
Publicco e privato nella moderna concezione di servizio pubblico

Marta Mattiuzzi

Dottore di ricerca in Diritto amministrativo; cultore della materia nell'Università Ca' Foscari Venezia

SOMMARIO: 1. Socialità e diritto. – 2. La moderna nozione di servizi pubblico: profili problematici. – 3. Il ruolo dei principi nella disciplina sui servizi pubblici. – 4. Concorrenza e regolazione “sociale”.

1. Socialità e diritto

L'esame dell'evoluzione storica della dottrina pubblicistica mette in evidenza i profondi cambiamenti che hanno interessato la scienza giuridica. Per lungo tempo, la scienza giuridica ha tenuto un atteggiamento di rifiuto nei confronti delle acquisizioni delle altre scienze sociali, in adesione ad una concezione ispirata al formalismo giuridico⁽¹⁾.

In concomitanza con l'affermarsi del modello di Stato sociale di diritto, ha iniziato a farsi strada l'idea che il valore della società civile costituisce un *prius* rispetto alla *regola juris* e che, per rispondere alle istanze solidaristiche provenienti dalla collettività, non sia possibile seguire un approccio di tipo formalistico⁽²⁾.

(¹) La dottrina pubblicistica per lungo tempo ha paventato che l'ammissione di nozioni non giuridiche nella scienza giuspubblicistica potesse pregiudicare la purezza di metodo giuridico, e così compromettere la costruzione dello Stato liberale di diritto. La visione puristica trova però, anche nel fondatore della scuola siciliana, toni abbastanza sfumati che rivelano una certa apertura nei confronti di quella che viene chiamata la «comunicazione con altri elementi di ordine scientifico diverso»: cfr. V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in *Arch. giur.* 1889, ora in V.E. ORLANDO, *Diritto pubblico generale, Scritti vari coordinati in sistema*, Milano, 1954, p. 5 ss. L'A. citato non negava l'apporto essenziale delle scienze sociali diverse dal diritto, ma piuttosto rivendicava la necessità di autonomia tra i differenti ordini scientifici al fine di conferire alla scienza giuspubblicistica una solida identità culturale. Circa il ricorso da parte di Orlando ad opzioni di metodo antitetico a quelle tipiche del formalismo giuridico, N. BOBBIO, *La filosofia del diritto in Italia*, in *Jus*, 1957, p. 183.

(²) Per un'approfondita analisi sul tema del rapporto tra scienza del diritto amministrativo e scienze non giuridiche, M. COCCONI, *La scienza del diritto amministrativo e l'utilizzo*

Questa impostazione, sancita per la prima volta nella dottrina istituzionale italiana, ha dato impulso ad un movimento verso la spersonalizzazione del potere pubblico e la personificazione della collettività, che è giunto a compimento con la Costituzione del 1948⁽³⁾. Da un lato, sono state poste le basi per l'affermarsi di un modello di Stato che eleva la socialità a parametro di legittimazione del potere e individua nell'apparato pubblico uno strumento indispensabile per dare soddisfazione alle istanze mutevoli provenienti dal contesto sociale⁽⁴⁾. Dall'altro lato, la caduta del paradigma della validità formale del diritto è diventata un imperativo costituzionale⁽⁵⁾.

delle altre scienze sociali, in La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo, a cura di L. Torchia, E. Chiti, R. Perez, S. Sandulli, Napoli, 2008, p. 269 ss., in part. p. 306, dove si osserva che il giurista non può più limitarsi alla mera ricognizione delle categorie formali ma deve «penetrare anche la genesi, la sostanza e i fini dei fenomeni studiati e divenire al tempo stesso un fattore propulsivo della loro trasformazione».

⁽³⁾ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 1918, Firenze 1945 e, sull'interpretazione di quest'opera, R. ORESTANO, *Concetto di ordinamento giuridico e studio storico del diritto romano*, in *Jus*, 1962, p. 13; S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de "L'ordinamento giuridico" di Santi Romano*, in *Quad. fior.*, 1972, p. 243 ss. È stato affermato peraltro che con *L'ordinamento giuridico* di Romano non si sarebbe avuta in realtà una radicale trasformazione dell'asse degli studi di diritto amministrativo, stante una forte commistione tra tradizione ed innovazione e la peculiarità del momento storico di poco antecedente all'avvento del fascismo; né una totale emancipazione dall'orizzonte statalistico, considerato che la teoria romaniana subordinò gli ordinamenti minori alla funzione unificante dello Stato riconosciuto come il solo ordinamento originario e sovrano: per questo rilievo, A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2006, p. 175-176.

⁽⁴⁾ A lungo in Italia lo studio sui servizi pubblici è rimasto incentrato sulle prestazioni amministrative degli enti pubblici, mentre in Francia già in origine i servizi venivano associati alla creazione di un centro, opposto a quello dell'autorità, fondato su valori solidaristici. Analoga impostazione ha trovato conferma, dopo l'avvento della Costituzione repubblicana, nella costruzione teorica del *welfare* come modello di organizzazione amministrativa e in quella dei diritti sociali come diritti di prestazione, che richiedono l'*interpositio legislatoris*, oltreché la predisposizione di apparati amministrativi. L'avvento della Costituzione segna il progressivo superamento della ricostruzione ottocentesca di stampo liberale del rapporto tra Stato e società a favore di una visione più democratica del rapporto tra funzione amministrativa ed interesse del cittadino. Si è venuta così affermando una nuova specialità del diritto amministrativo non più intesa come strumento tecnico di legittimazione della supremazia pubblica, ma come strumento di protezione dei privati che entrano in contatto con l'amministrazione: così F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 118 ss.; G. BERTI, *Il rapporto amministrativo nella costruzione giuridica dello Stato*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, II, p. 39 ss.

⁽⁵⁾ Per questa opinione, S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, p. 56. Permane forte, però, in alcuni autori il riferimento allo Stato di diritto, come modello generale di analisi atto a cogliere i processi di trasformazione della dogmatica giuridica nel passaggio verso lo Stato sociale: tra questi autori, E. FORSTHOFF, *sulla situazione attuale di una dottrina della costituzione*, su cui si sofferma A. MANGIA, *l'ultimo Forsthoff*:

Di fronte all'irrompere del pluralismo degli interessi nella sfera pubblica, il diritto ha cambiato volto e lo confermano elementi, quali la rielaborazione di categorie tradizionali, come quella di potere⁽⁶⁾ e il crescente interesse per i profili dinamici, come l'attività e l'organizzazione amministrativa, che sono venuti progressivamente ad assumere dignità pari a quella riconosciuta alle nozioni tradizionali di atto e di giustizia⁽⁷⁾. Non può essere trascurato un altro importante segnale di cambiamento, rappresentato dalla progressiva sostituzione delle norme di comportamento con le norme di organizzazione, nelle quali si esprime la funzione dell'ordinamento giuridico di favorire la cooperazione degli individui per un fine comune, e non più quella, di stampo liberale, rivolta a rendere possibile la convivenza di individui per fini dei singoli⁽⁸⁾.

Il cambiamento è avvenuto in maniera inarrestabile, anche sotto l'influenza dei fenomeni di rilievo sovranazionale, come il formarsi di un diritto amministrativo europeo e il crescente peso della regolamentazione globale⁽⁹⁾: nuova è la raffigurazione dell'Amministrazione, come

scritti 1961/1969 di E. Forsthoff su Costituzione ed amministrazione tradotti e commentati, Padova, 1995, p. 10 ss.

⁽⁶⁾ Il potere diviene oggetto di varie configurazioni, come *genus* comune delle situazioni giuridiche soggettive, comprensive sia del diritto soggettivo sia del potere in senso stretto: così S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1933, p. 70 ss.; *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, p. 172 ss.; ovvero viene configurato come figura autonoma consistente in una forza dell'ordinamento: così G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953, p. 45.

⁽⁷⁾ L'intuizione della rilevanza della organizzazione occupa un ampio spazio nel saggio di G. MIELE, *pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Arch. giur.*, 1933 e in *scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1987, p. 135 ss., dove l'approccio è dinamico e lontano dall'impostazione pandettistica del primo quarto del novecento; in seguito, M. NIGRO, *studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966.

⁽⁸⁾ Così, F.A. HAYEK, *The Principles of a Liberal social Order*, in *Il Politico*, XXXI, 1966, citato da N. BOBBIO, in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria generale del diritto*, Bari, 2007, p. 126 ss.

⁽⁹⁾ Sull'importanza della comparazione, a favore dell'affermarsi di un approccio meno formale nell'indagine dei fenomeni amministrativi: G. DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2008 e S. CASSESE, *Spazio giuridico globale*, Roma 2003; ID., *Lo studio comparato del diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, p. 135; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo comparato*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, p. 1929 ss.; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, 1992. Sempre in prospettiva comparata, merita un richiamo la cultura giuridica nord-americana che, secondo un approccio realista, lega lo studio del diritto a quello delle altre scienze sociali: sul rifiuto del formalismo giuridico tipico del relativismo, in particolare M. WHITE, *Social thought in America, The Revolt Against Formalism*, Boston, 1957. In Europa, la dottrina ha prestato particolare attenzione alla funzionalità e all'efficienza delle regole dominanti nell'analisi economica del diritto: così, F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole*

soggetto meno legato alla funzione di governo che interpreta i bisogni sociali, e nuovo è il modo di concepire la tutela dei diritti sociali, non più visti come forma di prestazione pubblica erogabile dall'autorità statale. Nello «spazio giuridico globale»⁽¹⁰⁾, assume connotati complessi e problematici il problema del rapporto tra individuo, società e Stato assume. La globalizzazione, se non guidata, crea le condizioni per lo sviluppo di un modello di stampo eccessivamente individualistico⁽¹¹⁾. Libertà smisurata dell'individuo significa rottura del legame con la natura e con la società policentrica degli altri uomini, significa sviluppo illimitato dell'impresa⁽¹²⁾.

Tant'è che, per evitare che il concetto di democrazia venga privato della «fondamentalità dei diritti sociali», occorrerebbe ripensare l'idea di globalizzazione come «rete di poteri», in senso rappresentativo dell'«unità del potere globale» come dell'esigenza

giuridiche, Milano, 2002; G. NAPOLITANO, *Analisi economica del diritto pubblico*, in *Diz. dir pubbl.*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, p. 299 ss.; E. CARDI, *Istituzioni e mercati in Italia*, Torino, 2005, p. 77 ss

⁽¹⁰⁾ In argomento, S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Bari, 2003.

⁽¹¹⁾ A. ORSI BATTAGLINI, «L'astratta ed infeconda idea». *Disavventure dell'individuo nella cultura giurpubblicistica. (A proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *Quaderni fiorentini*, 1988, p. 570 ss.; per un'approfondita analisi del pensiero di questo A. sul tema del rapporto Stato-società ed individuo, D. SORACE, *L'epistemologia del diritto pubblico e il diritto amministrativo della Costituzione nel pensiero di Andrea Orsi Battaglini*, in *Dir pubbl.*, 2006, p. 9 ss.

⁽¹²⁾ Con la seconda guerra mondiale è iniziato ad instaurarsi un quadro istituzionale globale che ha modificato la prevalenza del dogma statale; non esiste più la sovranità statale, ma la dipendenza dal vincolo internazionale e l'adeguamento della politica economica nazionale ai dettati dell'economia globale. I risultati della globalizzazione sono noti: ci si riferisce in particolare, all'uniformità e al sacrificio delle differenze nonché, sul versante economico, alla crescita dell'individualismo che si manifesta nel primato del profitto sull'interesse sociale, nell'eliminazione dei controlli in precedenza esercitati sull'impresa da parte dei poteri pubblici e nel passaggio di molti beni di fruizione collettiva all'uso privato: per un'analisi approfondita sui problemi della mondializzazione, cfr. U. ALLEGRETTI, *Diritto e Stato nella mondializzazione*, Torino, 2002, partic. pp. 31, 60 ss., 90 ss. e 133 ss. I nuovi indirizzi di potenziamento della proprietà e dell'impresa incidono sulle norme che garantiscono i diritti personali, e nemmeno le costituzioni degli Stati di democrazia sociale resistono alle istanze di liberalizzazioni. Così ad esempio, è stato osservato come la Costituzione economia italiana sia sufficientemente «elastica», da rendere possibile una lettura diversa da quella prevalsa negli anni della democrazia sociale: G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, p. 12 ss. Per una lettura in chiave individualistica dell'art. 2 cost., A. ORSI BATTAGLINI, *ibidem*: questo propone di assumere il principio individualistico come criterio guida per il bilanciamento tra valori costituzionali configgenti e per l'avvio di una trattazione diversa di temi, quali l'autonomia collettiva e la rappresentatività, la legittimazione dei gruppi economici e professionali come autonomie costituzionalmente rilevanti, la partecipazione e la tutela giurisdizionale.

di affrontare insieme, secondo un approccio «integrato», questioni economiche e problemi sociali⁽¹³⁾.

Il globale da elemento negativo potrebbe trasformarsi in una forza positiva, in grado di tramutare il potere locale in un potere che, trovando la sua fonte di sostentamento e di coordinamento nei poteri universali, potrebbe favorire iniziative autonome della società civile finalizzate a dare risposta ai bisogni della collettività locale⁽¹⁴⁾.

Questo mutamento di prospettiva richiede però che si prende coscienza del principio della supremazia della funzione politica sulla funzione economica, atteso che «L'economia deve essere al servizio dei diritti e non il contrario»⁽¹⁵⁾. Solo riposizionando i diritti sociali nella situazioni di fini e principi direttivi, si può tentare di conformare la globalizzazione all'esigenza di mantenere in vita il diritto del singolo ed il potere della comunità locale di decidere del locale: e, in definitiva, all'obiettivo di costruire un rapporto più equilibrato tra individuo e società.

Sotto altro profilo, occorre evidenziare la crisi del principio di legalità⁽¹⁶⁾ e il consolidarsi di un "Potere neutro" che rimane indifferente rispetto ad ogni contrapposizione logica tra autorità pubblica libertà privata⁽¹⁷⁾. In questo contesto, non sembra più possibile utilizzare le c.d. «grandi dicotomie»⁽¹⁸⁾. Non solo, perché i concetti giuridici, come quello di potere, si sono arricchiti di nuovi contenuti provenienti dalle scienze sociali non giuridiche: si pensi alle nozioni di rete e di mercato rilevante;

⁽¹³⁾ U. ALLEGRETTI, *op. ult. cit.*, p. 262-263 e 270.

⁽¹⁴⁾ U. ALLEGRETTI, *op. ult. cit.*, p. 125-126.

⁽¹⁵⁾ U. ALLEGRETTI, *op. ult. cit.*, p. 273 ss., part. p. 276.

⁽¹⁶⁾ Nel momento attuale, sotto la spinta di pressanti vincoli finanziari imposti dalla Comunità europea per far fronte alla difficile situazione finanziaria, si assiste alla crisi del principio di legalità, che produce gravi effetti decostruttivi per il diritto amministrativo: cfr. F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2008, p. 9 ss. Il «dispotismo» del Parlamento si esprime in forme varie, ad esempio nella sostituzione all'Amministrazione mediante l'adozione di provvedimenti concreti e nell'utilizzo del diritto privato comune, con il rischio che si arrivi ad una situazione di "esercizio del potere senza regole", che equivale al ritorno allo Stato «assoluto», ossia *absolutus* nel senso proprio del termine, e al tramonto dello Stato di diritto. Affermare che il potere pubblico configuri un «potere senza regole» sarebbe però una contraddizione in termini, in quanto negazione del concetto stesso di potere pubblico. Come è stato rilevato, il diritto amministrativo senza il principio di legalità appare un diritto senza il suo principio ontologico, un diritto in qualche modo "decostruito": così, F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, cit., p. 26 ss.

⁽¹⁷⁾ G. BERTI, *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*, Padova, 1986, p. 185.

⁽¹⁸⁾ La crisi di ogni rigida separazione tra pubblico e privato è un fenomeno non più limitato a settori determinati, che investe l'intero diritto amministrativo: lo ha sottolineato L. TORCHIA, *Introduzione*, in *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, cit., p. 10.

ma soprattutto perché la discussione dei fenomeni giuridici corre ormai fuori dai binari della tradizionale logica bipolare diritto pubblico-diritto privato, come conferma la considerazione della complessità della realtà sociale che spinge verso l'individuazione di specifici strumenti di protezione a tutela del cittadino⁽¹⁹⁾. Si consideri, a titolo esemplificativo, la fitta rete di intrecci tra diritto pubblico e diritto privato che interseca la regolazione dei servizi esternalizzati⁽²⁰⁾ e la discussione intorno alle categorie giuridiche di proprietà pubblica-proprietà privata e ai recenti sviluppi dottrinali connessi a questo tema, a favore della considerazione prevalente del profilo funzionale rispetto all'intestazione formale del bene⁽²¹⁾, o, da altro punto di vista, all'ammissibilità di categorie nuove come quella di «bene comune»⁽²²⁾.

(19) L'espressione è di N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Roma, 2007, p. 151, dove si definisce «grande» ogni dicotomia in grado di dividere in due sottoclassi, reciprocamente esclusive ed esaustive tutto l'universo del diritto.

(20) Così, G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 228, dove si definisce la regolazione una «tipica tecnica di reazione pubblicistica all'introduzione di strumenti civilistici nel diritto amministrativo». La disciplina regolatoria dei servizi esternalizzati presenta tratti di regolamentazione privatistica estesi a soggetti pubblici, talvolta accompagnati da deroghe in vista del perseguimento di fini di interesse pubblico, come accade nella materia di servizi di interessi generale ai sensi dell'art. 86 TFUE; nonché tratti di regolamentazione pubblicistica per la disciplina di un'attività privata (come l'imposizione di obblighi di servizio pubblico nei servizi liberalizzati dell'energia, trasporti, telecomunicazione e poste). Un fondamentale momento di sintesi e di equilibrio tra potere pubblico e interesse privato è individuabile nel contratto di servizio tra Amministrazione e gestore, che rappresenta il modo con cui l'Autorità pubblica esercita la sua funzione di tutela e di garanzia degli interessi del cittadino, mediante la definizione degli obblighi del gestore in relazione alla quantità e alla qualità del servizio. Sul punto, G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., p. 211 e 228 e, inoltre, per un'affermazione netta della distinzione tra regolazione e servizio pubblico, F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, Aipda, *Annuario 2001*, Milano, 2002, p. 63 ss.

(21) Si è discusso, e ancora si discute in dottrina, sull'attuale validità dei tradizionali schemi di classificazione dei beni contenuti nel Codice civile del 1942 e sulla rispondenza alle istanze di tutela collettiva della bipartizione codicistica tra proprietà pubblica e proprietà privata, che si fonda sul profilo formale della titolarità di un bene. È stato ritenuto inadeguato l'impianto normativo del Codice civile ed è stata prospettata una maggiore valorizzazione del profilo funzionale del bene pubblico, sino all'enucleazione di una nuova nozione di bene pubblico in senso oggettivo: cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economica*, Bologna, 1977, p. 85 ss. e M. Renna, *Le prospettive di riforma delle norme del codice civile sui beni pubblici*, in *Dir. econ.*, 2009, p. 11 ss.

(22) La categoria di beni comuni è stata inserita nel progetto di riforma dei beni pubblici elaborata dalla Commissione Rodotà che ha scelto di prevedere per essi la regola dell'incomerciabilità se si tratta di beni in proprietà pubblica e il principio dell'accesso collettivo alla tutela giurisdizionale e della legittimazione dello Stato all'esercizio dell'azione risarcitoria per i danni arrecati ai suddetti beni. Sui lavori della Commissione Rodotà, M. RENNA, *Le prospettive di riforma delle norme del codice civile sui beni pubblici cit.*, nonché E. REVIGLIO,

Coglie bene l'esigenza di ricostruire, in termini di complementarità, la relazione tra discipline pubblicistiche e quelle privatistiche l'opinione di chi rileva che le categorie del diritto amministrativo «non si determinano più per confronto e in opposizione al diritto civile, ma in relazione a discipline, disaggregabili e scomponibili e con confini mai netti, di attività oggettivamente valutate per il carattere funzionale e per i riflessi sui terzi»⁽²³⁾.

Questa affermazione rispecchia bene l'immagine di una realtà giuridica, contrassegnata dal crescente peso degli intrecci tra regole di diritto privato e di diritto pubblico⁽²⁴⁾. Questi intrecci, se non vengono governati sulla base dei principi generali, rischiano di tradursi in una nuova «mitologia», destinata ad affermarsi in luogo della tradizionale dicotomia pubblico-privato⁽²⁵⁾.

Per una riforma del regime giuridico dei beni pubblici. Le prospettive della Commissione Rodotà, in *Pol. dir.*, 2008, p. 531 ss. Più ampiamente, sul tema dei beni comuni, G. NAPOLITANO, *I beni pubblici e le tragedie nell'interesse comune*, in *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, a cura di S. Rodotà, U. Mattei, e. Reviglio, Bologna, 2007; A. LUCARELLI, *Beni comuni, Proprietà, gestione, diritti*, in *Rass. dir. pub. comp. eur.*, 2007, p. 11 ss.; U. MATTEI, *Beni comuni: un manifesto*, Roma, 2011; F. CORTESE, *Dalle valli da pesca ai beni comuni: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici?*, in *Giorn. dir. amm.* 2011, p. 1170 ss. La nozione di beni comuni ha fatto la sua comparsa con l'opera di E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990, trad. it. *Governare i beni collettivi*, Venezia, 2006, come espressione dell'evoluzione del pensiero economico, nota con il nome di Neocostituzionalismo, che aveva come scopo quello di ridare prestigio all'economia che soffriva degli eccessi della rappresentazione matematica formale. Ostrom criticava in particolare il modello dell'ingordo *Homo oeconomicus* quale massimizzazione individualistica delle utilità di breve periodo slegata da ogni relazione sociale, applicata al problema dei beni comuni ed accolta in particolare nel saggio di G. HARDIN, *La tragedia dei comuni*, dove si individuava nel comune il «luogo del non diritto per eccellenza». La proposta di introdurre la categoria giuridica di bene comune, come osserva un certo indirizzo, rinviene nelle nozioni di Stato e di proprietà privata il frutto della logica economica «assolutistica e riduzionistica», indicativa di un'impostazione di fondo che disdegna sia il paradigma dominicale di stampo individualistico (che trova esempio nelle recenti politiche di privatizzazione), sia a quello autoritario proprio dello Stato assistenziale: U. MATTEI, *Introduzione*, in *Beni comuni*, cit., p. XI ss.

⁽²³⁾ Così, G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., p. 236 e 241.

⁽²⁴⁾ Nel caso di nozioni elastiche, come quella di amministrazione e di servizio pubblico, l'opera della giurisprudenza diventa essenziale per determinare con maggiore precisione l'ambito delle discipline pubblicistiche, di fronte alle difficoltà legate alle molteplici qualificazioni legislative, generiche e talvolta contraddittorie: G. NAPOLITANO, *op. ult. cit.*, p. 244.

⁽²⁵⁾ Sotto questo profilo si è fatto notare quanto sia importante individuare precisi criteri di riferimento, ricavabili dai principi generali, sia pubblicistici come l'imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, sia privatistici, come la correttezza e la buona fede, e quanto sia variabile l'impatto dei principi sulle vicende amministrative, che è più ampio nei caso dei principi civilistici, e meno ampio nei caso dei principi pubblicistici valevoli solo per l'agire d'autorità: M. D'ALBERTI, recensione a G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 237 ss.

2. La moderna nozione di servizi pubblico: profili problematici

Appare utile, a questo punto del discorso, portare l'attenzione sulla nozione di servizio pubblico che rappresenta un esempio significativo della fitta rete di intrecci tra diritto pubblico e diritto privato. La pluralità delle questioni coinvolte ci fa comprendere l'essenza di una nozione «instabile»⁽²⁶⁾, soggetta a continui mutamenti normativi e in perenne oscillazione tra diritto privato e diritto pubblico⁽²⁷⁾.

Nonostante la materia sia stata interessata negli anni recenti da continui interventi del legislatore statale, esiste ancora oggi un «deficit» nella disciplina sui servizi pubblici, nel senso che manca un vero diritto dei servizi pubblici individuabile in un complesso normativo organico di disciplina della materia.

D'altra parte, proprio la complessità che caratterizza la materia dei servizi pubblici - in collegamento al rapporto tra la concorrenza e la tutela dei valori sociali, tra la legalità e le autonomie locali, o ancora con riguardo alla distinzione tra utente e cittadino -, suggerisce di abbandonare l'approccio formalistico.

A maggiore ragione, ci si deve svincolare da ogni riferimento alla rigida contrapposizione tra interesse privato e interesse pubblico quando si discute di servizi pubblici, specie se si considera che il servizio pubblico è il frutto del coagularsi di bisogni e interessi sociali. E, da questo punto di vista, non si può non riconoscere la dimensione della socialità propria del servizio pubblico, che è in grado di arricchire il rapporto tra pubblico e privato e di modellarlo in funzione della realizzazione di finalità collettive⁽²⁸⁾.

⁽²⁶⁾ L'espressione «servizi pubblici instabili» in maniera efficace esprime l'immagine dell'eterno oscillare del legislatore tra l'inseguire continuamente se stesso, una volta varata una nuova disciplina di un pubblico servizio, e il non saper scegliere fra più soluzioni continuamente riproposte e mai completamente convincenti: cfr. F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990. Sulla continua evoluzione normativa in materia di servizi pubblici locali e sulla prassi statale di dare attuazione a riforme con lo strumento del decreto d'urgenza: R. DE NICTOLIS, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. app.* 2008, p. 1109 ss.; F. MERUSI, *Le modalità ordinarie di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Nuove autonomie*, 2009, p. 307 ss.; L. PERFETTI, e I. RIZZO, *La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del d.l. n. 135/2009*, in *Urb. app.*, 2001, p. 257 ss.; R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 179; G. ROSSI, *Ricompone il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*, in *giustamm.it*, n. 6-2011.

⁽²⁷⁾ Per l'opinione che definisce la materia dei servizi pubblici un «rilevante punto di crisi del sistema e delle relazioni tra pubblico e privato», cfr. G. BERTI, *L'amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, p. 457.

⁽²⁸⁾ I fini sociali andrebbero cioè assunti a presupposto funzionale della nozione giuri-

A questa considerazione va aggiunto un ulteriore rilievo che riguarda la storicità del diritto. Atteso infatti che il diritto segue l'evoluzione storica del vivere sociale e non tollera l'impiego di concetti universali ed immutabili, sarebbe utile improntare lo studio dei fenomeni giuridici al metodo del realismo giuridico, per tentare da un lato di scomporre la copertura ideologizzante che accompagna l'argomentare di certa parte della dottrina e della giurisprudenza in materia di servizi pubblici e, dall'altro lato, di contrastare lo svilimento del principio della legalità⁽²⁹⁾.

Al riguardo, si auspica il ritorno del discorso giuridico alla «natura delle cose» che, come osserva autorevole dottrina, identifica la fonte originaria del principio di legalità e rappresenta un parametro prescrittivo indispensabile nella ricerca della «misura del diritto»⁽³⁰⁾⁽³⁰⁾.

3. Il ruolo dei principi nella disciplina sui servizi pubblici

D'altro canto, in linea con quanto sopra evidenziato circa l'opportunità di adottare il metodo del realismo giuridico, valorizzando gli spunti provenienti dal diritto comunitario, si ritiene utile indirizzare la ricerca

dica di pubblico servizio, come osserva U. POTOTSCHNIG, *I servizi pubblici*, Padova, 1964, p. 160-162; in senso conforme, G. BERTI, *I pubblici servizi tra funzione e privatizzazione*, in *Ius*, 1999, p. 867 ss.

⁽²⁹⁾ La ricchezza del realismo, come magistralmente osserva Giannini, consiste non nell'abbandonare totalmente le costruzioni concettuali avviandosi verso la «deriva del fattualismo», bensì nell'utilizzare categorie prima estranei alla scienza del diritto amministrativo e nel relativizzare i concetti giuridici, di cui viene a perdersi la pretesa astoricità e universalità: lo ricorda M. D'ALBERTI, *Gli studi di diritto amministrativo: continuità e cesure fra primo e secondo novecento*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2001, p. 1293 ss. Vi è peraltro da evidenziare, con riguardo alla critica al formalismo giuridico, che questo fenomeno presenta una varietà di significati, di adesione all'ideologia tipica dello Stato liberale e di scelte più o meno di stampo conservatore. Sarebbe utile pertanto evitare contrapposizioni aprioristiche tra realismo e formalismo e indirizzare l'indagine giuridica alla ricerca del significato politico e sociale dei criteri e dei procedimenti: così, L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, p. 114 ss. U. ALLEGRETTI, *op. ult. cit.*, p. 125-126.

⁽³⁰⁾ Il legame tra realismo e natura delle cose appare una costante nell'essenziale lavoro di F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni "Trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001; in questo riferimento si celerebbe un richiamo alla scienza dei fatti, intesa da Merusi quale «strumento interpretativo integrativo del sistema»: lo sottolinea L. BENVENUTI, *Il "gran realismo" di Fabio Merusi e i sentieri interrotti della legalità*, in *Il Diritto amministrativo alle soglie del nuovo secolo. L'opera scientifica di Fabio Merusi*, a cura di L. Benvenuti e M. Clarich, Pisa, 2000, p. 20. In senso conforme, osserva attenta dottrina che «La legge infatti non ha sempre la forza di imporsi sui fatti, ma alla lunga sono i fatti che prevalgono sulle norme laddove esse non si adattino e non siano aderenti alla natura delle cose»: cfr. M. CLARICH, *Il Diritto amministrativo alle soglie del nuovo secolo. L'opera scientifica di Fabio Merusi*, cit., p. 49.

giuridica verso l'individuazione di principi comuni al diritto amministrativo e al diritto privato.

La riaffermazione del ruolo dei principi e dei valori si colloca in una prospettiva opposta al formalismo giuridico e al concettualismo e rappresenta un passaggio fondamentale, anche nell'ottica di migliorare i rapporti tra i livelli istituzionali e di garantire il rispetto delle autonomie locali.

Il diffondersi della prassi di un agire amministrativo vincolato a precetti puntuali rafforza l'idea di un'Amministrazione, incapace di applicare i principi e succube dei continui cambiamenti normativi, che ha rinunciato ad esercitare la propria autonomia organizzatoria⁽³¹⁾.

L'ambito dei servizi pubblici, in particolare di quelli locali, costituisce un terreno d'indagine privilegiato per affrontare il tema del rapporto tra legge ed autonomia locale.

Il principio dell'autonomia locale esce depotenziato dal confronto con gli stretti vincoli imposti dal legislatore statale, e ciò è evidente quando l'intera disciplina organizzatoria di un servizio pubblico rimane attratta nella sfera di competenza del legislatore statale⁽³²⁾.

Si prenda il caso del servizio idrico: secondo il consolidato insegnamento della giurisprudenza costituzionale che ascrive la disciplina di tale servizio alla competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela di ambiente e della concorrenza, nessuna competenza dovrebbe spettare alle Regioni: né ad esempio in tema di tariffa⁽³³⁾, né con riguardo alla determinazione della rilevanza economica dell'attività di erogazione di

⁽³¹⁾ Criticamente, è stato rilevato in dottrina come non vi sia necessità di nuove norme di dettaglio nella materia dei servizi pubblici: L. PERFETTI, *La disciplina dei servizi pubblici locali ad esito del referendum ed il piacere dell'autonomia locale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 906 ss.

⁽³²⁾ Si consideri il caso del servizio idrico. Sin dai tempi della legge sulle municipalizzazioni del 1903 che includeva tra le attività sottoponibili al regime dei servizi pubblici anche la costruzione degli acquedotti, la distribuzione di acqua potabile e la costruzione di fognature, esisteva una certa omogeneità di disciplina per i servizi pubblici locali. In seguito, i caratteri essenziali del servizio pubblico locale e della sua organizzazione hanno ricevuto una più chiara definizione con la legge n. 142/1990 in tema di ordinamento degli enti locali, poi confluita nel d.lgs. n. 267/2000. A partire dalla legge Galli, comincia ad affermarsi una nuova prospettiva organizzativa che muove dalla qualificazione del servizio idrico come servizio integrato e che si realizza grazie al consolidarsi del modello dei c.d. ambiti territoriali ottimali. A partire da questo momento, al cospetto dei principi dell'unitarietà della gestione e dell'unità di bacino, comincia a vacillare la visione del servizio idrico a dimensione locale. Di recente, a favore di un certo *favor* per il modello degli ambiti territoriali ottimali, cfr. art. 4-bis del d.l. n. 138/2011, conv. dalla l. n. 148/2011.

⁽³³⁾ Cfr. C. Cost. 24 luglio 2009, n. 246 del 2009; C. Cost. 4 febbraio 2010, n. 29; C. Cost. 23 aprile 2010, n. 142; C. Cost. 15 giugno 2011, n. 187.

un certo servizio e dell'individuazione delle relative forme di gestione⁽³⁴⁾. Analogo principio è stato affermato dalla giurisprudenza costituzionale, con riguardo a numerosi altri profili riconducibili alla materia «tutela dell'ambiente».

L'ingerenza della legge statale nelle materie di competenza regionali non passa solo attraverso i richiami giurisprudenziali alla trasversalità della materia ambientale, ma anche per via della definizione legale delle funzioni fondamentali degli enti locali. Questa definizione dovrebbe rispondere all'esigenza di garantire l'uniformità del sistema ordinamentale degli enti locali, ma senza diventare il pretesto per legittimare un nuovo centralismo nelle politiche pubbliche, che potrebbe rivelarsi assai pericoloso per l'autonomia di Regioni ed enti locali e, in ogni caso, poco coerente con il principio della differenziazione, sancito dall'art. 118 cost.⁽³⁵⁾. Una normativa statale, recante una disciplina uniforme per tutte le realtà regionali e locali, è assai poco compatibile con il rispetto del principio autonomistico: il decentramento amministrativo richiede infatti scelte legislative rispettose della varietà e delle peculiarità delle singole realtà territoriali regionali e locali, in grado di garantire a ciascun livello istituzionale la titolarità di funzioni coerenti con le proprie rispettive esigenze.

In relazione alla disciplina dei servizi pubblici, ci si chiede quale sia la giusta misura di autonomia organizzativa da riconoscere all'autorità amministrativa in rapporto alla potestà legislativa statale: a ben vedere, tra legge ed autonomia amministrativa corre un rapporto flessibile ma di tipo invertito, perché, quanto più sono dettagliate le norme statali che definiscono le modalità di affidamento del servizio, tanto più si svilisce il

⁽³⁴⁾ Cfr. C. Cost. 2 dicembre 2011, n. 325; C. Cost. 21 marzo 2012, 62. Rimane inoltre incerta la qualificazione del servizio idrico come funzione fondamentale del comune: in senso affermativo, C. Cost. 20 novembre 2009, n. 307, relativa alla declaratoria di illegittimità costituzionale di una disposizione della legge n. 26/2003 della Regione Lombardia che imponeva la separazione tra gestione della rete ed erogazione del servizio; contra, C. Cost. n. 325/2011 cit.

⁽³⁵⁾ Si consideri la nuova disciplina in tema di province, comuni e città metropolitane contenute negli artt. 17, 18 e 19 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. dalla l. 14 agosto 2012, n. 135. In dottrina, sul problema di attuazione dei principi costituzionali, G. FALCON, *Funzioni amministrative ed enti locali nei nuovi artt. 118 e 117 della Costituzione*, in *Le Regioni* 2002, p. 396 ss., e D'ATENA, *La difficile transizione. In tema di attuazione della riforma del titolo V*, in *Le Regioni*, 2002, p. 309 ss. Su questo tema, F. MERLONI, *Il destino dell'ordinamento degli enti locali (e del relativo testo unico) nel nuovo titolo V della costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, p. 438; ID., *Una "new entry" tra i titoli di legittimazione di discipline statali in materie regionali: le funzioni fondamentali degli enti locali*, in *Giur. cost.*, p. 794; F. PIZZETTI, *Le nuove esigenze di governante in un sistema policentrico esplosivo*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1179; A. CORPACI, *La potestà normativa degli enti locali in A.A.V.V. Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003 n. 131*, a cura di G. Falcon, Bologna, 2003, p. 101 ss.

momento della «politicalità» intrinseco alla competenza dell'autorità locale⁽³⁶⁾. Viceversa, quanto più si assottiglia lo spessore dei vincoli statali, tanto più è libera l'autorità locale di scegliere la forma di gestione di un certo servizio. Si pensi ad una situazione di vuoto normativo, come quella venutasi a creare all'indomani del referendum abrogativo sull'art. 23 *bis* d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. dalla l. 6 agosto 2008, n. 133 e, più di recente, per effetto della declaratoria di incostituzionalità della nuova disciplina sui servizi pubblici locali introdotta dall'articolo 3 *bis* d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. dalla l. 14 settembre 2011, n. 148.

La critica rivolta ad un agire amministrativo eccessivamente limitato dalla legge conduce alla conclusione che occorre recuperare il vero senso del principio di legalità. La conclusione sembra confortata da una serie di ragioni.

Il primo rilievo riguarda la conformità dell'ordinamento nazionale al principio di diritto comunitario, che riconosce all'autorità locale il compito di amministrare «gli affari pubblici» di spettanza delle collettività locali⁽³⁷⁾, in particolare di approntare i mezzi necessari a garantire un servizio efficiente in grado di soddisfare un bisogno primario della comunità locale, nel che consiste la «specifica missione» ad essa affidata⁽³⁸⁾.

La seconda considerazione ha come presupposto la definizione del servizio pubblico, quale forma di organizzazione finalizzata alla tutela dei diritti sociali, e si ricollega all'esigenza che la tutela dei diritti sociali si collochi sul versante dell'amministrazione, piuttosto che su quello della legislazione⁽³⁹⁾:

⁽³⁶⁾ Nell'ipotesi in cui i criteri vengano fissati in via astratta e generica dal potere legislativo al di fuori di alcun ancoraggio alle caratteristiche peculiari dei singoli enti di riferimento, è inevitabile che si riduca la discrezionalità dell'ente locale. In proposito, in merito all'importanza del «momento politico», cfr. F. MERUSI, *Servizio pubblico* (voce), in *Nov. Dig.*, XVII, Torino, 1970, p. 215 ss.

⁽³⁷⁾ Cfr. art. 3 della Carta europea dell'autonomia locale, ratificata con la legge 30 dicembre 1989, n. 439, secondo cui «*per autonomia locale, s'intende il diritto e la capacità effettiva, per le collettività locali, di regolamentare ed amministrare nell'ambito della legge, sotto la loro responsabilità, e a favore delle popolazioni, una parte importante di affari pubblici*».

⁽³⁸⁾ Il diritto comunitario ammette la possibilità che i servizi pubblici siano sottratti alle regole della concorrenza facendo leva sul concetto di specifica missione affidata all'autorità pubblica: cfr. artt. 14 e 106 TFUE, e inoltre il *Libro bianco sui servizi di interesse generale* in Europa, COM (2004) 374, del 12 maggio 2004, laddove si afferma il ruolo essenziale che l'autorità pubblica riveste in ordine sia alla qualificazione di un'attività come servizio pubblico sia alla scelta della modalità di erogazione, individuabile nell'erogazione diretta dei servizi o nell'affidamento ad altri soggetti, pubblici o privati. Si consideri che, anche secondo il nostro assetto costituzionale, lo Stato può introdurre limitazione alla libertà di iniziativa economica, se ciò sia utile per evitare che i regimi privati possano prendere il sopravvento sulle esigenze di tutela dei valori sociali e dei diritti fondamentali: cfr. art. 41 cost.

⁽³⁹⁾ Con riferimento all'elaborazione della teoria c.d. intervento sociale dello Stato,

ciò allo scopo di assicurare una maggiore responsabilizzazione in capo all'autorità locale e di rafforzare il principio di democrazia, la cui essenza, come osserva autorevole dottrina, riguarda il contraddittorio che si esercita nel potere esecutivo grazie alla partecipazione al procedimento⁽⁴⁰⁾.

A queste considerazioni, infine, va aggiunto un ulteriore rilievo, che riguarda le possibili scelte distributive della funzione organizzativa e l'esigenza che il rapporto tra legge e potere esecutivo non sia troppo sbilanciato a favore della prima. Ipotizzando, come sostiene un certo indirizzo dottrinale, la condivisione della funzione organizzativa tra la fonte legislativa e potere esecutivo, si potrebbe sostenere che alla legge compete solo il compito di assicurare il minimo delle garanzie individuali, spettando invece al potere esecutivo la concreta realizzazione degli obiettivi economici e sociali⁽⁴¹⁾.

4. Concorrenza e regolazione "sociale"

Secondo la prospettiva accolta, che fa leva sul nesso funzionale che lega il servizio pubblico alla tutela dei diritti sociali, il baricentro della discussione giuridica dovrebbe spostarsi sul cittadino, inteso come persona e soggetto appartenente alla collettività sociale⁽⁴²⁾, e non come

fondata sul concetto di distribuzione ed efficienza sociale, E. FORSTHOFF, *Der Staat der Industriegesellschaft*, Munchen, 1971, p. 30 ss. Forsthoff non accoglie la definizione della Costituzione come sistema di valori, in adesione ad un'impostazione che lo porta a definire la Costituzione come « sistema di artifici tecnico-giuridici » volti al controllo del potere politico di fronte alle libertà individuali. Da qui la conclusione che lo Stato sociale trovi compiuta realizzazione non nella Costituzione, bensì sul piano della legislazione e dell'amministrazione, perché, come è stato evidenziato, un'eventuale disposizione costituzionale che tutelasse in modo assoluto un diritto sociale si tradurrebbe in un comando ineseguibile, necessitando la soddisfazione del diritto sociale comunque l'emanazione di un atto amministrativo: A. MANGIA, *L'ultimo Forsthoff*, cit., p. 171 ss., in part. p. 189.

(40) F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, cit., p. 25: « Nel mercato la libertà economica è regolata dal principio di eguaglianza per tutti i soggetti che intervengono nel mercato ».

(41) M. NIGRO, *Studi sulla funzione della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, p. 99 ss. Sottolinea l'importanza dell'elemento organizzativo, con specifico riferimento al settore degli interventi pubblici nel campo sociale ed economico, G. BERTI, *Il principio organizzativo del diritto pubblico*, Padova, 1986, in part. p. 12 ss, 76 ss., 124 e 149, dove si configura, entro la concezione della c.d. Amministrazione obiettivata, il passaggio dall'elemento personale all'ordinamento giuridico, inteso come « complesso organizzativo o normativo e perciò obbiettivo ».

(42) Costituzione, centralità dei diritti delle persone e Amministrazione in senso oggettivo sono i « punti cartesiani del discorso ». Il parametro dei diritti sociali viene individuato nella nozione di persona, che viene proposta come « l'unico centro unitario cui riferirsi », la

cittadino-suddito o cittadino-cliente servito in un mercato concorrenziale⁽⁴³⁾.

Anche sul piano della tutela giuridica del cittadino, si può notare una certa tensione tra forma e sostanza, come conferma la dialettica tra la nozione di cittadinanza legale e quella di cittadinanza sociale.

L'elaborazione della nozione di cittadinanza sociale, quale espressione del «grado di essenzialità di una certa libertà o diritto in relazione alla partecipazione del singolo alla vita democratica»⁽⁴⁴⁾, muove dall'analisi critica sul concetto di utenza; in particolare, dal rilievo circa la limitatezza dell'impostazione concettuale esclusivamente incentrata sul rapporto privatistico di utenza che, come si afferma, non riuscirebbe a cogliere il collegamento tra l'aspirazione ad accedere a prestazioni essenziali e la figura del cittadino, inteso come soggetto appartenente alla collettività sociale.

Il rapporto di utenza non rappresenta più il *discrimen* tra pubblico e privato, tra organizzazione e gestione, ma configura il centro di una fattispecie più complessa⁽⁴⁵⁾. Il rapporto di utenza si stacca dal piano esclusivamente privatistico e si trasforma in rapporto di cittadinanza, cioè in un rapporto che interessa la collettività nella sua interezza e non coinvolge singoli soggetti privati⁽⁴⁶⁾.

condizione per un nuovo «Umanesimo giuridico», in collegamento all'idea di una scienza giuridica al servizio della società e non del legislatore: G. PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in *Scritti in onore di V. Ottaviano*, I, Milano, 1993, p. 519.

⁽⁴³⁾ Come afferma Forsthoff, l'identificazione del cittadino con il «consumatore del servizio alla perfezione» implica la privazione del soggetto della sua personalità e il suo abbandono a meri meccanismi di approvvigionamento: E. FORSTHOFF, *Rechtsstaat im Wandel, verfassungsrechtliche Abhandlungen*, 1950-1964, Stuttgart, 1964, p. 153.

⁽⁴⁴⁾ Per un'attenta analisi della crisi del concetto di cittadinanza "legale", legata all'ingresso dei diritti sociali e alla crescente attenzione per i diritti umani, B. BOSCHETTI, *Diritti e rapporti nell'amministrazione per servizi*, Padova, 2007, p. 32 ss.; G. ARENA, *La democrazia dell'amministrazione ovvero "l'utente sovrano"*, in *Democrazia diritti Costituzione*, a cura di G. Gozzi, Bologna, 1997, p. 53 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Il controllo del cittadino sulla nuova Amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 269.

⁽⁴⁵⁾ Quella di utente è persa una nozione ambigua, in quanto espressione di due qualifiche tra loro contraddittorie, come quelle di acquirente di servizi «sul mercato» e di cittadino, titolare di «diritti sociali di cittadinanza»: G. NAPOLITANO, *Rapporto di utenza e servizi pubblici*, Padova, 2001, p. 568 ss.

⁽⁴⁶⁾ La discussione ruota intorno all'idea della protezione dell'utenza, che per alcuni consentirebbe di rifondare la teoria sui servizi pubblici, mentre per altri sottenderebbe una visione distorta dell'utente come soggetto debole. È nota la critica alla c.d. «retorica dell'utente» di G. NAPOLITANO (*Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, p. 164 ss.), critica rivolta in particolare ai contributi pubblicati nel volume *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, a cura di A. Corpaci, Bologna, 2003 e a quelli raccolti in *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, a cura di L. Ammannati, M.A. Cabiddu e P. De Carli, Milano, 2001; M. ROMAJOLI, *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale*, in *Dir. amm.*

Il rapporto di utenza si pone in collegamento funzionale con l'attuazione dei principi costituzionali di eguaglianza e solidarietà sociale e si arricchisce di nuovi contenuti, nella misura in cui ciò sia necessario per la soddisfazione di un bisogno essenziale del cittadino.

L'elemento che rende davvero peculiare il rapporto di utenza è l'accesso alle c.d. prestazioni «essenziali», che gode di tutela costituzionale, grazie al riconoscimento in capo ad ogni cittadino di un diritto, insieme individuale e collettivo, che preesiste al rapporto di utenza e riguarda il godimento dei servizi pubblici secondo standard uniformi su tutto il territorio nazionale ai sensi di quanto dispone l'art. 117, co. 2, lett. m), cost..

A rendere effettivo questo diritto del cittadino dovrebbe essere orientata l'imposizione dei c.d. obblighi di pubblico servizio a carico del gestore: a rigore, senza l'adempimento di questi obblighi, la corretta esecuzione del rapporto di utenza non sarebbe sufficiente per soddisfare il bisogno del cittadino ad accedere alle prestazioni essenziali⁽⁴⁷⁾.

Il richiamo a obblighi aggiuntivi rispetto a quelli derivanti dal rapporto di utenza, imposti dalla legge o dall'Amministrazione, rappresenta la base su cui costruire la moderna teoria dei servizi pubblici. Emerge, in tutta evidenza, l'«in sé» dell'attività di erogazione del servizio pubblico, rappresentato da «specifiche prestazioni soggette a obblighi di servizio pubblico»⁽⁴⁸⁾, vale a dire dalla parte «antieconomica» dell'attività relativa al c.d. Servizio universale⁽⁴⁹⁾.

2000, p. 383 ss. Inoltre, sul problema della c.d. ripubblicizzazione dei servizi pubblici e dei connessi profili, sia sostanziali, come l'assoggettamento dell'attività di servizio pubblico alle regole e principi dell'attività amministrativa, sia processuali come la previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo): cfr. A. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000 (epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 602 ss.; S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 579 ss.; F. MERUSI, *Giustizia amministrativa ed autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, p. 181 ss.; G. NAPOLITANO, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 677 ss.

⁽⁴⁷⁾ G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., p. 158-159.

⁽⁴⁸⁾ A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico. L'impresa di gestione di servizi pubblici locali*, Milano, 2001, p. 93 ss.

⁽⁴⁹⁾ U. ALLEGRETTI, *op. ult. cit.*, p. 125-126. In questo senso, D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 378. Sul tema del c.d. servizio universale, G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002; Id., *Il servizio universale*, in Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, *Annuario 2001*, p. 109 ss.; S. CASSESE, *La retorica del servizio universale*, in *Telecomunicazioni e servizio universale*, Milano, 1999, p. 91 ss. Un profilo discusso riguarda la somiglianza tra servizi pubblico e servizio universale, ammessa da taluni; cfr. M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.* 1998, p. 194 ss., e contestata da altro autorevole indirizzo, secondo il quale con il c.d. Servizio universale non si potrebbe riesumare la nozione di "servizio pubblico":

Il Servizio universale è un pilastro del diritto comunitario, che individua un elemento essenziale per la costruzione di un modello di «politica sociale», nel quale trovano sintesi valori diversi ma di uguale dignità, come la libertà economica da un lato e la solidarietà e l'eguaglianza sociale dall'altro.

Nell'immagine di un'«Europa di cittadini, di diritti e di valori», diversa da un'Europa di mercanti⁽⁵⁰⁾, si riflette la dialettica tra i valori economici, come la tutela della concorrenza, e i valori sociali, come la tutela dell'ambiente, la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni e l'alimentazione.

Significativo è il caso in cui l'erogazione del servizio pubblico si interseca con la tutela dei beni ambientali perché, secondo l'impostazione che si ricava dai principi comunitari, i beni ambientali non possono essere trattati come un "prodotto commerciale", ma devono essere considerati come un patrimonio da tutelare e utilizzare secondo criteri di solidarietà, «salvaguardando le aspettative e i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale»⁽⁵¹⁾.

Del pari, è significativo il riferimento alla nozione comunitaria «servizio di interesse economico generale»⁽⁵²⁾, che si ritiene meglio adatta a connotare un'attività diretta a soddisfare i bisogni provenienti dalla collettività sociale rispetto alla nozione interna di servizio pubblico locale di rilevanza economica: quest'ultima, a nostro avviso, sembra alludere ad un'organizzazione orientata alla produzione di un profitto e, di conseguenza, non pare utilizzabile per rappresentare settori, come l'idrico, nei quali non esista, quantomeno in potenza, una «redditività» e una «competizione sul mercato»⁽⁵³⁾.

Ma qual è il rapporto tra libertà economica e solidarietà sociale secondo il diritto comunitario? O meglio, come si riflette la dimensione della socialità sulla relazione tra concorrenza e regolazione?

Nell'epoca attuale, tutto sembra ruotare intorno ai valori della concor-

cfr. F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, *Annuario 2001*, p. 63 ss.

⁽⁵⁰⁾ Utilizza questa immagine G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 141.

⁽⁵¹⁾ Cfr. art. 144 d.lgs. n. 152/2006, c.d. Codice dell'ambiente, ed, inoltre, in tema di tariffa, l'art. 154 dello stesso d.lgs. 152, nel testo risultante dal referendum abrogativo svolto nel giugno 2011, che ha eliminato il riferimento al criterio della remunerazione del capitale.

⁽⁵²⁾ Per l'assimilazione tra nozione comunitaria e il concetto di servizio «di pubblica utilità» di cui alla l. n. 481/1995, D. SORACE, *I servizi "pubblici" economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio ed XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 1 ss.; Id., *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubb.*, 2002, p. 371 ss., in part. p. 419.

⁽⁵³⁾ Cfr. C. Cost. n. 325/2010 cit., *Considerando in diritto* 11.4 e sent. C. Cost. n. 187/2011 cit., *Considerando in diritto* 3.2. In ambito comunitario, cfr. Corte UE 18 giugno 1998, C-35/96, che ha individuato come caratteristiche specifiche della rilevanza economica l'immissione del servizio in un mercato, anche solo potenziale, e l'esercizio del servizio secondo un metodo economico, ispirato alla copertura dei costi mediante i ricavi.

renza e dell'economia e, *in ultimis*, all'individualismo. E l'evoluzione normativa avvenuta sotto l'influenza del diritto comunitario conferma la presenza di un *favor* generalizzato per la liberalizzazione delle attività di servizi. Lo confermano vari elementi, come ad esempio l'introduzione, nell'ordinamento giuridico, del principio della neutralità delle forme giuridiche e delle nozioni economiche di mercato rilevante e di concorrenza, nonché il crescente uso dello strumento delle autorizzazioni a contenuto vincolato e del regime dell'autorizzazione generale alla fornitura di reti e di servizi, come nel settore delle telecomunicazioni⁽⁵⁴⁾.

Appare tuttavia doveroso evidenziare che, per il diritto comunitario, la concorrenza non riveste un valore predominante rispetto alla coesione sociale: l'attività di erogazione del servizio pubblico non può ridursi a mera eccezione al mercato concorrenziale, né può rimanere assorbita nel concetto di concorrenza come qualsiasi altra attività imprenditoriale soggetta alle regole del libero mercato⁽⁵⁵⁾.

Il rispetto delle regole di mercato non è sufficiente a garantire la realizzazione dell'obiettivo retributivo che è proprio del modello di giustizia sociale: e proprio in vista dell'obiettivo della protezione del cittadino è indispensabile prevedere specifici obblighi di pubblico servizio.

Occorre pertanto una buona politica di regolazione sociale, che si avvalga di tecniche regolatorie adeguate al contesto moderno, caratterizzato da una fitta rete di intrecci tra pubblico e privato e dalla convivenza di misure tra loro eterogenee, alcune dettagliate e incisive ed altre basate su standard e principi⁽⁵⁶⁾.

La regolazione sociale non ha, come suo tratto distintivo, la realizzazione di un interesse pubblico «primario», come nel caso della classica funzione

(54) Sui problemi attinenti al rapporto tra potere pubblico e diritto di libertà economica, F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, cit., p. 58 ss.; M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000, p. 33 ss.; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 1996, p. 4 ss.; E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della legge 241/1990 e altri modelli di liberalizzazione*, Padova, 2001, p. 54 ss.

(55) Per questa tesi, a favore della definizione degli oneri di servizio universale come un «fattore correttivo di un contraddittorio imperfetto»: F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, cit., p. 63 ss.; Id., *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 314 e Id., *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000, p. 68; in senso conforme, S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in *Regolazione e concorrenza*, a cura di G. Tesaurò e M. Alberti, Bologna, 2000, dove si definisce la regolazione un «pallid substitutive of competition».

(56) Mentre si espande il diritto di origine privata, la nuova *lex mercatoria*, permangono le misure pubbliche di regolazione di settore che, insieme al diritto di origine privata, concorrono a formare il diritto globale dell'economia. Per un approfondimento sulla complessità del quadro regolatorio, M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008, p. 94 ss.

amministrativa a contenuto discrezionale, bensì la cura di un interesse «mediato» rivolto alla composizione tra valori di sistema e diritti dei privati, ovvero al semplice bilanciamento tra interessi privati contrapposti.

Peculiare è la funzione svolta, perché con la regolazione si perseguono risultati che il mercato non riesce ad assicurare e che sono raggiungibili solo mediante una adeguata disciplina del servizio universale e degli obblighi sociali del servizio pubblico, la c.d. «social regulation», laddove al contrario la normativa sulla concorrenza mira a correggere i risultati non desiderati del mercato, come ad esempio le situazioni di abuso di posizioni dominante. Da qui sorge il dubbio se sia possibile riconoscere prevalenza alla concorrenza, sin tanto da configurare la regolazione come una sorta di disciplina cedevole o di fase transitoria destinata ad esaurirsi nel tempo a favore della concorrenza⁽⁵⁷⁾.

Sembra escluderlo, a nostro avviso, la considerazione del compito fondamentale assegnato alla regolazione, che è quello della mediazione tra l'esigenza dell'efficienza economica e l'obiettivo della coesione sociale⁽⁵⁸⁾.

Abstract

The article explore the essentials of the historical evolution of the relationship between law and society, starting from some brief remarks on the model of the Social State of law, up to tackle the latest issues related to the phenomenon of globalization.

The second part of the work is developed about the concept of public service, which is an important example of the interconnections between public law and private law. In particular, it refers to the need, imposed by European Union law, to direct the research towards the identification of principles of administrative law and private law, in the belief that the reaffirmation of the principles and values represents a prime step, in ordine to improve good relations between levels of government and especially to recover the true meaning of the principle of legality.

Finally, we proceeded to examine the notion of social citizenship, non without developing critical remarks on the notion of users and on the thesis that recognizes the prevalence of the competition compared to the regulation, highlighting the nature and characters of «social regulation».

⁽⁵⁷⁾ *Contra*, S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, cit., p. 11 ss.; in senso conforme M. D'ALBERTI, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2001, p. 179, che condivide il *favor* per la «pro-competition stance» quale criterio che tutti i regolatori dovrebbero seguire.

⁽⁵⁸⁾ G. NAPOLITANO, *Rapporto di utenza e servizi pubblici*, cit., p. 568 ss.