

Guido Clemente di San Luca

La morfologia dell'interesse pubblico alla 'tutela della concorrenza' nel campo dei servizi di pubblica utilità ^(*)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. *a)* Il concetto di libera concorrenza. – 2.1. I diversi livelli di regolazione della concorrenza. – 2.2. L'ambito di applicazione della concorrenza. – 2.3. Interesse pubblico e concorrenza. – 3. *b)* I servizi pubblici. – 3.1. Servizi pubblici 'amministrativi' e servizi pubblici 'di natura imprenditoriale'. – 3.2. La distinzione fra regolazione e gestione. – 3.3. Le privatizzazioni e le liberalizzazioni. – 4. *c)* I cittadini-utenti dei servizi pubblici e i consumatori. – 5. La concorrenza nei servizi pubblici di natura imprenditoriale e la relativa tutela del cittadino-utente. – 6. La definizione di un interesse pubblico *alla* 'tutela della concorrenza' e l'affidamento della sua cura alle autorità indipendenti. – 6.1. La differente morfologia giuridica dell'interesse pubblico alla tutela della concorrenza se si fa riferimento al mercato in sé, ovvero al mercato condizionato dai fini sociali da doversi perseguire. – 6.2. Diversità dell'interesse pubblico alla tutela della concorrenza dagli interessi pubblici perseguibili tramite la concorrenza. Le situazioni giuridiche soggettive *nella* e *della* concorrenza. – 7. Qualche (amara) considerazione conclusiva sulla reale efficacia dello strumento 'concorrenza' per la soddisfazione dei bisogni dei cittadini-utenti.

1. Premessa

Per provare a riflettere sulla relazione fra i concetti di *concorrenza*, *servizi pubblici* e *cittadini-utenti*, al fine ultimo di scoprire la morfologia dell'interesse pubblico alla 'tutela della concorrenza', occorre prima chiarire il significato che, almeno convenzionalmente, si assegna ad essi (ciò che si farà, rispettivamente, nei paragrafi 2, 3 e 4)¹.

Solo in seguito sarà possibile ragionare compiutamente sul rapporto fra concorrenza e servizi pubblici, nella prospettiva dei cittadini-utenti, per analizzare la morfologia giuridica dell'interesse pubblico alla tutela della concorrenza nel campo dei servizi pubblici di natura imprenditoriale (ciò che si farà, rispettivamente, nei paragrafi 5 e 6).

^(*) Testo scritto, rivisto e corredato di note, della relazione svolta al Seminario su "*La concorrenza nei servizi pubblici nella prospettiva dei cittadini-utenti*", tenutosi presso la Facoltà di Studi Politici della Seconda Università di Napoli, nella sede di San Leucio, il 7 maggio 2008 (data alla quale sono aggiornati i riferimenti bibliografici, di legislazione e giurisprudenza), l'altro relatore essendo il prof. Vincenzo Cerulli Irelli, e destinato agli *Scritti in memoria di Franco Pugliese*. Ringrazio Alberto de Chiara, per aver letto il testo e avermi offerto opinioni e suggerimenti, e i dottori Cira Perna, Luigi Schettino e Antonia Tarallo, per avermi aiutato nella ricerca bibliografica e giurisprudenziale.

¹ I confini dell'ambito tematico affrontato – concorrenza, servizi pubblici e cittadini-utenti – sono stati definiti dal tema del Seminario al quale il presente contributo è stato reso.

In via preliminare, bisogna anzitutto distinguere ciò che, negli Stati a diritto amministrativo, è sempre stato ‘mercato’, da ciò che, soprattutto negli ultimi tre lustri, è diventato mercato per scelta legislativa di privatizzazione, liberalizzazione, o dismissione che sia.

Questo perché un conto è regolare la concorrenza quando si tratta di oggetti che sono indiscutibilmente (se non proprio ontologicamente, almeno nella ontologia giuridica degli Stati a diritto amministrativo) propri del mercato (automobili, elettrodomestici, beni di consumo in genere); altro conto è regolare la concorrenza quando si tratta di oggetti che sono definiti (secondo la cultura giuridica degli Stati a diritto amministrativo: per natura) di interesse generale, sociale, e che sono stati privatizzati quanto alla gestione (anche solo giuridica), ma restano intensamente di rilevanza collettiva, pubblica (telefono, acqua, elettricità, gas, trasporti, poste, ecc.; per non parlare del settore che può ben dirsi ‘sensibile’ per antonomasia: la comunicazione televisiva)².

Sempre preliminarmente, si deve, in secondo luogo, riconoscere che sono tutt’altro che pacifiche le definizioni di *neutralità* (connotato che si vuole proprio e qualificatorio delle autorità indipendenti)³ e di *ordine naturale del mercato* (mentre è, in qualche misura, possibile considerare ‘naturale’ l’*ambito* del mercato, è invece incompatibile con il principio di legalità dello Stato democratico l’idea di un *ordine* naturale del mercato: l’ordine del mercato è dato dalle regole democraticamente stabilite per esso)⁴.

² A questo riguardo F. CINTIOLI, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, fasc. 3, pp. 453 ss., 465, chiarisce che «Si è utilizzata in dottrina un’espressione particolarmente efficace e riassuntiva di questa variegata realtà: il settore dei servizi pubblici privatizzati, pur se attirato nel libero mercato, sarebbe contraddistinto da una *concorrenza contingentata*, perché l’azione imprenditoriale resterebbe avvinta da un sottile filo di collegamento alla disciplina del servizio pubblico».

³ Sul punto sia consentito rinviare a G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Appunti di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 2005, pp. 301 ss., spec. 330 ss., 338-339, 358-359, e 362-363.

⁴ Si v., in proposito, le considerazioni (pienamente condivise) di A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 3-4, secondo il quale «La Scienza economica non concorda sulla stessa nozione di concorrenza e, conseguentemente, sulla portata di quella condizione che, a dire di alcuni, dovrebbe considerarsi l’ordine naturale del mercato. Ci si domanda allora se esista davvero un ordine naturale del mercato, un ordine naturale che trovi nella regola della concorrenza (più o meno perfetta) una legge di natura suscettibile di essere tutelata in modo neutrale da parte dell’ordinamento giuridico e delle Istituzioni pubbliche che ad esso assicurano effettività. [...] Se un ordine del mercato esiste, è validamente argomen-

Così come è da riconoscersi quale un indimostrato luogo comune l'affermazione secondo la quale la libertà di iniziativa economica⁵, per un verso, è garantita dal mercato, e, per un altro, è assai meno garantita dal potere politico-amministrativo. Ed invero, quest'ultimo negli ordinamenti liberaldemocratici occidentali è radicato nella investitura popolare, che, bene o male, consente un certo controllo.

Bisogna, infine, per completare la premessa, chiarire il significato dell'assunto secondo cui la tutela della concorrenza è un interesse pubblico⁶, ed in che senso⁷. Anche perché, a questo scopo, non solo è necessario,

tata la tesi secondo cui l'ordinamento giuridico si limita ad apprestare un insieme di precetti (comandi e divieti), di Istituzioni (Amministrazioni indipendenti ed organi giurisdizionali) e di poteri (conoscitivi e sanzionatori) funzionalizzati ad assicurare una garanzia neutrale a tali precetti non giuridici. Se invece dovesse risultare fondata la tesi secondo cui in natura non è dato riscontrare un ordine che regola adeguatamente le dinamiche di mercato, è evidente allora che l'ordinamento giuridico e le sue Istituzioni svolgerebbero un ruolo tutt'altro che neutrale (o di garanzia) rispetto a tali dinamiche. [...] Che l'ordine naturale del mercato non sempre funzioni è provato proprio dagli economisti». L'A. spiega poi che «Sia l'ordine naturale, sia l'ordine giuridico del mercato, esulano dall'ambito disciplinare proprio del diritto amministrativo. L'ordine naturale del mercato – sempre che esso esista – è materia che rientra tutta nel campo della Scienza economica».

⁵ In relazione alla libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost., V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2006, fasc. 5, pp. 747 ss., 750, considera «condivisibile la posizione di coloro che ritengono che nella norma ci sia già (si direbbe *ante litteram*) la garanzia e la tutela della libertà di mercato, come luogo nel quale, appunto, la libera iniziativa economica si manifesta e si svolge; e sul quale il legislatore ha la possibilità di intervenire correttivamente, “nel limite in cui il perseguimento di un fine sociale collettivamente riconosciuto lo imponga”». L'A. più avanti afferma che «Con riferimento ai servizi pubblici essenziali, la norma è ispirata invero ad una concezione pubblicistica delle attività che a codesta nozione si possono ascrivere che la fa apparire desueta. Dietro la norma c'è infatti l'idea che la garanzia delle esigenze proprie del servizio pubblico sia assicurata dal suo affidamento ad un soggetto imprenditoriale pubblico che possa operare in regime di monopolio (cd. riserva originaria)» (p. 756). Sul riconoscimento costituzionale del valore della concorrenza, cfr. A. PACE, *La Corte disconosce il valore costituzionale della libertà di concorrenza?*, in *Giur. Cost.*, 1999, fasc. 5, pp. 2965 ss.; e M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Dir. e Soc.*, 2003, n. 4, pp. 439 ss.

⁶ L'assunto, peraltro, non è pacifico: è diversa, ad esempio, almeno in parte significativamente, la impostazione di G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005, *passim*, e spec. pp. 74-75, laddove afferma che «i servizi pubblici sono oramai una parte del mercato e non una dimensione dell'azione amministrativa. Sono, in altri termini, attività private sottoposte ad una regolazione speciale [...]. La stessa *dimensione dell'interesse pubblico sembra scomparire*, ponendosi in primo piano il diritto delle imprese a operare sul mercato e quello degli utenti a fruire di determinati servizi. Questo spiega perché la funzione regolativa a tutela della concorrenza e dei consumatori sia attribuita ad autorità indipendenti dagli organi di indirizzo politico, chiamate ad attuare la disciplina europea prima ancora che quella nazionale» (il corsivo è di chi scrive) [l'A. cita F. MERUSI, *Stato e mercato: convergenze e divergen-*

sul piano formale, rinvenire nel dato normativo la sua qualificazione come tale, ma occorre anche, sul piano sostanziale, previamente accordarsi su chi deve servire, ed a cosa, la tutela della concorrenza: se deve servire solo chi concorre (dunque i produttori), e perciò esser funzionale a garantire la loro leale competizione; ovvero deve servire anche chi è destinatario di ciò che

ze dei diritti amministrativi in Europa, in *Dir. Un. eur.*, 2000, pp. 499 ss.]. La differenza di impostazione, invero, non sembra essere integrale, giacché, pur mostrandosi di considerare svanita la presenza di un interesse pubblico, non si esclude tuttavia che quello alla tutela della concorrenza sia tale, tanto è che in qualche modo, sostenendosi che la relativa ‘funzione regolativa’ è ‘attribuita ad autorità indipendenti’, in effetti lo si ritiene comunque (esistente perché) assegnato alla loro cura. Naturalmente si tratta di un interesse pubblico di tipo diverso da quello tradizionale, in quanto che la regolazione – come l’A. scrive più avanti con chiarezza (p. 102) – «a differenza delle funzioni amministrative di tipo tradizionale, non è rivolta alla cura di un interesse pubblico ‘di apparato’ e nemmeno di un ‘interesse pubblico collettivo’. Il suo tratto caratteristico appare, piuttosto, quello di conciliare principi e valori di sistema, in una prospettiva sempre più *market oriented*, con diritti e interessi contrapposti, ma equiordinati, dei privati. Alle cure delle autorità di regolazione è pertanto affidato un interesse “di composizione” – o, secondo altra terminologia, “mediato” o “riflesso” –, sintesi ‘paritaria’ ed ‘equilibrata’ di una pluralità di interessi oggettivi e soggettivi, collettivi e individuali» [l’A. rinvia alle conclusioni di G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, pp. 659 ss., e di S. CASSESE, *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Rass. giur. en. el.*, 1998, pp. 233 ss.].

⁷ Secondo quanto afferma L. PROSPERETTI, *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza. Teoria economica ed esperienze recenti*, in *Mercato concorrenza regole*, 2002, pp. 277 ss., 277-278, «Gli economisti considerano un risultato consolidato che la concorrenza massimizzi il benessere sociale». Dai risultati dei loro studi sembra che «la concorrenza sia la forma di mercato che rende più probabile l’innovazione – quanto meno – dei processi, e che dunque probabilmente rende più elevato il tasso di innovazione tecnologica». Di talché, siccome «la tutela della concorrenza si basa su principi generali per difendere un interesse generale mentre la regolazione si basa su norme specifiche e settoriali [...] si conferma dunque la primazia della concorrenza [...]: la regolazione è utile soltanto là dove la tutela della concorrenza non può arrivare, ed è pertanto un’attività utile, ma residuale». L’assunto, quand’anche fosse del tutto pacifico, non appare comunque immune da critica: è evidente, infatti, che esso si basi su una previa determinazione assiologica, su cui costruire il ragionamento scientifico: la preferenza per l’iniziativa individuale nella conquista del progresso. D’altra parte, esso sembra chiarire un equivoco nel quale frequentemente s’incorre nel linguaggio adoperato dai giuristi: quello consistente nel far coincidere, o pienamente corrispondere, i concetti di ‘mercato’ e di ‘concorrenza’. Laddove si afferma che quest’ultima è «una forma di mercato», si richiama la possibile esistenza di forme di mercato anche prive di concorrenza (sono mercati anche quelli caratterizzati da monopoli od oligopoli), così facendo giustizia di una ricorrente improprietà di linguaggio, secondo la quale dismissioni, privatizzazioni e liberalizzazioni dei servizi determinerebbero il passaggio dallo Stato al mercato (volendosi intendere – ma arbitrariamente – *mercato concorrenziale*): mercato si dà anche laddove lo Stato ne è l’unico attore, senza concorrenza né competizione. Alla stessa stregua si fa sovente uso di un lessico improprio con riguardo alla nozione di ‘impresa’: ma su ciò più avanti (testo e note 46-50).

si produce (i consumatori e gli utenti), e perciò esser funzionale ad offrire loro beni e servizi nella migliore qualità ed al minor costo possibili⁸.

L'obiettivo del presente contributo sta proprio in ciò, provare a: *a*) in primo luogo, dimostrare se ed in che misura, in entrambi i casi (e dunque anche laddove si consideri necessario tutelarla nell'interesse dei soli produttori), l'interesse alla tutela della concorrenza si possa fondatamente considerare, sotto il profilo giuridico, un interesse pubblico, e come il mancato perseguimento di questo possa esser fatto valere dai cittadini (consumatori o utenti che siano); *b*) in secondo luogo, spiegare se e come si distingue la morfologia giuridica di tale interesse pubblico in relazione all'ambito oggettivo (beni di consumo o servizi di pubblica utilità) cui si riferisce la concorrenza; *c*) in terzo luogo, infine, verificare in che misura, o fino a che punto, l'interesse pubblico alla tutela della concorrenza sia effettivamente capace di soddisfare in maniera efficace i bisogni dei cittadini-utenti dei servizi di pubblica utilità, in relazione a tre parametri: la qualità, i costi, e la relativa 'semplicità' di lettura del quadro regolativo di riferimento, al fine di consentire la tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte dall'esercizio del potere amministrativo funzionalizzato alla cura dell'interesse pubblico alla tutela della concorrenza.

2. a) *Il concetto di libera concorrenza*

Come enunciato in premessa, anzitutto è bene concordare sul lessico. Il primo concetto sul quale convenire è quello di libera concorrenza. Per essa generalmente si intende la leale competizione nella produzione di beni e servizi affinché questi siano resi nella migliore qualità e a costi più bassi.

Proprio per questo, in un sistema democratico (nel quale le libertà – tranne che quelle fondamentali perché strumentali al funzionamento dello stesso metodo democratico⁹ – sono, nei contenuti, definite dalle fonti giuri-

⁸ Secondo F.G. COCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. Agg. VI, 2002, pp. 75 ss., 80, «L'interesse al corretto funzionamento di un settore di attività privata non coincide affatto con gli interessi dei singoli operatori, nemmeno se unitariamente considerati: è un interesse diverso, avente ad oggetto null'altro che il rispetto delle regole del giuoco, e pertanto si pone come mero interesse generale, non come somma di interessi individuali, semmai in possibile contrasto con questi, se singolarmente considerati».

⁹ Al riguardo si v. P. HABERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Nis, Roma, 1993.

diche che innervano la democrazia) è necessario che la *libertà* di concorrenza venga *regolata*, per evitare che un suo esercizio arbitrario, da parte di alcuni (pochi), determini la privazione di essa, nei confronti degli altri (tanti).

Una tale definizione della concorrenza è pienamente coerente con il dato normativo, sia comunitario sia nazionale.

E infatti, a norma dell'art. 81, par. 1, Trattato CE, «Sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto e per effetto di *impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza* all'interno del mercato comune»¹⁰.

Alla stessa stregua, in Italia, l'art. 2, co. 2, L. 10/10/1990, n. 287 (*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*), stabilisce che «Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di *impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza* all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante»¹¹.

Inoltre, l'art. 1, co. 1, L. 14/11/1995, n. 481 (*Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*) così recita: «Le disposi-

¹⁰ La disposizione così prosegue: «ed in particolare quelli consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione; b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi». Inoltre, secondo il disposto dell'art. 82, co. 1, «È incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo. Tali pratiche abusive possono consistere in particolare: a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi» (il corsivo nel testo è di chi scrive).

¹¹ Il corsivo nel testo è di chi scrive.

zioni della presente legge hanno la finalità di *garantire la promozione della concorrenza* e dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità, di seguito denominati "servizi", nonché adeguati livelli di qualità nei servizi medesimi in condizioni di economicità e di redditività, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, *promuovendo la tutela degli interessi di utenti e consumatori*¹².

Così definita la libera concorrenza, è ben possibile spiegarsi come e perché l'*interesse alla sua tutela* venga considerato come generale e, in quanto tale, *qualificato dalla legge come pubblico*.

2.1. *I diversi livelli di regolazione della concorrenza*. Nel sistema delle fonti – come è ben noto – la concorrenza trova disciplina tanto al livello della Unione europea, quanto ai livelli nazionale e locale.

Il Trattato CE – del quale si sono appena riportati i principi contenuti negli artt. 81 e 82 – stabilisce che la politica economica degli Stati membri e della Comunità è «condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in *libera concorrenza*» (art. 4, par. 1)¹³.

In materia di concorrenza il Trattato dispone, inoltre, che gli Stati membri¹⁴ non emanino, né mantengano, «nei confronti delle imprese pub-

¹² La norma così prosegue: «tenuto conto della normativa comunitaria in materia e degli indirizzi di politica generale formulati dal Governo. Il sistema tariffario deve altresì armonizzare gli obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti il servizio con gli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse» (i corsivi nel testo sono di chi scrive).

¹³ Il corsivo è di chi scrive. Secondo V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale* cit., p. 758, «Tutte le imprese e perciò anche le imprese pubbliche, sono dunque soggette nell'ambito del diritto europeo alle regole del mercato»; tuttavia l'A. avverte che «Questo principio non trova riscontro nella nostra Costituzione, nonostante l'equiparazione dell'art. 41, 3° co. [...]. L'affermazione che imprese pubbliche e private possono essere, entrambe, sottoposte a fini sociali, significa, nel nostro contesto, che a tali obblighi e vincoli possono essere sottoposte anche le imprese private; ma non che le imprese pubbliche non possano usufruire, in quanto tali, di regimi differenziati e privilegiati, nell'ambito del mercato». Per i più recenti sviluppi 'definitivi' della concorrenza nell'ordinamento comunitario e le implicazioni derivanti dalla sua coniugazione con il principio di economia sociale, si v. P. DE PASQUALE, *Libera concorrenza ed economia sociale nel Trattato di Lisbona*, in *Dir. Pub. Comp. Eur.*, **in corso di pubblicazione**.

¹⁴ Oltre a dover, in via transitoria, decidere «in merito all'ammissibilità di intese e allo sfruttamento abusivo di una posizione dominante nel mercato comune in conformità del diritto nazionale interno e delle disposizioni» di cui agli artt. 81 e 82 (art. 84, ex art. 88).

bliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme» di esso (art. 86, par. 1, *ex art.* 90)¹⁵.

Con specifico riferimento ai servizi pubblici, poi, lo stesso art. 86 stabilisce che «Le imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale, sono sottoposte alle norme del presente Trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità» (par. 2).

Orbene, come spiega un'autorevolissima dottrina, «l'art. 86 (già 90) del Trattato, [...] al paragrafo 1, vieta agli Stati membri di adottare nei confronti delle imprese pubbliche o delle imprese cui siano stati attribuiti diritti speciali o esclusivi misure che siano contrarie al Trattato e “specialmente” al divieto di discriminazione in base alla nazionalità e alle norme sulla concorrenza»¹⁶. Al tempo stesso, il paragrafo 2 dello stesso articolo ammette «che le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale possano essere sottratte all'applicazione delle regole di concorrenza nei limiti in cui ciò si riveli necessario per l'adempimento della specifica missione loro affidata»¹⁷.

¹⁵ Un ruolo decisivo è assegnato alla Commissione, cui è demandato il compito di vigilare sull'applicazione dei «principi fissati dagli artt. 81 e 82», in esplicitazione del quale essa deve istruire «i casi di presunta infrazione» degli stessi, e proporre «i mezzi atti a porvi termine», potendo, nel caso di perseveranza nell'infrazione, «autorizzare gli Stati membri ad adottare le necessarie misure, di cui definisce le condizioni e modalità, per rimediare alla situazione» (art. 85, *ex art.* 89, par. 1 e 2).

¹⁶ Così G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2008, pp. 780 ss., 781. L'A. in nota così rinvia: «Sulle nozioni comunitarie di impresa pubblica e titolare di diritti speciali ed esclusivi, v. l'art. 2 della direttiva 2006/111, del 16 novembre 2006, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese, in GUUE L 318 del 17.11.2006, p. 17 ss. Inoltre, sul carattere non autonomo della norma di cui al primo paragrafo dell'art. 86, nel senso che essa va applicata congiuntamente alle altre disposizioni pertinenti del Trattato, v. Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), causa C-295/05, sentenza 19 aprile 2007, non ancora pubblicata, punto 40».

¹⁷ Così ancora G. TESAURO, *Diritto comunitario* cit., p. 781.

Del resto, il principio secondo cui le autorità nazionali debbano emanare regolazioni che tutelino, o promuovano¹⁸, la concorrenza è prescritto anche dalle normative comunitarie di settore.

Si pensi, a titolo esemplificativo, a quanto dispone la Direttiva 20/6/2008, n. 63, relativa alla «*Concorrenza sui mercati delle apparecchiature terminali di telecomunicazioni*», la quale prevede che «Gli Stati membri che hanno concesso alle imprese diritti speciali o esclusivi provvedono alla soppressione di tutti i diritti esclusivi nonché dei diritti speciali»¹⁹ (art. 2, co. 1). Disposizioni sostanzialmente omologhe detta la Direttiva 16/9/2002, n. 77, relativa alla «*Concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica*», secondo cui agli Stati membri «è fatto divieto di accordare o mantenere in vigore diritti esclusivi o speciali per l'installazione e/o la fornitura di reti di comunicazione elettronica, o per la fornitura di servizi di comunicazione elettronica a disposizione del pubblico» (art. 2, co. 1), essendo assegnato ad essi il compito di adottare «i provvedimenti necessari affinché a ciascuna impresa sia garantito il diritto di prestare servizi di comunicazione elettronica o di installare, ampliare o fornire reti di comunicazione elettronica» (co. 2).

La Costituzione italiana, dal canto suo, dopo la riforma del 2001, nel mentre stabilisce che la potestà legislativa sia «esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto [...] dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario» (art. 117, co. 1), assegna alla potestà legislativa esclusiva dello Stato la «tutela della concorrenza» (lett. e, co. 2, dell'art. 117)²⁰.

¹⁸ Come riferisce M. D'ALBERTI, voce *Concorrenza*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 1140 ss., 1148, «L'espressione "tutela della concorrenza", secondo la giurisprudenza costituzionale, ha un significato ampio: indica non soltanto la repressione delle infrazioni alle regole antitrust, ma anche la *promozione* della concorrenza (C. cost., n. 14 e 272/2004)» (corsivo di chi scrive).

¹⁹ I quali – prosegue la disposizione – «a) limitano a due o più il numero delle imprese non conformandosi a criteri di obiettività, proporzionalità e non discriminazione, o b) designano, non conformandosi ai criteri di cui alla lettera a), numerose imprese concorrenti».

²⁰ Secondo la Corte costituzionale, sent. 13/1/2004, n. 14, in *Giur. Cost.*, 2004, pp. 237 ss., «l'inclusione di questa competenza statale nella lettera e) dell'art. 117, secondo comma, Cost., evidenzia l'intendimento del legislatore costituzionale del 2001 di unificare in capo allo Stato strumenti di politica economica che attengono allo sviluppo dell'intero Paese; strumenti che, in definitiva, esprimono un carattere unitario e, interpretati gli uni per mezzo degli altri, risultano tutti finalizzati ad equilibrare il volume di risorse finanziarie inserite nel circuito economico. L'intervento statale si giustifica, dunque, per la sua rilevanza macroeconomica: solo in

Sul piano della normazione primaria italiana, la già richiamata L. 287/1990 detta la disciplina della concorrenza in maniera conforme alle disposizioni del Trattato, stabilendo che le norme nazionali vanno comunque «interpretate in base ai principi dell'ordinamento comunitario in materia di disciplina della concorrenza»²¹.

La legge in parola, che istituisce l'*Autorità garante della concorrenza e del mercato* (art. 10) – altrimenti chiamata con l'acronimo AGCM, ovvero con l'anglismo *Antitrust* –, contiene disposizioni che, «in attuazione dell'articolo 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica», regolano le fattispecie relative «alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese che non ricadono nell'ambito di applicazione», fra gli altri, «degli articoli 85 e/o 86 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea (CEE)» (art. 1, co. 1).

La norma stabilisce che l'Autorità, «qualora ritenga che una fattispecie al suo esame non rientri nell'ambito di applicazione della presente legge», debba informare la Commissione delle Comunità europee, trasmettendo «tutte le informazioni in suo possesso» (co. 2).

tale quadro è mantenuta allo Stato la facoltà di adottare sia specifiche misure di rilevante entità, sia regimi di aiuto ammessi dall'ordinamento comunitario (fra i quali gli aiuti *de minimis*), purché siano in ogni caso idonei, quanto ad accessibilità a tutti gli operatori ed impatto complessivo, ad incidere sull'equilibrio economico generale. Appartengono, invece, alla competenza legislativa concorrente o residuale delle Regioni gli interventi sintonizzati sulla realtà produttiva regionale tali comunque da non creare ostacolo alla libera circolazione delle persone e delle cose fra le Regioni e da non limitare l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale (art. 120, primo comma, Cost.)» (p. 238). La Consulta prosegue, poi, affermando che «Non rientra nelle competenze di questa Corte la valutazione della correttezza economica delle scelte del legislatore, stabilire cioè se un intervento abbia effetti così rilevanti sull'economia da trascendere l'ambito regionale. Tali scelte, tuttavia, non possono sottrarsi ad un controllo di costituzionalità diretto a verificare che i loro presupposti non siano manifestamente irrazionali e che gli strumenti di intervento siano disposti in una relazione ragionevole e proporzionata rispetto agli obiettivi attesi. Quando venga in considerazione il titolo di competenza funzionale di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., che non definisce ambiti oggettivamente delimitabili, ma interferisce con molteplici attribuzioni delle Regioni, è la stessa conformità dell'intervento statale al riparto costituzionale delle competenze a dipendere strettamente dalla ragionevolezza della previsione legislativa. Ove sia dimostrabile la congruità dello strumento utilizzato rispetto al fine di rendere attivi i fattori determinanti dell'equilibrio economico generale, la competenza legislativa dello Stato di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), non potrà essere negata» (p. 249). Si v. anche Corte cost., sent. nn. 401/2007, 29/2006, 336/2005 e 272/2004.

²¹ Così M. D'ALBERTI, *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 2004, pp. 347 ss., 348, che richiama l'art. 1, co. 4, L. 287/1990.

Il co. 2 dell'art. 2 – lo si è già ricordato – esplicitamente dispone il divieto di «intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di *impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza* all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante»²². La legge prevede che il principio possa essere derogato, essendo stabilito che «L'Autorità può autorizzare, con proprio provvedimento, per un periodo limitato, intese o categorie di intese vietate ai sensi dell'articolo 2, che diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da *comportare un sostanziale beneficio per i consumatori* e che siano individuati anche tenendo conto della *necessità di assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità* sul piano internazionale e connessi in particolare con l'aumento della produzione, o con il miglioramento qualitativo della produzione stessa o della distribuzione ovvero con il progresso tecnico o tecnologico» (art. 4, co. 1)²³.

Alla stessa stregua l'art. 3, co. 1, vieta «l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante»²⁴.

Secondo il combinato disposto degli artt. 5 e 6, l'Autorità può vietare le «operazioni di concentrazione restrittive della libertà di concorrenza»

²² La disposizione prosegue indicando le attività attraverso le quali sia possibile integrare un'alterazione della concorrenza, segnatamente quelle «consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali; b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi, o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi».

²³ I corsivi nel testo sono di chi scrive. Il comma così prosegue: «L'autorizzazione non può comunque consentire restrizioni non strettamente necessarie al raggiungimento delle finalità di cui al presente comma né può consentire che risulti eliminata la concorrenza da una parte sostanziale del mercato».

²⁴ La norma stabilisce che «inoltre è vietato: a) imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose; b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori; c) applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza; d) subordinare la conclusione dei contratti

(ovvero, giusta il co. 2 dell'art. 6, autorizzarle, «prescrivendo le misure necessarie ad impedire» le conseguenze negative), operazioni le cui ipotesi vengono puntualmente identificate²⁵.

Anche la disciplina dei servizi pubblici locali è, almeno in parte, improntata al principio della concorrenza. Si pensi, ad esempio, a quanto in proposito dispone il TUEL (D. Lgs. 18/8/2000, n. 267), il cui art. 113 (rubricato '*Gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici di rilevanza economica*') recita: «Le disposizioni del presente articolo che disciplinano le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali *concernono la tutela della concorrenza* e sono inderogabili ed integrative delle discipline di settore» (co. 1)²⁶.

In definitiva, considerando nel suo complesso l'articolato assetto disciplinare sinteticamente richiamato (composto da norme comunitarie, disposizioni costituzionali, legislazione statale, ecc.), sembra doversi convenire con chi afferma che «l'intera elaborazione normativa del diritto pubblico dell'economia [...] resta ampiamente influenzata dalla libera concorrenza»²⁷.

Epperò, affinché sia inequivocabilmente chiaro l'assunto derivante dalla rilevazione del dato normativo, occorre interrogarsi sul suo ambito di applicazione.

all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi».

²⁵ L'art. 5, co. 1, infatti, chiarisce che «L'operazione di concentrazione si realizza: a) quando due o più imprese procedono a fusione; b) quando uno o più soggetti in posizione di controllo di almeno un'impresa ovvero una o più imprese acquisiscono direttamente od indirettamente, sia mediante acquisto di azioni o di elementi del patrimonio, sia mediante contratto o qualsiasi altro mezzo, il controllo dell'insieme o di parti di una o più imprese; c) quando due o più imprese procedono, attraverso la costituzione di una nuova società, alla costituzione di un'impresa comune». Secondo il co. 2, inoltre, «L'assunzione del controllo di un'impresa non si verifica nel caso in cui una banca o un istituto finanziario acquisti, all'atto della costituzione di un'impresa o dell'aumento del suo capitale, partecipazioni in tale impresa al fine di rivenderle sul mercato, a condizione che durante il periodo di possesso di dette partecipazioni, comunque non superiore a ventiquattro mesi, non eserciti i diritti di voto inerenti alle partecipazioni stesse». Il co. 3, infine, recita: «Le operazioni aventi quale oggetto o effetto principale il coordinamento del comportamento di imprese indipendenti non danno luogo ad una concentrazione».

²⁶ Il corsivo è di chi scrive. I servizi pubblici locali, peraltro, non costituiscono oggetto della presente riflessione, bensì di quella propria dell'altra relazione al Seminario, svolta dal prof. V. Cerulli Irelli.

²⁷ Così ancora M. D'ALBERTI, *Libera concorrenza e diritto amministrativo* cit., p. 357.

E infatti, *nulla quaestio* laddove si tratti dell'ambito proprio del mercato 'naturale'. Laddove, però, si versi in ipotesi di privatizzazione/liberalizzazione di campi che non sono originariamente (e, in un certo senso, 'naturalmente') del mercato, lo si fa per garantire una resa migliore e a costi minori. È necessario dunque verificare, laicamente, se questo obiettivo sia stato – e venga – realmente perseguito, ed in che misura.

2.2. *L'ambito di applicazione della concorrenza.* Orbene, tale ambito è definito da tutte le aree caratterizzate dalla produzione di beni e servizi, e cioè quelle in cui si può esercitare impresa²⁸. Epperò, al suo interno non si può non distinguere ciò che è da sempre pacificamente riconosciuto (quasi 'per natura') come campo di pertinenza del mercato, da ciò che lo diventa in base ad una scelta del legislatore, per quanto attiene alla sua gestione.

Ed infatti, se, per un verso, sembra potersi ammettere, senza particolari difficoltà, la piena coniugabilità (prima che giuridica, concettuale) fra impresa e servizi pubblici, o meglio fra impresa ed utile sociale: in buona sostanza, ben si può conseguire l'utile sociale nella produzione (nella gestione) dei servizi pubblici mediante l'attività di impresa e la leale competizione fra imprese in libera concorrenza fra loro.

Per altro verso, però, non pare si possa facilmente disconoscere la peculiarità del produrre servizi che rivestano una riconosciuta rilevanza sociale, anche se siano perfettamente gestibili in forma di impresa.

Invero, mentre non è discutibile che «il diritto della concorrenza [...] incide [...] sui contenuti della legislazione e della regolazione in materia di economia»²⁹, e che «quello di tutela della concorrenza costituisce allo stato

²⁸ Cfr. M. D'ALBERTI, voce *Concorrenza* cit., p. 1145: «Le norme sulla concorrenza sono destinate alle imprese. Il concetto di impresa è quello – molto ampio – elaborato dalla giurisprudenza comunitaria, che ha fatto da modello alla giurisprudenza nazionale e alle decisioni dell'Agcm. Si intende per impresa “qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dal suo stato giuridico e dalle sue modalità di funzionamento” (C. giust. Ce, 23 aprile 1991, causa 41/90)». Cfr. anche V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale* cit., p. 768, il quale sul punto segnala «l'indifferenza per la giurisprudenza comunitaria della forma giuridica che una determinata organizzazione riveste nell'ambito dell'ordinamento nazionale. Impresa (con quel che ne consegue in termini di disciplina applicabile) può essere identificata sia una organizzazione dotata di propria autonomia e personalità giuridica, sia in una articolazione organizzativa dello Stato o di altro ente pubblico».

²⁹ Così M. D'ALBERTI, voce *Concorrenza* cit., p. 1148.

attuale principio di diritto positivo del quale è doverosa applicazione»³⁰; non sembra altrettanto indiscutibile considerare terreno integralmente proprio dell'economia il campo dei servizi di pubblica utilità.

Nel caso dell'ambito pacificamente considerato proprio del libero mercato, la concorrenza, almeno in via principale, è tutelata perché se ne giovino i produttori, beneficiandone i consumatori solo in via indiretta; e comunque, questi ultimi non rilevano in quanto cittadini, giacché il consumare non sembra costituire un elemento strutturale della cittadinanza (su ciò si tornerà nel par. 4).

2.3. *Interesse pubblico e concorrenza.* Al di là della predilezione o meno per gli ideologismi (più che per le ricostruzioni concettuali in base alle ideologie), non credo si possa prescindere dal considerare che, in via prevalente, secondo la prospettiva liberale, l'interesse generale è perseguibile tramite la concorrenza ed il mercato³¹, e invece, secondo la prospettiva socialista, l'interesse generale è affidato alla cura della P.A.

Sotto il profilo giuridico, peraltro, – è bene ricordare – un interesse generale diventa *pubblico* solo quando una fonte dell'ordinamento lo codifica in quanto tale e ne affida la cura ad una P.A.³².

Ora, sul piano concettuale, la tutela della concorrenza può assumere due distinte valenze. Può essere considerata, cioè, come un obiettivo finale che merita in quanto tale di essere perseguito di per sé: in tal caso essa può

³⁰ Così M. CAMMELLI, *Concorrenza, mercato e servizi pubblici: le due riforme*, in *Riv. Trim. Appalti*, 2003, pp. 513 ss., 514.

³¹ A questo proposito G.F. CARTEI e S. FARO, voce *Consumatore e utente*, in M.P. CHITI e G. GRECO (diretto da), *Trattato di Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 919 ss., 956, ritengono che secondo la «prospettiva interpretativa [...] sintetizzata a metà degli anni Novanta del secolo scorso dalla Commissione [...] “Le forze del mercato consentono una migliore allocazione delle risorse e imprimono una maggiore efficienza alla fornitura dei servizi, a vantaggio soprattutto del consumatore che ne vede migliorata la qualità a prezzi modici”», citando la comunicazione della Commissione delle Comunità Europee su *I servizi d'interesse generale in Europa*, dell'11/9/1996, COM (1996) 443 def.

³² Sul punto sia consentito rinviare a G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *I nuovi confini dell'interesse pubblico nella prospettiva della revisione costituzionale*, in ID., *I nuovi confini dell'interesse pubblico e altri saggi*, Cedam, Padova, 1999, pp. 97 ss.

divenire – come è divenuta – ragione e oggetto di codificazione quale interesse pubblico³³.

La tutela della concorrenza, però, può ben essere considerata anche come un obiettivo intermedio (non finale), e quindi uno strumento per conseguire altri scopi³⁴, segnatamente interessi pubblici: è stato infatti autorevolmente affermato, ad esempio, che «il valore strumentale della concorrenza rispetto agli interessi della Comunità e il suo collegamento con le istanze sociali è percepibile» – lo abbiamo ricordato poc’anzi – «anche nell’art. 86, commi 2 e 3 Tr. (ex art. 90, commi 2 e 3) che prevede la possibilità di una disciplina derogatoria in tema di concorrenza per le imprese

³³ Cfr. A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri* cit., p. XVI, nota 7, il quale (citando F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa* cit., p. 80) afferma che all’*Antitrust* «è affidato in cura quel peculiare pubblico interesse che il legislatore rinviene nel “corretto funzionamento di un determinato settore di attività (in principio) private di carattere economico o anche sociale, e caratterizzate da un elevato livello di specializzazione”; un interesse pubblico che va oltre la semplice conformazione del mercato ad un principio generale (quella della libera e leale competizione), e che richiede che “venga assicurata l’operatività di principi e valori indicati nel momento legislativo, rispetto al quale l’Amministrazione si pone in posizione di neutralità”»; R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 5-6, ad avviso della quale, «Con riferimento alla disciplina nazionale, nella legge 10 ottobre 1990, n. 287, “Norme per la tutela della concorrenza e del mercato”, emanata per tutelare il diritto di iniziativa economica, la concorrenza ha assunto ancora un diverso valore. Essa, infatti, non è strumentale ad un particolare benessere dei cittadini, ma ha carattere finale e limitato. Ai sensi dell’art. 1, comma 1, della legge, essa è posta in essere per fini economici, in attuazione dell’art. 41 della Costituzione». Ed ancora: «Nella legge 14 novembre 1995, n. 481 “Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità”, sono stati indicati gli obiettivi da raggiungere nel mercato delle telecomunicazioni. Essi riguardano la promozione della concorrenza e dell’efficienza, di adeguati livelli di qualità nei servizi, di fruibilità e diffusione degli stessi in modo omogeneo sull’intero territorio nazionale. Le norme, anche in questo caso, mettono in evidenza che la concorrenza non ha un carattere strumentale e si configura come uno dei fini da raggiungere nel mercato dei servizi, accanto alla qualità e all’economicità della gestione (art. 1, comma 1, legge 481/1995)».

³⁴ A questo riguardo cfr., ad esempio, S. NICCOLAI, *Mercato come valore o mercato come regola? Osservazioni minime su un tema importante*, in *Giur. cost.*, 1991, pp. 3680 ss., 3682, la quale, nel commentare la sentenza della Corte costituzionale n. 439/91, considera «possibile affermare che, tentando uno sguardo sistematico sul modo come la Corte, nella sua giurisprudenza, si è riferita al mercato, i toni della sent. 439 apparirebbero nuovi soltanto nel senso che, mentre finora la Corte ha tendenzialmente asserito l’utilità del mercato parlando con specifico riferimento alle caratteristiche di settori determinati della vita economica, qui la propone in generale; ma il mercato rimane non un valore da promuovere e tutelare in sé, ma piuttosto una regola del gioco che rappresenta una soluzione costituzionalmente preferibile all’assetto delle relazioni».

incaricate della gestione dei servizi d'interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale»³⁵.

Anche in questo caso, quindi, la concorrenza può essere codificata come interesse pubblico, ma non finale, bensì strumentale al conseguimento di altri interessi pubblici, ed in effetti dall'ordinamento vigente è considerata meritevole di tutela, non in sé, ma perché, per il suo tramite, gli utenti possano giovare di servizi pubblici di buona qualità ed a costi contenuti³⁶.

³⁵ Così. R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza* cit., p. 3, secondo la quale «nel Trattato, la concorrenza possiede una connotazione particolare, in quanto non costituisce un fine, bensì un mezzo o un criterio di condotta per realizzare, ai sensi dell'art. 2 (*ex art. 2*), uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, una crescita sostenibile, non inflazionistica, rispettosa dell'ambiente, un elevato grado di convergenza dei risultati economici, il miglioramento del tenore e della qualità della vita». Sul punto si v. anche V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale* cit., p. 772: «Che cosa siano, come debbano essere individuate queste attività denominate servizi di interesse economico generale, risulta sufficientemente chiarito nella giurisprudenza comunitaria. Si tratta di attività: a) a carattere economico (e perciò, come si diceva, necessariamente esercitate in forma di impresa); b) le cui prestazioni rivestono carattere di necessità, con riferimento ad una generalità di utenti indifferenziata, in qualche caso alla intera generalità dei cittadini di uno Stato membro, in favore dei quali esse debbono essere erogate, a prescindere dalle condizioni geografiche, sociali, logistiche, nonché economiche, nelle quali essi si trovino». Al riguardo, però, F. CINTIOLI, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza* cit., p. 465, avverte che «Nei servizi di interesse economico generale (e non esclusivamente nel campo del servizio universale) vi sono dunque momenti di intervento pubblicistico per la salvaguardia di un interesse pubblico. Vi è ancora, in qualche misura, servizio pubblico. Ma, si badi, in essi vi è anche la concorrenza». Secondo l'A. esisterebbe un *trade-off* tra democrazia e liberalismo che giustificerebbe, in base all'art. 86, co. 2 e 3 Tr., una «eccezione, per assolvere, *in linea di diritto e di fatto*, la *specific mission* del servizio» (pp. 460-461), eccezioni tuttavia ispirate al principio di proporzionalità, «principio cardine che ha seguito la giurisprudenza comunitaria [...]: un aiuto economico è ammissibile quando l'entità dei vantaggi conferiti dalle autorità pubbliche non supera quella dei costi connessi agli obblighi di servizio pubblico» (p. 467). L'A. sul punto conclude che «Nella materia dei servizi di interesse economico generale v'è incrocio e deve potervi essere spazio per i diritti come per le libertà. In sede comunitaria la linea del *trade-off* sembra, come si è visto, essersi lievemente spostata verso il primo polo. La funzione di promozione della concorrenza ispirata dall'art. 86 del trattato sembra aver accettato l'idea che, in una serie piuttosto ampia di casi, in nome dell'interesse generale, si possa ben derogare alle regole del mercato comune».

³⁶ Non sembra concordare con questa ricostruzione G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici* cit., pp. 41-42: «Il diritto comunitario, in definitiva, 'disaggrega' gli interessi collettivi e generali connessi ai servizi. In tal modo stabilisce quali assumono rilevanza e meritano protezione per l'ordinamento europeo: soltanto questi possono giustificare una deroga ad altri principi e norme dell'ordinamento europeo [cita l'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea]. Si introduce, pertanto, una profonda discontinuità con la tradizione di molti paesi europei. I servizi non costituiscono più uno strumento di legittimazione dello Stato; né possono liberamente utilizzarsi per obiettivi di politica economica e sociale diversi da quelli

3. b) *I servizi pubblici*

Veniamo al secondo concetto sui contenuti e sulla delimitazione del quale occorre convenire: i servizi pubblici.

Quella dei servizi pubblici, o dei «servizi economici di interesse generale» (per usare una delle due espressioni proprie del diritto comunitario: l'altra è «servizi di pubblica utilità»), è area dell'azione della P.A. che si presenta di definizione giuridicamente complessa³⁷: comprende, infatti, tanto attività consistenti in mere prestazioni materiali, tanto attività-funzione, propriamente amministrative, provvedimentali (espressione di potere), tanto attività 'naturalmente' disciplinate (e in qualche modo 'governate') dal diritto civile.

Come riferisce autorevole dottrina, peraltro, «nell'attuale assetto dei pubblici servizi» è dato riscontrare «la netta distinzione, puntigliosamente ribadita anche dalla giurisprudenza comunitaria, fra *servizi pubblici economici*, da gestire secondo il modulo giuridico dell'impresa, e *servizi sociali*, gestibili secondo il modulo della prestazione amministrativa»³⁸.

Invero, all'inizio del secolo scorso, il servizio pubblico «rimane completamente estraneo alle regole del mercato [...] è un'attività di prestazione e non di prescrizione, che risponde a fini di miglioramento del benessere sociale, gestita da soggetti pubblici e soggetta alle norme del diritto

relativi alla diffusione degli stessi». E poco oltre: «La speciale disciplina regolativa, anche ove ordinata in forma amministrativa, mira [...] a garantire il funzionamento del mercato e a proteggere i consumatori, non a perseguire fini pubblici [...]. Si delinea, infatti, una dimensione prettamente privatistica dei servizi a rete, in cui gli strumenti regolativi possono operare attraverso istituti propri del diritto civile» (pp. 42-43).

³⁷ Lo stesso F. CINTIOLI, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza* cit., p. 453, riferisce che «Il concetto di servizio pubblico è sfuggente, mutevole, storicamente condizionato. È influenzato dalle discipline economiche ed occupa una zona grigia tra diritto pubblico e diritto privato». Da ultimo anche F. MERLONI, *L'assunzione/istituzione di servizi pubblici tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario*, relazione alla Scuola di dottorato di Bologna del 14 marzo 2008, dattiloscritto, mostra di condividere i dubbi sulla esistenza di una nozione univoca, e ciò in relazione sia alla «individuazione» sia alla «giustificazione» dei servizi pubblici.

³⁸ Così F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, *Annuario 2001*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 63 ss., 63 (e anche in ID., *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Il Mulino, Bologna, 2002, pp. 59 ss., 59; i corsivi sono di chi scrive).

amministrativo»³⁹. Dopo un po', prima in Francia e poi in Italia ed altrove, si affermò l'idea di una classificazione dei servizi pubblici di tipo binario: da un lato, quelli «amministrativi», e, dall'altro, quelli «industriali e commerciali», ovvero «di natura imprenditoriale»⁴⁰.

Siffatta conclusione non sembra esser contraddetta dalla nozione di 'servizio universale', introdotta dall'ordinamento comunitario⁴¹, con la quale si indica semplicemente «la fornitura di un insieme minimo di servizi di qualità predeterminata a prezzi accessibili a tutti, a prescindere dalla ubicazione geografica»⁴².

3.1. *Servizi pubblici 'amministrativi' e servizi pubblici 'di natura imprenditoriale'*. La distinzione fra le due specie di servizi pubblici sta es-

³⁹ Così M. D'ALBERTI, *Libera concorrenza e diritto amministrativo* cit., p. 350.

⁴⁰ Cfr. M. D'ALBERTI, *Libera concorrenza e diritto amministrativo* cit., pp. 350-351.

⁴¹ Ad esempio, la Direttiva 15/12/1997, n. 67, 97/67/CE, «concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio», all'art. 3, co. 1, sia pur non esplicitamente definendolo, stabilisce che «Gli Stati membri garantiscono che gli utilizzatori godano del diritto a un servizio universale corrispondente ad un'offerta di servizi postali di qualità determinata forniti permanentemente in tutti i punti del territorio a prezzi accessibili a tutti gli utenti». Successivamente la Direttiva 26/02/1998, n. 10, 98/10/CE, «sull'applicazione del regime di fornitura di una rete aperta (ONP) alla telefonia vocale e sul servizio universale delle telecomunicazioni in un ambiente concorrenziale», all'art. 2, co. 2, lett. f), espressamente definisce il servizio universale come un «insieme minimo definito di servizi, di una data qualità, a disposizione di tutti gli utenti, indipendentemente dalla localizzazione geografica e offerto, in funzione delle specifiche condizioni nazionali, ad un prezzo abbordabile» (i corsivi sono di chi scrive).

⁴² Così G. NAPOLITANO, *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, in *Mercato concorrenza regole*, 2000, pp. 429-430, che riprende le parole della Direttiva comunitaria 10/1998. L'A., nel chiarire che «i costi derivanti dagli obblighi di prestazione gravanti su uno o più operatori del settore» debbano essere «rimborsati attraverso forme speciali di compensazione», afferma che, in ragione di tali forme di compensazione, il servizio universale è stato percepito come una minaccia da una duplice, anche se per certi versi opposta, prospettiva, e segnatamente: «Secondo un primo orientamento [...] è un ostacolo alla effettiva liberalizzazione dei servizi pubblici. La scienza economica [...] teme, infatti, che il servizio universale e i suoi meccanismi di finanziamento possano rallentare processi di apertura del mercato e legittimare nuove distorsioni della concorrenza»; laddove «Per un secondo orientamento [...] è insufficiente a garantire i valori tradizionalmente salvaguardati dai principi del servizio pubblico. In particolare, la scienza giuridica francese vede nel nuovo concetto la tutela di un servizio soltanto minimo, incapace di assicurare la coesione sociale e, quindi, tale da minare lo stesso fondamento della convivenza civile» (p. 430). L'A., altrove (in *Regole e mercato nei servizi pubblici* cit., p. 41), scrive che «Con la garanzia del servizio universale [...] si tutela un interesse imputato non più allo Stato, ma direttamente agli utenti, cioè ad una parte stessa del mercato. E quando si introducono, con espressione più ampia, obblighi di servizio pubblico, si fa comunque riferimento a interessi correlati al funzionamento del mercato e ai suoi limiti».

senzialmente in ciò: che i primi «rispondono alla logica originaria del servizio pubblico lontano dal mercato e dalle sue regole. Sono servizi che privilegiano i fini sociali, sono gestiti principalmente da amministrazioni pubbliche e sono regolati dal diritto amministrativo». I secondi, invece, «affiancano fini economici allo scopo sociale, sono gestiti da imprese pubbliche o private e sono disciplinati ampiamente dal diritto privato e commerciale»⁴³.

Dei primi, evidentemente, non ci si occupa in questa sede, perché continuano ad essere resi in regime pubblicistico⁴⁴.

Secondo autorevole dottrina, peraltro, costituisce «un principio tendenziale dell'ordinamento [...] che le attività di servizio pubblico che possono essere organizzate in forma di impresa, acquistino questa forma organizzativa e si aprano perciò alla concorrenza e al mercato (ferma restando l'attività di regolazione e gli obblighi di servizio)»⁴⁵.

Resta da chiarire a cosa si faccia riferimento quando si usi la locuzione 'impresa', giacché, ove si voglia riprendere il significato che la espressione assume nella scienza economica, ad essa dovrebbe ascriversi qualsiasi attività in grado di produrre beni e servizi, a prescindere dalla finalità e dal conseguimento di un lucro (questa sarebbe solo un tipo di impresa, la impresa commerciale; accogliendo una nozione siffatta, da essa sarebbe esclusa, ad esempio, la impresa *non profit*): sicché, anche la prestazione amministrativa sarebbe da collocarsi nel novero delle attività d'impresa⁴⁶.

⁴³ Così ancora M. D'ALBERTI, *Libera concorrenza e diritto amministrativo* cit., pp. 350-351.

⁴⁴ In proposito cfr. V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale* cit., pp. 764-767; e F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici* cit., spec. pp. 80-84.

⁴⁵ Così V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 232.

⁴⁶ Ed invece – avverte V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale* cit., pp. 764-765 –, «sono escluse dalle attività di impresa le attività degli Stati o degli altri enti pubblici che si manifestano nell'esercizio di poteri pubblici; da intendere, nel nostro lessico, sia come poteri amministrativi in senso tecnico (funzioni amministrative) sia come attività anche a carattere materiale (operazioni) nelle quali si esprime l'autorità (intesa in senso tecnico come capacità di incidere nella sfera soggettiva altrui, ovviamente nei limiti e nelle forme della legge). E dunque le attività rapportabili all'ordine pubblico, alla sicurezza, alla protezione civile, alla difesa e così via. Da intendere secondo la terminologia usata dalla Corte, come

In ogni caso, dando per scontato il superamento di questa difficoltà concettuale, resta il fatto che «i servizi pubblici di natura imprenditoriale riducono le distanze dalle logiche di mercato, ma restano estranei alla libera concorrenza fino al consolidamento del diritto comunitario». E infatti, «Le cose cambiano soltanto con l'applicazione giurisprudenziale del Trattato di Roma e poi, per l'Italia, con l'attuazione della legge del 1990 sulla concorrenza». Fino al punto che si ritiene di concludere che «i servizi pubblici di natura imprenditoriale vengono largamente assorbiti dalle logiche e dalle regole del mercato e della concorrenza. Ne restano al riparo soltanto i servizi pubblici estranei all'attività d'impresa»⁴⁷.

Ma di quest'ultima – va ribadito – non si sottintende l'idea 'pura' (e cioè la semplice «attività economica organizzata per la produzione o lo scambio di beni o di servizi»⁴⁸), bensì, con ogni evidenza, quella più ristretta di impresa commerciale⁴⁹: altrimenti vi si dovrebbero far rientrare anche le attività di prestazione amministrativa⁵⁰.

“tipiche prerogative dei pubblici poteri”» (Corte giust. CE c-364/92). L'A. chiarisce che «Sul piano organizzativo, a queste attività, corrispondono pubbliche Amministrazioni [...] disciplinate dal diritto amministrativo o dal diritto privato speciale proprio della pubblica amministrazione. Le relative attività non sono ascrivibili a quelle di carattere economico e perciò non c'è alcuno spazio per la forma organizzativa dell'impresa né per i relativi moduli di azione» (p. 765).

⁴⁷ Così ancora M. D'ALBERTI, *Libera concorrenza e diritto amministrativo* cit., p. 351.

⁴⁸ Così il *Dizionario Italiano Garzanti 2003*, p. 1025, alla voce corrispondente.

⁴⁹ Giova ricordare che dal combinato disposto degli artt. 2082, 2093 e 2201, Cod. civ., si inferisce, da un lato, che l'ente pubblico può esercitare impresa, e, dall'altro, che esso, ciò nondimeno, resta assoggettato al regime comune dell'impresa privata. Ora, il fatto che l'impresa deve, per definizione, svolgere «attività economica organizzata al fine della produzione di beni o di servizi» (art. 2082), implica che detta attività sia oggettivamente idonea a produrre ricavi in maniera sufficiente a coprire i costi di gestione. Il che significa che l'ordinamento prescinde dall'esistenza di un intento lucrativo (basti pensare alle imprese cooperative), e quindi, in altre parole, considera possibile che un'impresa venga gestita da un soggetto pubblico il cui fine non è il conseguimento di un profitto, bensì la realizzazione di un interesse pubblico, purché quest'ultimo venga conseguito in condizioni di economicità, e cioè con il tendenziale pareggio di bilancio. Ed infatti V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale* cit., pp. 752-753, – dopo aver chiarito che, in genere, sono «fini sociali dell'impresa» quelli che essa «stessa si pone o che ad essa vengono imposti dall'esterno (ad esempio dalla legge o da atti dell'autorità amministrativa) diversi ed ulteriori rispetto a quelli propri dell'attività imprenditoriale [...] Fini cioè, che secondo le esigenze proprie delle attività economiche nelle quali si realizza l'impresa, non verrebbero perseguiti» –, afferma che i «fini sociali [...] appaiono (si direbbe naturalmente) propri dell'impresa pubblica; cioè dell'impresa che appartiene allo Stato o ad altro pubblico potere [...] o ad enti pubblici [...] sulla quale cioè, essi esercitano un'influenza dominante»; e giustifica l'assunto spiegando che «si presume che lo Stato e i pubblici poteri, che sono organizzazioni serventi gli interessi della collettività, allorché creano e gestiscono un'impresa, ancorché dotata delle caratteristiche sue proprie (cioè quelle in-

3.2. *La distinzione fra regolazione e gestione.* Per quanto attiene alla resa dei servizi pubblici si è pervenuti, ormai da tempo, alla conclusione che è necessario tener separata (non solo concettualmente) l'attività di regolazione dalla attività di effettiva gestione dei servizi. Questa seconda è 'naturalmente' sottratta all'egida pubblicistica, una volta che, peraltro, la prima resti saldamente nelle mani dei pubblici poteri, allo scopo di garantire che i fini pubblici vengano comunque realizzati, anche se ad opera di gestori privati⁵¹.

Come spiega autorevole dottrina, «L'attività di regolazione è diretta al corretto funzionamento di un determinato settore di attività (in principio) private di carattere economico o anche sociale, e caratterizzate da un elevato livello di specializzazione». Per regolazione, dunque, si deve intendere «un'azione continua di osservazione, regolazione, correzione delle attività

dicate dal codice) lo facciano, appunto, al fine di servire interessi della collettività, quali che essi siano, e non per meri scopi di profitto; anche se non si può escludere, che in determinate circostanze anche meri scopi di profitto, meri fini economici, coincidano con interessi della collettività, producendo risorse finanziarie utilizzabili a loro volta a fini sociali».

⁵⁰ Ciò che è da doversi escludere, secondo quanto spiegato da V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale* cit., pp. 764-765, le cui parole sono state riportate alla nota 46.

⁵¹ Cfr. M. RAMAJOLI, *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale*, in *Dir. Amm.*, 2000, pp. 383 ss., la quale, dapprima, richiama la giurisprudenza che «distingue nettamente la fase di organizzazione dalla fase di gestione del servizio pubblico» (p. 384); e, poi, ricorda come in dottrina si manifesti la «convizione secondo cui *deve sempre essere un soggetto pubblico a svolgere l'attività preliminare di predisposizione e di organizzazione del servizio*, ritenendosi invece indifferente la natura, pubblica o privata, del gestore. Considerando esaurito il momento pubblicistico nella fase organizzatoria, la fase di erogazione presenterebbe carattere esclusivamente privatistico, anche se svolta da un soggetto pubblico» (p. 386; corsivo di chi scrive). Cfr., altresì, M. CAMMELLI, *Concorrenza, mercato e servizi pubblici: le due riforme*, in *Riv. Trim. Appalti*, 2003, pp. 513 ss., 513: «Se mercato e concorrenza, non ancora totalmente radicati nella nostra esperienza, sono attualmente oggetto di ripensamento (si pensi alle correzioni comunitarie sul lato della coesione sociale e all'attuale forte rallentamento causato dall'andamento dei fattori di sviluppo economico) e di non marginale recupero di una dimensione pubblica, d'altro canto la disciplina dei servizi pubblici locali si presenta particolarmente contraddittoria, come scelte e (ancor più) come esiti al punto da portare a ritenere che gli anni '90 segnino in materia, diversamente da quanto è avvenuto al centro, più una espansione che una riduzione dell'area di intervento pubblico». A questo riguardo sembra esprimere (se non un'opinione, almeno) un auspicio diverso G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici* cit., pp. 57 ss., 76, secondo il quale le privatizzazioni dei servizi pubblici «vanno 'prese sul serio': senza cedere a celebrazioni propagandistiche, ma senza nemmeno indulgere a opzioni interpretative 'restauratrici'. Si tratta, invece, di comprendere il nuovo e mutevole equilibrio tra strumenti privatistici e regole pubblicistiche».

che gli operatori del settore pongono in essere, al fine di farle svolgere in modo conforme ai principi e ai valori che di volta in volta vengono individuati dalla legge. È diretta alla cura di un interesse (assunto come pubblico) consistente esclusivamente nel corretto funzionamento del settore»⁵².

Essa, invero, «non è riconducibile alle tradizionali forme di disciplina pubblica», avendo, diversamente da questa, lo scopo di disciplinare «i rapporti tra operatori e tra imprese e utenti, per finalità diverse dal passato: non il raggiungimento di obiettivi di politica economica, ma la promozione della concorrenza e la protezione dei consumatori»⁵³.

3.3. *Le privatizzazioni e le liberalizzazioni.* Sulla scorta della distinzione fra regolazione e gestione, si è proceduto – ed il processo può ben dirsi ancora in corso – ad una opera di privatizzazione (prima) e liberalizzazione (poi) della gestione dei servizi pubblici di natura imprenditoriale.

La privatizzazione – come è noto – indica «una vicenda comportante il passaggio dal regime di diritto pubblico a quello di diritto privato»; essa «oltre che i soggetti può riguardare anche le attività e i beni pubblici»⁵⁴.

⁵² Così F.G. COCA, voce *Attività amministrativa* cit., p. 80, il quale così prosegue: «sotto questo profilo l'attività può essere definita neutrale, nel senso che essa, non persegue interessi specifici né mira ad obiettivi che possano essere posti dall'organismo che presiede alla regolazione». E poi, poco oltre, conclude: «Si tratta, dunque, di un'attività svolta da soggetti pubblici (*agencies* pubbliche, per usare una terminologia importata dall'ordinamento statunitense) cui viene riconosciuto non solo il potere di adottare norme ma anche quello di applicarle e farle applicare (in forma amministrativa o giustiziale)» (p. 81).

⁵³ Così G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici* cit., pp. 73-74 [che cita, in proposito, F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici* cit., pp. 63 ss.; e D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, pp. 371 ss.]. L'A. più avanti (pp. 102-103) spiega, con puntualità ancor maggiore, che l'esercizio della funzione di regolazione «è caratterizzato, ora, dalla ponderazione-conciliazione 'policentrica' tra interessi di sistema e privati (si pensi alle determinazioni tariffarie); ora, dal semplice bilanciamento tra interessi privati contrapposti (si pensi alla determinazione dei livelli qualitativi e delle condizioni contrattuali); ora, dal puro giudizio, in funzione di controllo o soluzione delle controversie» [sul punto richiama F. DI PORTO, *Regolazioni di «prima» e «seconda» generazione. La liberalizzazione del mercato elettrico italiano*, in *Mercato concorrenza regole*, 2003, pp. 201 ss.].

⁵⁴ Così E. FRENI, voce *Privatizzazioni*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico* cit., pp. 4502 ss., 4502. L'A. poco oltre chiarisce che «Le privatizzazioni hanno il loro fondamento in una pluralità di ragioni, tutte sostanzialmente riconducibili all'esigenza di ridisegnare i confini e i contenuti dei rapporti fra pubblico e privato», e che è «opinione diffusa che la sostituzione dell'ente pubblico con la persona giuridica privata nella gestione di attività aventi rilevanza pubblica garantisca *maggiori livelli di efficienza*, una *migliore qualità* dei servizi e *minori costi* per la collettività» (p. 4503, corsivi di chi scrive).

La liberalizzazione, invece, può essere *amministrativa*, ovvero *economica*. La prima implica «l'eliminazione o la riduzione degli ostacoli di ordine amministrativo che si frappongono allo svolgimento di attività private»; la seconda, invece, implica «la possibilità di svolgere attività economiche prima inammissibili a causa dell'esistenza di monopoli legali o di accedere a mercati caratterizzati in precedenza da robuste barriere di ingresso»⁵⁵.

In estrema sintesi, si è convenuto che, a seguito del mutamento del quadro di riferimento costituzionale per effetto del diritto comunitario, dovendo comunque garantire i servizi pubblici a tutti in modo uguale ed universale, e ciò pesando in maniera non più sopportabile sull'erario⁵⁶, attraverso i processi di privatizzazione e liberalizzazione e puntando sul mercato concorrenziale *si sarebbe ottenuto*, ad un tempo, di ridurre il peso della spesa pubblica, di migliorare la efficienza nella resa dei servizi e di abbassare i relativi costi gravanti sui cittadini-utenti.

Non v'è dubbio che i processi di privatizzazione e liberalizzazione implicino la ridefinizione del «rapporto fra interesse pubblico e mercato»⁵⁷.

⁵⁵ Così G. CORSO, voce *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico* cit., pp. 2492 ss., 2492. L'A. spiega più avanti che «La liberalizzazione economica, in certi casi, non è altro che l'effetto della liberalizzazione amministrativa [...] In altri casi la liberalizzazione è il risultato di un procedimento più complesso. Vi è innanzitutto un provvedimento legislativo che elimina il monopolio legale e trasforma (o prevede la trasformazione de) il vecchio monopolista da ente pubblico o da azienda pubblica in società per azioni: da qui la possibilità per le imprese private di acquistare le azioni della società nella quale il monopolista si è trasformato. È per questo che il *processo di liberalizzazione* è strettamente legato al *processo di privatizzazione*» (p. 3493, corsivi di chi scrive).

⁵⁶ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale* cit., p. 748, secondo il quale i fenomeni delle privatizzazioni e delle liberalizzazioni sono «ormai irreversibili» e «trovano la loro radice non solo in mutati orientamenti della politica economica e finanziaria dei governi che si sono succeduti negli ultimi anni [...] dovuti anche ad esigenze di riequilibrio della finanza pubblica e di contenimento del debito [...]; ma anche in un diverso assetto del sistema costituzionale venutosi a delineare per effetto del diritto europeo».

⁵⁷ Così G.F. CARTEI e S. FARO, voce *Consumatore e utente* cit., p. 954. Si v. anche G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Cedam Padova, 2001, pp. 223 ss. Cfr., altresì, M. D'ALBERTI, *Libera concorrenza e diritto amministrativo* cit., pp. 357-358: «Le recenti normative in materia di regolazione economica – che si sono succedute numerose negli ultimi anni e hanno riguardato, fra gli altri settori, i mercati finanziari, l'energia, le comunicazioni – hanno avviato una nuova logica, basata sul più complesso e delicato equilibrio fra potere pubblico, potere privato e libertà. In altri termini, il potere pubblico, e in particolare il potere amministrativo, trova dinanzi a sé la libertà economica e di impresa fino al punto in cui questa libertà

4. c) *I cittadini-utenti dei servizi pubblici e i consumatori*

Prima di affrontare il tema centrale del presente contributo, resta ancora da convenire sul terzo concetto evocato nella impostazione iniziale: i cittadini-utenti.

È bene subito chiarire che la categoria degli utenti dei servizi pubblici – i quali, lo si spiega a seguire, si identificano (verrebbe di dire: ontologicamente) con i cittadini – può anche considerarsi compresa in quella dei consumatori, ma certamente non la esaurisce⁵⁸.

La soddisfazione dei peculiari bisogni degli utenti costituisce la vera ragion d'essere della natura pubblica dell'interesse a rendere i servizi in modo che tutti ne possano fruire⁵⁹, giacché il goderne (senza discrimina-

si trasforma in potere di mercato. Tale potere imprenditoriale è sottoposto a limiti e controlli da parte del potere amministrativo, affinché siano tutelate le garanzie di libertà di tutti coloro che intervengono negli scambi di mercato: gli altri imprenditori, gli investitori, i risparmiatori, i consumatori, i lavoratori, gli utenti». Cui *adde*, sia pur in una prospettiva parzialmente diversa, S. FOIS, *Servizi e interessi tra privatizzazioni e regolazione pubblica*, in *Diritto e società*, 2000, pp. 13 ss., *passim*, e spec. p. 19, laddove l'A. si chiede «Se l'esigenza sottesa ad una qualche forma di cosiddetto interesse generale non possa esser soddisfatta dalla garanzia della presenza, ma sul mercato ed in regime di concorrenza con i soggetti meramente privati, di un soggetto specificamente incaricato di fornire obbligatoriamente un corrispondente servizio che solo in tal caso e sotto questo profilo può essere qualificabile come pubblico. Tale soggetto, quindi, sarà giustificato dal fine di supplire all'eventuale inadeguatezza dell'offerta da parte dei soggetti privati, e di calmierare concorrenzialmente il costo relativo al se, al come o al quando del servizio da essi offerto. La suddetta considerazione, quindi, può condurre a conclusioni ben diverse da quelle favorevoli ad una indiscriminata e generale imposizione della doverosità di un dato servizio».

⁵⁸ Per una compiuta definizione delle categorie di consumatori e di utenti cfr. R. FERRARA, voce *Consumatore (protezione del) nel diritto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. III, 1989, pp. 515 ss., 517, secondo il quale «Si scontano, su questo terreno, come è ben noto, le insufficienze progettuali e definitorie della nostra Costituzione, la quale [...] non menziona mai il termine consumatore [...] lo stesso art. 43 Cost., nell'indicare le "comunità di lavoratori o di utenti", ha inteso individuare, in primo luogo, il movimento cooperativo, senza perciò operare alcun richiamo specifico alla nozione di utente». L'A., d'altro canto, ammonisce: «non può stupire che il problema definitorio (la cui centralità non può essere sottovalutata) sia affrontato e risolto, anche sulla base di letture molto attente, ma ciò nondimeno ideologiche e prescrittive, del testo costituzionale: è il giurista, con gli "occhiali deformanti dell'ideologia", che costruisce, in buona sostanza, la nozione di consumatore, dandole corpo e forma sotto la spinta di precisi – e, forse, ineliminabili – inputs socioculturali».

⁵⁹ R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza* cit., pp. 4-5, invero adoperando in maniera indifferente i termini 'cittadino', 'consumatore' e 'utente', afferma che «la normativa comunitaria, nel dare attuazione al Trattato, ha compiuto un passo ulteriore collegando la concorrenza agli interessi dei *consumatori*, poiché la tutela dei *consumatori* (o *utenti*) rappresenta un'esigenza sulla quale si fonda l'intera disciplina comunitaria della concorrenza nella misura in

zioni) è patrimonio della *cittadinanza* (anche se non si può nascondere, o solo trascurare, il problema della identificazione soggettiva degli appartenenti alla categoria⁶⁰).

Ed invero, mentre i consumatori, essendo rivolti alla produzione del mercato vero e proprio (o, se si vuole, di ciò che è riferibile al mercato, per così dire, ‘naturale’), non rilevano in quanto cittadini; gli utenti, invece, sì. Anzi, la ‘utenza dei servizi di pubblica utilità’ sembra potersi definire un vero e proprio elemento costitutivo della cittadinanza: integra un versante, nell’epoca presente sempre più consistente (e decisivo per i relativi profili definitivi), in cui questa si manifesta⁶¹.

cui introduce efficienza, migliora la qualità del servizio, consente innovazioni e porta ad una riduzione dei costi. Dunque, la *tutela degli utenti* è configurabile nella maggior parte dei casi come un portato, ma, al tempo stesso, come il fine ultimo dell’affermazione della concorrenza. Queste finalità si sono tradotte in una serie di vincoli per gli Stati come quello di tenere conto, nello svolgimento dell’attività normativa e amministrativa nel settore delle telecomunicazioni, del vantaggio degli *utenti*, di preoccuparsi della tutela degli *utenti*, del loro benessere sociale ed economico, della possibilità che agli *utenti* vengano riconosciuti diritti di scelta. La normativa comunitaria, inoltre, ha precisato che l’*interesse dei cittadini* si colloca al centro della disciplina dei servizi di interesse generale ed ha introdotto, a *tutela degli utenti*, la disciplina delle clausole abusive nei contratti e quella per le vendite a distanza» (i corsivi sono di chi scrive).

⁶⁰ Nel senso del testo, cioè, per cittadinanza si vuole intendere, a prescindere dal possedere il relativo *status* giuridico, la condizione propria dei soggetti che partecipano della collettività che si personifica nei pubblici poteri. Naturalmente non si vuole, né si potrebbe, trascurare la difficoltà di conseguire il riconoscimento della cittadinanza per gli stranieri che vivono stabilmente nel territorio nazionale. Questo, però, è un problema diverso ed ulteriore rispetto a quello che si sta affrontando: un conto è convenire che il godere dei servizi di pubblica utilità costituisce una parte significativa della cittadinanza; ben altro e differente conto è convenire su chi possa essere titolare della cittadinanza. Insomma, è opportuno evitare equivoci, e chiarire che il significato nel quale qui si parla di cittadinanza si riferisce all’esser parte della comunità organizzata in Stato, e prescinde perciò dalla questione dell’esser formalmente cittadino: ai fini del ragionamento che si sta svolgendo, lo straniero che vive e lavora stabilmente nel paese è cittadino anche se non lo è sul piano giuridico formale.

⁶¹ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale* cit., secondo cui l’attività consistente nelle prestazioni dei ‘servizi di interesse economico generale’ deve esser resa «ad una *generalità di utenti indifferenziata*, in qualche caso alla *intera generalità dei cittadini* [...] in favore dei quali esse debbono essere erogate, a prescindere dalle condizioni geografiche, sociali, logistiche, nonché economiche, nelle quali essi si trovino» (p. 772, corsivi di chi scrive); e, ancora, le «modalità di svolgimento» dell’attività in parola, e cioè «le prestazioni offerte all’utenza (i servizi)» vanno determinate, «in misura più o meno rilevante, e attraverso strumenti diversi, dal potere pubblico», proprio perché si tratta di «attività di servizio rispetto agli interessi della collettività» (p. 775). Lo stesso G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici* cit., – il quale pure afferma perentoriamente che «L’identificazione tra cittadino e utente, con il conseguente primato dell’elettore sul consumatore [...] crea “non pochi guasti”»: i servizi organizzati ed erogati con criteri politico-amministrativi, invece che economico-aziendali, determinano conseguenze negative sugli equilibri della finanza pubblica e sulla

È per questo che sembra potersi fondatamente sostenere che, mentre i consumatori si giovano della tutela della concorrenza solo indirettamente, perché il relativo interesse pubblico ha ad oggetto in via primaria i produttori in competizione⁶²; gli utenti invece – per certi versi paradossalmente – se ne giovano in via diretta, perché, pur essendo il relativo interesse pubblico strumentale al perseguimento di quello alla ‘efficiente (di buona qualità) ed economica’ resa dei servizi, e anzi proprio per questo, la tutela della concorrenza si spiega, trova fondamento e ragion d’essere nella soddisfazione dei cittadini-utenti⁶³. Fino al punto, come vedremo, che, senza conse-

qualità delle prestazioni rese [l’A. cita F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Il Mulino, Bologna, 1990, p. 11]. Anche per questo, oggi, si chiede che il cittadino diventi, innanzi tutto, un cliente servito in un mercato concorrenziale. Ove queste funzioni in modo inefficiente o iniquo, i ‘fallimenti’ dovranno essere corretti non con la gestione pubblica, ma attraverso la regolazione di un’ autorità indipendente» (p. 145); e che «per effetto delle privatizzazioni e delle liberalizzazioni imposte dal diritto comunitario [...] Il rapporto tra gestore e utente si configura come una relazione di mercato, in cui le prestazioni sono fornite a fronte del pagamento di un prezzo. Agli utenti contrattualmente ‘deboli’ o socialmente ‘disagiati’, tuttavia, è garantita una serie di pretese, direttamente nei confronti degli esercenti, all’accesso, all’orientamento ai costi e all’accessibilità dei prezzi, all’adeguatezza dei livelli qualitativi, all’equità delle condizioni contrattuali, alla tutela. Le relazioni tra esercenti e utenti, per un verso, si ‘banalizzano’, perché il loro statuto si ‘desacralizza’; per l’altro, diventano molto più ‘connotate’ e ‘giuridicizzate’, racchiudendo una pluralità di diritti e obblighi corrispettivi» [a questo riguardo l’A. cita G. ALPA, *L’autorità per i servizi pubblici e i consumatori*, in AA.VV., *Attività regolatoria e autorità indipendenti*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 27] (p. 147) – riconosce che, pur non potendosi «certo teorizzare un ideologico dissolvimento del rapporto di cittadinanza nel rapporto di utenza. Questo, d’altra parte, non può diventare sempre un semplice rapporto di diritto comune, almeno se mancano condizioni di effettiva concorrenza e parità contrattuale. Inoltre, *il rapporto di utenza, seppure autonomo, non può essere completamente separato dal rapporto di cittadinanza: questo continua a influenzarne le condizioni di costituzione e le ragioni di esistenza*», e così conclude: «Se il cittadino non può concepirsi come un semplice utente dei servizi pubblici, nell’accezione più lata dell’espressione, *la qualità delle prestazioni fruite costituisce sempre più un indice fondamentale della qualità della relazione che lega il cittadino alla comunità*» (pp. 158-159; i corsivi sono di chi scrive).

⁶² È evidente, infatti, che, laddove venga conseguito l’interesse pubblico alla tutela della concorrenza con riguardo all’ambito del mercato (qui definito) ‘naturale’, ciò implica che i produttori vedranno *direttamente* soddisfatto il loro interesse, consistente nella possibilità di competere lealmente, mentre i consumatori saranno soddisfatti nel loro interesse solo *indirettamente*, perché, per effetto della leale competizione, scaturiranno prodotti migliori e a costi più contenuti (ma – occorre aggiungere – lo saranno anche solo *eventualmente*, e cioè sempre che, e nella misura in cui, effettivamente si generi una produzione di qualità a bassi costi: ciò che, sul piano sostanziale, non può affatto affermarsi con sicurezza, e, quel che più conta ai presenti fini, sul piano formale non è assistito da alcuna garanzia giuridicamente significativa).

⁶³ G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici* cit., p. 164, critica la concezione che nega «la riconducibilità dei rapporti di utenza agli schemi propri delle relazioni di mercato», concezione che è basata sulla considerazione che «L’utente [...] è titolare di un interesse meritevole di tutela, perché espressione di un diritto sociale di rango costituzionale; ed è

guire il fine ultimo, quello intermedio si svuota di significato (e in un certo senso diventa persino illegittimo).

5. La concorrenza nei servizi pubblici di natura imprenditoriale e la relativa tutela del cittadino-utente

Una volta chiarito il significato che, sia pur in via convenzionale, viene in questa riflessione assegnato ai concetti di concorrenza, servizi pubblici e cittadini-utenti, è ora possibile passare all'analisi del rapporto fra concorrenza e servizi pubblici nella prospettiva dei cittadini-utenti, al fine ultimo di delineare la morfologia dell'interesse pubblico alla tutela della concorrenza.

Nel caso dei servizi pubblici di natura imprenditoriale, la concorrenza è limitata alla loro gestione, giacché la loro regolazione resta nelle mani del soggetto pubblico.

Ma *quid iuris* ove il soggetto cui è attribuita la regolazione sia negligente o insufficiente, ovvero se il rispetto delle regole sia facilmente eludibile?

A dire il vero, quando l'autorità indipendente non riesce a regolare in maniera soddisfacente, né a sanzionare, concretamente ed efficacemente, i comportamenti non conformi alle regole poste, non sembrano sussistere nell'ordinamento strumenti giuridici efficaci per garantire i cittadini-utenti.

Si fa strada – è vero – in giurisprudenza la possibilità di 'giuridicizzare' la partecipazione alla elaborazione delle regole da parte delle associa-

soggetto debole che, in quanto portatore di un tale interesse, deve essere protetto. Di qui l'idea del necessario intervento dell'amministrazione come erogatore del servizio o, quanto meno, come soggetto responsabile e regolatore della prestazione». L'A. ritiene che così si alimenti «una retorica dell'utente, che costituisce il presupposto per l'applicazione degli istituti e degli schemi teorici del diritto amministrativo» [cita i contributi pubblicati in A. CORPACI (a cura di), *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2003; L. AMMANNATI, M.A. CABIDDU e P. DE CARLI (a cura di), *Servizi pubblici, concorrenza e diritti*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 125 ss.; nonché M. RAMAJOLI, *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale* cit.]. E subito dopo (p. 165) conclude che, in questa maniera, «invece di affermare la centralità del rapporto di utenza e di sciogliere in essa la tradizionale concezione del servizio pubblico, quest'ultima è utilizzata per impostare e risolvere i problemi relativi alla relazione tra l' esercente e l'utente. Il rapporto di utenza, così, è anch'esso inquadrato nella teoria del servizio pubblico: è, anzi, funzionale a una sua 'rifondazione'».

zioni di utenti, conseguendone anche la possibilità di far valere i relativi vizi dell'atto regolativo dinanzi al giudice amministrativo⁶⁴.

Ma non sembrano esservi altri rimedi nei confronti degli atti già emanati. E nemmeno si può, in qualche modo, 'sfiduciare' il soggetto mediante il voto, giacché, proprio l'indipendenza richiesta, sottrae le autorità alla investitura democratica⁶⁵.

La dottrina, ricavando la conclusione dall'esame della giurisprudenza, ha rilevato la diversità della situazione giuridica soggettiva degli utenti, a seconda che si trovino di fronte ad attività riferibili alla fase di organizzazione, ovvero alla fase di gestione del servizio pubblico: la giurisprudenza – si è osservato – «nella prima fase riconosce all'utente una posizione di in-

⁶⁴ Si v. Cons. Stato, sez. VI, 1/10/2002, n. 5105, in *Foro amm. CDS*, 2002, pp. 2498 ss., secondo cui, «nell'ambito delle autorità amministrative indipendenti istituite dalla legge n. 481/1995, per la tutela della concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità, una delle finalità perseguite dalla creazione di tali nuove amministrazioni è la definizione di un sistema tariffario, certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, che armonizzi gli obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti i servizi con gli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse, sempre promuovendo la tutela degli interessi degli utenti e dei consumatori. Orbene una regolazione che venga disposta senza contraddittorio con i soggetti interessati, dall'alto, senza il rispetto delle forme stabilite dalla stessa Autorità per l'acquisizione degli interessi da ponderare ai fini dell'adozione di atti generali, in casi analoghi, riconducibili all'esercizio in senso lato dei poteri di determinazione tariffaria (interpretati, ben a ragione, in senso estensivo nella fase transitoria), non può che dirsi viziata» (p. 2501). Sulla base dell'ordinamento europeo – afferma G. NAPOLITANO, voce *Servizi pubblici*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico* cit., pp. 5517 ss., 5522 – «Si conformano [...] le procedure decisionali delle autorità nazionali di regolamentazione, con la previsione dell'obbligo di consultazione. Le autorità, quando intendono adottare misure aventi un impatto rilevante sul relativo mercato, devono dare alle parti interessate la possibilità di presentare le proprie osservazioni sul progetto di misure, entro un termine ragionevole».

⁶⁵ Il rischio della carenza di legittimazione democratica delle autorità è stato messo in evidenza sin dalle prime riflessioni sul tema. Si v., ad esempio, G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. Amm.*, 1996, pp. 1 ss., il quale, sia pur non affrontando il profilo direttamente – l'A. infatti si esprime sul punto a conclusione di un passaggio nel quale illustra le oggettive difficoltà dei tentativi di ricostruzione di una categoria unitaria delle autorità indipendenti, sottolineando che l'unico «profilo positivo lo si ritrova nella stessa formula con cui si identificano e, cioè, nella loro caratteristica di essere "indipendenti", caratteristica che, peraltro, si differenzia nelle singole ipotesi di autorità, poiché i gradi di indipendenza di volta in volta riconosciuti sono molto diversi sia rispetto al Parlamento, sia nei confronti del Governo, sia, più in generale, con riguardo al potere politico» (p. 1) –, afferma che la difficoltà di «inserire le autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale», in primo luogo, evidenzia «la rottura che si determina nei confronti di principi costituzionali che fondano l'organizzazione del nostro Stato, quali il principio di legalità e quello della responsabilità ministeriale (ovvero, in buona sostanza della *legittimazione democratica*)» (p. 2, corsivo di chi scrive).

teresse legittimo, mentre attribuisce al medesimo una posizione di diritto soggettivo nella successiva fase di erogazione del servizio»⁶⁶.

Ma quali sono, quindi, gli strumenti giuridici a disposizione del cittadino-utente⁶⁷?

Soprattutto egli ha la possibilità di citare, anche individualmente, il gestore davanti al giudice ordinario per ottenere il risarcimento del danno⁶⁸.

⁶⁶ Così M. RAMAJOLI, *La tutela degli utenti* cit., pp. 384-385, che subito dopo ricorda l'affermazione della Cassazione, secondo cui «nel caso di gestione di un servizio pubblico in forma di impresa, alla posizione soggettiva del privato che aspira a beneficiare del servizio medesimo debba negarsi natura di diritto soggettivo nella fase in cui il gestore eserciti poteri di imperio, con riguardo alle scelte inerenti a mezzi e modalità per far fronte a detto servizio, ovvero ai criteri di ripartizione tra i destinatari del servizio offerto. Invece, una volta operate tali scelte, il soggetto gestore del servizio agisce sul piano privatistico, mediante rapporti negoziali con gli utenti, e deve conseguentemente riconoscersi al privato il diritto soggettivo, tutelabile davanti al giudice ordinario, di ottenere la stipulazione del contratto secondo le condizioni già determinate».

⁶⁷ R. FERRARA, voce *Consumatore (protezione del) nel diritto amministrativo* cit., p. 519, sembra esattamente presagire quel che sarebbe accaduto di lì a poco. L'A., infatti, si propone di esplorare «i filoni più tradizionali del rapporto di consumo, anche allo scopo di verificare se è verosimile l'affermazione, abbastanza ricorrente in seno alla dottrina civilistica, per cui solo l'attivazione di tecniche di conformazione e di controllo del mercato di matrice legislativo-amministrativa sarebbe in grado di meglio garantire un'efficace protezione giuridica dei diritti e degli interessi dei cittadini-consumatori», poco oltre affermando che non sembrerebbe «ammisibile, sulla base del quadro costituzionale vigente, né progettare un modello di mercato completamente autoregolamentato, né, per altro verso, assoggettare ad eccessivi vincoli una libertà (quella economica)», la quale «si modula come libertà di svolgimento dell'impresa "nel quadro stabilito dal potere pubblico"» (p. 520).

⁶⁸ G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici* cit., p. 162, riferisce: «Nella giurisprudenza, non mancano le ricostruzioni in termini privatistici del rapporto tra l'esercente e l'utente, con la conseguente attribuzione del relativo contenzioso alla giurisdizione ordinaria. Ciò accade anche in casi, come quello del servizio postale, in cui l'applicazione dello schema contrattuale è tradizionalmente respinta. La questione relativa allo scorretto recapito della corrispondenza, pertanto, è esclusa dall'ambito della giurisdizione amministrativa [cita, TAR LAZIO, sez. III; 12 ottobre 2001, n. 8468]. In altri casi, si ritiene che la controversia riguardi un rapporto individuale di utenza, pur essendo eccepita l'illegittimità di una misura regolativa. Pertanto, qualora l'utente neghi il diritto del gestore di pretendere una prestazione pecuniaria, la relativa lite spetta alla cognizione del giudice ordinario, anche quando sia indirettamente contestata la disciplina tariffaria [cita Cass. SS.UU., 21 marzo 2001, n. 120, e 24 settembre 2002, n. 13884]. Più in generale, ancora di recente, il giudice dei conflitti afferma la giurisdizione del giudice ordinario su tutti i rapporti che traggono fonte in un atto di diritto privato, a prescindere dalla qualità soggettiva delle parti. Ciò appare coerente con i principi del riparto di giurisdizione: di norma, infatti, si discute di situazioni di diritto soggettivo, che rimangono estranee a qualsiasi valutazione del rapporto di servizio pubblico» [cita Cass. SS.UU., 16 aprile 2004, n. 7265]. L'A. rende conto, però, subito dopo (p. 163) anche di opposti orientamenti secondo i quali «rientrano nei rapporti individuali di utenza le sole controversie relative allo svolgimento di rapporti contrattuali regolati dal diritto privato; ne restano escluse, invece, le censure relative alle condizioni di ammissione e di accesso alle prestazioni» [cita TAR MARCHE, 19/9/2001, n. 998], poiché

Gli resta, però, sostanzialmente impossibile agire giuridicamente per ottenere che, attraverso la concorrenza, il servizio sia effettivamente reso in una migliore qualità ed a costi inferiori⁶⁹.

Alla luce di quel che si è sin qui riferito, per un verso, della relazione fra concorrenza e servizi pubblici, e, per l'altro, di quella fra servizi pubblici e cittadini-utenti degli stessi, sembra potersi derivare, quasi per applica-

sussisterebbe la giurisdizione amministrativa «“tutte le volte che il rapporto tra utente e organismo gestore del servizio si instaura su una fonte di natura provvedimentale”»: in essa, si esprime la valutazione, “anche con una verifica di ordine tecnico-discrezionale”, delle condizioni previste dalla legge per l'accesso al servizio e il riconoscimento di taluni benefici» [cita Cons. Stato, sez. V, 31/7/2002, n. 4086; e Cons. Stato, sez. V, 28/5/2004, n. 3464; nonché, in dottrina, in senso favorevole, V. CERULLI IRELLI, *La giurisdizione esclusiva e i servizi pubblici*, in AA.VV., *L'evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 281 ss., spec. 294 ss.]. Peraltro l'A. ritiene, infine (p. 164), che «la sentenza manipolativa della Corte costituzionale [n. 204/2004] modifica i termini del confronto giurisprudenziale. L'esplicita caducazione del riferimento ai rapporti individuali di utenza e agli atti e ai comportamenti in cui essi si inscrivono, pone le premesse per un più esteso riconoscimento della giurisdizione ordinaria. Anche nel nuovo assetto del riparto, tuttavia, i confini rimangono incerti. Si pensi alle controversie relative agli interventi di regolazione e di controllo dell'amministrazione in materia di fornitura delle prestazioni; oppure a quelle aventi ad oggetto “provvedimenti” dello stesso gestore. La riaffermazione della giurisdizione amministrativa, allora, potrebbe esser affidata a interpretazioni estensive dell'intervento pubblico e a rinnovate configurazioni unilaterali e pubblicistiche dei rapporti di utenza».

⁶⁹ Anche se, come sottolinea A. POLICE, *Tutela della concorrenza* cit., pp. 271-273, la giurisprudenza amministrativa italiana – che pur aveva assunto un primo orientamento «esattamente contrario», seguendo il quale il Consiglio di Stato «addirittura ha escluso la legittimazione processuale per alcuni soggetti che avevano partecipato al procedimento davanti all'Autorità» [l'A. cita Cons. Stato, Sez. VI, 30/12/1996, n. 1792], ed il TAR Lazio ha motivato analoga decisione dichiarando che «i poteri di cui alla l. n. 287/1990 sono preordinati alla tutela oggettiva della concorrenza e del mercato, da ciò face[ndo] conseguire che tutti i soggetti diversi dai diretti destinatari del provvedimento sono titolari di un mero interesse indifferenziato e come tale non tutelabile in giudizio» [l'A. cita TAR Lazio, Sez. I, 23/12/1997, n. 2216; 29/9/1998, n. 2746; e 15/10/1998, n. 2952] – ha recentemente assunto una linea più aperta: ed invero, «il Consiglio di Stato [...] ha infine riconosciuto che “le imprese concorrenti (nel medesimo settore economico) non si trovano sullo stesso piano degli altri appartenenti alla collettività, dato che sono portatrici di un interesse differenziato alla concorrenza nel mercato”», e poi ha «precisato che i concorrenti “vantano un interesse personale e individuale al rispetto della normativa *antitrust* in quanto dalle determinazioni dell'Autorità, dirette ad altri, possono derivare uno svantaggio o un vantaggio chiaramente riferibile alla loro sfera individuale”» [l'A. cita Cons. Stato, Sez. VI, 14/6/2004, n. 3865]; inoltre, «anche le Associazioni rappresentative di interessi adespoti hanno trovato una certa apertura, almeno nella materia della pubblicità ingannevole. Il Consiglio di Stato, infatti, ha ritenuto come “dalla lettura combinata delle disposizioni interne e di quelle comunitarie emerge chiaramente come il ruolo delle associazioni dei consumatori non possa essere limitato alla presentazione di una richiesta all'Autorità amministrativa, ma si estenda anche alla possibilità di contestare in giudizio il mancato intervento dell'Autorità”» [l'A. cita Cons. Stato, Sez. VI, 7/4/2005, n. 280].

zione della proprietà transitiva, la definizione della relazione fra concorrenza e cittadini-utenti.

Laddove la gestione dei servizi sia stata privatizzata e/o liberalizzata, la tutela della concorrenza serve a garantire meglio la soddisfazione dei bisogni dei cittadini-utenti: le utilità che l'ordinamento ha qualificato, in un dato momento storico, come attributi costitutivi della cittadinanza, sono dallo stesso ordinamento considerate conseguibili al meglio attraverso la leale competizione fra i gestori dei servizi in concorrenza fra loro.

6. *La definizione di un interesse pubblico alla 'tutela della concorrenza' e l'affidamento della sua cura alle autorità indipendenti.*

Quando la tutela della concorrenza costituisce un interesse pubblico in sé, non integrando una modalità strumentale per perseguire altri interessi pubblici, la sua cura è affidata all'AGCM. Ciò appare ragionevole, e perciò convincente.

Lo è assai meno laddove essa si configuri quale strumento per perseguire obiettivi finali diversi, come è nel caso dei servizi di pubblica utilità. E infatti, in tali casi, le autorità preposte dall'ordinamento sono diverse dall'*Antitrust*⁷⁰.

Invero, mentre – come si è visto in precedenza⁷¹ – l'*Autorità garante della concorrenza e del mercato* (AGCM, o *Antitrust*)⁷² opera sulla base

⁷⁰ A questo proposito è interessante il rilievo di V. PISPISA, *Le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *Le autorità indipendenti* cit., pp. 173 ss., la quale rinviene una sostanziale differenza tra le autorità di regolazione e l'*Antitrust* nel momento di intervento; ella, infatti, afferma che «Se le Autorità di regolazione devono promuovere la concorrenza nella fase che precede l'attività d'impresa, l'*Antitrust*, invece, interviene nel corso dello svolgimento di questa attività, quando si siano già configurate intese o concentrazioni vietate, o abusi di posizioni dominante. Infatti, ai sensi del comma 33 dell'art. 2, L. n. 481/1995, le Autorità di regolazione, con riferimento agli atti suindicati, compiuti dalle imprese operanti nel settore dei servizi di pubblica utilità, "segnalano all'*Autorità garante della concorrenza e del mercato* la sussistenza di ipotesi di violazione delle disposizioni della legge 10 ottobre 1990, n. 287"» (pp. 189-190).

⁷¹ Si v., *retro*, testo e note 21-25.

⁷² Per la delineazione dei tratti essenziali della quale si rinvia a M. CARNEROLI, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *Le autorità indipendenti. Una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 117 ss. L'A., dopo aver in sintesi ripercorso la storia dello sviluppo della tutela della concorrenza, afferma che essa nasce in Europa solo dopo la seconda guerra mondiale, quando si è fatta strada la necessità di un «assetto legale che garantisca i cittadini

della disciplina della concorrenza dettata dalla legge (in maniera conforme alle disposizioni del Trattato) al solo ed esclusivo scopo di impedire «intese, abusi di posizione dominante e concentrazioni di imprese» tali da falsare il gioco della concorrenza.

Per converso, la L. 481/1995, che pure ha la stessa finalità di «garantire la promozione della concorrenza», significativamente a questo scopo affianca quello di «[garantire la promozione] dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità» (art. 1, co. 1). La legge in parola, come è noto, ha istituito l'*Autorità per l'energia elettrica e il gas*⁷³ e l'*Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*⁷⁴, «preposte alla regolazione e al controllo del settore di propria competenza» (art. 2, co. 5). Esse «svolgono attività consultiva e di segnalazione al Governo nelle materie di propria competenza anche ai fini della definizione, del recepimento e della attuazione della normativa comunitaria» (art. 2, co. 6); e, inoltre, controllano «che le condizioni e le modalità di accesso per i soggetti esercenti i servizi, comunque stabilite, siano attuate nel rispetto dei principi della concorrenza e della trasparenza» (art. 2, co. 12, lett. c).

Dalla disciplina legislativa traspare chiaramente che la tutela della concorrenza, non solo costituisce soltanto una delle due finalità che le Au-

contro il formarsi di 'poteri forti' (pubblici e privati) senza freni, nonché contro la possibilità di collusione fra economia e politica», di modo che lo sviluppo dell'economia venga promosso non «difendendo le imprese dalla concorrenza», bensì facendole crescere attraverso questa (p. 118).

⁷³ Per la delimitazione dei tratti essenziali della quale si rinvia a V. PISPISA, *Le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità* cit., p. 179, la quale, riferendosi alle finalità della L. 481/1995, afferma che le stesse sono «ricinducibili al soddisfacimento di due esigenze – la promozione della concorrenza e dell'efficienza nel mercato considerato e la tutela degli utenti e dei consumatori –, in funzione delle quali le Autorità “sono preposte alla regolazione e al controllo del settore di propria competenza”».

⁷⁴ Per la delimitazione dei tratti essenziali della quale si rinvia a V. PISPISA, *L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *Le autorità indipendenti* cit., pp. 215 ss. L'A., dopo aver chiarito che il 'pluralismo informativo' consiste nella «presenza di più soggetti operanti nel settore considerato (pluralismo 'esterno'), ma anche, e soprattutto, la pluralità di 'voci', di indirizzi diversificati, in grado di creare un panorama culturale eterogeneo (pluralismo 'interno')», afferma: «Per un verso, quindi, oggetto della disciplina delle diffusionsi via etere (radiofoniche e televisive) è – in ogni caso – anche il contenuto del messaggio trasmesso, per l'altro, stante la peculiare caratterizzazione del settore, è evidente che, con riferimento al 'mercato delle comunicazioni', l'applicazione di una disciplina *antitrust, tout court*, assolutamente contraria cioè a qualsiasi forma di intervento pubblico di sostegno nei con-

torità devono perseguire, ma – quel che più conta, perché particolarmente rilevante ai fini del ragionamento che stiamo svolgendo – si presenta come un obiettivo strumentale per conseguire quello ultimo, che consiste, per espresso dettato normativo, nell'assicurare «adeguati livelli di *qualità nei servizi* medesimi *in condizioni di economicità e redditività*, assicurandone la fruibilità e la diffusione *in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale*, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, *promuovendo la tutela di utenti e consumatori*» (art. 1, co. 1; corsivi di chi scrive).

Ma – è a questo punto necessario chiedersi – come opera, di regola, l'autorità indipendente per realizzare (o garantire) l'interesse pubblico affidato alla sua cura?

Posto che è assai difficile, se non proprio impossibile, ogni classificazione avente ad oggetto le autorità indipendenti (per le quali nemmeno sembra potersi fondatamente parlare di un vero e proprio *genus* distinto in varie *species*)⁷⁵, e dovendosi perciò scontare tale difficoltà anche con riferimento alla descrizione della loro azione, si può rispondere, in linea di massima, che esse operano attraverso due tipi di attività.

In primo luogo mediante la regolazione, che – lo abbiamo ricordato con le parole di un'autorevole dottrina – si presenta come un'attività funzionalizzata ad un interesse pubblico peculiare, giacché «consistente esclusivamente nel corretto funzionamento» di un dato settore⁷⁶.

fronti di singoli operatori, è problematica, se si vuole garantire oltre alla concorrenza, al tempo stesso, anche il pluralismo» (p. 215).

⁷⁵ Sia consentito rinviare, ancora una volta, a G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Appunti di diritto amministrativo* cit., pp. 346 ss.

⁷⁶ Si v., *retro*, la nota 52, in cui si cita F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa* cit., p. 80. Non sembra concordare G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici* cit., p. 172, secondo il quale, anche laddove la regolazione ci sia, «l'autorità non cura direttamente l'interesse dell'utente elevandolo a interesse pubblico. Suo compito è comporre e arbitrare gli interessi privati contrapposti: mimando il funzionamento di un mercato concorrenziale o correggendo le sue imperfezioni [sul punto l'A. cita F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici* cit., pp. 63 ss.; nonché S. CASSESE, *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Rass. giur. en. el.*, 1998, pp. 233 ss., e L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE e C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996, pp. 65 ss.]. Di qui discende l'inadeguatezza dell'inquadramento in termini di discrezionalità e, più in generale, della 'banalizzazione' dell'autorità di regolazione, una volta equiparata alle altre amministrazioni».

Essa si esplica attraverso la emanazione tanto di atti formalmente normativi, quanto di atti – quali, ad esempio, le autorizzazioni generali – che non sempre sono tali formalmente, ma sovente sono ascrivibili comunque, sul piano sostanziale, agli atti amministrativi fonte del diritto obiettivo⁷⁷.

Accanto alla regolazione, le autorità svolgono un'attività «quasi-giurisdizionale»⁷⁸, consistente nella verifica e nella sanzione dei comportamenti non conformi al quadro regolativo, inclusa la vigilanza sul sistema delle ccdd. 'carte dei servizi'⁷⁹.

Ciò non toglie che sull'attività delle autorità operi comunque il controllo giurisdizionale, tanto del giudice ordinario quanto del giudice amministrativo.

In particolare, sugli atti dell'AGCM opera in via esclusiva il controllo giurisdizionale del giudice amministrativo; e la dottrina ha evidenziato due ragioni in base alle quali è possibile affermare che un siffatto controllo sulla discrezionalità tecnica dell'*Antitrust* sia di tipo «debole»: da un lato, la particolare complessità tecnica delle valutazioni; e, dall'altro, la particolare indipendenza e neutralità dell'Autorità⁸⁰.

⁷⁷ Sia consentito rinviare a G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Jovene, Napoli, 2003, spec. pp. 475 ss.

⁷⁸ Cfr. M. D'ALBERTI, *Libera concorrenza e diritto amministrativo* cit., pp. 349.

⁷⁹ Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo* cit., spec. pp. 427 ss.; e G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici* cit., p. 173: «Gli atti di organizzazione del servizio e persino di offerta delle prestazioni sono configurati in termini pubblicistici».

⁸⁰ Cfr. M. D'ALBERTI, *Libera concorrenza e diritto amministrativo* cit., pp. 354-355, il quale, sul punto, conclude che «Il giudice giustifica il controllo 'debole' in ragione della complessità delle valutazioni tecniche effettuate dall'Autorità [...] ma aggiunge che nella materia della concorrenza sussistono ulteriori ragioni specifiche a sostegno di tale orientamento: la forte indipendenza dell'Autorità garante, che equivale a totale estraneità all'indirizzo politico, e la sua 'neutralità' dello svolgimento *antitrust*. In definitiva, non solo la complessità delle valutazioni, ma anche il carattere quasi-giurisdizionale delle funzioni dell'Autorità hanno indotto il giudice a praticare un sindacato 'debole' sugli apprezzamenti tecnici più delicati che la legge ha voluto affidare ad un organismo amministrativo del tutto peculiare» (p. 355). Si v. anche ID., voce *Concorrenza* cit., pp. 1146-1147: «Di fronte alle valutazioni tecniche complesse effettuate dall'Agcm [...] il giudice ha posto in essere un controllo che la stessa giurisprudenza ha talora definito "debole", precisando che ciò non significa assolutamente abdicare al sindacato, ma esclusivamente evitare di sostituirsi alle valutazioni poste in essere dall'amministrazione, limi-

6.1. *La differente morfologia giuridica dell'interesse pubblico alla tutela della concorrenza se si fa riferimento al mercato in sé, ovvero al mercato condizionato dai fini sociali da doversi perseguire.* Può dirsi, dunque, che l'interesse pubblico alla tutela della concorrenza è *autonomo* nel caso in cui questa è dall'ordinamento tutelata in quanto tale, i consumatori beneficiandone indirettamente.

Ove, invece, si versi in ipotesi in cui la relativa attività è caratterizzata da fini sociali, l'interesse pubblico alla tutela della concorrenza si presenta come *inautonomo*, essendo condizionato dalla realizzazione dei detti fini sociali.

Come sostiene un'autorevolissima dottrina, l'art. 86 del Trattato CE «sancisce, da un lato, la rilevanza del servizio pubblico nel sistema comunitario; dall'altro, che il particolare favore accordato alle imprese che svolgono un tale servizio non è senza limiti, dovendo in ogni caso conciliarsi con altri valori fondamentali dello stesso»⁸¹.

La rilevazione della differenza di morfologia fra interesse 'autonomo' ed 'inautonomo' non appare il frutto di una mera esercitazione accademica. Essa, invero, è in grado di determinare una conseguenza giuridicamente significativa, perché apprezzabile sul piano del sindacato giurisdizionale per eccesso di potere.

Nella seconda ipotesi, infatti, ove un provvedimento, che pur raggiunge l'interesse specifico 'intermedio' alla concorrenza, mancasse tuttavia di perseguire quello finale, esso ben potrebbe essere giudicato illegittimo ed annullato.

È da osservare, inoltre, che, quando l'interesse alla tutela della concorrenza si presenta giuridicamente *inautonomo*, occorre verificare, anzitutto, (a) se è corretto il 'meccanismo' della concorrenza per garantire interessi sociali. E, in secondo luogo, (b) se, in ogni caso, la soddisfazione del cittadino-utente dei servizi di pubblica utilità è meglio garantita attraverso tale 'meccanismo'.

tandosi a verificarne la logicità e la correttezza»; cui *adde* F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 204 ss.

⁸¹ Così G. TESAURO, *Diritto comunitario* cit., p. 781.

Alla prima verifica sembra sortire un esito positivo: anzi, la disciplina vigente, prima comunitaria e poi nazionale, non solo lo considera possibile, ma, in qualche modo e misura, addirittura lo prescrive.

Quanto alla seconda verifica, invece, non si dispone di strumenti di rilevazione idonei a fornire una risposta scientificamente apprezzabile. Essa, allo stato, appare possibile soltanto sul piano della scelta politica – tanto di livello europeo, quanto di livello nazionale (e locale) – in grado di determinare un eventuale cambiamento del quadro di riferimento legislativo.

6.2. *Diversità dell'interesse pubblico alla tutela della concorrenza dagli interessi pubblici perseguibili tramite la concorrenza. Le situazioni giuridiche soggettive nella e della concorrenza.* Esiste allora un interesse pubblico alla tutela della concorrenza? Sul piano giuridico sembra potersi rispondere convintamente in modo affermativo. E lo si potrebbe anche, e forse a maggior ragione, ove si accolga (la prospettiva o) la impostazione concettuale liberal-liberista.

Laddove, però, si versi nel campo dei servizi pubblici (pur se di natura imprenditoriale) non sembra potersi parlare di un *interesse pubblico alla tutela della concorrenza* a prescindere dall'interesse pubblico specifico da doversi di volta in volta perseguire.

In entrambi i casi la sua cura è affidata ad autorità indipendenti, le quali vi provvedono secondo le modalità richiamate in precedenza.

Non è irrilevante, però, la sua diversa 'natura', per così dire.

Ed infatti, sebbene non sembra potersi affermare una piena funzionalizzazione dell'interesse alla tutela della concorrenza al fine ultimo di rendere i servizi nella miglior qualità ed a costi contenuti, certamente il primo interesse è intimamente (correlato a) e condizionato dal perseguimento del secondo.

Fino al punto che non appare arbitrario sostenere che la mancata realizzazione dell'interesse pubblico consistente nella soddisfazione dei bisogni dei cittadini-utenti dei servizi di pubblica utilità svuota di significato la stessa sussistenza dell'interesse pubblico alla tutela della concorrenza, finendo col rendere illegittimi, e perciò annullabili, per eccesso di potere, i provvedimenti che non conseguono in concreto quel fine ultimo.

In definitiva, nella materia *de qua* vanno distinte le situazioni giuridiche soggettive *nella* concorrenza da quelle, per così dire, *della* concorrenza.

Le prime sono evidentemente comprensive di quelle facenti capo tanto ai competitori nella produzione di beni e servizi, quanto ai destinatari, consumatori e utenti. Le seconde, invece, si limitano a quelle proprie dei produttori in competizione.

7. Qualche (amara) considerazione conclusiva sulla reale efficacia dello strumento 'concorrenza' per la soddisfazione dei bisogni dei cittadini-utenti

Nel provare a trarre le conclusioni del ragionamento svolto, sembra opportuno, anzitutto, evidenziare che la stessa dottrina secondo la quale, oggi, «il servizio universale, inteso come strumento di integrazione della concorrenza, rappresenta, almeno potenzialmente, un'opportunità per attribuire ai cittadini pretese giuridicamente tutelate alla fruizione di prestazioni essenziali»⁸², spiega che, originariamente, la diretta assunzione e gestione dei servizi «dalla mano pubblica» si è determinata «per soddisfare le esigenze della collettività, relative sia alla fruizione diffusa delle prestazioni, sia all'accessibilità dei prezzi»⁸³, con ciò finendo, in qualche modo esplicitamente, per non disconoscere che tanto la iniziale pubblicizzazione, quanto la successiva privatizzazione, hanno trovato (e trovano) la loro ragion d'essere nel perseguimento dello stesso scopo.

Il che sembra proprio confermare che si conviene largamente sulla natura strumentale dell'una o dell'altra forma (o regime) al conseguimento della stessa finalità, che è anche la ragion d'essere della regolazione della materia: l'interesse pubblico (certamente in senso oggettivo, ma non necessariamente in senso soggettivo) a garantire ai cittadini alcune utilità che strutturano la loro condizione di appartenenza alla comunità di riferimento.

⁸² Così G. NAPOLITANO, *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti* cit., p. 430. Secondo l'A. – in voce *Servizi pubblici* cit., p. 5520 – «Il servizio universale, a differenza del servizio pubblico, [...] si limita a imporre il raggiungimento di un obiettivo, quello della fruizione diffusa di prestazioni essenziali, a garanzia dei diritti degli utenti».

⁸³ Così G. NAPOLITANO, voce *Servizi pubblici* cit., p. 5518.

Se ne consegue, dunque, che l'una o l'altra strada siano state storicamente preferite, e vadano sempre scelte, in relazione alla convinzione che scaturisce dalla valutazione, effettuata di volta in volta in relazione all'epoca storica, della migliore percorribilità dell'una o dell'altra per giungere alla meta.

Si può dunque concludere che quello alla tutela della concorrenza sia stato ormai codificato, in ogni caso, come un vero e proprio interesse pubblico, affidato alla cura di autorità amministrative indipendenti, le quali peraltro, proprio in ragione della peculiarità di siffatto interesse, non si vedono investite, se non marginalmente, di poteri amministrativi classici, svolgendo prevalentemente attività, non discrezionali in senso stretto, bensì regolatorie e sanzionatorie.

Appunto per questo la tutela dei consumatori e dei cittadini-utenti è dall'ordinamento costruita in modo diverso rispetto a quella tradizionale: essendo dotati di diritti soggettivi, essi sono in grado di agire in via giurisdizionale per il risarcimento dei danni subiti.

Non sembrano sussistere, per converso, strumenti giuridici per far valere direttamente il mancato perseguimento dell'interesse pubblico alla tutela della concorrenza, quale mezzo per garantire la resa, nella miglior qualità ed a costi contenuti, dei servizi di pubblica utilità; e nemmeno sussiste lo strumento della sottrazione del consenso all'autorità amministrativa, questa essendo scollegata, proprio perché indipendente, da qualsiasi investitura democratica⁸⁴.

⁸⁴ Anche se va ricordata la recente giurisprudenza che, nell'espandere il sindacato sugli atti amministrativi fonte del diritto obiettivo emanati dalle autorità indipendenti, delimita significativamente il possibile arbitrio di queste: si v., anzitutto, il parere del Consiglio di Stato sullo Schema di decreto legislativo recante il "*Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*", ai sensi dell'art. 25 della legge 18 aprile 2005, n. 62 (Sez. cons. atti norm., 6/2/2006, n. 355/06), secondo cui «l'attribuzione di poteri normativi alle autorità indipendenti deve ormai ritenersi compatibile con il nostro sistema ordinamentale; in special modo, per quanto concerne i poteri di auto-organizzazione [...] deve essere aggiunto che l'esercizio di poteri normativi da parte di autorità indipendenti pone problematiche particolari quando tali poteri siano destinati ad incidere sulle posizioni dei privati, come in questo caso per la disciplina dell'esercizio dei poteri di vigilanza e sanzionatori. In tali ipotesi, l'esercizio di poteri regolatori da parte di autorità poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative. Il rischio di una caduta del valore della legalità

La morfologia giuridica di siffatto interesse, però, nel caso dei servizi di pubblica utilità, si presenta diversa: assume infatti una connotazione chiaramente strumentale. Ciò comporta che la eventuale verifica della sua insufficienza al conseguimento dell'interesse pubblico finale, può ben consentire un ripensamento: tanto in termini di diritto positivo vigente (riserve e obblighi di servizio), quanto in termini di politica del diritto (eventuale scelta del legislatore, prima comunitario e poi nazionale, di ritornare alla soggettività pubblica nella erogazione).

Resta, infine, la questione della verifica della effettiva capacità di soddisfare in maniera efficace i bisogni dei cittadini-utenti dei servizi di pubblica utilità attraverso la tutela della concorrenza, in relazione ai tre pa-

sostanziale deve essere compensato, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio. A tal fine, l'Autorità da un lato dovrà prevedere idonee garanzie partecipative in sede di approvazione dei propri regolamenti e dall'altro dovrà dotarsi di sistemi di consultazione preventiva, volta a raccogliere il contributo informativo e valutativo dei soggetti vigilati» (in gran parte le affermazioni erano già state rese nel parere sullo Schema di decreto legislativo recante "*Riassetto delle disposizioni vigenti in materia di assicurazioni. Codice delle assicurazioni*", Cons. Stato, Sez. cons. atti norm., 14/2/2005, n. 11603/04). Più di recente, si v. la decisione Cons. Stato, Sez. VI, 27/12/2006, n. 7972, secondo cui «ai procedimenti regolatori condotti dalle Autorità indipendenti non si applicano le generali regole dell'azione amministrativa che escludono dall'obbligo di motivazione e dall'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione l'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi ed amministrativi generali (art. 3 e 13 l. n. 241/90). L'esercizio di poteri regolatori da parte di Autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione, è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative. In assenza di responsabilità e di soggezione nei confronti del Governo, l'indipendenza e neutralità delle Autorità può trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurate le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale. Del resto, non è pensabile che l'attività di *regulation* venga svolta senza la necessaria partecipazione al procedimento dei soggetti interessati: nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio [...] l'attribuzione di poteri normativi alle autorità indipendenti deve ormai ritenersi compatibile con il nostro sistema ordinamentale, ma è necessario che le Autorità prevedano idonee garanzie partecipative e si dotino di sistemi di consultazione preventiva, volti a raccogliere il contributo informativo e valutativo dei soggetti vigilati [...] L'Autorità è [...] tenuta ad indicare la finalità dell'intervento regolatorio e a motivare la decisione finale, anche con riguardo alle osservazioni presentate; pur non essendo necessaria una puntuale replica ad ogni osservazione, l'Autorità deve però dare conto delle ragioni giustificative dell'atto di regolazione, soprattutto in quei casi in cui vengono contestati i presupposti dell'azione regolatoria» (decisione in larga misura conforme a quelle, di poco precedenti, della stessa Sezione VI, 11/4/2006, n. 2007; e 20/4/2006, n. 2201).

rametri richiamati in premessa: la qualità, i costi, e la relativa ‘semplicità’ di lettura del quadro regolativo di riferimento.

Come si è osservato, allo stato attuale è obiettivamente difficile disporre di strumenti tecnici adeguati ad effettuare, in termini rigorosi e perciò scientificamente significativi, una siffatta verifica. Non è impossibile, però, offrire alla riflessione comune alcune suggestioni, che derivano dalla percezione di sensazioni, forse non del tutto consapevoli e perciò non sempre apertamente manifestate, ma che sembrano essere avvertite in modo abbastanza generalizzato e diffuso.

Nel percorso quotidiano da casa (in Napoli) alla Facoltà (in Santa Maria Capua Vetere: circa 50 km, e 45 minuti, in automobile), per parlare al cellulare con la stessa persona, sovente, quasi sempre, a chi scrive tocca fare mediamente dalle 5 alle 10 telefonate, perché cade la linea. Alle imprecazioni (dalle quali raramente riesce ad astenersi) fa seguito una riflessione, volutamente auto-provocata, al fine di superare e razionalizzare la rabbia. Comunicare al telefono – dice a se stesso – è attività che (anche istintivamente) si ascrive al novero di quelle facenti capo alla cittadinanza⁸⁵. Alla stessa stregua del disporre dell’acqua, della luce, del gas, e via dicendo. Scopre così un’intima nostalgia del tempo che fu. Gli verrebbe proprio di esclamare: «Era meglio la SIP!». E invece si interroga sulle ragioni di siffatta nostalgia⁸⁶.

E se ne trovano alcune. Anzitutto, seppur con qualche disfunzione, prima delle privatizzazioni/liberalizzazioni, il servizio era reso certamente, ed in modo omogeneo e ‘universale’. In secondo luogo, i costi individuali non sembravano essere poi così elevati (sebbene lo fossero i costi collettivi), e, soprattutto, si aveva la certezza che erano quelli e non potevano essere altri: non si doveva convivere con la sgradevole sensazione che, forse, quel che si paga (molto) dipende dalla incapacità individuale di trovare una tariffa più conveniente presso questo o altro gestore. Infine, il quadro regolativo che disciplinava l’attività era uno solo, e non si doveva impazzire fra

⁸⁵ Non per caso, infatti, le imprecazioni di cui sopra hanno ad oggetto il basso grado di civiltà del Paese, e segnatamente del territorio in cui vive: «cose da terzo mondo!» pensa, quando proprio non dichiara ad alta voce.

⁸⁶ Anche per difendersi dalla ricorrente accusa di pensare come il solito vecchio conservatore catto-comunista, insensibile alla modernità e ai cambiamenti.

atti certamente normativi, carte dei servizi e clausole contrattuali, rese in allegati stampati in maniera da fare soprattutto la fortuna degli oculisti.

Ma – ci si domanda – privatizzazioni e liberalizzazioni, competizione e mercato concorrenziale, non dovevano servire ‘laicamente’, senza pregiudizi ideologici, ad offrire i servizi pubblici (*pardòn*: «di pubblica utilità», anzi, meglio, «servizi di interesse economico generale») in qualità migliore e a costi più bassi?

Ebbene, se si eccettua la tecnologia di produzione degli apparecchi (ma il cellulare è bene di consumo come il frigorifero, il televisore, il computer, ecc.), la qualità del servizio di telefonia (anche considerando che si tratta di quella ‘mobile’, e non più di quella ‘fissa’⁸⁷) non pare sia granché migliorata, anzi. Per avere, poi, tariffe che veramente garantiscano costi più ridotti bisogna stare costantemente all’erta, e convivere con l’ansia di cercare l’ultima offerta più conveniente⁸⁸.

Però – così si afferma diffusamente a sostegno della ‘modernità’ – se si subisce un disservizio si può stare tranquilli: oggi si vanta un diritto soggettivo, la cui violazione può esser fatta valere in sede giurisdizionale ordinaria al fine di ottenere il risarcimento dei danni patiti.

Peccato che, per sapere se si vanta veramente un diritto soggettivo, si dovrebbe essere in grado di verificare lo specifico quadro regolativo di riferimento – ciò che nemmeno l’essere laureati in giurisprudenza consente di fare con piena certezza di risultati; occorre perciò rivolgersi ad un avvocato specializzato o ad una associazione di consumatori⁸⁹, sicuri di quel che co-

⁸⁷ A questo proposito, però, non è inutile ricordare che non è vero che la telefonia mobile sia nata dopo la privatizzazione di quella fissa, e dunque in un certo senso può dirsi nata già in regime di liberalizzazione: il che impedirebbe un efficace raffronto fra i due regimi. E infatti mentre la privati la privatizzazione dell’Enel cominciò nel novembre 1999 (quando il Tesoro cedette il 31,74 % delle azioni societarie) Telecom fu privatizzata in data 20 ottobre 1997.

⁸⁸ Al riguardo, proprio pochi giorni prima del seminario al quale fu resa la presente relazione, E. SEGANTINI, *Telefoni, il caos delle tariffe*, in *Corriere della sera online* del 27 aprile 2008 (www.corriere.it), metteva ben in evidenza questo disagio, spiegando che l’Italia è il paese con il maggior numero di cambi di operatore nell’utenza della telefonia cellulare (15 milioni il dato del 2007), sintomo evidente della continua rincorsa alla tariffa più conveniente.

⁸⁹ Sempre E. SEGANTINI, *Telefoni, il caos delle tariffe* cit., spiega che «il colmo è il caso dell’associazione dei consumatori Codacons, che si autodefinisce il James Bond della categoria, e infatti ha scelto come numero l’892-007. Nei costi telefonici – è una battuta, s’intende – l’associazione ricorda piuttosto la Spectre: per ottenere licenza di uccidere le ingiustizie subite,

sterà, ma non proprio dell'esito della controversia giudiziaria. Meglio lasciar perdere.

In definitiva, e lasciando da parte ogni amara ironia, viene di chiedersi: ma se, dato un certo contesto tecnologico, e stabilita la qualità da garantire, fosse possibile determinare i costi minimi per rendere un servizio di interesse generale (che è l'assunto su cui si basa l'idea della regolazione affidata alle autorità indipendenti), perché rimettersi a concorrenza e mercato, e consentire una generalizzata confusione, persistendo la quale le imprese esercenti in competizione possono lucrare profitti legittimi, ma sostanzialmente 'indebiti'?

Se queste offrono un servizio sotto il costo determinato come sopra, delle due l'una: o l'offrono in qualità più scadente; ovvero il costo per offrire quella qualità è stato mal determinato.

Una sensazione è, per definizione, inidonea ad indurre conclusioni fondate, epperò sarebbe un errore liquidarla come del tutto irrilevante.

Ove si disponesse dei mezzi adeguati per effettuare una verifica scientificamente apprezzabile, ed all'esito di questa si dimostrasse la fondatezza della sensazione, diventerebbe certezza quel che ora si configura soltanto come un sospetto, forse, però, non del tutto campato in aria: che la scelta della concorrenza e del mercato nel campo dei servizi di pubblica utilità sia il frutto – questa sì – di una opzione ideologica⁹⁰.

Se così fosse, se cioè per realizzare il fine ultimo che consiste nel soddisfare le utilità che strutturano la cittadinanza, integrandone i diversi versanti, non ci si basasse sulla obiettiva verifica dei fatti, ed il campo delle soluzioni si dovesse dividere in base alle ideologie, sarebbe bene (perché intellettualmente più onesto) che ciascuno riprenda a dichiarare quella in

magari proprio dalle società telefoniche, il consumatore sborsa 0,12 centesimi alla risposta più 1,80 euro al minuto se chiama dalla linea fissa e un bel po' di più se usa il mobile».

⁹⁰ Al riguardo cfr. S. NICCOLAI, *Mercato come valore o mercato come regola?* cit., p. 3683: «Le considerazioni fin qui fatte ci permettono quindi sommamente di dubitare che si possa dire che la Corte si è dimostrata, nel tempo, sorda o restia all'utilizzo del criterio del mercato nella soluzione dei problemi che le si sono posti, ma che, semmai, essa non ha guardato al mercato come a fattore dotato di virtù salvifica propria o meglio come valore che deve essere realizzato appunto perché è un valore, ma ne ha individuato il ruolo in quello di una regola del gioco che può contribuire a realizzare una soluzione proporzionata del conteggio degli interessi che si fronteggiano nella società».

cui si riconosce di più, o alla quale ritiene di ispirarsi. E ciò, evidentemente, nonostante si dia ormai per scontato (dopo averlo, per qualche tempo, proclamato a gran voce) che l'epoca delle ideologie sia definitivamente tramontata, perché, così facendo, a quanto sembra, si continuerebbe ad incorrere in un grossolano errore di valutazione⁹¹.

Allora, silenziosamente, ci si riesce a rassicurare. Non pare insensato che si ricominci (anche chi scrive, e seriamente) a coltivare la propria.

⁹¹ Del resto, non è inutile richiamare l'ammonimento di N. BOBBIO, *Destra e sinistra. Ragioni e significati di una distinzione politica*, Donzelli, Roma, 1994, p. 5, secondo il quale, nonostante le apparenze, le ideologie sono tutt'altro che finite: «Alle ideologie del passato se ne sono sostituite altre, nuove o che pretendono di essere nuove. L'albero delle ideologie è sempre verde. Oltretutto non vi è nulla di più ideologico, come è stato più volte dimostrato, che l'affermazione della crisi delle ideologie».