'interpretazione ed applicazione delle leggi*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1940, 663 s.

<sup>8</sup> Continuità e residualità, unitamente al concetto di unità sistematica, sono gli elementi comuni ad dibattito giunto sino ad oggi, cfr.: S. BARTOLE, voce *Principî generali del diritto*, *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1986, 494 s., con ivi ampi riferimenti; F. SORRENTINO, *I principî generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Dir. e società*, 1987, 181 s.; G. ZAGREBELSKY, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, Utet, 1984, 229 s.; M. JORI, *I principî nel diritto italiano*, in *Soc. del Dir.*, 1983, 7 s.; A. GIULIANI, *Le disposizioni sulle leggi in generale*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. Rescigno, Torino, Utet, 1982, 226-232; R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Commentario al codice civile (Foro it.)*, a cura di A. Scialoja - G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, 1974, 281-285; G. TARELLO, *L'interpretazione*, cit., 382, ed ivi ampi riferimenti. Si distingue G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Padova, 1987, 173, ove identifica i principî dell'ordinamento italiano con quelli della comunità internazionale; nonché G. GUASTINI, *Produzione e applicazione del diritto. Lezioni sulle «Preleggi»*, Torino, 1989, 89 s.

L'entrata in vigore della Costituzione della Repubblica italiana muta in parte l'asse interpretativo che si era venuto formando<sup>9</sup>; si recepiscono in disposizioni costituzionali, gerarchicamente sovraordinate alla legge statale<sup>10</sup>, i principi elaborati dal costituzionalismo europeo<sup>11</sup>; si restituisce interesse

<sup>9</sup> Vi è stato un ritorno di interesse negli studi di diritto privato, per tutti cfr. P. PERLINGERI, *L'uscita dall'emergenza e giustizia civile*, in *Legalità e giustizia*, 1985, 1008 s.; A. TRABUCCHI, *Significato e valore del principio di legalità nel moderno diritto civile*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, Milano, 1978, 2059 s.; P. Rescigno, *Introduzione al Trattato di diritto privato*, a cura dello stesso, Torino, 1982; A. CERRI, *La Costituzione e il diritto privato*, in *Trattato di diritto privato*, op. ult. cit., XXI, 1987, 47 s. L. MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1984, 337 s. In taluni vi è un notevole influsso degli scritti di R. DWORKIN sulle cui tesi si veda *Taking rights seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977, tr. it., (F. Oriana), *I diritti presi sul serio*, a cura di G. Rebuffa, Bologna, Il Mulino, 1982; contro le tesi del quale si vedano gli scritti di: G. R. CARRÒ, *Riflessioni su Dworkin*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a cura di G. Tarello, X, Bologna, Il Mulino, 1980 e H. L. HART, *Tra utilità e diritti*, in *Sociologia del diritto*, VI, 1979, 1 s. Sul pensiero di R. Dworkin, si veda altresì S. BARTOLE, *Intorno a «Taking rights seriously» di Ronald Dworkin*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, cit., X, Bologna, Il Mulino, 1980.

<sup>10</sup> La recezione in norme costituzionali di taluni principi apre inoltre all'interpretazione «adeguatrice» delle norme legislative ai dettati costituzionali: G. ZAGREBELSKY, *Il sistema*, cit., 77.

<sup>11</sup> Si trasformano in una norma scritta (generale e astratta), principi (inespressi) desumibili dalle leggi solo per via di «astrazione generalizzante», o immanenti l'istituzione, nonché quelli in precedenza unicamente espressi in legge ordinaria, con conseguente novazione della fonte di diritto obiettivo. Per la distinzione fra principi espressi o inespressi (o impliciti), oltre agli scritti citati in nota che precede, V. CRISAFULLI, *Sull'efficacia normativa delle disposizioni di principio della costituzione*, 1948; *Le norme programmatiche della costituzione*, 1952; *Sui rapporti tra l'art. 21 della costituzione e l'art. 113 delle leggi di p.s.*, 1950; *L'art. 21 della costituzione e l'equivoco delle norme programmatiche*, 1952; *Costituzione e protezione sociale*, 1950; *Appunti preliminari sul diritto al lavoro nella costituzione*, 1951; *Principi costituzionali in tema di autonomie locali e art. 93 del T.U. sulla finanza locale*, 1952; oggi tutti gli scritti si possono leggere in: *La Costituzione e le sue disposizioni di princi-*

verso i principî come «valori» unitari di un ordinamento e come limite alla autonomia degli ordinamenti da questo dipendenti (autonomie locali, governo, autonomie funzionali, ecc.).

Residua a fianco della problematica relativa ai principî espressi (ed ora di rango costituzionale) quella più vecchia dei principî inespressi, sia per il rinvio operato da talune norme costituzionali<sup>12</sup>, sia per il permanere della necessità di offrire soluzione ai conflitti, non risolti in legge (costituzionale o ordinaria), tra interessi pubblici e diritti dei cittadini che trovano parimenti tutela in Costituzione.

Riaffiora la nota questione della natura creativa o interpretativa della giurisprudenza<sup>13</sup>, di cui non mancano le ipotesi

*pio*, Milano, 1952, rispettivamente alle 27 s., 51 s., 87 s., 99 s., 115 s., 145 s., 207 s., per la tesi che distingue i principî immanenti l'istituzione dall'astrazione generalizzante (*analogia juris*) Santi ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1940, 278, 327; ID., *Osservazioni preliminari per una teoria dei limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1902, 240 s., 306 s.

<sup>12</sup> Art. 4 dello Statuto Regione Friuli Venezia Giulia; art. 3 Statuto Regione Sardegna; art. 4 Statuto Regione Trentino Alto Adige; art. 2 Statuto Regione Valle D'Aosta.

<sup>13</sup> A favore della creatività si vedano gli autori che avvicinano l'art. 12 disp. prel. cod. civ. italiano all'art. 1 del codice svizzero: G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12*, cit., 443 s. sp. 473; F. FERRARA, *I principî generali dell'ordinamento giuridico*, Pisa, 1941, poi in *Scritti giuridici*, 1954, 130; G. MARZANO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1955, 79, ove si riconosce che nei principî vi è un apprezzamento politico degli interessi in gioco che l'ordinamento ha voluto demandare al giudice (nell'esercizio dei poteri giurisdizionali), ma cfr. quanto enunciato dall'autore nella successiva 83; B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, Recueil Sirey, 1954, 240, ove si indica un potere quasi legislativo. Ma già prima per un'analogia fra il precedente art. 3 disp. prel., cod. civ. italiano (del 1865) e l'art. 1, codice civile svizzero, il BRUGI, *L'analogia del diritto e il giudice legislatore*, in *Dir. commerciale*, 1916, 261; G. PACCHIONI, *Corso di diritto civile, Delle leggi in generale*, Torino, 1933, 146-147 ove indica un potere creativo della giurisprudenza (dottrina e giudici) non del singolo giudice.

intermedie<sup>14</sup>, le cui sfumature non paiono riferibili ove si pretenda di scinderle dalle concezioni che gli autori hanno dell'ordinamento nell'epoca storica in cui essi scrivono, poiché il modo di intendere i principî ed i poteri della giurisprudenza sono in verità diverse concezioni dell'ordinamento giuridico.

Più di recente alcuni hanno visto nei principî dell'ordinamento giuridico «uno strumento normativo che abilita gli organi giudiziari ... ad operare in vista dell'unità, ad attivare

Contro la creazione di un diritto obiettivo nuovo nel caso di *lacuna legis* si vedano gli scritti (ed ivi riferimenti a dottrina anteriore) di V. CRISAFULLI citati alle note che precedono, in particolare: *Per la determinazione del concetto di principî generali del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1941, 177 s.; nonché: M. S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1942, 53-55. Il problema in testo è evidenziato con precisione da M. JORI, *I principî*, cit., 19 s., che analizza i limiti delle diverse impostazioni secondo gli schemi della cultura «giuspositivista legalista», «giusnaturalista» e «giuspositivista non legalista».

<sup>14</sup> Alcune sono più volte ad evidenziare la natura etero-integrativa dell'ordinamento svolta dai principî senza con ciò riconoscere un carattere di fonte del diritto, o senza pervenire a disconoscere all'opera giurisprudenziale la qualità dichiarativa, o seppur integrativa, sempre raccordata all'intero sistema posto dal legislatore. Per tutti E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, II, Milano, 1955, 857-858, ID., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, 52 s.; BARATTA, *Note in tema di analogia giuridica*, in *Studi in onore di E. Betti*, Milano, 1961, 17 dell'estr.; ID., *Autonomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1963, 70 s.; 73 in nota; A. TOZZI, *I principî generali del diritto e il positivismo giuridico*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1957, 749-765; A. Torrente, *Il giudice e il diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, 1261-1273; G. VEDEL, *Cours de droit administratif*, Paris, 1951-52, 167; G. PACCHIONI, *Corso di diritto civile*, cit., 146-147; T. ASCARELLI, *Dispute metodologiche e contrasti di valutazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, 115, poi in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, spec. 476 ove si afferma che l'interpretazione non è dichiarazione: «ma «vale come se» ... e vale come se ... in funzione appunto di quella tecnica interpretativa che mira ad assicurare una necessaria continuità e che costituisce poi, alla fine, un elemento della struttura costituzionale di ogni ordinamento». Per M. S. GIANNINI, *L'interpretazione*, cit., 88, 89 e nota 19, l'analogia è integrazione e non interpretazione.

un processo di integrazione dell'ordinamento giuridico attorno ai principî» stessi<sup>15</sup>.

Unità minima necessaria a garantire l'esistenza di una (data) istituzione, cioè di un insieme di norme che si vuole ordinato a sistema, proprio per consentirgli di essere «uno». Si consideri tale convincimento un preconcetto necessario<sup>16</sup>, o al contrario l'unico modo di esistere di un ordinamento giuridico<sup>17</sup>, in tutti i casi pare possibile affermare che le alternative di rappresentazione dei principî, proprio in quanto non risolte, sintetizzano bene la tensione sempre presente fra diritto imposto e diritto effettivo, fra scelta degli organi istituzionali e necessità di questi di risolvere i bisogni sociali di una comunità.

I principî dell'ordinamento giuridico si affermano in ogni caso, al vertice del sistema e all'occorrenza in ogni gradino della gerarchia delle fonti, per la risoluzione di conflitti non compiutamente risolti dalle norme scritte, in ragione dell'unità e per l'esistenza di un ordinamento.

Unità che non è un *a priori*, ma ogni qualvolta ricercata, ridefinita, ritrovata su nuove basi, su nuovi contenuti, su nuove tensioni, su nuovi interessi (valori); unità sempre ristabilita (*ex post*); unità che vale dunque sintesi degli interessi (complessità) e «continuità» nel processo di innovazione del diritto obiettivo<sup>18</sup>, unità che tuttavia non è uniformità.

<sup>15</sup> Espressamente G. ZAGREBELSKY, *Il sistema*, cit., 230, ma vedasi anche 77 e 81; cfr. C. ESPOSITO, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, 67 s., 7 s., ove distingue fra unicità e indivisibilità.

<sup>16</sup> È affermazione che, alternativamente a quella che segue, si ritrova in molti autori delle cui diverse opinioni non qui è possibile riferire, per tutti a favore di un preconcetto necessario da ultimo: G. ZAGREBELSKY, *Il sistema*, cit., 77, 81, 230.

<sup>17</sup> Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, Tip. Ed. Mariotti, 1917 (ma 1918), 38 s.; (II ed., Firenze, Sansoni, 1946; rist. II ed., Firenze, Sansoni, 1962).

<sup>18</sup> I principî come norme positive e non antecedenti storici di istituti vigenti si ritrova già in E. CROSA, *Osservazioni sui principî generali*, cit, 21,

Un ordinamento, che riconosce come giuridicamente rilevanti nuovi interessi<sup>19</sup> a fianco di quelli di più antica tradizione, pone in modo non eludibile il problema della risoluzione dei conflitti (eventuali) fra posizioni soggettive egualmente tutelate dalla legge (o in base ad essa), secondo linee di valori d'unità dell'ordinamento, attribuendo ai principî una funzione che pare ancora attuale e necessaria.

La possibilità<sup>20</sup> che si possa pervenire alla enucleazione di principî diversi, con conseguenze talvolta opposte nella risoluzione del caso *sub judice*, se da un lato indica il limite del procedimento induttivo, dall'altro è utile a rivelare le scelte di valore che comunque si annidano in ogni argomento interpretativo che si avvalga del ricorso ai principî dell'ordinamento giuridico.

Il richiamo ai valori costituzionali<sup>21</sup> è ritenuto referente normativo utile a consentire la ricerca di più «salde coesioni sociali e istituzionali»<sup>22</sup>. È noto da tempo come le questione di

nonché T. ASCARELLI, *L'idea di codice*, cit., 71 e nota 119, ove la completezza dell'ordinamento è il fine dell'interpretazione, non la premessa; nonché 77 ove il concetto di «continuità» pare legato all'aspetto dichiarativo dell'interpretazione (reputata creativa). Per i principî come *posterius*: G. MARZANO, *L'interpretazione*, cit., 47.

<sup>19</sup> G. ALPA, *Il disordine legislativo, la creatività della giurisprudenza e il caso della giustizia civile*, in *Politica del diritto*, 1986, 607 s.

<sup>20</sup> È affermazione ricorrente, già in G. DEL VECCHIO, *Sui principî generali*, cit., 275.

<sup>21</sup> Sui valori nel diritto obiettivo, per tutti: M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, Franco Angeli, 1982, 56 s. «Alle norme costituzionali si assegna un significato specifico autonomo che consiste nel riconoscimento di valori, di un sistema di valori e di un sistema culturale, che legittima la costituzione come organizzazione di un determinato sistema di governo» op. ult. cit., 57. Per autori meno recenti: E. FORSTHOFF, *Il vincolo alla legge e al diritto*, cit., 236; R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München-Leipzig, 1928, tr. it. (F. Fiore e J. Luther), *Costituzione e diritto costituzionale*, a cura di G. Zagrebelsky, Milano, Giuffrè, 1988.

<sup>22</sup> N. IRTI, *I frantumi del mondo (sull'interpretazione sistematica delle leggi speciali)*, in *Quadrimestre*, 1984, 230; P. PERLINGERI, *L'uscita dall'emer-*

costituzionalità non sono più unicamente verifica della conformità alle disposizioni costituzionali delle singole scelte del legislatore<sup>23</sup>, ma raffronto con altre leggi ordinarie, per la eliminazione di quelle «irragionevoli», nonché verifica di tali scelte legislative con i «valori» che complessivamente l'ordinamento costituzionale esprime quale parametro utile alla riso-

*genza civile*, in *Legalità e giustizia*, 1985, ove si può leggere: «manca una conformità nella produzione legislativa al disegno del costituente e si va avanti a zig-zag, tra flussi e riflussi legati al contingente se non al movimento di piazza o di palazzo, in una società «frammentaria, lacerata, disorganica» senza l'energia storica di ristabilire «l'unità dei rapporti sociali»», 1166; A. DE VITA, *I valori costituzionali come valori giuridici superiori nel sistema francese (vicende e incognite di un processo in atto)*, in *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, a cura di A. Pizzorusso e V. Varano, Milano, Giuffrè, 1985, 1171, 1210, e *passim*; P. RESCIGNO, *Introduzione al Trattato di diritto privato*, a sua cura, Torino, Utet, 1982, 48; individua nell'art. 2 e 41 cpv., Cost., disposizioni che consentono una penetrazione dei valori essenziali del sistema nelle norme di diritto privato: A. CERRI, *La Costituzione e il diritto privato*, in *Trattato di diritto privato*, cit., a cura di P. RESCIGNO, XXI, 1987, 60 s.; considera le norme programmatiche espressione di valori nuovi: V. CRISAFULLI, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., spec. 48; M. JORI, *I principi nel diritto italiano*, cit., 21; G. ZAGREBELSKY, *Il sistema*, cit., 76. La frase citata in testo è presa da A. DE VITA, *I valori*, cit., 1171.

<sup>23</sup> L. PALADIN, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Milano, Giuffrè, 1965, spec. 226 s.; C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, Padova, Cedam, 1973, poi in *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, Giuffrè, 1984, 637 s.; A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1976; M. CAPURSO, *I giudici della Repubblica*, Milano, Ed. Comunità, 1977, 39-40; B. CARAVITA, *Oltre L'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3, comma II, della Costituzione*, Padova, Cedam, 1984; P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, V ed., Padova, Cedam, 1987, 320, 459, 562, ma spec. 610; G. BERTI, *L'interpretazione costituzionale*, Padova, Cedam, 1987, 69, 323 s., 527; G. ZAGREBELSKY, voce *Processo costituzionale* dell'*Enciclopedia del diritto*, XXXVI, 1987, 555 s. ed ivi (nota 95) riferimenti ulteriori; G. BARILE, *Costituzione e rinvio mobile*, Padova, Cedam, 1987, 67 s., ed ivi, (nota 14) riferimenti.

luzione dei conflitti non espressamente sciolti da una disposizione scritta<sup>24</sup>.

Combinati disposti di una pluralità di norme costituzionali e principio di ragionevolezza appaiono ormai un normale modo di proporre e risolvere le questioni di costituzionalità. La norma come interpretazione si allontana vieppiù dalla disposizione scritta, poiché chiamata a proporsi come sintesi ultima dei conflitti fra gli interessi cui l'ordinamento riconosce rilevanza giuridica, con ciò avvicinandosi, senza tuttavia con-

<sup>24</sup> M. COSTANTINO, *La proprietà nel sistema dei diritti reali e della legislazione speciale successiva alla Costituzione*, in *L'influenza dei valori costituzionali*, cit., a cura di A. Pizzorusso e V. Varano, 22; M. BUQUICCHIO, *La funzione sociale della cooperazione alla luce dei principi costituzionali*, *ivi*, 248 s.; A. GAMBARO e R. PARDOLESI, *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto civile*, *ivi*, 10 s.; A. DI MAIO, *Libertà di iniziativa economica e valori costituzionali*, *ivi*, 272 s.; M.G. GAROFALO - S. SCIARRA, *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto del lavoro*, *ivi*, 348 e s.; S. MAZZAMUTO, *Costituzione economica libertà d'impresa ed ausili finanziari*, 67; S. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Scritti in onore di E. Tosato*, II, Giuffrè, Milano, 1982, 127 s.; R. D'ALESSIO, *I limiti costituzionali dei trattamenti sanitari (a proposito dei testimoni di Geova)*, in *Scritti in onore di E. Tosato*, cit. 75 s.; A. CLARIZIA, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in *Dizionario di diritto sanitario*, a cura di M. S. Giannini e G. De Cesare, Varese, 1984, 561 s.; DI VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Trattamenti sanitari fra libertà e doverosità*, (atti del Convegno di studi tenutosi a Roma il 1° dicembre 1982), Napoli, Jovene, 1983, 13 s.; P. BELLINI, *Aspetti costituzionali con più specifico riferimento alla libertà religiosa*, *ivi*, 55 s.; nonché si vedano l'introduzione e le conclusioni di P. Rescigno, *ivi*, 5 s., 181 s.; A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, Giuffrè, 1988, spec. 26 s, 66 s.; L. PALADIN, *Libertà di pensiero e libertà di informazione: le problematiche attuali*, in *Quaderni costituzionali*, 1987, 5 s.; A. BALDASSARRE, *Libertà di stampa e diritto all'informazione nelle democrazie contemporanee*, in *Politica del diritto*, 1986, 579 s.; L. MEZZETTI, *Stato di catastrofe e libertà di stampa nella repubblica federale di Germania*, in *Diritto e Società*, 1987, 43 s.; E. ROPPO, *I diritti della personalità fra rilevanza costituzionale e tutela civile (esperienze degli Stati Uniti, Germania Federale e Francia)*, in *Legalità e Giustizia*, 1984, 72 s., spec. 82.

fondersi, alle esperienze proprie della cultura giuridica dei paesi di *common law*<sup>25</sup>.

L'assenza di una disposizione scritta impone che una norma sia ritrovata nel sistema attraverso il ricorso ai principi dell'ordinamento giuridico, non perché una norma deve comunque esistere al fine di consentire al giudice di rispondere alle parti, ma anzitutto per consentire al sistema di affermarsi e di continuare ad esistere.

Il ritrovato teorico non è nuovo<sup>26</sup>, particolare è la rilevanza che assume in tutti i periodi storici di «crisi della legalità», sia per le proporzioni che investono ogni settore dell'ordinamento giuridico, sia per i valori che ogni qualvolta si ritiene possano consentire l'affermazione di un ordinamento (Unione europea), o ad un ordinamento di continuare ad esistere e di evolvere nell'unità.

2. — Il ruolo dei principi nell'interpretazione della disciplina giuridica dei servizi pubblici non appare dunque singolare, anche se taluni aspetti dei rapporti giuridici che lo carat-

<sup>25</sup> A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione, L'esperienza statunitense*, Roma, Bulzoni, 1974; G. C. HAZARD jr., *The position of the Supreme Court in the contemporary constitutional system of the United States*, in *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, a cura di G. Lombardi, Rimini, Maggioli, 1985, 161 s.; nonché i lavori citati alla nota che precede, nonché G. BRAIBANT, *Le droit administratif français*, Dalloz, Paris, 1984, 220 s.. Per rapporti fra legge e giurisdizione: R. MANGABEIRA UNGER, *Knowledge and Politics*, trad. it., *Conoscenza e politica*, Bologna, 1983, spec. 127 s.

<sup>26</sup> SANTI ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, cit., I, Milano, Soc. ed. libr., 1900, 166, ove dice: «non è necessario che i diritti di libertà vengano dichiarati espressamente; essi possono sorgere da tutto il contesto della legislazione, dai principi fondamentali su cui poggia lo Stato moderno». Dello stesso autore si veda inoltre *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, (1899), poi in *Scritti minori*, I, (Diritto costituzionale), Milano, 1950, 104.

terizzano consentono di diversamente sottolineare peculiarità che in altre vicende non assumono eguale importanza.

L'attenzione sulla disciplina che i principî possono offrire ai servizi pubblici è stata richiamata di recente da alcune disposizioni nazionali volte a garantirne la qualità delle prestazioni<sup>27</sup> e dal «Progetto di comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario degli appalti pubblici» della Commissione dell'Unione europea 1999/C 94/04 (in G.U.C.E., 7 aprile 1999, C 94/04)<sup>28</sup>.

Entrambi segnalano l'esistenza di principi idonei a disciplinare i servizi dell'amministrazione pubblica anche in assenza di specifiche norme, entrambi si riferiscono a principi posti dal costituzionalismo europeo.

Del primo gruppo di norme il più recente atto legislativo italiano offre nuovo fondamento alle direttive (servizi statali) e agli atti di indirizzo e coordinamento del Presidente del Consiglio dei Ministri (servizi locali)<sup>29</sup> aventi ad oggetto le modalità di definizione, adozione e pubblicità degli standard di qualità, i casi e le modalità di definizione delle carte di servizi, i criteri di misurazione della qualità dei servizi, le condizioni di tutela degli utenti, la definizione dell'indennizzo «automatico e forfettario» all'utenza per mancato rispetto degli standard di qualità (d.lgs. 30 luglio 1999, n. 286, art. 11, comma 2).

«I servizi pubblici nazionali e locali sono erogati con modalità che promuovono il miglioramento della qualità e assi-

<sup>27</sup> Si veda il d.p.c.m. 27 gennaio 1994, cui si riferisce l'art. 2, d.l. 12 maggio 1995, n. 163, conv. in l. 11 luglio 1995, n. 273, poi sostituito dalla disciplina dell'art. 11, d.lgs. 30 luglio 1999, n. 286.

<sup>28</sup> Nelle more di pubblicazione del presente lavoro è stato emanato il testo definitivo della Comunicazione interpretata dalla Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario 12 aprile 2000.

<sup>29</sup> Per i servizi di Regioni ed enti locali l'atto di indirizzo e coordinamento del Presidente del Consiglio dei ministri è adottato d'intesa con la conferenza unificata d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281.

curano la tutela dei cittadini e degli utenti e la loro partecipazione, nelle forme, anche associative, riconosciute dalla legge, alle inerenti procedure di valutazione e definizione degli standard qualitativi».

La precedente disciplina legislativa<sup>30</sup> era già dedicata alla «qualità» ed imponeva agli enti erogatori di servizi pubblici di adottare le rispettive carte in conformità alla direttiva d.p.c.m. 27 gennaio 1994 e agli schemi generali emanati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (art. 2, comma 2, d.l. 12 maggio 1995, n. 163, conv. l. 11 luglio 1995, n. 273).

La prima parte della direttiva emanata con d.p.c.m. 27 gennaio 1994 offriva una ricognizione, non esaustiva, dei principi fondamentali che presiedono all'erogazione dei servizi nel nostro ordinamento, cioè di norme preesistenti nell'ordinamento di cui è fornita un'autorevole interpretazione con specifico riferimento ai servizi pubblici.

Non molto diversamente può essere definita la rilevanza giuridica del citato progetto di comunicazione della Commissione dell'Unione europea 1999/C 94/ 04, stante il dichiarato carattere interpretativo che la contraddistingue, «risultato di una prima riflessione» del procedimento che porterà alla redazione definitiva della comunicazione a seguito di un'ampia consultazione, per giungere a proporre (II fase) norme destinate a disciplinare tutte le forme di «concessione e di partenariato pubblico-privato» che non sono soggette all'applica-

<sup>30</sup> L'art. 11, comma 5, d.lgs. n. 286/99, cit., abroga espressamente l'art. 2, d.l. n. 163/95, conv. in l. n. 273/95, cit. dopo avere posto ai commi precedenti (1-4) una nuova e disciplina della qualità nei servizi pubblici. L'abrogazione del comma 5 è accompagnata da una precisazione: sino a diversa determinazione delle nuove direttive del Presidente del Consiglio dei Ministri restano in vigore i precedenti decreti del Presidente aventi ad oggetto «gli schemi generali di riferimento emanati ai sensi del suddetto articolo» (2, d.l. n. 163/95, cit.), senza alcun specifico richiamo invece al d.p.c.m. 27 gennaio 1994.

zione delle direttive europee in materia di appalti pubblici<sup>31</sup>.

Attività interpretativa con la quale la Commissione europea non intende affatto intervenire nelle scelte di competenza degli Stati che individuano le forme di finanziamento e gestione pubblica, o privata, delle infrastrutture o dei servizi attribuiti dalle amministrazioni pubbliche, ma unicamente definire un «inquadramento giuridico» che delinei, anche per tali forme, i limiti che comunque derivano dal rispetto dei principi fondamentali stabiliti dal Trattato dell'Unione europea.

Non rientrano nell'attività interpretativa contenuta nel progetto di comunicazione sia gli affidamenti che configurano «relazioni interorganiche in seno ad un'autorità pubblica»<sup>32</sup>,

<sup>31</sup> Programma enunciato dalla Commissione europea: *Gli appalti pubblici nell'Unione europea*, Comunicazione 11 marzo 1998, COM (98) 143, spec. § 2.1.2.4.

<sup>32</sup> L'unico riferimento della proposta di Comunicazione 1999/C94/04 (nota 13) è alle conclusioni dell'avv. generale La Pergola che precedono Corte di Giustizia, sentenza, 10 novembre 1998, causa C-360/96, BFI Holding BV c. Gemeente Arnhem e Gemeente Rheden, che tuttavia aveva ad oggetto l'incidente relativo all'applicazione della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, n. 92/50 (Appalti pubblici di servizi) alla concezione di affidamento disposta dai comuni di Arnhem e Rheden del servizio pubblico di rifiuti solidi urbani (nonché la pulizia di vie pubbliche e mercati, spargimento di anti-ghiaccio, ecc.) ad un nuovo ente dagli stessi costituito e controllato, che l'avv. generale configura un organismo di diritto pubblico ai sensi della direttiva stessa; sul punto E. SCOTTI, *I nuovi confini dell'organismo di diritto pubblico, alla luce delle più recenti pronunce della corte di giustizia*, (nota alla Corte di Giustizia n. 360/96, cit.) in *Foro it.*, 1999, IV, 140; ma si veda Corte di Giustizia, 21 settembre 1999, causa C-124/97, Markku c. Stato finlandese, su cui ritornano le conclusioni dell'Avvocato Generale La Pergola; cfr. per tutti da ultimo Cons. di Stato, sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478, in *Foro it.*, 1999, III, 178, con nota di R. Garofoli; T.a.r. Emilia Romagna, sez. II, 26 ottobre 1996, n. 327, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1997, 471; T.a.r. Lombardia, 17 novembre 1995, n. 1365, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1996, 473; T.a.r. Lombardia sez. II, 14 ottobre 1991, n. 629/1991, in *Foro it.*, 1991, III, 528; in materia tributaria: Corte di giustizia, 11 agosto 1995, n. 453/93/1995, in *Riv. giur. trib.*, 1996, 405; in generale: G. GRECO, *Organismo di diritto pubblico:*

sia le forme mediante i quali un'autorità pubblica affidi a terzi la gestione di servizi che «partecipano all'esercizio di pubblici poteri» (art. 45, ex art. 55; art. 55 ex art. 66, del Trattato Ue)<sup>33</sup>.

L'interpretazione dei principî riguarda invece sicuramente le normali forme di «concessione e di partenariato pubblico-privato» aventi ad oggetto la gestione di pubblici servizi<sup>34</sup>,

*atto primo*, (nota a Corte di giustizia, 15 gennaio 1998, n. 44/96) in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1998, 733; ID., *Gli appalti pubblici di servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995, 1285 s.; ID., *Appalti di lavori affidati da Spa in mano pubblica: un revirement giurisprudenziale non privo di qualche paradosso*, *ivi*, 1995, 1062; L. RIGHI, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti: società in mano pubblica e appalti di servizi*, *ivi*, 1996, 347; R. GAROFOLI, *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e dei giudici italiani a confronto*, in *Foro it.*, 1998, IV, 133; C. VIVANI, *Gli organismi di diritto pubblico davanti alla Corte di Giustizia*, in *Urbanistica e appalti*, 1998, 431.

<sup>33</sup> Per la nozione di esercizio di pubblici poteri: Corte di giustizia, sentenza, 15 gennaio 1998, causa C-44/96, Mannesmann, in *Raccolta*, 1998, I, 0000; 18 marzo 1997, causa C-343/95, Diego Cali, *ivi*, 1997, I-1547; sentenza, 26 aprile 1994, causa C-272/91, Commissione c. Repubblica italiana (Lottomatica), *ivi*, 1994, I, 1409; 5 dicembre 1989, causa 3/88, Commissione c. Repubblica italiana (Data Processing), *ivi*, 1989, 4035; 15 marzo 1988, causa 147/86, Commissione c. Repubblica Ellenica, *ivi*, 1988, 1637; 16 giugno 1987, causa 118/85, Commissione c. Repubblica italiana, *ivi*, 1987, 2619; sentenza, 21 giugno 1974, causa 2/74, Reyners c. Stato Belga, *ivi*, 1974, 631; Cons. di Stato, sez. IV, 13 febbraio 1996, n. 147, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1996, 486. Nelle concessioni è nota la questione della traslazione al concessionario dell'esercizio di pubblici poteri: Coll. Arb., 2 maggio 1995, Soc. impr. Ferrocemento c. Anas, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1997, 131; Cass., sez. un., 9 luglio 1997, n. 6225, *Foro it.*, 1997, I, 3194, con nota di F. Fracchia; Cass., sez. un., 9 dicembre 1996, n. 10955, in *Urbanistica e appalti*, 1997, 631, con nota di Motedoro, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1996, 1295; Corte conti, sez. riun., 25 ottobre 1996, n.63, in *Riv. corte conti*, 1996, 87; Cons. di Stato, ad gen., 16 maggio 1996, n. 90/96, in *Cons. Stato*, 1996, I, 1640.

<sup>34</sup> Non paiono escluse a priori dal progetto di comunicazione in esame anche altre ipotesi che non rientrano propriamente nella categoria dei servizi pubblici, ma ove ugualmente si realizza una cessione di parte degli attivi, o proventi, al concessionario, con attribuzione a quest'ultimo del «rischio di

con definizione rafforzata dalla espressa esclusione degli «atti con i quali un'autorità pubblica conferisca un'abilitazione o un'autorizzazione all'esercizio di un'attività economica»<sup>35</sup>, anche qualora simili atti siano definiti concessioni in alcuni Stati membri, con conseguente rilevanza per l'ordinamento europeo della distinzione tra autorizzazioni e concessioni amministrative affacciatasi nella nostra cultura giuridica sin dalla fine del secolo scorso<sup>36</sup>, recuperata tuttavia dalla proposta di comunicazione della Commissione per un inquadramento giuridico limitato alle concessioni di servizi che abbiano ad oggetto un'attività economica.

3. — Sei sono i principî fondamentali enunciati dal d.p.c.m. 27 gennaio 1994: i primi tre (eguaglianza, imparzialità-

gestione» o addirittura dell'«alca della gestione», come si ritiene possa avvenire in talune ipotesi di servizio di riscossione dei tributi, o di rilevazione della base imponibile di tributi locali il cui corrispettivo è definito in ragione dell'evasione accertata (e si vorrebbe giudizialmente) e così via.

<sup>35</sup> Proposta di comunicazione della Commissione europea, 1999/C 94/04, cit., § 1.2. Forse qualche approfondimento richiederebbero gli esempi offerti alla nota 12 della proposta stessa (concessioni di taxi e autorizzazioni all'occupazione di suolo pubblico per edicole o caffè all'aperto), poiché appaiono riunite ipotesi affatto differenti.

<sup>36</sup> Per tutti il riferimento è O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, 11; ma con specifico riferimento ai servizi pubblici si vedano gli scritti di F. CAMMEO, *I monopoli comunali*, in *Arch. giur.*, 1895, LIV, 296; LV, 94, 304, 562; 1896, LVI, 71, 362, 521; *Le concessioni per l'illuminazione pubblica*, in *Giur. it.*, 1903, I, I, 173; in nota ad Appello Torino, 10 febbraio 1894, De Thierry c. Comune d'Intra, in *Giur. it. (Bettini)*, 1894, I, 1, 504; Id. in calce a Cass. Firenze, 22 dicembre 1902, Comune di Venezia c. Società civile per la Illuminazione a gas di Venezia; nonché *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico (Contratti di diritto pubblico)*, *Giur. it. (Bettini)*, 1900, IV, 1; per un'analisi critica: M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, Napoli, Jovene, 1981; se ne distinguono in parte: D. SORACE e C. MARZUOLI, voce *Concessioni amministrative* del *Digesto IV, (disc. pubbl.)* Torino, 1989, III, 581.

tà, continuità) attengono a considerazioni che nel nostro ordinamento possono considerarsi tradizionali della definizione dei pubblici servizi: gli ultimi si riferiscono (diritto di scelta, partecipazione, efficienza ed efficacia) a scelte che sono state oggetto di norme più recenti della legislazione nazionale o europea.

Non molto diversi sono i principi che il progetto di comunicazione interpretativa della Commissione europea 1999/C 94/ 04 desume dal Trattato dell'Unione europea: uguaglianza (parità di trattamento), trasparenza, proporzionalità, dovere di motivazione e tutela giurisdizionale, infine mutuo riconoscimento tra Stati delle capacità tecnico professionali dei prestatori di servizi.

L'intersezione tra gli ambiti dei due atti (l'uno relativo ai servizi pubblici, l'altro circoscritto alla sola concessione di servizi e alla altre forme di partenariato pubblico e privato) di ricognizione dei principi appare rilevante, poiché sicuramente ricomprende la concessione di servizio pubblico e le altre forme di gestione pubblico-private ad essa assimilate dal progetto di comunicazione della Commissione europea.

Anche in tale ambito comune permane tuttavia una differenza tra i due atti di interpretazione: nell'uno (progetto di comunicazione) si cerca di desumere dai principi una definizione della validità delle discipline nazionali (conformità al Trattato dell'Unione europea) che hanno ad oggetto la scelta del concessionario o la costituzione di forme di «copartecipazione pubblico privato»<sup>37</sup>; nell'altro (disciplina sulla qualità o carta dei servizi) i principi sono invece presentati come limite normativo della successiva fase di esecuzione delle prestazioni

<sup>37</sup> In verità anche nella proposta di comunicazione si affronta «la fase a valle», che attiene alla definizione degli obblighi del concessionario, ma unicamente se con riferimento ai suoi rapporti con altri imprenditori si applica la disciplina europea, trascurando del tutto l'obbligazione principale del gestore concessionario, che attiene invece ai suoi rapporti con gli utenti.

alle quali è tenuto il gestore di servizio pubblico, cioè l'individuazione attraverso i principi di vere e proprie norme imperative dell'obbligazione di servizio pubblico.

Una analisi congiunta della disciplina che si vuole desumere dai principi del costituzionalismo europeo per la fase di scelta del concessionario e per la successiva esecuzione del rapporto di servizio pubblico può essere di interesse per definire quell'inquadramento giuridico ritenuto indispensabile ad imporre anche a tale forma particolare di gestione del servizio pubblico il rispetto dei principi fondamentali stabiliti dal Trattato dell'Unione europea.

In tale quadro interpretativo le disposizioni tradizionalmente poste a favore dei prestatori di servizi (divieto di discriminazione per ragioni di nazionalità: art. 12 - *ex art.* 6; libertà di stabilimento: art. 43 - *ex art.* 52 e s.; libera prestazione di servizi art. 49 - *ex art.* 59 s.) appaiono completate dalle altre disposizioni del Trattato che individuano oltre al *diritto all'informazione* e all'associazione dei consumatori, anche la *salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori* come beni giuridici tutelati dalla Comunità (art. 153, § 1 - *ex art.* 129A).

La scelta di una analisi congiunta della disciplina di principio, sia con riferimento alla scelta del contraente, sia alla successiva fase di esecuzione delle obbligazioni del gestore, si afferma ancora come scelta di diritto positivo del Trattato ove si prevede che «nella definizione e nell'attuazione di altre politiche o attività comunitarie» (come quella in esame nel progetto di comunicazione) «sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori» (art. 153, § 2 - *ex art.* 129A).

Nel nostro ordinamento i principi hanno da tempo contribuito alla individuazione della disciplina del servizio pubblico e di quella forma di gestione che è comunemente definita concessione di servizio pubblico, secondo percorsi culturali resi possibili proprio dall'assenza di una disciplina generale dei servizi pubblici e delle relative forme di gestione.

L'individuazione dell'uguaglianza, dell'imparzialità, della trasparenza, della proporzionalità e della continuità tra i principi fondamentali appare scelta di diritto positivo che accoglie gli studi compiuti a partire dagli anni settanta in Italia sulla nozione di servizio pubblico<sup>38</sup>. Lavori che hanno posto l'attenzione su aspetti prima trascurati, secondo un percorso argomentativo che ha condotto al superamento della contrapposizione tra definizione «soggettiva e oggettiva» della nozione di pubblico servizio nel nostro ordinamento.

Non pochi equivoci in materia avevano consentito di allineare e poi contrapporre studi sui servizi pubblici compiuti in periodi storici e con punti di analisi affatto differenti. La così denominata «nozione soggettiva» ha consentito di ridefinire la classificazione dell'attività dell'amministrazione pubblica, contemplando oltre agli atti amministrativi anche i servizi pubblici, come attività produttiva di utilità sociale rivolta ai cittadini che dall'attività giuridica dell'amministrazione si distingue<sup>39</sup>. La così denominata «nozione oggettiva» ha richiamato invece l'attenzione sul discrimine fra attività di impresa pubblica e

<sup>38</sup> Per tutti: E. FERRARI, *I servizi sociali*, I, Milano, Giuffrè, 1986; I. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, Giuffrè, 1986; cfr. D. SORACE - C. MARZUOLI, voce *Concessioni amministrative*, cit., 298; G. CORSO, *La gestione dei servizi locali fra pubblico e privato*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Atti del XLI Convegno tenuto a Varenna, Villa Monastero 21-23 settembre 1995, Milano, Giuffrè, 1996; A. ROMANO TASSONE, *La concessione a terzi dei servizi pubblici locali*, in *Reg. e gov. locale*, 1992, 87.

<sup>39</sup> Dai più ricondotta al lavoro di A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V. E. Orlando, VI, pt. I, Milano, 1930, 379 s. A differenza di De Valles ritiene che le prestazioni sono dovute ai cittadini *uti universi*: G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, V, Milano, Giuffrè, 1959, 359 s., nonché I, (1958), 18 s. Per ulteriori sviluppi e delimitazioni: G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Arch. giur.*, 1933, poi in *Scritti Giuridici*, Milano, Giuffrè, 1987, 135 e s.; ma cfr. già A. DE VALLES, *op. cit.*, 613 s., che definiva «impropri» i servizi svolti da privati con eguale contenuto a quelli riferibili ad enti pubblici.

privata, giungendo ad includere nella definizione di pubblico servizio l'attività volontariamente assunta da soggetti privati in conformità a programmi (*rectius*: obblighi) definiti dall'ente pubblico<sup>40</sup>, con definitivo superamento della definizione che legava l'impresa pubblica unicamente ad un soggetto (imprenditore) pubblico.

Non a caso nel diritto amministrativo per troppo tempo la denominazione «impresa pubblica» ha indicato sia l'attività, sia il soggetto (imprenditore pubblico), non tanto per una disattenta confusione tra due concetti, ma perché la prima (attività) veniva percepita senz'altro come attività di un ente pubblico.

Le analisi più recenti riportano l'attenzione sulla nozione di servizio pubblico come «prestazione», altri sull'«atto di assunzione» che ne costituisce il fondamento per il caso concreto. La prima è una precisa anticipazione teorica della crescente importanza del comportamento degli utenti come parti rilevanti della «prestazione del servizio pubblico» e quindi sulle

<sup>40</sup> Dai più ricondotta ai lavori di U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, Cedam, 1964 spec. 136 s.; per altri la nozione è già completa in M. NIGRO *L'edilizia popolare come servizio pubblico, (Considerazioni generali)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 183. Contributi ad una nozione oggettiva e sostanziale possono essere trovati possono essere ritrovati già in autori precedenti: Santi ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, Soc. Ed. Libreria, II ed., 1906, 421, nonché III ed., 1913, 357-360, ove definisce le prestazioni amministrative; G. VACCHELLI, *I servizi pubblici comunali e l'industria per l'illuminazione elettrica*, in *Riv. dir. con.*, 1906, I, 209; E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo*<sup>3</sup>, I, Messina, 1931, 198; M. S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. amm.*, 1953, 616; R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati - Teoria generale*, II ed., Milano, Giuffrè, 1956; C. VITTA, *Diritto Amministrativo*, Torino, IV ed., 1954, 6. Per analisi critiche della tesi di Pototschnig si vedano M. NIGRO, *L'edilizia popolare ed economica (evoluzione legislativa e problematica)*, in *I Lavori Pubblici*, a cura di A. M. Sandulli, Neri Pozza Editore, 1967, 496; F. MERUSI, voce *Servizio Pubblico* del *Novissimo Digesto italiano*, XVII, Torino, Utet, 1970, 220.

vicende giuridiche di questo. La seconda chiarisce che assumere il servizio non significa disporre circa la gestione di questo, ma prima ancora assicurare ad una comunità la cura di quel certo interesse, disponendo in tal senso con legge, regolamento, provvedimento discrezionale, o atto di autonomia, da cui scaturisce l'obbligo di prestare il servizio stesso a favore degli utenti del servizio pubblico<sup>41</sup>.

Atto di assunzione, programma di erogazione (di cui sono limite gli *standard* prescritti dal d.l. n. 286/99, art. 11, cit.) e conseguente rapporto giuridico con gli utenti, divengono i nuovi oggetti di riflessione degli studi in materia che hanno consentito di comprendere e recepire nel nostro ordinamento ciò che altri paesi hanno elaborato con «The citizen's charter», la «Charte des services publics», il «Plan de modernization de la administracion del Estado», e così via.

Carte e piani di modernizzazione che rivelano uno dei punti di crisi dell'amministrazione pubblica dei paesi economicamente più sviluppati e tra questi gli Stati membri dell'Unione europea: valori (uguaglianza, imparzialità, trasparenza) ed adeguata erogazione del servizio nel caso concreto (proporzionalità-efficienza, diritto di scelta, ecc.) non sono elementi alternativi, rappresentativi di culture contrapposte, che vengono affermati congiuntamente *ad abundantiam*, ma paiono affermarsi come una stringente necessità (principio di effettività) anche per l'amministrazione pubblica.

<sup>41</sup> Per il servizio pubblico come prestazione già Santi ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 1906, 421, ma da ultimo E. FERRARI, *op. cit.*, 193, 223. Si veda infra al § 7 anche i principi di partecipazione, di informazione degli utenti e il dovere di valutazione dei servizi, su cui da ultimo il d.lgs. n. 286 del 1999, art. 11, cit.; per l'atto di assunzione, oltre a Pototschnig e Nigro citati alle note che precedono, si veda: I. MARINO, *op. cit.*, 162; ma si veda *infra* § 5.

4. — *Uguaglianza*. La proposta di comunicazione della Commissione europea 1999/C 94/04, cit., ricorda che una costante giurisprudenza della Corte di Giustizia definisce il principio di uguaglianza come uno dei principi fondamentali del diritto comunitario, del quale i divieti di discriminazioni a motivo della nazionalità e della cittadinanza costituiscono solamente enunciati di specie che trovano espresso riconoscimento in norme del Trattato (art. 12 - *ex art.* 6; art. 43 - *ex art.* 52; art. 49 - *ex art.* 59).

Il principio di uguaglianza è affermato sia nella sua definizione formale, volta ad eliminare le più rilevanti discriminazioni (sesso, razza, lingua, religione, condizioni economiche e sociali, nazionalità e cittadinanza), sia in quella sostanziale che comunque impone di non disciplinare in modo diverso situazioni analoghe, né in modo eguale situazioni differenti, sino a recuperare al diritto europeo l'articolazione del principio di ragionevolezza<sup>42</sup>.

Di interesse è il percorso logico argomentativo dell'enunciazione del principio, che pare enucleato dal particolare al generale. Nella proposta di comunicazione il principio di uguaglianza è definito con esclusivo riferimento alla formulazione di clausole dei bandi di gara che sono apparse indirettamente discriminatorie nei confronti dei cittadini e degli imprenditori di altri Stati membri, anche in difetto di violazioni palesi del diritto di stabilimento e della libera prestazione di servizi<sup>43</sup>, con esemplificazioni che rivelano le inevita-

<sup>42</sup> Corte di giustizia, sentenza, 25 luglio 1991, causa C-76/90, Saeger c. Dennemeyer & Co. Ltd, punto n. 15, in *Raccolta*, 1991, I, 4221; F. DONATI, *Principio fondamentale di eguaglianza e diritto comunitario* (Nota a Corte costit., 16 giugno 1995, n. 249, Beittel c. Univ. studi Trento), in *Giur. cost.*, 1995, 1838; per una rilettura dei diritti all'uguaglianza materiale nelle costituzioni del novecento: A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza materiale*, Torino, Giappichelli, 1997, 24 s.; ma *infra* la giurisprudenza sul principio di proporzionalità.

<sup>43</sup> Il principio della parità di trattamento, del quale sono specifica

bili connessioni con i principi di «trasparenza» e «proporzionalità»<sup>44</sup>.

«Il principio di parità di trattamento implica in particolare che le regole del gioco siano conosciute da tutti gli offerenti e si applichino a tutti nello stesso modo»; «esige che tutte le offerte siano conformi alle prescrizioni del capitolato d'oneri affinché sia possibile un raffronto obiettivo tra le offerte», che l'amministrazione aggiudicatrice non possa avvantaggiare un solo offerente tenendo conto unicamente delle modificazioni apportate da questi alla sua offerta iniziale<sup>45</sup>.

Uguaglianza come principio fondamentale dell'ordinamento dell'Unione europea, poiché da tempo riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia non solo con riferimento agli appalti pubblici<sup>46</sup>, ma a prescindere da ogni enunciazione scritta in norme del Trattato<sup>47</sup>.

espressione gli articoli 52 e 59 del Trattato, vieta non solo le discriminazioni palesi a motivo della cittadinanza, ma qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che, mediante il ricorso ad altri criteri distintivi, abbia in pratica le stesse conseguenze» cfr. Corte di giustizia, 29 ottobre 1980, Boussac Saint-Frères, causa 22/80, *Raccolta*, 1980, 3427; 5 dicembre 1989, causa C-3/88, Commissione c. Repubblica italiana, punto 8, in *ivi*, 1989, 4035;

<sup>44</sup> Si vedano *infra* i § 5 e 7.

<sup>45</sup> Si noti che molto di quanto è indicato come principio non scritto dell'ordinamento europeo è negli ordinamenti interni degli Stati membri oggetto di disposizioni scritte. L'enunciazione di un principio europeo (non scritto) trasforma tuttavia le norme nazionali, imprimendo a queste un carattere inderogabile dagli stessi Stati membri.

<sup>46</sup> Cfr. Corte Giustizia, sentenza, 27 ottobre 1993, causa C-127/92, Enderby c. Franchay Health Authority, in *Raccolta*, 1993, I-555; 26 febbraio 1992, causa C-357/89, Raulin c. Minister van Onderwijs, *ivi*, 1992, I-5923; 7 luglio 1992, causa C-295/90, Parlamento europeo c. Consiglio ce, *ivi*, 1992, I-4193; 22 giugno 1993, causa C-243/89, Commissione Ce c. Regno di Danimarca, pt. 37, *ivi*, 1993, I, 3353; 25 aprile 1996, causa C-87/94, pt. 33, Commissione Ce c. Regno del Belgio, *ivi*, 1996, I, 2043.

<sup>47</sup> Tra le quali parrebbe assumere portata generale un diretto riferimento all'enunciato inespresso dall'art. 3, § II; ma si veda anche cfr. l'art. 141 del Trattato.

Enunciato di portata generale che non può non involgere anche la successiva fase dell'esecuzione della prestazione di servizio pubblico assunta dall'impresa concessionaria nei confronti degli utenti.

L'obbligo di erogare il servizio pubblico a qualsiasi utente lo richieda in osservanza della parità di trattamento è talora espressamente sancito dalla legislazione degli Stati membri<sup>48</sup>. La ricerca del fondamento costituzionale della nozione di pubblico servizio ha portato già da tempo ad affermare la diretta rilevanza del principio di eguaglianza sostanziale.

In Italia è stato agevole rilevare che a partire dalla fine del secolo scorso il servizio pubblico è stato configurato come una delle forme attraverso le quali gli enti territoriali hanno storicamente assolto al compito di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori alla organizzazione politica, economica e sociale del paese» (art. 3, comma 2 Cost.)<sup>49</sup>.

Il riferimento imputa in capo alla Repubblica (Amministrazioni statali, regioni, province e comuni) il compito di promuovere le attività necessarie al superamento delle disuguaglianze che storicamente ha prodotto il «libero mercato», con

<sup>48</sup> In Italia ciò avviene per i trasporti pubblici di linea (art. 1679 c.c.), o per qualsiasi attività di impresa esercitata in regime di monopolio legale (art. 2597 c.c.).

<sup>49</sup> U. POTOTSCHNIG, *Poteri pubblici ed attività produttive*, in *Dir. dell'economia*, 1990, 37-38; cfr. G. CORASANITI, *Eguaglianza sostanziale e servizi pubblici essenziali*, in *Giust. civ.*, 1980, 2539; G. CAIA, in *Diritto amministrativo*, a cura di Mazzarolli - Pericu - A. Romano - Roversi Monaco - Scoca, 767; per l'edilizia economico-popolare come servizio pubblico: M. NIGRO, *L'edilizia popolare come servizio pubblico, (Considerazioni generali)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 183; ID., *L'Edilizia popolare ed economica (evoluzione legislativa e problematica)*, in *I Lavori Pubblici*, a cura di A. M. Sandulli, Neri Pozza Editore, 1967, 496.

definizione che non pare discostarsi molto dall'enunciato di genere posto dall'art. 3, § 2, del Trattato<sup>50</sup>.

Nella formulazione italiana della Carta sulla qualità dei servizi si riafferma il principio di uguaglianza formale anche con riferimento ai servizi pubblici (art. 3, comma 1 Cost.) e si esplicita il conseguente obbligo degli enti erogatori di contrarre con gli utenti a condizioni di trattamento eguali («l'accesso ai servizi deve essere uguale per tutti»). Si riconosce inoltre l'uguaglianza sostanziale come principio fondamentale dei servizi pubblici, cui devono uniformarsi sia le amministrazioni aggiudicatrici con la definizione del programma di servizio pubblico, sia i gestori nella conseguente attività di erogazione del servizio agli utenti.

Uguaglianza sostanziale che impone la parità di trattamento, a parità di condizioni del servizio prestato, comprensiva anche di prestazioni differenziate in ragione delle diverse aree geografiche di utenza, ovvero delle diverse categorie o fasce di utenti, distinte per condizioni personali o sociali, (particolare è il riferimento agli utenti portatori di handicap fisici o psichici).

Garantire la parità di trattamento degli utenti può significare dunque un differente sforzo produttivo in ragione di diversità geografiche (ove le stesse non siano agevolmente raggiungibili) o personali e sociali (es. portatori di handicap), che in taluni casi possono assumere modalità e dimensioni tali da incidere pesantemente sul gestore, sino a richiedere il concorso di finanziamenti (aiuti) pubblici nei limiti ammessi dall'ordinamento europeo<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Art. 3, § II, Trattato Unione europea: «L'azione della Comunità a norma del presente articolo mira ad eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità, tra uomini e donne».

<sup>51</sup> Si veda per la nozione di onere di servizio pubblico argomentato dall'art. 86 (ex art. 90) e 87 e 88 (ex art. 92 e 93) Trattato UE, F. REVIGLIO, *L'atteggiamento della CEE sugli aiuti di stato alle imprese*, in *Dir. econ.*, 1991,

5. — *Proporzionalità e imparzialità*. Si è chiarito da tempo che il servizio pubblico è caratterizzato dal suo programma,

541; WINTER J. A., *Supervision on State aid: article 93 in the Court of justice*, in C.M.L.R., 1993, 311; G. M. RACCA, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in Atti del Convegno *La concessione di servizio pubblico* (S. Margherita Ligure 26-27 marzo 1993), Milano, Giuffrè, 1995, già in *Dir. amm.* 1994, 128 s.; sui rapporti tra onere di servizio e divieto di aiuti alle imprese: Trib. I grado Comunità europee, 27 febbraio 1997, 106/95/1997, Fédération française sociétés d'assurance c. Commiss. Ce, in *Raccolta*, 1997, II, 229; sull'illegittimità dei conferimenti di capitale ove configurino aiuti: Trib. I grado Comunità europee, 15 settembre 1998, 126/96/1998, 127/96, Soc. Breda fucine merid. c. Commiss. Ce, in *Foro it.*, 1999, IV, 88; Corte di giustizia, 3 ottobre 1991, 261/89/1991, Gov. Italia c. Commiss. Ce, in *Riv. dir. internaz.*, 1992, 1070; trattasi di valutazione economica nella quale la commissione gode di un potere discrezionale, sindacabile per inosservanza delle norme relative alla procedura e alla motivazione, all'esattezza dei fatti considerati nell'operare la scelta contestata, al difetto di un errore manifesto e del vizio di sviamento di potere: Trib. I grado Comunità europee, 12 dicembre 1996, 358/94/1996, Air France c. Commiss. Ce, in *Raccolta*, 1996, II, 2109; in generale sugli aiuti: Corte giustizia, 26 settembre 1996, 241/94/1996, Gov. Francia c. Commiss. Ce, in *Raccolta*, 1996, I, 4551; Corte di giustizia, 24 ottobre 1996, 329/93/1996, 62, 63/95, Gov. Germania federale c. Commiss. Ce, in *Raccolta*, 1996, I, 5151; Trib. I grado Comunità europee, 24 aprile 1996, 551/93/1996, 231, 232, 233/94, Industrias Pesqueras Campos S A c. Commiss. Ce, in *Raccolta*, 1996, II, 247; Corte giustizia, 14 settembre 1994, 42/93/1994, Gov. Spagna c. Commiss. Ce, in *Raccolta*, 1994, I, 4175; Corte giustizia, 14 settembre 1994, 278/92/1994-280/92, Gov. Spagna c. Commiss. Ce, in *Raccolta*, 1994, I, 4103; Corte giustizia, 4 aprile 1995, 348/93/1995, Commiss. Ce c. Gov. Italia, *Raccolta*, 1995, I, 673; S. BAUDUCCO, *Aiuti di stato alle imprese pubbliche e privatizzazioni nel diritto comunitario della concorrenza*, in TAR, 1996, II, 293; A. SCIORTINO, *Illegittimità della discriminazione fra imprese pubbliche e imprese private o illegittimità degli aiuti alle imprese pubbliche?* (Nota a Corte giust., 18 aprile 1991, n. 63/89, Les Assurances Credit c. Consiglio Ce), in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1993, 1232; Corte di giustizia, 9 agosto 1994, 44/93/1994, Namur-Les assurances du crédit S A c. Office national Ducroire, in *Raccolta*, 1994, I, 3829; Corte di giustizia, 24 febbraio 1994, 99/92/1994, Soc. Terni c. Cassa conguaglio settore elettrico, in *Raccolta*, 1994, I, 541; in materia di appalti Corte giustizia, 14 gennaio 1993, 257/90/1993, in Soc. Italsolar c. Commiss. Ce, in *Giur. it.*, 1994, I, 1,

cioè da un atto generale o normativo che definisce il contenuto delle prestazioni che debbono essere erogate all'utenza (cioè oggetto, tempi e categorie di destinatari) di un determinato servizio pubblico in ragione dei fini sociali che l'ente pubblico titolare intende perseguire, cioè il programma con il quale l'amministrazione pubblica definisce il grado di soddisfazione dei bisogni sociali dei «consumatori».

Il programma è dunque mezzo e misura di soddisfazione del fine di interesse pubblico (bisogni sociali della comunità di utenti), che in quanto tale è anzitutto soggetto al sindacato giurisdizionale attraverso quel giudizio di congruità e di logicità che da tempo è noto nell'ordinamento italiano con la denominazione vizio di eccesso di potere, con la conseguenza che qualsiasi genericità del programma può essere oggetto di annullamento per incongruità del mezzo ad assicurare il conseguimento del fine sociale che l'amministrazione ha inteso perseguire con l'assunzione del pubblico servizio.

Un programma sufficientemente preciso è determinazione preliminare che appare necessaria alla gara per la scelta del contraente, ma al tempo stesso per dare sostegno giuridico alle domande degli utenti, poiché il programma definisce la giuridica rilevanza delle pretese degli utenti verso il gestore che da esso sono legittimati a chiedere la puntuale osservanza di determinate prestazioni, sia in via diretta (azione giurisdizionale), sia promuovendo l'attivazione dei poteri di controllo attribuiti dall'ordinamento all'amministrazione titolare del

196; Corte giustizia, 11 luglio 1991, 351/88/1991, Soc. laboratori Bruneau c. Usl 24, Roma, in *Foro amm.*, 1992, 1305; E. TRIGGIANI, *Servizi reali ed aiuti pubblici alle imprese*, in *Comunità internaz.*, 1993, 99; F. BO, *Amministrazione comunitaria del diritto della concorrenza: criteri di valutazione dei finanziamenti pubblici alle imprese* (Nota a Corte giust., 21 marzo 1991, n. 305/89, Gov. Italia c. Commiss. Ce), in *Nuova giur. civ.*, 1992, I, 4; Cons. di Stato, sez. V, 12 ottobre 1995, n. 1400, Soc. Braun c. Usl 40 - Napoli, in *Foro amm.*, 1995, 2184; Corte conti, sez. contr., 6 luglio 1994, 43/1994, Min. tesoro, in *Cons. Stato*, 1994, II, 1705.

servizio pubblico nei confronti del terzo prescelto per la sua erogazione.

La proposta di comunicazione della Commissione europea citata ricorda che il principio di proporzionalità, corollario del principio di uguaglianza, è enunciato anch'esso dalla Corte di Giustizia come «facente parte dei principi generali del diritto comunitario», soprattutto quando le autorità nazionali «dispongano di un ampio margine discrezionale»<sup>52</sup>.

«Il principio di proporzionalità esige che ogni provvedimento adottato sia al tempo stesso necessario ed adeguato rispetto agli scopi perseguiti.» Nella scelta del contenuto dei provvedimenti si debbono adottare quelli che comportino «le minori turbative» per i destinatari.

Nella proposta di comunicazione l'applicazione dell'indicato principio alle concessioni e alle altre forme di partenariato pubblico-privato è tuttavia limitata alla fase di scelta del concessionario o del *partner* privato, con particolare riferimento alla congruità delle «capacità tecnica» richiesta ai partecipanti alla gara, i quali debbono essere necessarie ed adeguate all'obiettivo di prestazione richiesto dalle amministrazioni aggiudicatrici<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> Si veda sul principio di proporzionalità la proposta di comunicazione cit., al punto 3; nonché Corte di Giustizia, sentenza, 11 luglio 1989, causa 265/87, Schraeder & Co c. Hauptzollamt Gronau, in *Raccolta*, 1989, 2237, pt. 21; 27 ottobre 1993, causa C-127/92, *cit.*, pt. 27; 19 giugno 1980, cause riunite, 41/79, 121/79, 796/79, Testa, Maggio e Vitale c. Bundesanstalt fuer Arbeit, pt. 21, *ivi*, 1980, 1979; 17 maggio 1984, causa 15/83, Denkvit Nederland c. Hoofdproduktschap voor Akkerbouwprodukten, *ivi*, 1993, I-5535; in materia sul principio di proporzionalità D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998, 73 s., spec. 135.

<sup>53</sup> In tale quadro possono essere di utilità anche i tradizionali parametri di efficienza ed efficacia ed economicità che da tempo la prevalente cultura economica indica come parametri di valutazione di qualsiasi organizzazione produttiva.

In molte delle discipline che vanno sotto la denominazione di «Carte dei servizi pubblici» si è invece pervenuti ad individuare il principio di imparzialità come sviluppo o corollario del principio di uguaglianza che riguarda l'esecuzione delle prestazioni di servizio agli «utenti».

Quella italiana, in conformità all'esplicito disposto della «Charte des services publics» francese, riconoscere l'imparzialità (o *neutralité*) come elemento essenziale dell'obbligo di prestazione del servizio pubblico, poiché contenuto inderogabile (principio) di ogni programma di erogazione di servizio pubblico che gli utenti possono fare valere direttamente verso qualsiasi gestore di pubblico servizio (ente pubblico, concessionario, società a prevalente partecipazione pubblica).

Ove altri hanno affermato un unico principio di *non-discrimination* (Gran Bretagna), la Francia ha esplicitato del principio di «eguaglianza» un dovere di «*neutralité*», che implica «*la laïcité de l'Etat ... e l'interdiction de toute discrimination fondée sur le conviction politiques, philosophiques, religieuses, syndicales, o tenant à l'origines sociale, au sexe, à l'état de la santé, au handicap ou à l'origine ethnique*».

Il dovere di *neutralité de la Charte des services publics* francese, se può essere inteso come specificazione del principio di eguaglianza formale, al tempo stesso pare rivelare un ambito di applicazione affatto attuale, che impone agli enti erogatori di servizi pubblici di definire l'erogazione secondo modalità idonee a non offendere la sensibilità che scaturiscono dalle diverse culture (politiche, filosofiche, religiose), o in ragione delle condizioni sociali delle persone che per l'occasione sono qualificate «utenti» o, peggio ancora, «consumatori»<sup>54</sup>.

<sup>54</sup> Basti pensare alle questioni che potranno essere sollevate con riferimento alla periodicità dell'erogazione dei servizi (festività delle diverse religioni) che potrebbe divenire di particolare peso soprattutto con riferimento a prestazioni rivolte ad utenze non selezionate (la scuola dell'obbligo). Il pro-

Il principio di imparzialità pare anzitutto indicare un dovere delle amministrazioni aggiudicatrici di procedere a ripensare i programmi di erogazione in ragione della sensibilità delle diverse culture di appartenenza delle persone che sono destinatarie dei servizi, cominciando (esplicitamente) ad eliminare simboli, abitudini, e modalità che non appaiono essenziali al raggiungimento del fine di interesse pubblico che con l'erogazione del servizio si intende perseguire (principio di proporzionalità).

Principio ritenuto immanente nell'ordinamento europeo, che disciplina comunque le modalità di erogazione del servizio pubblico, la cui inosservanza può inoltre essere invocata dagli utenti come inadempimento degli obblighi assunti dal gestore in conformità all'ordinamento giuridico, ogni qualvolta le prestazioni contengano elementi di «turbativa» per i destinatari che non appaiono essenziali al raggiungimento dei fini sociali.

Elementi non essenziali e che proprio perciò si rivelano particolarmente odiosi verso chi dagli stessi, per le ragioni più diverse, appare lontano.

6. — *Continuità*. Il principio francese di *continuité des services publics* è stato utilizzato anche in Italia per sintetizzare il tratto caratteristico delle prestazioni di servizio pubblico, che distingue quest'ultime dall'analoga attività svolta dai soggetti privati, evidenziando doveri, obblighi, vincoli e benefici che rivelano una disciplina giuridica che è ad esse peculiare.

Si ritiene comunemente che il servizio pubblico si distingue dall'analoga attività svolta dai privati per la continuità nel tempo e la sistematicità nell'offerta delle prestazioni, poiché è

blema non è di poco conto anche per il nostro ordinamento ove alle tradizionali differenze culturali e sociali si sono aggiunte le questioni che scaturiscono con la presenza di soggetti di nuova immigrazione.

caratterizzato da un vincolo che non richiede solo il rispetto di talune condizioni di funzionalità e di prezzo, ma anche l'impegno a soddisfare tutta la domanda espressa dai consumatori anche in presenza di situazioni in cui il calcolo delle convenienze imprenditoriali condurrebbe invece a servire solo una parte del mercato.

La nozione di servizio pubblico si lega in tal modo ad uno specifico intervento dei poteri pubblici, poiché l'offerta autonomamente garantita dagli operatori privati non configura le condizioni di soddisfazione dei bisogni ritenute necessarie, ovvero non corrisponde a definiti standard di consumo.

L'affermazione tuttavia può essere intesa in due modi affatto differenti: come legittimazione dei soggetti pubblici ad intervenire nell'economia solo ove manchi un interesse (convenienza) dell'imprenditore privato, ovvero come possibilità per i pubblici poteri di assicurare che una certa domanda rimanga nel tempo («garanzia della domanda»), consentendo così «ad un'offerta di svilupparsi»<sup>55</sup> con la conseguenza che l'intervento pubblico trova un proprio spazio di definizione non solo nella funzione servente gli imprenditori e gli interessi privati, ma anche indipendentemente da questi, come strumento giuridico di effettività dell'amministrazione e dei suoi atti<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> F. FORTE, *Intervento*, in *Ricerca sulle partecipazioni statali, studi sulla vicenda italiana*, I, Torino, Einaudi, 1978, 284.

<sup>56</sup> È il caso della chiusura al traffico di un centro storico che difficilmente potrebbe essere mantenuta ove non si provveda ad installare adeguati servizi di sosta e accesso agli uffici ed imprese commerciali in essa ricompresi, non diversamente dalla raccolta differenziata dei rifiuti solidi urbani in cui la scelta d'autorità diventa ineffettiva (in concreto non osservata dalla popolazione) ove manchi un'attività capace di soddisfare la domanda di servizi che necessariamente si impone; si veda inoltre G. FORNENGO M. REY, *I servizi pubblici locali tra pubblico e privato*, Fondazione A. Olivetti, Città di Castello, 1995, 46 s.

In Italia si è di preferenza tradotto il carattere della *continuité des services publics* ritenendo che ogni attività pubblica abbia una sua propria «misura» che è ad essa peculiare, diversamente infatti si atteggia la continuità di un servizio di trasporto urbano rispetto alle prestazioni erogate da un istituto di previdenza. A rigore si dovrebbe dunque escludere un dovere di continuità diverso da quanto è stabilito dal «programma» di un determinato servizio pubblico, poiché sono i «ritmi» indicati da quest'ultimo a poter essere violati, con la conseguenza che ogni violazione della continuità è giuridicamente rilevante solo ove sia violazione di questo «ritmo»<sup>57</sup>, da cui l'ulteriore corollario che qualsiasi obbligo di erogazione del servizio anche nel tempo si identifica con le prestazioni definite dal programma di servizio pubblico.

L'osservanza del programma che definisce il principio di continuità per ogni servizio pubblico, individua al tempo stesso gli eventuali oneri di servizio pubblico, cioè quelle attività che nessuno imprenditore volontariamente avrebbe assunto, poiché scarsamente remunerative, o di non interesse per le strategie delle imprese del settore<sup>58</sup>.

La copertura dei costi sociali è da tempo riconosciuta conforme al Trattato CEE, ed in particolare all'art. 87 (*ex art.* 92) del Trattato, in ragione della giurisprudenza della Corte di Giustizia che ammette deroghe al divieto di aiuto alle im-

<sup>57</sup> La diversa prospettazione è in U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., 291-293.

<sup>58</sup> In tal senso principio di continuità nell'ordinamento italiano è unicamente contornato dal richiamo all'art. 53 Cost. («Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva») e al principio più generale posto dall'art. 2 Cost. («richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale») per il corollario dettato dal riferimento alla copertura dei costi sociali necessari all'erogazione dei servizi pubblici cui lo Stato o gli altri enti pubblici territoriali debbono provvedere con tasse, tariffe, tributi propri, o quote di tributi erariali.

prese ove si tratti di ricompensare attività che obiettivamente nessun imprenditore svolgerebbe (oneri di servizio pubblico)<sup>59</sup>.

La disciplina italiana sulla qualità dei servizi (in particolare il d.p.c.m. 27 gennaio 1994) precisa i concetti sopra indicati, enunciando il dovere di erogare le prestazioni di servizio pubblico secondo continuità, regolarità e senza interruzioni, ricordando al tempo stesso che ogni deroga al principio enunciato deve trovare espresso riconoscimento nella disciplina legislativa di settore.

L'eventuale possibilità di deroga al principio di continuità previsto dalle leggi di settore, non esime l'ente gestore dall'osservanza del dovere generale di adottare misure volte, nel caso concreto, ad arrecare agli utenti il minore disagio possibile.

L'applicazione del principio di proporzionalità appare in tutta la sua evidenza, ma nella versione italiana ciò avviene con espresso riferimento alla tutela dei «consumatori» (art. 153 Trattato), cioè con estensione del principio enunciato dalla proposta di comunicazione della Commissione europea anche all'attività di esecuzione della prestazione di servizio pubblico, con la conseguenza ulteriore che in questa fase di esecuzione delle prestazioni l'inosservanza del principio vale inadempimento dell'obbligazione di servizio pubblico assunta dal gestore<sup>60</sup>.

7. — *Trasparenza e partecipazione.* Gli enti che intendono affidare ad un terzo la gestione di un'attività economica devono rendere pubblica la loro intenzione con modalità appropriate.

La Commissione europea ritiene che la scelta di tali modalità spetti agli enti aggiudicatori, e che la trasparenza sia ga-

<sup>59</sup> Per riferimenti si veda *supra* § 4, infine.

<sup>60</sup> In tal senso si veda la legislazione in materia esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali a tutela dei diritti costituzionalmente tutelati, in ordine alla quale l. 12 giugno 1992, n. 146.

rantita ogni qualvolta gli avvisi (pubblicati in quotidiani, giornali specializzati o adeguate affissioni) contengano le informazioni necessarie del programma di servizio pubblico (v. *supra* § 5). Affinché i potenziali offerenti possano decidere se hanno interesse alla procedura devono essere resi pubblici i criteri di selezione e d'aggiudicazione, ivi compreso l'oggetto della concessione, o partenariato, nonché la natura e l'estensione delle prestazioni richieste.

Il Trattato dell'Unione tutela il diritto all'informazione e all'organizzazione dei consumatori per la salvaguardia dei propri interessi (art. 153 - *ex art.* 129A), sia verso le amministrazioni aggiudicatrici con riferimento alle procedure di scelta del gestore del servizio, sia verso quest'ultimo per l'esercizio del diritto di accesso alle informazioni che attengono alla produzione ed erogazione delle prestazioni che li riguardano, anche come posizione strumentale alla valutazione dell'osservanza dei principi sopra indicati.

A seguito delle informazioni ricevute gli utenti di propria iniziativa possono sempre produrre memorie e documenti, o prospettare osservazioni o suggerimenti per il miglioramento del servizio, in ordine al quale appare necessario estendere ai gestori di servizio pubblico il tradizionale dovere delle amministrazioni pubbliche di rispondere entro un congruo termine (in Italia: art. 358, comma 2 c.p.), con conseguente affermazione di un diritto di partecipazione alla definizione in concreto della «prestazione del servizio pubblico», sia a tutela di una sua corretta erogazione (adempimento), sia a completamento del diritto all'informazione<sup>61</sup>.

<sup>61</sup> La partecipazione dei cittadini-utenti alle forme di erogazione dei servizi pubblici può inoltre trovare attuazione anche con nomina di rappresentanti nei consigli di amministrazione, sia delle società per azioni, sia degli enti pubblici o delle istituzioni, ovvero attraverso una loro intromissione nella gestione in economia (art. 7 s., l. 7 agosto 1990, n. 241; per comuni e province v. artt. 6 e 7, l. 8 giugno 1990, n. 142). La società per azioni a prevalente

8. — *Diritto di scelta e mutuo riconoscimento.* La disciplina comunitaria avente ad oggetto gli appalti pubblici<sup>62</sup> ha da tempo cercato di superare i vincoli derivanti dal «monopolio naturale» derivante dall'uso di beni pubblici, che per molto tempo è stata addotta per giustificare la limitazione della libera concorrenza fra produttori di servizi pubblici.

Il principio è quello di pervenire nel tempo a separare nettamente le reti e la relativa manutenzione dall'attività di erogazione dei servizi, escludendo così che la concessione di beni pubblici necessari alla produzione di servizi determini una limitazione della concorrenza fra i produttori, con la conseguenza, non irrilevante in sede teorica, che l'esclusiva nell'erogazione di un determinato servizio all'utenza non può più essere derivata dalla natura pubblica (es. demaniale) dei beni necessari alla sua produzione<sup>63</sup>.

Quanto potrà divenire oggetto di una generale ed esplicita normativa comunitaria per tutti i servizi pubblici, pare già presente come norma di sistema, poiché non è dato di confondere teoricamente il potere di concessione di un bene demaniale con l'attività di erogazione di un servizio pubblico,

capitale pubblico locale in particolare può acconsentire all'«azionariato popolare» prevedendo nello statuto un dovere di collocazione della quote del capitale sociale presso utenti o i cittadini lavoratori (art. 43 Cost.; art. 12, l. n. 498/92).

<sup>62</sup> Direttiva del Consiglio n. 91/440/CEE, in materia di ferrovie; Direttiva del Consiglio, n. 531/90/CEE, e la successiva n. 38/93/CEE, recepita con d.lgs. 17 marzo 1995, n. 158, per le procedure di appalti in materia di trasporti, acqua, energia, gas, e telecomunicazioni; Direttiva del Consiglio n. 387/90/CEE, in materia di telecomunicazioni. Cfr. anche la direttiva 93/37/CEE, del Consiglio 14 giugno 1993, art. 1, lett. d, sulla concessione di costruzione e gestione di opera pubblica.

<sup>63</sup> Cfr. G. FORNENGO - M. REY, *I servizi pubblici locali tra pubblico e privato*, cit. 85 e s.; R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, Giappichelli, 1998; 70, 108 s.; ID., *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, Jovene, 1993, 123 s.

anche se all'occorrenza se ne veda una utilizzazione congiunta o complementare dell'una all'altra.

La conseguenza è quella di pervenire a negare un regime di monopolio nell'erogazione dei servizi pubblici in tutti i casi in cui sia tecnicamente possibile separare la fruizione del bene pubblico (reti) dalla gestione del servizio stesso, ovvero sia materialmente ed economicamente possibile rilasciare una pluralità di concessioni di beni pubblici ad altrettanti produttori di servizi che delle prime se ne servono per la loro attività di produzione.

Ad analoga conclusione si perviene, *a fortiori*, nel caso di produzione di servizi che non necessitano di beni pubblici, ove l'unico produttore (concessionario, ente pubblico, ecc.) è in genere giustificato adducendo bacini di utenza limitati (es. comuni e province) che non sono sufficienti a sostenere una pluralità di produttori.

Dagli enunciati principi dell'ordinamento europeo parrebbe discendere un dovere di ridefinizione dell'organizzazione della gestione dei servizi pubblici locali (non invece necessariamente degli stessi enti territoriali e delle loro competenze), addivenendo alla individuazione di bacini di utenza (cfr. leggi regionali art. 3, l. 8 giugno 1990, n. 142) idonei a contenere più di un produttore, con soluzione che può pervenire anche solo ad una gestione associata fra più enti titolari del servizio pubblico (fra più comuni o più province: cfr. art. 24 e 25, l. n. 142/90, cit.)<sup>64</sup>.

L'amministrazione che pretenda di limitare ad un solo soggetto l'erogazione del servizio pubblico manifesta una volontà che può essere in contrasto con il principio di propor-

<sup>64</sup> Con soluzioni che il legislatore, in attuazione del diritto dell'Unione europea, può definire anche solo attraverso ma previsione di convenzioni obbligatorie, o la costituzione coattiva di consorzi, in ordine ai quali appare rilevante la definizione di «relazione interorganica» della relazione dell'Avv. La Pergola citata alle note precedenti.

zionalità dell'azione dei pubblici poteri<sup>65</sup>, ogni qualvolta l'esclusiva si affermi come limite non necessario, né adeguato, allo scopo pubblico di erogazione del servizio pubblico agli «utenti», perché mancano ragioni tecniche o d'organizzazione (ridefinizione dei bacini d'utenza, ecc.) tali da impedire la presenza di una pluralità di imprese<sup>66</sup>.

Da ciò il corollario che anche per gli ordinamenti interni degli Stati membri i casi in cui può essere ammessa l'erogazione di un pubblico servizio da parte di un solo gestore si riducono alle ipotesi di monopolio legale (raccolta rifiuti, mercati pubblici, pubbliche affissioni, ecc.), cioè ai soli casi indicati dalla legge e sempreché quest'ultimi trovino fondamento in scelte compatibili con i principi costituzionali degli Stati membri e del Trattato dell'Unione europea.

In tale contesto normativo l'enunciazione del diritto di scelta indicato dalla Carta italiana dei servizi pubblici subisce un rovesciamento di formulazione<sup>67</sup>. L'utente ha diritto di scelta tra i soggetti che erogano il servizio, salvo il monopolio sia definito da leggi di settore che per ragioni tecniche o d'organizzazione impediscono la presenza di una pluralità di produttori (art. 86, *ex art.* 90, Trattato).

Pluralità dei gestori come premessa necessaria all'esercizio del principio del diritto di scelta degli utenti tra le diverse forme di erogazioni del servizio pubblico e della concorrenza fra i produttori, siano essi soggetti pubblici o privati, di

<sup>65</sup> Sulla proporzionalità si veda *supra* il § 5.

<sup>66</sup> Art. 82 (*ex art.* 86), nonché art. 86 (*ex art.* 90), § 2, Trattato CEE: Corte di giustizia, sentenza, 4 maggio 1988, c. 30/78, *Raccolta*, 1988, 2488; 30 aprile 1986, c. 209-213/84, *ivi*, 1986, 1445; 30 aprile 1974, c. 155/73, *ivi*, 1974, 409. Nel nostro ordinamento in tali casi ha operato sinora la tradizionale categoria del vizio di eccesso di potere, in particolare per insufficiente istruttoria tecnica, ovvero per contraddittorietà fra presupposti e dispositivo.

<sup>67</sup> Il punto 4, d.p.c.m. 27 gennaio 1997: così stabilisce: «Ove sia consentito dalla normativa regolatrice del settore, l'utente ha diritto di scegliere tra i soggetti che erogano il servizio».

cui il principio del «mutuo riconoscimento», indicato dalla proposta di comunicazione della Commissione, cit., appare un essenziale completamento.

La Commissione europea ricorda infatti che il principio del mutuo riconoscimento è stato affermato e progressivamente precisato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di libera circolazione delle merci, delle persone e dei servizi ed impone agli Stati membri di accettare i prodotti di beni e servizi forniti da imprenditori di altri Stati membri, «nella misura in cui tali prodotti e servizi rispondono in modo equivalente alle esigenze legittimamente perseguite dallo Stato destinatario (dei beni)»<sup>68</sup>

Con particolare riferimento alle concessioni di servizi e alle forme analoghe di partenariato pubblico-privato il principio del mutuo riconoscimento implica che gli Stati membri siano tenuti ad accettare titoli, certificati, attestazioni, controlli e specifiche relative alle capacità professionali, tecniche e finanziarie dei prestatori di servizi rilasciate ai produttori secondo la disciplina di altri Stati membri, ogni qualvolta «siano equivalenti a quelli richiesti dallo Stato destinatario della prestazione».

Appare evidente che il principio di mutuo riconoscimento del «cittadino» europeo (imprenditore) rafforza il principio del diritto di scelta tra gestori di servizio pubblico del cittadino europeo («consumatore»), poiché il primo apre la gestione del servizio al maggior numero possibile di produttori; ma del ragionamento si può intendere anche il reciproco: ai cittadini

<sup>68</sup> Corte di giustizia, 7 maggio 1991, causa C-340/89, Vlassopoulou c. Ministerium Fuer Justiz, in *Raccolta*, 1991, I- 2357; 25 luglio 1991, causa C-76/90, Saeger c. Dennemeyer & Co. Ltd., *ivi*, 1991, I-4221; 26 febbraio 1991, Commissione c. Francia, causa C-154/89, *ivi*, 1991, 659; 26 febbraio 1991, Commissione c. Italia, causa C-180/89, *ivi*, 1991, 709; 26 febbraio 1991, Commissione c. Grecia, causa C-189/89, *ivi*, 1991, 727; 17 dicembre 1981, causa 279/80, Webb, *ivi*, 1981, 3305.

europei («consumatori») infatti va riconosciuto l'interesse a vedere affermato il principio del mutuo riconoscimento, all'evidente scopo di giovare di una pluralità di produttori.

9. — *Motivazione e tutela giurisdizionale.* Il progetto di comunicazione interpretativa della Commissione europea 1999/C 94/04, più volte citata, rileva infine che una giurisprudenza costante della Corte di giustizia relativa alle libertà fondamentali del Trattato ha affermato che le decisioni adottate dalle pubbliche autorità «debbono essere motivate e devono potere essere oggetto di ricorsi giurisdizionali da parte dei loro destinatari». Il principio è affermato con un carattere generale, poiché si riconosce che è tratto dalle «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e sancite dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo»<sup>69</sup>.

Dovere di motivazione e tutela giurisdizionale che il progetto di comunicazione ritiene senz'altro applicabile a favore dei «cittadini» imprenditori che si ritengono lesi da atti delle amministrazioni aggiudicatrici che attribuiscono una concessione di servizi o procedano alla scelta del partner privato da associare alla gestione.

Principio di carattere generale e che perciò può essere invocato anche dai «cittadini» nella loro qualità di destinatari delle prestazioni di servizio pubblico, sia con riferimento alla decisione di assumere un determinato servizio come pubblico, sia all'atto di definizione del programma di erogazione del servizio stesso (congruità e proporzionalità rispetto al fine del soddisfacimento dei bisogni della comunità di riferimento),

<sup>69</sup> Cfr. Corte di giustizia, sentenza, 7 maggio 1991, causa C-340/89, *Vlassopoulou c. Ministerium Fuer Justiz*, cit.; 15 ottobre 1987, *Unectef*, pt. 17, causa 222/86, *ivi*, 1987, 4097; sull'influenza del diritto dell'ordinamento europeo sulla tutela giurisdizionale da ultimo F. ASTONE, *Integrazione giuridica e giustizia amministrativa*, Napoli, Esi, 1999, 222 s.

sia per gli atti che hanno ad oggetto l'individuazione della forma di gestione (ente pubblico, concessione, partenariato pubblico privato, ecc.), sia di quelli che pervengono alla scelta del concessionario o partner di gestione, sia soprattutto con riferimento alla possibilità dei «cittadini» di agire in giudizio per far valere direttamente gli obblighi di prestazione del servizio pubblico assunti dal concessionario che si è aggiudicato la gestione del servizio.

Legittimazione ad agire individuale, o a tutela degli interessi collettivi delle diverse categorie di «consumatori», che si afferma in ragione delle differenti giurisdizioni e delle diverse discipline stabilite dagli ordinamenti degli Stati membri, di cui tuttavia l'ordinamento europeo con norma (espressa) di principio tutela «la salute, la sicurezza e gli interessi economici», promuovendo il «loro diritto ... all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi» (art. 153, *ex art.* 129 A del Trattato).

10. — La distinzione operata dai due differenti ordinamenti giuridici (europeo e di uno Stato membro), tra norme di scelta del gestore (o cogestore) e disciplina della successiva esecuzione del rapporto giuridico, appare tradizionale e talvolta rafforzata dai differenti ambiti disciplinari di studio, che tuttavia non paiono trovare piena giustificazione nello stesso diritto positivo che si invoca a fondamento dell'enucleazione dei principi nell'uno (progetto di comunicazione della Commissione europea) e nell'altro (Carta dei servizi), distinzione che contraddice ai progressi delle elaborazioni giuridiche in materia, che infine appare di ostacolo al raggiungimento degli stessi obiettivi dichiarati nell'elaborazione degli atti in esame.

Con particolare riferimento alla concessione di servizio pubblico la separazione tra disciplina avente ad oggetto la scelta del gestore e disciplina delle prestazioni agli utenti del servizio ha favorito l'idea di una distinzione tra obblighi verso

l'amministrazione e obblighi verso gli utenti, che in altro lavoro si è tentato di dimostrare essere teoricamente inesistente con riferimento alla prestazione principale di servizio pubblico<sup>70</sup>.

Con l'atto di concessione di servizio pubblico l'amministrazione aggiudicatrice individua nel terzo imprenditore colui che assume la qualità di gestore del servizio pubblico (attuatore del programma di servizio), cioè al tempo stesso trasferisce la domanda di «consumatori» che ad essa si rivolge e l'obbligo di soddisfare i bisogni sociali di questi nella misura definita dal programma.

Secondo tale impostazione la distinzione tra appalto e concessione di servizio pubblico, al di là delle diverse denominazioni, consiste nella differente struttura giuridica che si afferma nelle due ipotesi di disciplina giuridica.

Nell'appalto di servizio pubblico il rapporto giuridico avente ad oggetto l'erogazione delle prestazioni agli «utenti» intercorre unicamente tra amministrazione aggiudicatrice e appaltatore, in questa struttura giuridica gli «utenti» sono terzi estranei, che non hanno azione giuridica alcuna verso l'imprenditore, ma possono agire per l'adempimento delle prestazioni di servizio pubblico unicamente verso l'amministrazione appaltatrice.

Al contrario nella concessione di servizio pubblico ove gli «utenti» hanno azione diretta verso il concessionario per ottenere l'esatto adempimento delle prestazioni di servizio pubblico, poiché l'amministrazione con l'atto di concessione ha indicato l'aggiudicatario come gestore del servizio pubblico con effetto anche nei confronti degli «utenti».

Nel progetto di comunicazione della Commissione europea si distingue l'appalto dalla concessione (ed altre analoghe forme di partenariato pubblico privato) di lavori pubblici indicando la circostanza che in quest'ultima l'imprenditore si

<sup>70</sup> R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione*, cit., spec. 62 s., 79 s.

assume non solo il rischio della costruzione (appalto), ma anche il rischio della gestione dell'opera pubblica.

La distinzione non pare così agevole con riferimento ai servizi pubblici, poiché sia l'appaltatore, sia il concessionario giuridicamente si assumono il rischio della gestione<sup>71</sup>, anche se è vero che l'affermazione di «rischio d'impresa» non coincide nelle due ipotesi.

Se si vuole seguire il lessico familiare alla proposta di comunicazione della Commissione si può affermare che l'appaltatore subisce il «rischio» connesso al suo rapporto giuridico con l'amministrazione aggiudicatrice, ove il concessionario subisce anche il «rischio» connesso al suo rapporto giuridico con gli utenti.

Al di là delle sottili questioni teoriche pare importante tuttavia rilevare che le prestazioni che il concessionario si obbliga ad erogare agli utenti sono le stesse per le quali si è qualificato gestore del servizio pubblico, indicando il «prezzo più basso» in concorrenza con altri produttori.

Ritenere che oggetto della gara è anzitutto l'obbligazione di servizio pubblico del concessionario verso gli utenti consente giuridicamente di mantenere il rigore della concorrenza anche nella successiva fase di esecuzione delle prestazioni di servizio pubblico, giovando dell'attenzione dei principali interessati all'esatto adempimento dell'obbligazione del concessionario<sup>72</sup> (il «mercato» come il vero arbitro della competizione).

<sup>71</sup> M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1989, 147 ove afferma che nella concessione si afferma una «scissione fra la titolarità dell'attività, che rimane all'ente di direzione, e l'esercizio della stessa che si trasferisce al concessionario»; nonché cfr. per la teoria della sostituzione (*legittimazione*): G. MIELE, *Ente pubblico e concessione di servizi pubblici*, in *Foro amm.*, 1942, I, 2, 235 s., poi in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1987, 359 s.; nonché secondo diversa prospettazione già G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, cit., 235. Da ultimo Cass., sez. un., 29 dicembre 1990, n. 12221, in *Foro it.*, 1991, I, 3405.

<sup>72</sup> Posizione che appare adombrata dalla vulgata più ricorrente della no-

È noto infatti che nella fase di esecuzione della prestazione di servizio pubblico gli interessi dell'amministrazione aggiudicatrice non sempre coincidono con quelli degli utenti: sia perché talvolta concordano con quelli del concessionario<sup>73</sup>, sia perché l'amministrazione non è sempre in grado di mantenere in efficienza e nel tempo uffici di controllo che impongano l'esatto adempimento delle prestazioni di servizio pubblico, sia perché l'interesse ad un generale (medio) adempimento non garantisce affatto l'esattezza delle singole prestazioni.

Garantire la «tutela dei diritti» dei singoli utenti ad ottenere dal concessionario l'esatto adempimento delle stesse prestazioni di servizio pubblico per cui le quali è risultato vincitore nella contesa con gli altri produttori, pare, per non trattare d'altro, uno strumento giuridico che garantisce nella fase successiva dell'esecuzione la concorrenza tra i produttori, che si è voluta affermare nella precedente fase della scelta del gestore.

Si è visto che, ancora prima della tutela giurisdizionale del diritto all'esatta prestazione di servizio pubblico, appaiono di interesse le disposizioni che prevedono l'acquisizione e pubblicazione della valutazione periodica sulla qualità del servizio pubblico, ancor più quelle che garantiscono agli utenti l'accesso alle informazioni sulle modalità di produzione del

zione di «mercato», che degli utenti non riesce ad evidenziare la qualità di principali soggetti giuridici, cioè di creditori delle prestazioni di servizio pubblico, quelle definite dal programma adottato dall'amministrazione pubblica e sul quale si è svolta la competizione tra le imprese per la scelta della migliore offerta di gestione in concessione o «partenariato».

<sup>73</sup> L'esecuzione e il pagamento degli oneri di servizio pubblico pesano sia sul produttore concessionario, sia sull'amministrazione che li deve compensare, per non trattare dell'incidenza sulla qualità delle prestazioni agli utenti che consegue ad un'eventuale partecipazione dell'ente aggiudicatore agli utili del gestore di servizio pubblico (forme di partenariato pubblico-private).

servizio pubblico, che sono in possesso del gestore e che atengono all'esecuzione della sua obbligazione (trasparenza).

Ottenute le informazioni appare impossibile impedire che gli utenti presentino al concessionario le loro osservazioni, con deposito di memorie o documenti (trasparenza-partecipazione) con conseguente dovere del concessionario di corrispondervi congruamente, accogliendo soluzioni che siano di minore sacrificio per l'interesse dell'utente (proporzionalità).

Tutti questi enunciati normativi, al pari del diritto di scelta del contraente tra una pluralità di produttori, individuano in Italia come in altri Stati membri<sup>74</sup> i principi dell'ordinamento europeo (norme imperative) della fase dell'esecuzione delle prestazioni di servizio pubblico e che ciò nonostante appaiono essenziali e di conforto alla libera prestazione di servizi, a quella di stabilimento, o per altre disposizioni a tutela della concorrenza, non ultime quelle a tutela dei cittadini europei («consumatori»), attraverso l'enunciazione di principi che sono stati propri della tradizione giuridica europea e che ora infondono il nuovo ordinamento dell'Unione.

<sup>74</sup> Oltre alla ricognizione dei principi operata per l'Italia dal d.p.c.m. 27 gennaio 1994, si confronti degli altri Stati membri: *The citizen's charter, Raising the standard*, Presentata dal Governo del Regno Unito al Parlamento nel luglio 1991; *la Charte des services publics* presentata dal Governo francese nel marzo 1992; il *Plan de modernizacion de la administracion del Estado* pubblicata dal Governo spagnolo nel 1992; tutti ripubblicati in allegato alla *Proposta e materiali di studio* del Ministro della Funzione Pubblica italiano S. Casese, a preparazione del d.p.c.m. 27 gennaio 1994.