



Università
Ca' Foscari
Venezia



UNIVERSITÉ PARIS 1
PANTHÉON SORBONNE

Corso di Dottorato di ricerca
in Diritto, Mercato e Persona
ciclo XXXI

Tesi di Ricerca
in cotutela con l'Università Panthéon Sorbonne Paris I

Il principio di separazione e la neutralità delle forme giuridiche

Le principe de séparation et la neutralité des formes juridiques

Studio italo-francese sui servizi di interesse economico generale
in porto

Etude franco-italienne des services portuaires d'intérêt
économique général

SSD: Ius 10

Coordinatore del Dottorato

Ch. Prof. Carmela Camardi

Supervisore

Ch. Prof. Luigi Benvenuti

Supervisore cotutela

Ch. Prof. David Capitant

Dottorando

Laura Miccoli 956237

Si ringrazia l'Ambasciata di Francia in Italia per il sostegno al presente lavoro di ricerca.



INTRODUZIONE	5
CAPITOLO I - I SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE: UNA NOZIONE CONTROVERSA.....	8
Premessa	8
Servizio pubblico e servizio di interesse generale a confronto.....	10
Il funzionalismo soggettivo: il concetto europeo di impresa	21
Il principio di neutralità delle forme e la nozione di impresa pubblica. Distinzione con l'organismo di diritto pubblico.....	30
Semantica dei servizi di interesse economico generale.	43
“Servizio”	46
“Interesse generale”	50
“Economico”	52
L'atto di incarico	55
Art. 106(2) TFUE: il principio di proporzionalità della deroga	57
L'articolo 106(2) TFUE del Trattato e la sua evoluzione interpretativa nella giurisprudenza comunitaria e negli orientamenti della Commissione	59
Il potere di vigilanza della Commissione europea.....	60
Evoluzione normativa e motivazioni storiche.....	63
La giurisprudenza comunitaria.....	73
Distinzione tra Servizi di interesse economico generale (SIEG), servizi di interesse (non economico) generale (SINEG) e servizi sociali di interesse generale (SSIG).....	75
Considerazioni finali.....	78
(Segue) Un'ultima conclusione : il nuovo sistema delle fonti, l'importanza del <i>droit souple</i> e le nuove tipologie di attori nello scenario concorrenziale.....	79
CAPITOLO II - I MODELLI DI GESTIONE PORTUALE ED IL PRINCIPIO DI SEPARAZIONE	86
I parte – Le tipologie di modelli portuali	86
Premessa	86
Evoluzione del quadro storico-normativo	86
I modelli di porto, profili amministrativi e funzioni.....	89
Utopia di un modello portuale europeo	100
Concorrenzialita' del sistema portuale italiano e francese a confronto	105
II parte - I servizi di interesse generale in porto: ordinamento italiano e francese a confronto	108
Premessa	108
Riforme portuali a confronto in Italia e in Francia	108
Il sistema di riforma portuale in Italia	110

Il sistema di riforma portuale in Francia	133
La definizione dei servizi di interesse generale in porto: Italia e Francia a confronto.....	143
CAPITOLO III - CASO DI STUDIO: LA SUBORDINAZIONE ITALIANA DEL MODELLO IN HOUSE	160
Premessa: il principio di libera amministrazione e di neutralità a confronto.....	160
Il quadro statistico di riferimento	164
Una breve premessa storica: le ragioni sottese alla normativa	168
Evoluzione diacronica delle norme.....	170
Lo statuto delle società a partecipazione pubblica: tra diritto pubblico e diritto privato	172
Composizione delle fonti in materia di società pubbliche.....	176
Ipotesi di classificazione unitaria del fenomeno	181
Premessa: alla ricerca della concorrenzialità perduta	185
Il fallimento delle società a partecipazione pubblica	185
L'evoluzione della fattispecie e la discussa nozione di ente pubblico	186
L'intervento dirimente del D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175	198
Prime interpretazioni giurisprudenziali della nuova normativa	201
(Segue) Il modello in house: mancata autonomia della ricostruzione tipologica	204
Possibili scenari futuri: il ricorso pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea	212
BIBLIOGRAFIA	217

INTRODUZIONE

I capitolo

Il primo capitolo mira a ricostruire la disciplina europea in materia di Servizi di interesse economico generale.

Nello specifico, le diversità nazionali nella gestione (e, prima ancora, nella definizione) dei servizi pubblici esigono la formulazione – a livello sovranazionale - di concetti fruibili in una dimensione teleologico-funzionale, creando così “definizioni orientate allo scopo”, capaci di trascendere i confini nazionali.

Tali definizioni interessano sia l’ambito soggettivo sia quello oggettivo.

L’emblema di tale metodologia è racchiuso nella nozione europea di “impresa”, che prescinde totalmente dallo status giuridico conferitole e dalle modalità di finanziamento, così come sarà approfonditamente illustrato nel corso del primo capitolo.

La stessa operazione di analisi semantica verrà puntualmente compiuta per la nozione di “servizio di interesse economico generale”, rivelando così – all’esito del percorso interpretativo – la commistione ineludibile del diritto con la scienza politica ed economica.

Illustrato, dunque, il quadro teorico di riferimento, risulterà doveroso interrogarsi in merito alla coercibilità-effettività di un siffatto sistema, che si può definire efficace nella misura in cui lo è il sistema sanzionatorio sottostante.

Nel prosieguo del capitolo, verrà pertanto analizzata l’evoluzione giurisprudenziale relativa all’ampiezza dei poteri coercitivi della Commissione. Si noterà come, pur volendo riscontrare una progressiva affermazione del ruolo della Istituzione Europea in materia, permane, tuttavia, una dimensione decisionale intangibile a favore degli Stati Membri, confermata dal dato normativo.

L’azione della Commissione si riduce, infatti, ad un sindacato di proporzionalità e all’individuazione del c.d. errore manifesto, talmente evidente da risultare incontrovertibile.

Fil rouge del I capitolo risulterà, dunque, il sempre maggior rilievo dato alle fonti di soft law, determinanti nella definizione di Servizio di Interesse Economico Generale (SIEG), e l’avvento del modello delle Autorità amministrative indipendenti a livello nazionale e sovranazionale.

II capitolo

Nel secondo capitolo verrà compiuta un’approfondita riflessione in merito all’individuazione degli equilibri tra il settore pubblico ed i privati nell’ ambito portuale, considerando le sollecitazioni cui i porti sono stati sottoposti a causa del processo di containerizzazione avvenuto negli anni Ottanta a livello mondiale.

Al fine di esemplificare le modalità gestorie astrattamente configurabili, sarà, pertanto, adottata la classificazione operata dalla Banca mondiale nel rapporto dedicato “*Port reform toolkit*”, elaborato nel 2015.

Nello specifico, come si osserverà, i modelli di *service* e *tool port* mirano principalmente alla realizzazione degli interessi pubblici e, pertanto, sono caratterizzati da una tipologia di governance di matrice statale o locale. In contrapposizione al paradigma appena descritto, la valorizzazione delle istanze degli *stakeholders* risulta, invece, essere preponderante nei porti completamente privatizzati.

In tale scenario, il modello di *porto landlord* dovrebbe rappresentare il bilanciamento ottimale tra le contrapposte esigenze. A conferma di tale assunto, va rilevato come attualmente, in Europa, tale modello risulti il più diffuso, a prescindere dalla mancata disciplina della materia nel Regolamento (UE) 2017/35.

Sebbene l’adozione di quest’ultimo modello sia condivisa dagli ordinamenti prescelti come termine comparativo dal presente lavoro, si osserverà come le differenze applicative riscontrate siano tutt’altro che trascurabili.

Le diverse applicazioni del “principio di separazione” nella governance portuale, così come concretamente realizzate nei singoli ordinamenti, consentiranno, infatti, di trarre interessanti conclusioni in merito alla rispondenza ai principi europei dei due sistemi portuali e alla natura giuridica delle Autorità portuali stesse.

Le differenze, tuttavia, non si arresteranno a tale primo dato: ancorché a fronte di una progressiva *liberalizzazione* in entrambi gli ordinamenti, questi si differenziano radicalmente in quanto a modalità di individuazione dei SIEG (ministeriale/giurisprudenziale), tendenze evolutive (accentramento /decentramento) e per quanto concerne i criteri di affidamento del servizio.

L’ultimo aspetto citato risulta di particolare interesse.

In Francia, come si osserverà, il principio cardine è la libera amministrazione, modello accentuato dal peculiare principio di separazione ivi adottato, ritenuto integrato dalla presenza di due soggetti ugualmente pubblici, riconducibili a diversi centri di controllo.

In Italia, invece, il ricorso al modello in house in ambito portuale risulta totalmente obliterato, eccettuato per alcune residue deroghe, destinate inevitabilmente a contrarsi.

III capitolo

Il terzo capitolo sarà dedicato, infine, ad indagare il rispetto da parte della normativa italiana in materia di società pubbliche del principio di neutralità, espresso a livello europeo dall’art. 345 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (TFUE), e del principio di libera amministrazione.

Infatti, l'ordinamento italiano dimostra (non esclusivamente in ambito portuale) un evidente *favor* nei confronti dell'esternalizzazione, consentendo il ricordo al modulo di autoproduzione – in house - esclusivamente quale *extrema ratio*.

Pertanto, l'obiettivo dell'ultimo capitolo si concreterà nella verifica della coerenza di una siffatta impostazione con i canoni interpretativi europei.

Preliminarmente, si ricostruirà il quadro normativo d'interesse, osservando l'alternarsi – ricostruito in fasi diacroniche – della ritenuta prevalenza delle disposizioni di diritto comune o di diritto speciale nei confronti delle società pubbliche.

Particolare attenzione verrà dimostrata al dialogo, costante e talvolta impervio, tra giurisprudenza e legislatore.

In tal senso, il T.U. 175/16, ultimo tassello del percorso evolutivo in materia, ha rappresentato un ulteriore passo nel processo di equiparazione della disciplina applicabile alle società, siano esse a controllo pubblico o di diritto comune.

Se, nel I capitolo, l'attenzione è stata posta sulla riduzione delle c.d. “riserve di attività” tramite l'analisi dell'art. 106 TFUE, specularmente, in tale sede, sarà affrontata l'uscita dal mercato, con l'analisi della disciplina fallimentare delle società pubbliche.

L'indagine in merito alla fallibilità di tali società, inoltre, sarà l'occasione per formulare alcune riflessioni riguardanti la possibile sussunzione delle società a partecipazione pubblica in un modello tipologico unitario.

Anche in tale ambito, saranno valorizzate le tesi funzionaliste, di stampo europeistico.

In conclusione, si riterrà superata l'alternativa tra libera amministrazione e divieto di ricorso all'affidamento in house, in favore della consapevolezza della necessaria applicazione congiunta – possibile in entrambe le eventualità - del principio di neutralità e di separazione.

CAPITOLO I - I SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE: UNA NOZIONE CONTROVERSA

Premessa

La normativa in materia di *servizi di interesse generale* prevede una suddivisione netta tra servizi economici e *non* economici, e, all'interno di questi ultimi, si individua un'ulteriore categoria, i c.d. *servizi sociali*.

Negli ultimi anni, si è assistito ad una profonda innovazione nella normativa in materia di servizi *economici* di interesse generale: progressivamente, infatti, sono stati abbandonati i modelli gestori di tipo monopolistico-amministrativo o, comunque, limitativi del diritto della concorrenza, in favore di una vera e propria liberalizzazione¹.

Si è privilegiato il ricorso al metodo concorrenziale poiché è stato ritenuto² che lo stesso costituisca lo strumento maggiormente efficace per il soddisfacimento degli interessi della collettività.

¹ In realtà, si deve segnalare sin dall'inizio del presente lavoro la tendenza europea, di segno opposto, che tende a valorizzare maggiormente la libera scelta delle Pubbliche Amministrazioni in materia.

Si veda, ad esempio, il considerando n. 5 della Direttiva 2014/24/UE, laddove chiarisce che “*nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva*”.

Riveste interesse la recente sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 18 luglio 2017, n. 3554 :“*Stante l’abrogazione referendaria dell’art. 23-bis d.l. n. 112/2008 e la declaratoria di incostituzionalità dell’art. 4 d.l. n. 238/2011 (...) è venuto meno il principio, con tali disposizioni perseguito, della eccezionalità del modello in house per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica; ancora, con l’art. 34 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 197, sono venute meno le ulteriori limitazioni all’affidamento in house, contenute nell’art. 4, comma 8 del predetto d.l. n. 238 del 2011. Più di recente, la giurisprudenza ha non solo ribadito la natura ordinaria e non eccezionale dell’affidamento in house, ricorrendone i presupposti, ma ha pure rilevato come la relativa decisione dell’amministrazione, ove motivata, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salva l’ipotesi di macroscopico travisamento dei fatti o di illogicità manifesta*”.

L’argomento sarà oggetto di approfondita riflessione nel III capitolo del presente lavoro.

² GAUDEMET Y., *Regolazione e servizi pubblici: l’esperienza continentale* in G. TESAURO, M. D’ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, Il mulino, 2000, p. 51.

Al contrario, la normativa per i servizi non economici ha mantenuto, con maggiore frequenza, la possibilità di gestione diretta amministrativa.

Allo stato attuale, dunque, per quanto concerne i servizi *economici* di interesse generale non sembrerebbero esservi distinzioni rispetto al regime applicabile agli altri servizi, c.d. *ordinari o di interesse particolare*, il cui soddisfacimento, parimenti, avviene in regime concorrenziale.

In realtà, l'art. 106 TFUE ribadisce la specialità della materia, consentendo – se sussistono determinati presupposti – l'applicazione di un regime derogatorio.

Infatti, sin d'ora è possibile precisare come tale previsione eccezionale (da interpretarsi restrittivamente³) possa essere invocata *esclusivamente* in virtù del raggiungimento di un obiettivo di pubblico interesse, in ossequio ai principi di necessità e proporzionalità.

Nel corso del presente capitolo si cercherà di comprendere se siano mutati effettivamente⁴ gli equilibri che accompagnano il necessario bilanciamento, sotteso alla materia dei servizi di interesse economico generali, tra istanze puramente pro-concorrenziali e mantenimento degli standard qualitativi in favore dei singoli.

La parte introduttiva di questo capitolo sarà, dunque, necessariamente dedicata alla definizione dei “contorni” della nozione di SIEG, non limitandosi al mero dato normativo, ma prendendo altresì in considerazione le riflessioni di origine giurisprudenziale effettuate in materia.

³ In materia, *ex multis*: Corte di Giustizia: 127/73, BRT II, 22 marzo 1974, EU: C: 1974: 25, 19-C-242/95, GT-Link, 17 luglio 1997, EU: C: 1997: 376, 50-T-260/94, Air Inter / Commissione, 19 giugno 1997, EU: T: 1997: 89, 135-C-159/94, Commissione / Francia, 23 ottobre 1997, EU: C: 1997: 500, 53 Capitolo 461368 C-157/94, Commissione / Paesi Bassi, 23 ottobre 1997, EU: C: 1997: 499, 37- C-340/99, TNT Traco, 17 maggio 2001, EU: C: 2001: 281, 56.

L'applicazione dell'articolo 106, paragrafo 2, del TFUE non è lasciata alla discrezionalità dello Stato membro che ha affidato ad un'impresa la gestione di un servizio di interesse economico generale. - 41/83, Italia / Commissione, 20 marzo 1985, EU: C: 1985: 120, 30-T-260/94, Air Inter / Commissione, 19 giugno 1997, EU: T: 1997: 89, 135-T-128/98, AéroportsdeParis / Commission, 12 December 2000, EU: T: 2000: 290, 227.

⁴ In particolar modo in seguito al trattato di Lisbona, come si vedrà nel paragrafo “*L'art. 106 TFUE del trattato e la sua evoluzione interpretativa nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*”.

La terminologia “*Servizio di Interesse Economico Generale*” (“SIEG”) ha una chiara origine comunitaria⁵.

⁵ ALEXIS A., “*Compensation of charges of a service of general economic interest : The CFI holds that a company operating in the field of public services is not necessarily entrusted with public service obligations within the meaning of Community legislation (TV2Denmark)*”, *Concurrences*, 2004, pp. 83-84; BARTON R., “*Social services of general interest: the case for greater harmonization of the competition and public procurement rules*”, *European Law Review*, 2012, pp. 584-604; BOVIS C., “*How should services of general interest be financed: Does the relation between state aids and market forces reveal a link with Public Private Partnerships ?*”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2007, pp. 153-174; BRACQ S., “*Quelles bases juridiques pour la régulation des services d'intérêt économique général?*”, *RTD eur*, 2011, n. 3, p. 517; MUNOZ DE JUAN M., “*Some Legal Reflections on the Almunia Package*”, *European State Aid Law Quarterly*, 2012, n. 2, pp. 63-81; COPPI L., “*SGEI Compensation in the Almunia Package - An Economics View*”, *European State Aid Law Quarterly*, 2012, n. 2, pp. 37-50; FIEDZIUK N.A., “*Services of General Economic Interest and the Treaty of Lisbon: opening doors to a whole new approach or maintaining the 'status quo'* ”, *European Law Review*, 2011, pp. 226-242; GERADIN D., “*Public Compensation for Services of General Economic Interest: An Analysis of the 2011 European Commission Framework*”, *European State Aid Law Quarterly* 2012, n. 2, pp. 51-62; GOSSET-GRAINVILLE A., “*The EC Commission adopts a new Transparence Directive aimed at clarifying compensations of costs of service of general economic interest*”, in *Concurrences*, 2005, n. 3, pp. 138-139; HATZOPOULOS V., “*Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*”, *Common Market Law Review*, 2008, n. 1, pp. 279-282; KAMARIS G., “*The reform of EU state aid rules for services of general economic interest in times of austerity*”, *European Competition Law Review*, 2012, pp. 55-60; KARAYIGIT M., “*Under the triangle rules of competition, State aid and public procurement: public undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest*”, *European Competition Law Review*, 2009, pp. 542-564; KOHLER M., “*New Trends Concerning the Application of the Private Investor Test*”, *European State Aid Law Quarterly*, 2011, n. 1, pp. 21-33; LAVRIJSEN S., “*What role for national competition authorities in protecting non-competition interests after Lisbon ?*”, *European Law Review*, 2010, pp. 636-659; LYNSKEY O., “*The Application of Article 86(2) EC to Measures Which do Not Fulfil the Altmark Criteria; Institutionalising Incoherence in the Legal Framework Governing State Compensation of Public Service Obligations*”, *World Competition*, 2007, n.1, pp. 153-168; MEROLA M., UBALDI T., “*The 2011 Almunia Package and the Challenges Ahead: Are the New Rules Flexible Enough to Fit the Wide Variety of SGEI ?*”,

A sostegno di tale affermazione, sia nell'ordinamento italiano, sia nell'ordinamento francese non viene utilizzato il termine in questione fino ad un momento storico relativamente recente.

In Francia, la concettualizzazione della nozione di "interesse generale" risale al 18esimo secolo⁶.

European State Aid Law Quarterly, 2012, n. 2, pp. 17-35; ODUDU O., "Are state owned healthcare providers that are funded by general taxation undertakings subject to competition law?", *European Competition Law Review*, 2011, pp. 231-241; RIGHINI E., "The Reform of the State Aid Rules on Financing of Public Services", *European State Aid Law Quarterly*, 2012, n. 2, pp. 3-16; RODRIGUES S., "Services of General Economic Interest: EC Report on the evaluation of the performance of network industries providing SGEI", *Concurrences*, 2006, n. 1, pp. 202-203; ibidem, "Services of general (economic) interest: The European Commission publishes a Guide concerning the application to services of general economic interest, notably to social services of general interest, of the European Union rules", *Concurrences*, 2011, n. 1, pp. 213-214; ibidem, "SGEI: The GCEU tackles the sensitive issue of using the EU concept of service of general economic interest to qualify the broadcasting public service (M6 and TFI)", *Concurrences*, 2010, n. 4, pp. 226-228; ibidem, "Vers un nouveau droit européen des services d'intérêt (économique) général?", *Concurrences*, 2011, n. 4, pp. 1-28; RODRIGUES S., LOUIS J.V., "Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne", *Concurrences*, 2007, n. 2, p. 220; ROSS M., "A healthy approach to services of general economic interest? The BUPA judgment of the Court of First Instance", *European Law Review*, 2009, pp. 127-140; ibidem, "Promoting solidarity: From public services to a European model of competition?", *Common Market Law Review*, 2007, n. 4, pp. 1057-1080; SIBONY A., "Incremental costs: The Paris Court of appeal rules that notions of incremental costs and stand alone costs have no meaning in the case of an undertaking operating a service of general economic interest (Vedettes inter-îles vendéennes)", *Concurrences*, 2009, n. 3, pp. 88-91; SINNAEVE A., "The Report and Communication on Services of General Economic Interest: Stocktaking and Outlook for Reform", *European State Aid Law Quarterly*, 2011, n. 2, pp. 211-223; ibidem, "What's New in SGEI in 2012? An Overview of the Commission's SGEI Package", *European State Aid Law Quarterly*, 2012, n. 2, pp. 347-367; SZYDLO M., "The Limits of Competition Law. Markets and Public Services", *Common Market Law Review*, 2008, n. 3, pp. 917-919; VAN DE GRONDEN J., "State aid, services of general economic interest and universal service in healthcare", *European Competition Law Review*, 2011, pp. 615-620.

⁶ E' necessario sottolineare come, all'epoca, l'interesse generale coincidesse con l'interesse comune, l'interesse della nazione o la c.d. volontà generale.

Tuttavia la necessità di confrontare la nozione di “*servizio di interesse generale*”, di origine europea, con quella di “*servizio pubblico*”, così come elaborata nei singoli ordinamenti, è emersa esclusivamente di recente.

A tal proposito, risulta particolarmente significativa la relazione del Consiglio di Stato francese del 1994⁷ relativa ai servizi pubblici.

In tale documento, infatti, veniva sottolineato come: “*L’Europe n’instruit pas le procès du ou des services publics, elle fait pire; elle ignore largement la notion de service public et l’existence des services publics*”. Sottolineando così la profonda divergenza tra i due concetti⁸.

Nell’ordinamento italiano, invece, la contrapposizione tra i due termini non è mai stata ugualmente netta: il termine SIEG, infatti, è stata utilizzato per la prima volta già nell’art. 8 della legge n. 287 del 1990 contenente le “*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*”. Attualmente tale lessico risulta sempre più frequente⁹.

In tal senso, *Réflexions sur l’intérêt général - Rapport public 1999 del Conseil d’État*, <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes-annuelles/reflexions-sur-l-interet-general-rapport-public-1999>, 30 novembre 1998: Il controllo giurisdizionale “*est aussi particulièrement attentif à garantir une conciliation rigoureuse entre les droits des individus et les exigences de l’intérêt général, afin que celui-ci ne puisse jamais apparaître comme un alibi à la raison d’État*”

Nello specifico, tale rapporto distingue due nozioni di interesse generale:

- “*La notion utilitariste de l’intérêt général liée à une certaine méfiance vis-à-vis de l’État et considérant que l’intérêt général ou l’intérêt commun est constitué de la somme des intérêts particuliers.*
- *La notion volontariste pour laquelle l’intérêt général dépasse les intérêts particuliers et légitime le rôle de l’État poursuivant des objectifs s’imposant à tous au-delà d’intérêts particuliers*”.

Attualmente questa dicotomia è superata, in favore di politiche statuali che appaiono privilegiare le “*parties prenantes*”, ossia la partecipazione dei c.d. *stakeholders* nelle varie legislazioni di settore.

⁷ C.E., *Service public, services publics: déclin ou renouveau?*, EDCE, 1994, n. 46, p. 38.

⁸ MARCOU G., “*Maintenir l’expression et la notion de “service public”*”, AJDA, 2008, p. 833; LOMBARD M., “*Mot et valeurs du service public*”, AJDA, 2008, p. 1225.

⁹ Si segnala il tentativo di unire le due espressioni, effettuato nell’ordinamento italiano, tramite lo Schema di decreto legislativo “*Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale*”, <https://www.camera.it/leg17/682?atto=308&tipoAtto=Atto&leg=17&tab=3>.

Del resto, la stessa Corte costituzionale¹⁰ ha confermato il contenuto omologo dei due termini in più occasioni.

Nonostante ciò, permane la tradizione giuridica legata al concetto di “*servizio pubblico*”, attorno alla quale, in passato, si è sviluppata la nota divisione concettuale tra prospettiva soggettiva e oggettiva¹¹.

Particolarmente foriera di controversie¹² è stata la qualificazione del termine “*pubblico*” che la scienza amministrativa ha definito “*tra quelle più tormentate*”¹³.

Una pronuncia di incostituzionalità (Sentenza n. 251/2016), relativa invero a diverse disposizioni contenute nella c.d. “Delega Madia” (L. 124/2015), ha prodotto un’interruzione di questo processo.

Nello specifico è stata riscontrata una violazione del “principio di leale collaborazione” poiché nel processo di formazione del decreto legge non sono state adeguatamente coinvolte le Regioni, titolari di competenze residuali e concorrenti in materia.

La procedura prevista nella delega per l’adozione dei relativi decreti attuativi, infatti, richiedeva che questi fossero adottati previa acquisizione del parere reso in sede di Conferenza unificata, anziché previa mera intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni, com’è accaduto.

¹⁰ Cort. Cost., 24 novembre 2010, n. 325/2010; conf. Cort. Cost., 27 luglio 2004, n.272/2004.

¹¹ Cfr. PIRAS P., “*I servizi pubblici tra efficienza e fini sociali*”, *Dir. amm.*, 1996; CAIA G., “*Organizzazione dei servizi pubblici locali, regime e caratteristiche*”, *Foro amm.*, 1991, p. 3167; CATTANEO S., voce “*Servizi pubblici*”, *Enc. Dir.*, vol. XLII, Milano, Giuffrè, 1990, p. 355.; MARINO I.M., *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1987.

¹² Cfr. CIRIELLO P., voce “*Servizi pubblici*”, *Enc. Dir. Treccani*, vol. XXVIII, Roma, 1990; GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993; PAJNO A., “*Servizi pubblici e tutela giurisdizionale*”, *Dir. amm.*, 1995, p. 551; VILLATA R., “*Pubblica amministrazione e servizi pubblici*”, *Dir. amm.*, 2003, p. 493; ibidem, *Pubblici servizi*, Giuffrè, Milano, 2006; MERUSI F., “*La nuova disciplina dei servizi pubblici*”, *Ass. prof. dir. amm.*, “*Ann. 2001*”, Milano, 2002, p. 63; CAIA G., “*La disciplina dei servizi pubblici*”, MAZZAROLLI L. e altri (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998; SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2000; MONTEDORO G., “*Servizi pubblici e riparto di giurisdizione dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale*”, *Dir. proc. amm.*, 2005.

¹³ BENVENUTI F., “*Appunti di diritto amministrativo*”, IV ed., Padova, 1959, p. 202, il quale afferma che la nozione di servizio pubblico rappresenta “*una espressione priva di valore giuridico esatto e che è mutuata dalla scienza economica*”.

Una parte degli interpreti¹⁴, infatti, ha ritenuto prevalente l'aspetto *soggettivo* (o giuridico-amministrativo) della suddetta nozione, rimarcando l'importanza della natura giuridica del soggetto titolare della gestione del servizio.

Un diverso orientamento¹⁵ ha, invece, posto in evidenza la natura della prestazione del servizio, valorizzando in tal modo il dato *oggettivo* (o politico-economico)¹⁶.

In Francia è stato riproposta il medesimo dibattito ad opera di una raffinata dottrina¹⁷.

Com'è noto, in Europa i modelli gestori dei SIEG sono riconducibili a due macrocategorie, seppure con alcune caratteristiche eterogenee.

¹⁴ DE VALLES V.; ORLANDO V.E. (a cura di), *“I servizi pubblici” in Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1923; ORLANDO V.E., *“Introduzione al diritto amministrativo”*, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Milano 1900-1973, p. 58 e ss; NAPOLITANO G., *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001, p. 116

¹⁵ Per la sua accezione in senso oggettivo si rinvia, in particolare, a POTOTSCHNIG U., *I pubblici servizi*, Padova, 1964, il quale sottolinea come *“il carattere pubblico del servizio non deriverebbe dalla natura del soggetto che lo esercita o al quale è riferibile, quanto piuttosto dalla natura dell'attività e dalla capacità di corrispondere ad un interesse generale”*.

In altri, termini, anche ai sensi dell'art. 43 Cost. il carattere “ pubblico” è una qualità che prescinde dalle modalità di assunzione del servizio. Ancora, GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950. Per ulteriori riferimenti bibliografici: VILLATA R., *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2006, pp. 1-48.

¹⁶ Cfr. FOIS S., *“Servizi e interessi tra privatizzazioni e regolazione pubblica”*, *Dir. e soc.*, 2000, p. 27.

¹⁷ cfr. M. MILET, *Jèze Gaston*, in *Dictionnaire historique des juristes français. XIIe-XXe siècle*, a cura di P. Arabeyre, J.-L. Halpérin e J. Krynen, Paris, PUF, 2007, p. 425 e ss.; (62)

M.-C. MEININGER, *Service public, service du public*, in *A propos de l'administration française*, a cura di F. Gallouédec-Genuys, Paris, *La documentation française*, 1998, p. 95 e ss.; M. LOMBARD, *L'avenir du service public au service du public*, in *L'idée de service public est-elle soutenable?*, cit., p. 247 e ss.; M. VOISSET, *La reconnaissance, en France, d'un droit des citoyens à la qualité dans les services publics*, in « *Revue française de droit administratif* », 15 (1999), p. 743 e ss.; M. LONG, *Service public et réalités économiques du XIXe siècle au droit communautaire*, in « *Revue française de droit administratif* », 18 (2002), p. 1161 e ss.; O. DEBOUZY, *Service public = service du public*, in « *La Semaine Juridique — Administrations et collectivités territoriales* », 1 (2002), p. 1253.

È possibile distinguere, in particolare, la concezione elaborata nei “*northen States*” (Germania, Regno Unito) da quella teorizzata nei “*romanist States*” (Spagna, Italia, Belgio, Francia, Lussemburgo, Portogallo, Grecia)¹⁸.

Il primo gruppo di Stati poc’anzi ricordato ha organizzato tale tipologia di servizi ispirandosi alla dottrina tedesca dell’ordoliberalismo¹⁹.

Secondo gli esponenti di siffatta dottrina, l’intervento pubblico nell’economia deve limitarsi alle ipotesi in cui è necessario evitare la concentrazione del potere economico, come accade, ad esempio, per i mercati in regime di monopolio oppure ove sussistono cartelli anticoncorrenziali.

La normativa espressione di tale modello, tendenzialmente, verrà strutturata come riconoscimento in capo ai *consumatori* di determinati diritti e, di conseguenza, verranno introdotte previsioni che mirino a prevenire ogni forma di discriminazione tra utenti.

¹⁸ BELLOUBET-FRIER N., “*Les différentes conceptions du service public dans les pays de l’Union européenne*”, in H. PAULIAT (a cura di), “*L’avenir des missions de service public en Europe*”, PULIM, 1999; LE MESTRE R., “*La notion de service public dans les systèmes juridiques des étas membres de l’Union européenne*”, L’Harmattan, 2001; TRIANTAFYLLOU D., “*Les mutations de la notion de service public en droit comparé*”, in KOVAR R., SIMMON D. (a cura di), “*Service public et Communauté européenne: entre l’intérêt circonfléssat général et le marché*”, in *La Documentation française*, 1998, t. I, p. 33.

¹⁹ L’ordoliberalismo è una scuola di pensiero che ha origine in Germania tra le due Guerre mondiali.

Secondo la definizione formulata da P. Behrens (Cfr. BEHRENS P., *The Ordoliberal Concept of ‘Abuse’ of a Dominant Position and its Impact on Article 102 TFEU*, <https://papers.ssrn.com/>), un mercato concorrenziale è “*un sistema di pianificazione economica decentrato fondato sulla libertà economica dell’individuo tutelata dallo stesso ordinamento giuridico a livello privatistico commerciale*”. Il ruolo ricoperto dal diritto della concorrenza è “*di proteggere la concorrenza in quanto sistema all’interno del quale gli individui sono liberi di adottare le proprie scelte*”. L’ordoliberalismo si è impostato come come linea mediana tra i paesi di tradizione socialista e quelli liberali.

Se da un lato la concorrenza è intesa come “*espressione delle libertà economiche individuali*” (fr. SCHWEITZER H., “*The History, Interpretation and Underlying Principles of Section 2 Sherman Act and Article 82 EC*”, in EHLERMANN C, MARQUIS M. (a cura di), *European Competition Law Annual 2007: A reformed approach to Article 82 EC*, Oxford, Hart, 2008, pp. 119-164), dall’altro, l’intervento statale nell’economia non è affatto escluso poiché la disciplina antitrust rappresenta le “*regole del gioco*” (BEHRENS P., *op. cit.*, p.12).

Al contrario, i c.d. *romanist States* hanno adottato un concetto giuridico “*forte*” di servizio pubblico.

Al riconoscimento di tale categoria giuridica si ricollega, infatti, l'applicazione di una vera e propria disciplina di diritto sostanziale.

Infatti, in tali Stati è stato elaborato uno status normativo *autonomo* in ragione degli obblighi che l'ordinamento pone in capo al concessionario.

In tal caso, pertanto, saranno i *gestori del servizio pubblico* ad essere destinatari della normativa in materia che si concretizzerà nella definizione di impegni ed oneri a loro carico, al fine di garantire la continuità, regolarità, universalità del servizio in questione.

L'esempio paradigmatico di tale sistema, fortemente strutturato, è l'ordinamento francese.

In Francia la dottrina più accorta giunge a definire il servizio pubblico quale “*pierre angulaire*” del diritto amministrativo²⁰.

Secondo Duguit²¹ (teorico della dottrina del servizio pubblico, il cui pensiero viene ripreso ed elaborato dalla Scuola di Bourdeau²²) “*lo Stato ... è una cooperazione di servizi pubblici organizzati e controllati dai governanti*”.

La concezione di Duguit si spinge oltre, fino a formulare un meta-concetto di diritto pubblico di carattere sociologico-politico: “*I governanti devono essere servitori dei governati, ossia questi sono obbligati a creare, organizzare, assicurare tutti i servizi indispensabili per realizzare i sistemi dei bisogni, ossia lo sviluppo del del sistema di solidarietà sociale*”²³.

Dello stesso orientamento altresì BONNARD “*lo Stato non è altro che un insieme di servizi pubblici*”, oltre che “*un droit de puissance*”²⁴.

²⁰ Sul concetto di servizio pubblico in Francia Cfr. GEFROY J.B., “*Service public et prérogatives de puissance publique. Réflexions sur le déboires d'un couple célèbre*”, in *Rev. Dir. Pub.*, 1987, p. 49; BRAIBANT G., STIRN B., *Le droit administratif français*, IV ed Paris, 1997; CHEVALLIER J., “*Le service public*”, *Presse universitaires de France*, Paris, 1997.

²¹ DUGUIT L., *De la situation des particuliers à l'égard des services publics*, *RD publ.*, 1907, pp. 411-437.

²² MELLERAY V. F., “*Ecole de Bourdeaux, école du service public et école duguiste*”, *RD public*, 2001, p. 1887.

²³ DUGUIT L., *Souveraineté et liberté: leçon faites à l'Université Columbia (New York) en 1920-1921*, Paris, Félix Alcan, 1922, p. 16.

²⁴Cfr. anche CHEVALLIER J., *op.cit.*

Nonostante la crisi del Welfare State, permane in Francia l'identificazione dello Stato quale erogatore di pubblici servizi quale mito, simbolo dell'identità nazionale e della coesione sociale²⁵.

Potremmo, privilegiando una particolare visuale in accordo con gli Autori poc'anzi esaminati, definire il diritto amministrativo francese come il *diritto dei servizi pubblici*²⁶.

Invero, il riconoscimento delle caratteristiche proprie di un servizio pubblico costituisce il criterio della competenza del giudice amministrativo (*“le régime exorbitant du droit commun”*) in rapporto a quella del giudice ordinario.

Il caso Blanco²⁷, nello specifico, ha costituito la prima volta in cui, ai fini del riparto della giurisdizione tra giudice amministrativo e *juge judiciaire*, vi è stata una significativa distinzione tra attività di servizio pubblico e attività amministrative non costituite in servizio pubblico.

La teoria poc'anzi analizzata è stata ridimensionata: il mito fondativo del diritto amministrativo, quale diritto dei servizi pubblici, ha mostrato le sue fallacità concettuali²⁸.

Progressivamente, infatti, come si è ricordato sin dall'inizio della trattazione, si è applicata la disciplina di stampo privatistico ai c.d. *servizi a contenuto economico* (*services*

²⁵Cfr. CE, *“Service public, services publics, déclin ou renouveau”*, *Rapporto CE*, 1994; RAINAUD J.M., *La crise du service public français*, Paris, Puf, 1999; CHEVALIER J.M., EKLAND I.; FRISON- ROCHE M.A. (a cura di), *L'idée de service public est-elle encore soutenable?*, Paris, Puf, 1999; DONIER V., *“Les lois du service public: entre tradition et modernité”*, RFDA, 2006, p. 1219.

²⁶ JÈZE V. G., *“Les principes généraux du droit administratif, I”*, *La technique juridique du droit public français*, 3 éd., Paris, Giard, 1925, p. gennaio o, ancora, MELLERAY V. F. *L'exorbitance du droit administratif en question*, Paris, LGDJ, Faculté de droit de Poitiers, 2004; DE LAUBADÈRE A., *Réflexions sur la crise du droit administratif français*, D. 1952, Chronique, p. 5899.

²⁷ Caso Blanco, 8 febbraio 1873) *Responsabilité : principes généraux* – Roland Drago – mai 2004, in 2 - Réalité du régime spécial lorsque la juridiction administrative est compétente - *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique* in Dalloz <https://www-dalloz-fr.bcujas-ezp.univ-paris1.fr>; *Les mythes fondateurs du droit administratif in RFDA* / Grégoire Bigot — RFDA 2000. 527 — 9 mai 2000 ; Dualité de juridictions et unité de l'ordre juridique in RFDA / René Chapus — RFDA 1990. 739 — 10 septembre 1990.

²⁸ EISENMANN C., *Cours de droit administratif*, LGDJ, vol. I, 2013, pp. 15-152 e 526-763 o, ancora, BIGOT G., *Les Mythes fondateurs du droit administratif*, RFDA, 2000, pp. 527-536; IDEM, *Les faillites conceptuelles de la notion de service public en droit administratif*, RFDA 2008, 1-7.

publics industriels ou commerciaux) riducendo le conseguenze pratiche derivanti dal riconoscimento della sussistenza di un servizio pubblico²⁹.

Analizzando la medesima problematica dal punto di vista della gerarchia delle fonti, esclusivamente in Italia, Spagna e Portogallo³⁰ vi è una consacrazione *funzionale*, ad opera della Carta costituzionale, del concetto di servizio pubblico.

La valorizzazione costituzionale dell'iniziativa pubblica nell'attività economica dovrebbe comportare la possibilità di riservare - in maniera *significativa*- lo svolgimento dei servizi pubblici essenziali allo Stato, riducendo od escludendo del tutto la libera iniziativa privata in determinati settori.

Effettuata questa breve premessa per rappresentare l'eterogeneità della situazione europea³¹, ben si comprende la scelta del legislatore comunitario di rifuggire la nozione di "servizio pubblico", così differente nei vari Stati membri, adottando l'espressione "SIEG" che, *prima facie*, sembrerebbe risolvere le dispute terminologiche³².

La stessa Commissione sottolinea tale esigenza : "*(the) terminological differences, semantic confusion and different traditions in the Member States have led to many misunderstandings in the discussion at European level. In the Member States different terms and definitions are used in the context of services of general interest thus reflecting different historical, economic, cultural and political developments. Community terminology tries to take account of these differences*"³³.

²⁹ Già a partire *dall'arrêt* Banc d'Eloka (Tribunal des conflits, du 22 janvier 1921, 00706, raccolta Lebon, reperibile all'indirizzo <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007607592>), con conseguente riduzione dell'area dei servizi pubblici idonei ad instaurare la giurisdizione del giudice amministrativo.

³⁰ Art. 43, Costituzione italiana, art. 128-2, Costituzione spagnola, e art. 82 Costituzione portoghese.

³¹ Cfr. GOZI S., *Prospettive dei servizi pubblici nell'Unione Europea*, Bologna, 1998.

³² Cfr. TELESE G., "*Servizio di interesse economico generale e servizio universale nella giurisprudenza e nella normativa comunitaria*", in *Jus*, 1999, p. 947.; MALARET GARCIA E., "*Public services, Public Functions and Guarantees of the Rights of Citizens: Unchanging Needs in a Changed Context*", *Public Services and Citizenship in European Law*, Clarendon Press, Oxford, 1998.

³³ Cfr. Libro Verde su "I servizi di interesse generale" del 2003 (Com(2003)270 final del 21 maggio 2003).

Grazie alle interpretazioni elaborate dalla giurisprudenza comunitaria³⁴ e dalla Commissione europea³⁵, tuttavia, emerge con chiarezza come la nozione comunitaria di SIEG e quella elaborata a livello nazionale di servizio pubblico di rilevanza economica – in realtà – perseguano finalità omologhe³⁶.

Invero, anche la nozione di SIEG non si è sottratta a vivaci dibattiti dottrinari.

Sin dalle prime pronunce sull'interpretazione dell'art. 106(2) TFUE sono, infatti, risultate evidenti le difficoltà nell'individuazione di criteri generali di identificazione dei SIEG.

Tali dispute dottrinali non si risolvono in mere speculazioni terminologiche, comportando, in realtà, mutamenti di disciplina dal punto di vista sostanziale.

Innanzitutto, anche il riconoscimento della qualità di servizio di interesse generale di natura economica postula per la pubblica amministrazione una serie di doveri, alcuni legati alla soddisfazione dei bisogni del cittadino ed altri alla regolazione del mercato.

Permane la doverosità, secondo A. ROMANO, *“per i pubblici poteri di garantire l'erogazione di tale servizio in base a principi e condizioni che consentano di assolvere i compiti cui l'attività stessa è finalizzata, nonché assicurare che ciò avvenga in conformità alla*

³⁴ *Ex multis, Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, C-35/96, Commissione c. Italia.*

³⁵ In specie, nelle *Comunicazioni in tema di servizi di interesse generale in Europa del 26 settembre 1996 e del 19 gennaio 2001*; nonché nel *Libro verde su tali servizi del 21 maggio 2003*.

³⁶ MARCHIANO G., *“Occorre cambiare tutto perché nulla cambi: la tormentata vicenda dei SIEG”*, *Riv. It. di Dir. Pubbl. Com.*, fasc.5-6, 2013, p. 1021. La natura prettamente terminologica della differenza tra la definizione comunitaria e quella nazionale è evidenziata dalla Consulta, sent. n. 325/2010, che evidenzia come entrambe le nozioni facciano *“riferimento infatti ad un servizio che:*

a) è reso mediante un'attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa in senso ampio, come «qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato» (come si esprimono sia la citata sentenza della Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, C-35/96, Commissione c. Italia, sia le sentenze della stessa Corte 10 gennaio 2006, C-222/04, Ministero dell'economia e delle finanze, e 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, AOK Bundesverband, nonché il Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003, al paragrafo 2.3, punto 44);

b) fornisce prestazioni considerate necessarie (dirette, cioè, a realizzare anche “fini sociali”) nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni (Corte di giustizia UE, 21 settembre 1999, C-67/96, Albany International BV).

*regole di un mercato libero e concorrenziale, alle quali il diritto comunitario consente di derogare solo ove ciò sia necessario per adempiere la specifica missione assegnata all'impresa (art. 106(2) TCE)*³⁷.

A tal fine si riconosce la possibilità di imporre “*specifici obblighi di servizio pubblico*” per garantire l'erogazione alla cittadinanza di un servizio di qualità, universale e continuo.

Lo svantaggio imposto alle imprese che svolgono servizi di interesse generale viene bilanciato grazie all'attribuzione di privilegi (es. diritti di esclusiva) o di trattamenti derogatori rispetto ai principi generali del Trattato, come ad esempio accade in materia di finanziamenti pubblici.

Volendo ripercorrere l'evoluzione normativa in materia, la specificità dei Sieg è stata riconosciuta dapprima con il Trattato di Roma, e nello specifico tramite l'art. 86 e, successivamente, con il Trattato di Amsterdam del 1997, che ha introdotto l'art. 16 nel Trattato di Roma.

Attualmente, al Trattato di Lisbona è allegato uno specifico Protocollo sui SIG (cfr. Protocollo 26)³⁸.

Per la dottrina classica rimane, tuttavia, ancora l'art. 106 TFUE il fulcro della normativa in materia³⁹.

Tale articolo consacra quale regola generale il ricorso al metodo concorrenziale, pur riconoscendo la sussistenza di talune deroghe in materia di SIEG.

Nei paragrafi che seguono, verrà presa in considerazione, in primo luogo, la qualificazione, elaborata a livello europeo, degli attori che operano nel settore dei servizi di interesse generale.

Effettuata questa doverosa premessa, in secondo luogo, si cercherà di fornire una definizione di SIEG.

³⁷Cfr. infra Capitolo II. e FERRARI E., “*La disciplina dei servizi a rete e la dissoluzione della figura dei servizi pubblici*”, in FERRARI E. (a cura di), *I servizi pubblici a rete*, Europa, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2000.

³⁸ Reperibile all'indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3AC2007%2F306%2F01>.

³⁹ La normativa in materia di SIEG è esaminata dettagliatamente nel paragrafo “Evoluzione normativa e motivazioni storiche”, a pag. 63

La mancanza di un quadro normativo esaustivo conduce, infatti, alla ricerca negli atti secondari di diritto europeo degli elementi sistematici necessari per formulare una sistematica unitaria⁴⁰.

Analizzeremo, in terzo luogo, gli orientamenti interpretativi, elaborati a livello europeo, in merito all'art. 106 TFUE ed i riflessi di tali variazioni nei singoli ordinamenti nazionali.

Per concludere, in quarto luogo, si confronteranno la normativa in materia di SIEG e la normativa in materia di servizi di interesse generale non economico (SINEG) e di Servizi sociali di interesse generale.

Il funzionalismo soggettivo: il concetto europeo di impresa

È impossibile trarre delle considerazioni in materia, senza analizzare i soggetti che rilevano per la normativa europea in tale ambito.

In via preliminare, è necessario riflettere sulla nozione di impresa⁴¹.

Tale concetto giuridico risulta, infatti, imprescindibile al fine di circoscrivere il novero dei soggetti e dell'attività nei confronti delle quali potrà invocarsi il rispetto del diritto della concorrenza, pur, come affermato in precedenza, con le relative eccezioni previste per assicurare il buon funzionamento dei SIEG.

⁴⁰ E' necessario indagare il concetto di SIEG per comprendere effettivamente quali sono le attività da ricomprendervi. Conforme *ex multis*: Cf. 118/85, Commission/Italy, 16 June 1987, EU:C:1987:283, 9– Cf. C-364/92, SAT/Eurocontrol, 19 January 1994, EU:C:1994:7, 19– Cf. C-343/95, Diego Cali/SEPG, 18 March 1997, EU:C:1997:160, 18

⁴¹ Sulla nozione di impresa in ambito comunitario si vedano, limitatamente alla dottrina italiana: GUIZZI G., “*Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*”, *Riv. dir. comm.*, 1993, vol. I, p. 277; SPADAFORA A., “*La nozione di impresa nel diritto comunitario*”, *Giust. civ.*, 1990, vol. II, p. 283; GRISOLI A., “*Impresa comunitaria*”, voce dell'*Enc. giur. Treccani*, Roma; VERRUCOLI P., “*La nozione di impresa nell'ordinamento comunitario e nel diritto italiano: evoluzione e prospettive*”, in VERRUCOLI P. (a cura di), *La nozione di impresa nell'ordinamento comunitario*, Milano, 1977, p. 395; BONELLI F., “*La nozione di impresa nelle regole della concorrenza del Trattato CEE*”, in *La nozione di impresa nell'ordinamento comunitario*; AFFERNI V., “*La nozione di impresa comunitaria*”, in GALGANO F. (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. II, p. 129 ss.; SCUDIERO L., “*La nozione di impresa nella giurisprudenza della Corte di giustizia*”, *Foro italiano*, 1994, IV, col. 113; DI VIA L., “*Brevi note sul criterio di economicità e l'impresa rilevante per il diritto della concorrenza nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*”, *Foro italiano*, 1994, IV, col. 297.

Ancora una volta, in virtù delle diversità riscontrabili nelle singole legislazioni statali, il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea sceglie di non fornirne una definizione, pur postulando il concetto in diverse disposizioni.

Sul punto, la ricostruzione che attualmente viene condivisa dagli interpreti si basa, pertanto, esclusivamente sull'elaborazione giurisprudenziale effettuata dagli organi comunitari.

Sia la Commissione, sia la Corte di Giustizia⁴², infatti, hanno elaborato un concetto di impresa ben più ampio di quello contemplato dall'ordinamento nazionale, fondato esclusivamente sul carattere economico dell'attività.

In Francia, non è esplicitamente definito il concetto di impresa, ma si tratta, come proposto da Charles Eisenmann di un c.d. “*concept induit*”⁴³.

⁴² Cfr. FRIGNANI A.; PARDOLESI R. (a cura di), *La concorrenza*, Giappichelli 2006.

⁴³ Infatti l'art. 1832 del c.c. francese definisce esclusivamente: “il contratto” di impresa. Vedasi: CAPITANT H., *La notion juridique de l'entreprise*, Trav. Assoc., t. 3, Journées de Luxembourg, 1948, Dalloz, p. 45 ss. ; DESPAX M., *L'entreprise et le droit*, 1957, coll. Bibl. dr. privé, LGDJ; DIDIER P., *Esquisse de la notion d'entreprise*, Mél. Voirin, 1967, LGDJ, p. 209 ss. ; HÉBRAUD P., *L'entreprise et le droit civil*, Ann. Fac. Toulouse, t. XII, fasc. II, p. 31; LAMBERT G., *Introduction à l'examen de la notion juridique d'entreprise*, Mél. Kayser, t. II, 1979, PUAM, p. 77 ss.; SATANOWSKY M., *Nature juridique de l'entreprise et du fonds de commerce*, RID comp., 1955, p. 726; SAVATIER J., *Du domaine patriarcal à l'entreprise socialisée*, Mél. Savatier, 1965, Dalloz, p. 863 ss.; VASSEUR M., *L'entreprise et l'argent*, 1982, Chron. 11;

- Nello specifico, i tratti riconosciuti dalla dottrina citata sono i seguenti : « *L'activité exercée doit avoir un caractère économique. Sont considérées comme activités économiques toutes les activités de production, de distribution ou de transformation portant sur des biens ou services, peu importe qu'il y ait ou non une recherche de bénéfices (but lucratif). Les mutuelles et les coopératives sont ainsi considérées comme des entreprises bien que leur but premier ne soit pas de réaliser un profit. Enfin, cette activité doit être exercée de façon répétée : celui qui fait un acte isolé ne crée pas pour autant une entreprise (exemple : l'achat et la revente d'un scooter par un lycéen ne suffit pas à caractériser l'existence d'une activité économique).*

- *La présence d'une organisation propre L'activité doit être exercée de façon autonome, c'est-à-dire qu'il doit y avoir une autonomie dans la prise de décision. Ainsi, un établissement n'est pas une entreprise car les décisions qui y sont prises dépendent du siège social.*

- *L'existence de moyens nécessaires à l'exercice de l'activité Les moyens nécessaires à l'exercice de l'activité sont les différents biens corporels ou incorporels qui vont être mis à la disposition de l'entreprise pour lui permettre de fonctionner. (Machines, fonds de commerce)».*

La definizione, infatti, in un primo momento è stata dedotta dal c.d. *contratto di impresa*: i primi riferimenti alla nozione di impresa, seppure indiretti, erano presenti nel Livre 6 du code de commerce e all'articolo L. 313-12 du code monétaire et financier.

In seguito la nozione è stata cristallizzata, oltre che nel codice civile (1832 c.c.), nell'articolo I.1, 1°, du Code de droit économique⁴⁴, concezione ripresa anche dall'articolo 573, 1°, du Code judiciaire per definire la competenza del tribunale del commercio (*Tribunal de Commerce*)⁴⁵.

A tale definizione si devono aggiungere le riflessioni di un'attenta dottrina⁴⁶ che ha individuato i tratti caratteristici del soggetto-impresa in maniera uniforme rispetto a quanto accade in Italia, come esplicitato a breve.

Com'è noto, l'ordinamento italiano disciplina la nozione di imprenditore, nello specifico, nel Titolo II del Libro V del codice civile, che all'art. 2082 stabilisce la seguente definizione di imprenditore, da cui è possibile ricavare la definizione di impresa: “È *imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni e servizi*”.

Gli elementi caratterizzanti l'impresa devono ritenersi pertanto: lo svolgimento di attività economica, l'organizzazione, l'economicità della gestione e la professionalità.

In ordine al rapporto tra la nozione codicistica di impresa e quella discendente dal diritto comunitario, autorevole dottrina⁴⁷ afferma che “è noto che la stessa nozione base di impresa ha un significato secondo il codice civile, come attività organizzata, come somma di più atti per il complesso delle regole da osservare, rapportato al suo titolare, e un altro è invece il significato della stessa nozione di impresa nella prassi comunitaria, per l'aspetto precipuamente funzionale dell'attività economica comune da chiunque organizzata; orbene, quando si deve applicare il diritto comunitario, la nozione di impresa da seguire non può essere che la nozione cui corrisponde il significato nei rapporti comunitari”.

In ambito unionale, infatti, è stata esclusa l'applicazione di qualsiasi criterio formale, optando per una ricostruzione *funzionale* del concetto di impresa, in ossequio al principio di

⁴⁵ T. Massart, Manuel de droit commercial, Paris, Editions Gualino, 2007, 448 p. ; G. Decocq, Droit commercial, Paris, Dalloz, 2015, 360 p ; pour le droit public, v. les développements sur l'entreprise publique de

⁴⁶ DUCHANGE G., *Le concept d'entreprise en droit du travail*, Diffusion LexisNexis – Planète Social, 2014.

⁴⁷ TRABUCCHI P., “*Il codice civile di fronte alla normativa comunitaria*”, in Riv. dir. civ., 1993, vol. I, p. 714.

neutralità delle forme giuridiche di cui si parlerà diffusamente nel terzo capitolo del presente lavoro.

In quest'ottica pertanto “*la nozione di impresa non è un dato costante ed immutabile ma è una variabile*”, i cui elementi declinabili sono finalizzati agli scopi di volta in volta perseguiti.

A tal fine, adottando una prassi giurisprudenziale ormai consolidata, costituisce un'impresa qualsiasi entità, persona fisica o giuridica, individuale o collettiva, che *svolga un'attività economicamente rilevante*, ossia “*qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato*”⁴⁸, ivi compreso lo sfruttamento dell'opera dell'ingegno e l'esercizio di una professione liberale⁴⁹, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento⁵⁰.

⁴⁸ Corte gius., sent. 10 gennaio 2006, causa C-222/04, Ministero dell'economia e delle Finanze c. Cassa di Risparmio di Firenze ed altri. Conformi: S 108; Corte giust., sent. 12 settembre 2000, cause riunite C-180/98, C-184/98, Pavlov e altri, S 75; Corte giust., sent. 18 giugno 1998, C-35-96, Commissione v. Italia S 36; Corte giust., Commissione v. Italia (1987), C-118/85 S 7; Corte giust. 20 marzo 1985, causa C-41/83, Italia c. Commissione.

⁴⁹ Come è avvenuto nel caso degli spedizionieri doganali italiani (caso CNSD, dec. del 30 giugno 1993, in G.U.C.E. L 203 del 1993) o nel caso dei consulenti in proprietà industriale spagnoli (caso COAPI, dec. del 30 gennaio 1995, in G.U.C.E. L 122 del 1995)

⁵⁰ V., a mero titolo esemplificativo e tra le tante, Corte giustizia UE, 3 marzo 2011, causa C-437/09, AG2R Prévoyance/Beaudout Père et Fils SARL, in Racc. I-973, punto 41; Corte giustizia UE, 20 gennaio 2011, causa C-90/09 P, General Química S.A. e a./Commissione, in Racc. I-1, punto 34; Corte giustizia CE, 10 settembre 2009, causa C-97/08 P, Akzo Nobel N.V. e a./Commissione, in Racc. I-8237, punto 54; Corte giustizia CE, 5 marzo 2009, causa C-350/07, Kattner Stahlbau GmbH/Maschinenbau- und Metall- Berufsgenossenschaft, in Racc. I-1513, punto 34; Corte giustizia CE, 11 dicembre 2007, causa C-280/06, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato/Ente tabacchi italiani - ETI s.p.a. e a., in Racc. I-10893, punto 38; Corte giustizia CE, 29 novembre 2007, causa C-119/06, Commissione/Italia, in Racc. I-168, punto 37 ss.; Corte giustizia CE, 11 luglio 2006, causa C-205/03 P, Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN)/Commissione, in Racc. I-6295, punto 25; Corte giustizia CE, 10 gennaio 2006, causa C-222/04, Ministero dell'Economia e delle Finanze/Cassa di Risparmio di Firenze s.p.a. e a., in Racc. I-289, punto 107; Corte giustizia CE, 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, Dansk Rørindustri e a./Commissione, in Racc. I-5425, punto 112; Corte giustizia CE, 24 ottobre 2002, causa C-82/01 P, Aéroports de Paris/Commissione, in Racc. I-9297, punto 75; Corte giustizia CE, 19 febbraio 2002, causa C-309/99, J.C.J. Wouters e a./Algemene Raad van de Nederlandse Orde van

È possibile notare, peraltro, come i giudizi nazionali italiani e francesi impongano dei requisiti maggiormente restrittivi rispetto alla Corte di giustizia, richiedendo che detta attività, ai fini dell'integrazione di un'impresa, sia esercitata in modo organizzato e durevole.

Tali ulteriori caratteristiche, tuttavia, non trovano un'effettiva giustificazione rispetto alle finalità della legislazione antitrust⁵¹, rischiando così di pregiudicare l'assetto concorrenziale del mercato⁵².

Inoltre la Commissione Europea che considera del tutto irrilevante l'assetto organizzativo dell'attività posta in essere, essendo soltanto l'autonomia e l'indipendenza dell'attività nella fornitura di beni o servizi al mercato, in tal modo vengono ricomprese, ad esempio, anche l'attività svolta dall'avvocato⁵³ e dal medico⁵⁴.

Advocaten, in Racc. I-1577, punto 46; Corte giustizia CE, 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, Pavlov e a./Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, in Racc. I-6451, punto 74; Corte giustizia CE, 19 gennaio 1994, causa C-364/92, SAT Fluggesellschaft mbH/Eurocontrol, in Racc. I-43, punto 18; Corte giustizia CE, 17 febbraio 1993, cause riunite C-159/91 e C-160/91, Poucet e Priste, in Racc. I-637, punto 17; Corte giustizia CE, 23 aprile 1991, causa C-41/90, Höfner ed Elser/Macrotron GmbH, in Racc. I-1979, punto 21 ss.

⁵¹ L'elemento della continuità non ricorrerebbe, ad esempio, nel caso di svolgimento - senza dubbio marginale, anche se teoricamente ammissibile - di un unico affare a carattere non complesso, obiettivamente non duraturo (c.d. società occasionali). V. in argomento, tra i tanti, STAGNO D'ALCONTRES A., DE LUCA N., *“Le società in generale. Le società di persone”*, *Le società I*, Torino, 2015, p. 65; contra, tuttavia, FERRI G., *“Delle società, Art. 2247-2324”*, in SCIALOJA A. - BRANCA G. (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, 1981, pp. 15 ss.

⁵² V. GHEZZI F., *Commento all'art. 101 TFUE*, in UBERTAZZI L.C., *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2012, pp. 2484 ss., cui si rimanda anche per ulteriori richiami giurisprudenziali, per il quale - condivisibilmente -, se non si vuole restringere in modo arbitrario l'ambito applicativo dell'art. 101 TFUE, non si può che rigettare l'interpretazione che vede nella presenza di una stabile organizzazione di fattori produttivi la condizione necessaria ai fini dell'applicazione delle norme antitrust.

Cfr., altresì, DONATIVI V., *Impresa e gruppo nella legge antitrust*, Milano, 1996, pp. 297 ss., nota 21. Anche in giurisprudenza è stato affermato (App. Milano, 5 luglio 2005, cit., 547) che deve considerarsi impresa qualsiasi soggetto che svolga un'attività di natura economica tale da poter anche solo potenzialmente comprimere la concorrenzialità di un determinato mercato.

⁵³ Corte giust. 19 febbraio 2002, causa C-309/99, Wouters, in Racc., p. I-1577; Corte giust. 19 febbraio 2002, causa C-35/99, Arduino, in Racc., p. I-1529.

⁵⁴ Corte cost. 12 settembre 2000, causa C180 e 184/98, Pavlov, in Racc., p. I-6451.

La Commissione⁵⁵, per applicare l'allora art. 82 TCE (ora art. 102 TFUE), ha considerato la persona fisica titolare di un brevetto concesso in licenza (non svolgente alcuna attività economica organizzata) quale impresa *esclusivamente* in funzione dei soli atti di natura economica suscettibili di restringere la concorrenza.

Si aggiunga, al fine di sottolineare l'ampiezza della nozione in questione, che è stata assoggettato alla disciplina antitrust anche lo sfruttamento commerciale da parte degli artisti dei propri diritti d'autore⁵⁶.

L'impresa non è tuttavia definitiva solo in positivo, ma anche per esclusione, *a contrariis*, in rapporto alle attività che sono considerate dal giudice come non economiche, ossia le "*activités se rattachant à l'exercice de prérogatives de puissance publique*"⁵⁷ et le "*activités exclusivement sociales*"⁵⁸.

⁵⁵ Cfr. Commissione, caso AOIP vs Beyrard, dec. del 2 dicembre 1975, in G.U.C.E. L. 6 del 1976; Commissione, caso VaesSen-Morris, dec. del 10 gennaio 1979, in G.U.C.E. L19 del 1979.

⁵⁶ Corte giust., 9 aprile 1987, causa C-22779, Basset v. Sacem in Racc GUCE, p. 3275

⁵⁷ DENIZEAU C., *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, Thèse, Université Paris II, Panthéon-Assas, Paris, LGDJ, 2004, p. 101, note 5. Cfr. C -309/99, Wouters, 19 febbraio 2002, EU: C: 2002: 98, 57. Cfr. C-364/92, SAT / Eurocontrol, 19 gennaio 1994, EU: C: 1994: 7, 30. Se lo Stato agisce nell'esercizio dei poteri pubblici, non ha importanza che lo Stato agisca direttamente o tramite un organo al quale ha conferito diritti speciali o esclusivi. Cfr. 118/85, Commissione / Italia, 16 giugno 1987, EU: C: 1987: 280, 7-9- Cf. C-343/95, Diego Cali / SEPG, 18 marzo 1997, EU: C: 1997: 160, 16-18. Così come è necessario distinguere per quanto riguarda le attività di una società pubblica che gode di autonomia finanziaria ed è incaricata della gestione di strutture di proprietà pubblica tra, da un lato, le sue attività amministrative e di vigilanza e, dall'altro, i servizi forniti remunerati da tariffe commerciali che variano in base al fatturato dei clienti che beneficiano di tali servizi. Cfr. T-128/98, Aéroports de Paris / Commissione, 12 dicembre 2000, EU: T: 2000: 290, 111-112 Capitolo 451344

In ambito portuale, si ricorda, a titolo esemplificativo, come la sorveglianza intesa a prevenire l'inquinamento in un porto petrolifero è stato considerato un compito di pubblico interesse che fa parte delle funzioni essenziali dello Stato per quanto riguarda la protezione dell'ambiente nelle aree marittime. Pertanto, non è considerabile come attività di natura economica che giustifica l'applicazione delle regole in materia di concorrenza sulla concorrenza. Cfr. C-343/95, Diego Cali / SEPG, 18 marzo 1997, EU: C: 1997: 160, 22-23.

⁵⁸ In Francia, la sentenza più celebre in materia è la CJCE, 17 février 1993, Christian Poucet contre Assurances générales de France (AGF) et Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon (Camulrac) et Daniel Pistre contre Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans (Cancava), aff. Jointes C-159/91 et C-160/91, Rec. 1991, p. I-637.

Alla luce di quanto poc'anzi detto, per “*attività economica*” deve intendersi, dunque, non solo la produzione di qualunque bene suscettibile di valutazione economica, ma anche la prestazione di servizi di carattere industriale, commerciale, artigianale e professionale⁵⁹.

Invero, è possibile ritenere che la definizione più esaustiva del concetto di impresa sia stata fornita dalla Corte di giustizia nella nota sentenza *Hofner*⁶⁰.

Tentando di sintetizzare efficacemente tale pronuncia, si può affermare che l'attività di impresa è individuabile, in negativo, quale attività non rientrante tra le funzioni ascrivibili allo Stato ed, in positivo, quale offerta di beni e servizi nel mercato.

Nel caso in questione la Corte era stata investita, tra gli altri, del quesito inerente alla qualificazione quale impresa di un ufficio pubblico di collocamento, in regime di monopolio legale.

I giudici della Corte di Giustizia in merito ritennero che la qualificazione di impresa fosse attribuibile “*a qualunque entità che esercita un'attività economica, a prescindere dal suo stato giuridico e dalle modalità del suo finanziamento*”⁶¹.

In Italia, invece, si pensi a: CJCE, 22 janvier 2002, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas c. Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)*, aff. C-218/2000, Rec. 2002 page I-691.

⁵⁹ Cfr. LANE R., “*European Competition Law*”, *European Law Series*, Longman, 2001.

⁶⁰ Corte giust. 23 aprile 1991, causa 41/90, *Hofner S 21*, in Racc., p. I-1979; Cfr. altresì Corte giust, 16.3.2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C355/01, *AOK Bundesverband e a.*, S 46, in Racc., p. I-2493)

⁶¹Come precisa il Professor MADDALON P., “*La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*”, *Thèse*, Université de Picardie Jules Verne (1998), LGDJ, 2007: “*La notion de marché ne correspond à aucun domaine d'activité, aucun contenu propre*” car “*aucun domaine de l'activité humaine ne relève nécessairement du marché de façon stable et continue. Cela dépend notamment de la façon dont les individus conçoivent les relations sociales(...)* Parce qu'elle perçoit le plus souvent les relations sociales comme marchandes la CJCE renvoie aux agents économiques la vision d'une société essentiellement marchande. Elle agit donc en retour sur la réalité en proposant aux individus des catégories juridiques uniquement élaborées à partir de relations sociales marchandes”.

Confermato : CJCE, 16 novembre 1977, *Inno c. Atab*, aff. 13/77, Recueil de jurisprudence 1977, p. 2115 ; CJCE, 10 janvier 1985, *Au blé vert*, aff. C-229/85, Rec. 1983, p. I-0001 ; CJCE, 21 septembre 1988, *Van Eycke*, aff. 267/86, Rec. 1988, p. 4769 ; CJCE, 10 janvier 1985, *Au blé vert*, aff. C-229/85, Rec. 1983, p. I-0001; CJCE, 17 novembre 1993, *Meng*, aff. C-2/91, Rec. 1993, p. I-5751; CJCE, 17 novembre 1993, aff. C-245/91, Rec. 1993, p. I-5851). Oltre alla già citata C-41/90, *Höfner/Macrotron*, 23 April 1991, EU:C:1991:126, 21, vedasi C-159/91 and C-160/91 *Poucet and*

In tale occasione, dunque, venne definitivamente superata la tesi del Governo tedesco secondo cui *non* poteva essere considerato un soggetto pubblico che, per scelta dell'ordinamento, fornisce gratuitamente servizi di collocamento alla stregua di un'impresa.

E' del medesimo orientamento una successiva sentenza che ha riconosciuto la natura d'impresa, in ragione dell'attività svolta, all'amministrazione dei monopoli di Stato in Italia⁶².

La nozione funzionale di impresa, nella sua dimensione complessa e ampia, elaborata dagli organi della Comunità europea, è stata adottata anche dall'Autorità garante della concorrenza nazionale italiana. In più occasioni, quest'ultima richiamandosi alle decisioni o alle sentenze comunitarie, ha applicato gli artt. 2 e 3 legge 10 ottobre 1990 n. 287 anche a soggetti oppure ad enti inadatti a rivestire la qualifica imprenditoriale ai sensi dell'art. 2082 c.c.⁶³.

Pistre, 17 February 1993, EU:C:1993:63,§17, C-364/92, SAT/Eurocontrol, 19 January 1994, EU:C:1994:7, 18– C-180/98 to C-184/98, Pavlov, 12 September 2000, EU:C:2000:428, 74– C-475/99, Glöckner, 25 October 2001, EU:C:2001:577, 19.

In dottrina : BAZEX M., “*Règles de concurrence opposables aux autorités publiques*”, *JCL Europe*, fasc. 1500, 1992, spéc. n. 7 ss.; CHEROT J.-Y., “*L'article 90§1 du traité CEE lu en combinaison avec l'article 86 in L'entreprise dans le marché unique européen*”, *La documentation française*, travaux de la CEDECE, 1995 ; DENIZEAU C., *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2004, pp. 120-123 ; SAUTER W., SCHEPEL H., *State and Market in European Union Law. The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge University Press, 2009, pp. 107 ss.; TRIANTAFYLLOU D., *Les règles de la concurrence et l'activité étatique*, RTD eur. 32 (1), janv.-mars 1996, pp. 57-76.

⁶² Corte giust. 16 giugno 1987, causa C-118/85, Commissione c. Italia, in Racc., p. I-2599.

⁶³ Si vedano AGCM, Provv. n. 788, AICI, in Boll. n. 22/1992; Provv. n. 2550, Tariffe amministratori di condomini, in Boll. n. 50/1994; Provv. n. 3195, SILB/SIAE, in Boll. n. 30/1995; Provv. n. 3999, Consorzio del Prosciutto di San Daniele/Consorzio del Prosciutto di Parma, in Boll. n. 25/1996; Provv. n. 4062, Compagnia Portuale Brindisi, in Boll. n. 28/1996; Provv. n. 4324, ERG Petroli/Imprese varie, in Boll. n. 42/1996; Provv. n. 4326, Kuwait Petroleum Italia/Imprese varie, in Boll. n. 42/1996; Provv. n. 4327, Fina italiana/Imprese varie, in Boll. n. 42/1996; Provv. n. 4381 AIC/Panini, in Boll. n. 44/1996; Provv. n. 4398 Associazione Consumatori Utenti/Alitalia, in Boll. n. 45/1996; Provv. 4516, Gruppo Tamoil/Imprese varie, in Boll. n. 51/1996; Provy. n. 4519, API/Anonima Petroli Italiana/Ditta individuale, in Boll. n. 51/1996; Provv. n. 4521 Shell Italia/Ditta individuale, in Boll. n. 51/1996; Provv. n. 5446, Denunce Infocamere/Cerved, in Boll. n. 45/1997; Provv. n. 660, Consigli Nazionali dei Ragionieri e Periti Commerciali e dei Dottori Commercialisti, in Boll. n. 48/1998; Provv. n. 7340, Vendita diritti televisivi, in Boll. n. 29/1999;

Pertanto, al fine di riconoscere la qualifica di impresa ad un soggetto, risulta rilevante determinare quali siano *concretamente* le attività svolte e, quindi, considerare se esse costituiscano o meno attività economiche⁶⁴.

Uno degli indicatori giurisprudenziali in tal senso è la possibile coincidenza con l'attività svolta da un'impresa "tradizionale": tale considerazione può costituire una prova (non risolutiva) del carattere commerciale dell'attività in questione⁶⁵.

D'altra parte, nemmeno l'imposizione di obblighi di servizio pubblico da parte delle legislazioni nazionali⁶⁶ costituisce un indice univoco.

In ogni caso, la qualificazione comunitaria di impresa prescinde totalmente dalla struttura, organizzazione e natura del soggetto che la compie, concentrandosi sull'attività svolta.

In verità, tale ricostruzione potrebbe essere stata messa in discussione dalle ultime teorie dottrinali che non considerano inscindibile la corrispondenza tra attività economica e impresa⁶⁷.

Prov. n. 7983, Inaz Paghe/Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro, in Boll. n. 5/2000; Prov. n. 8720, Ordine Medici Chirurghi e Odontoiatri, in Boll. n. 39/2000; Prov. n. 10245, Federazioni Regionali Ordini Architetti e Ingegneri del Veneto, in Boll. n. 50-51/2001; Prov. n. 10418, Selea/Ordine dei farmacisti, in Boll. n. 8/2002; Prov. n. 10985, Vendita diritti televisivi, in Boll. n. 29/2002.

⁶⁴ Cfr. T-128/98, *Aéroports de Paris / Commissione*, 12 dicembre 2000, EU: T: 2000: 290, 109-110.

⁶⁵ T-128/98, *Aéroports de Paris / Commissione*, 12 dicembre 2000, UE: T: 2000: 290, 124.

⁶⁶ C-475/99, *Glöckner*, 25 ottobre 2001, EU: C: 2001: 577, 21.

⁶⁷ Dopo un iniziale atteggiamento di chiusura, la dottrina, infatti, ha ammesso che si possano validamente costituire società il cui oggetto sociale, pur concretandosi, ai sensi dell'art. 2247 c.c., nello svolgimento di un'attività economica, non consista nell'esercizio di un'impresa ex art. 2082 c.c. (per usare un'espressione invalsa nella prassi, c.d. "società senza impresa")

La questione è ampiamente trattata da DE ANGELIS L., *L'oggetto sociale*, in AA. VV., in F. PREITE - C.A. BUSI (a cura di), *Trattato Società di Persone, I*, Assago, 2015, pp. 667 ss., ivi anche per gli ampi riferimenti bibliografici, il quale propone alcuni efficaci esempi di società che svolgono attività economica pur senza esercitare alcuna impresa. V. inoltre, ex multis, MARASÀ G., *Le "società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984, 85 ss. e 424 ss.; MARASÀ G., *Le società. Società in generale*, in G. IUDICA - P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2000, pp. 211 ss.; OPPO G., *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, *Riv. dir. civ.*, 1976, I, pp. 595 ss.

Il principio di neutralità delle forme e la nozione di impresa pubblica. Distinzione con l'organismo di diritto pubblico.

Effettuata questa breve ricognizione in materia di impresa, risulta essenziale analizzare *funditus*, nel prosieguo della trattazione, specificatamente la nozione di impresa pubblica, per comprendere se vi sono effettivamente dei tratti di divergenza rispetto all'analogia figura privatistica.

Premesso che un'impresa affidataria della gestione di un servizio di interesse economico generale può essere, in via teorica, sia una impresa pubblica che un'impresa privata e che, tra le prime, sono considerate promananti dallo Stato tutte le imprese ricollegabili agli enti pubblici territoriali, l'art. 345 del TFUE⁶⁸ sancisce il principio di *neutralità* dei Trattati rispetto al regime di proprietà negli Stati membri.

I Trattati, infatti, non ostano né alla nazionalizzazione, né alla privatizzazione delle imprese.

In altri termini, gli Stati conservano la facoltà di intervenire *attivamente* nella determinazione dell'assetto del mercato, anche attraverso la creazione e gestione di un'impresa pubblica, purché non venga falsato il regime concorrenziale comunitario.

Il principio espresso dall'art. 345 TFUE è intrinsecamente connesso con il principio di parità di trattamento ed entrambi costituiscono il fondamento dell'art. 106(1) TFUE⁶⁹.

Infatti, esclusivamente l'applicazione congiunta di entrambi consente di non svuotare la portata applicativa degli stessi presi singolarmente.

Difatti, l'articolo 106 del TFUE richiede che gli Stati assumano una responsabilità particolare in ragione dell'influenza che questi possono esercitare sulle società: tale previsione deve essere interpretata come garanzia per scongiurare che gli Stati membri

Si pensi, per esemplificare, a taluni più recenti esempi di diritto positivo, quali le società tra professionisti, previste dalla l. 12 novembre 2011, n. 183, che consente di utilizzare qualsiasi forma societaria per l'esercizio di attività professionali regolamentate nel sistema ordinistico, e ancor prima alle società tra avvocati di cui al d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96 (per la cui costituzione il legislatore aveva invece posto dei limiti quanto alla forma societaria utilizzabile). Si pensi, ancora, alle cooperative sociali disciplinate dalla l. 8 novembre 1991, n. 381, le quali possono svolgere attività non imprenditoriale, pur offrendo beni e servizi in un certo mercato; o, infine, alle citate (ancorché di marginale rilievo nella prassi) società occasionali.

⁶⁸ Cfr. MOAVERO MILANESI E., *Diritto della concorrenza nell'Unione europea*, Napoli, 2004, p. 200.

⁶⁹ C-242/95, *GT-Link*, 17 July 1997, EU:C:1997:367, 32 ; 30/87, *Bodson/PFG*, 4 May 1988, EU:C:1998:225, 16

sfruttino le loro relazioni con tali imprese per eludere i divieti stabiliti da altre norme del trattato direttamente o indirettamente⁷⁰.

Dunque, anche lo Stato, nella misura in cui agisce come imprenditore, è sottoposto alla disciplina di cui all'art. 106 TFUE⁷¹.

Infatti, analogamente a quanto accade per le imprese private titolari di diritti esclusivi o speciali, anche l'esistenza di un monopolio statale *di origine legale* può configurare abuso di posizione dominante⁷².

⁷⁰ Cfr. C 188/80 etc., France, Italy and United Kingdom/Commission, 6 July 1982, EU:C:1982:257, 12- C-159/94, Commission/France, 23 October 1997, EU:C:1997:501, 55-56- C-158/94, Commission/Italy, 23 October 1997, EU:C:1997:500, 40-41- C-157/94, Commission/Netherlands, 23 October 1997, EU:C:1997:499, 29-30- C-67/96, Albany, 21 September 1999, EU:C:1999:430, 103-104- C-115/97 to C-117/97, Brentjes, 21 September 1999, EU:C:1999:439, 103-104- C-219/97, Drijvende Bokken, 21 September 1999, EU:C:1999:437, 93-94

⁷¹ T-128/98, AéroportsdeParis / Commissione, 12 dicembre 2000, UE: T: 2000: 290, 108 - T-155/04, SELEX / Commissione, 12 dicembre 2006, EU: T: 2006: 387, paragrafo 54. Cfr. 155/73, Sacchi, 30 aprile 1974, EU: C: 1974: 40, 14

⁷² Un'impresa che abbia un monopolio legale su una parte sostanziale del mercato interno può essere considerata come detentrica di una posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 del TFUE. Conformi: C-41/90, Höfner / Macrotron, 23 aprile 1991, EU: C: 1991: 161 , 28, 31- C-260/89, ERT / DEP, 18 giugno 1991, EU: C: 1991: 254, 31- Cf. C-179/90, Merci, 10 dicembre 1991, EU: C: 1991: 461, 14- C-18/88, RTT / GB-Inno, 13 dicembre 1991, EU: C: 1991: 474, 17- C-320/91, Corbeau, 19 maggio 1993, EU: C: 1993: 198, 9- C-67/96, Albany, 21 settembre 1999, EU: C: 1999: 430, 91- C-115 / 97 a C-117/97, Brentjes, 21 settembre 1999, EU: C: 1999: 439, 91- C-219/97, Drijvende Bokken, 21 settembre 1999, EU: C: 1999: 437, 81- C -147/97 e C-148/97, Deutsche Post, 10 febbraio 2000, EU: C: 2000: 74, 38, 57Capitolo 451350 ; C-266/96, Corsica Ferries, 18 giugno 1998, EU: C: 1998: 306, 39- C-163/96, Raso, 12 febbraio 1998, EU: C: 1998: 54,.

In ambito portuale possiamo ricordare, sul medesimo argomento: C-242/95, GT-Link, 17 luglio 1997, EU: C: 1997: 376, 35- C-266/96, Corsica Ferries, 18 giugno 1998, EU: C: 1998: 306 , 40Articolo 106, paragrafo 1, del TFUE1351, secondo la quale un' impresa pubblica che è proprietaria di un porto commerciale (e su tale base ha il diritto esclusivo di riscuotere in tale porto i dazi dovuti per l'uso degli impianti portuali) può essere considerata come occupante una posizione dominante, nonostante si tratti di un monopolio di origine legale, ai sensi dell'articolo 102 del TFUE.

In maniera speculare alla nozione di impresa, il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea richiama numerose volte la nozione di impresa pubblica, pur non specificandone il contenuto.

Come anticipato, tale considerazione si giustifica in virtù della piena equiparazione tra le imprese pubbliche e quelle private per quanto concerne la disciplina applicabile a livello europeo: risulterebbe, pertanto, di scarso rilievo applicativo una nozione autonoma.

Tuttavia, è possibile ritrovare una prima definizione di “impresa pubblica” nella Direttiva della Commissione n. 80/723/CEE⁷³ relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche.

Tale testo legislativo ritiene tale “*ogni impresa nei confronti della quale i pubblici poteri possono esercitare direttamente o indirettamente un'influenza determinante che può nascere da facoltà collegate ai diritti di proprietà oppure da prerogative della normativa che ne disciplina l'esercizio*”.

L'“influenza determinante” a sua volta è definita nell'art. 2, in cui si precisa che essa è presunta “*qualora i pubblici poteri direttamente o indirettamente nei riguardi dell'impresa detengano la maggioranza del capitale sottoscritto dall'impresa, o, dispongano della maggioranza dei voti attribuiti alle quote emesse dall'impresa, o, possano designare più della metà dei membri dell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa*”.

Il carattere distintivo dell'impresa pubblica deve, dunque, com'è intuibile, individuarsi nella dipendenza della stessa dallo Stato o da altri enti pubblici.

I soggetti pubblici devono detenere il controllo *effettivo*, esercitando un'influenza dominante sulla compagine societaria⁷⁴.

Si ricorda ancora una volta, in questa sede, che il secondo paragrafo dell'articolo 106 del TFUE può essere fatto valere per giustificare la concessione, da parte di uno Stato membro ai soggetti affidatari di servizi di interesse economico generale, di diritti esclusivi contrari, in particolare, all'articolo 102 TFUE. Tuttavia, quanto detto è consentito esclusivamente nella misura in cui l'esecuzione del compito specifico assegnato a tale impresa può essere assicurata solo mediante la concessione di tali diritti e a condizione che lo sviluppo degli scambi non sia compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione. Conforme: Cfr. C-159/94, Commissione / Francia, 23 ottobre 1997, EU: C: 1997: 5815, 49- Cfr. C-209/98, Sten & Grus, 23 maggio 2000, EU: C: 2000: 279, 74- Cfr. C-163/99, Portogallo / Commissione, 29 marzo 2001, EU: C: 2001: 198, 73- Cfr. C-340/99, TNT Traco, 17 maggio 2001, EU: C: 2001: 281, 52.

⁷³ GU L 195 del 29 luglio 1980.

⁷⁴ Cfr. CERULLI IRELLI V., “*Impresa pubblica, Servizi sociali, Servizi di interesse generale*”, *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, vol. 6, 2006.

Secondo la più recente giurisprudenza, non occorre, invero, la differenziazione soggettiva⁷⁵, con lo sdoppiamento della personalità giuridica rispetto all'organizzazione pubblicistica. Quest'ultima, infatti, ha la facoltà di esercitare la propria attività economica servendosi di un ente riconducibile, *in ultima istanza*, all'amministrazione stessa.

Naturalmente, l'eventualità in cui sia lo Stato, o una sua articolazione, scelga la forma societaria e risulti *unico* azionista costituisce un indice significativo⁷⁶.

Tuttavia, non bisogna confondere le valutazioni attinenti alla sottoposizione di una società alle direttive di un'autorità pubblica e alla possibilità di operare con strutture di proprietà pubblica con il riconoscimento della qualifica di "impresa" ai sensi dell'articolo 102 TFUE.

Naturalmente, le classificazioni nazionali delle attività di una società pubblica, com'è intuibile, non sono vincolanti per la valutazione di un'attività dal punto di vista del diritto dell'Unione ed, in particolar modo, per quanto riguarda il diritto della concorrenza⁷⁷.

Sul punto sovente si sono registrati orientamenti non univoci.

Ad esempio, la Corte di giustizia ha ritenuto doveroso escludere dalla nozione di impresa un ente-gestore francese di un servizio pubblico avente carattere sociale, la cui azione non era guidata in alcun modo dalle logiche di mercato e, dunque, in assenza di qualsiasi scopo di lucro⁷⁸.

⁷⁵ 118/85, Commission/Italy, 16 June 1987, EU:C:1987:280, 13– C-69/91, Decoster, 27 October 1993, EU:C:1993:853, 15– C-92/91, Taillandier, 27 October 1993, EU:C:1993:859, 14

⁷⁶ C-340/99, TNT Traco, 17 maggio 2001, EU: C: 2001: 281, 39

⁷⁷ Cfr. T-128/98, Aéroports de Paris / Commissione, 12 dicembre 2000, EU: T: 2000: 290, 128Articolo 106, paragrafo 1, TFUE1343

⁷⁸ La Corte ha, nello specifico, escluso dalla nozione di impresa un organismo di previdenza sociale di categoria, la cui attività era ispirata al principio di solidarietà al livello nazionale ed esercitata senza fini di lucro.

Conf.: Corte giust. 17 febbraio 1993, causa C-159 e 160/91 Poucet e Pistre, in Racc., p. I-637, punti 17-19, dove è stato affermato che le casse previdenziali, o gli enti che le surrogano nella gestione del sistema di previdenza sociale fornita dallo Stato, non svolgono attività economica, ma "*una funzione di carattere esclusivamente sociale*" sottoposta al controllo dello Stato, che "*si fonda sul principio di solidarietà nazionale e non ha alcuno scopo di lucro*", perché le prestazioni erogate erano previste dalla legge e indipendenti dall'entità dei contributi; Cfr. inoltre, Corte giust. 22 gennaio 2002, causa C218/00 Cisal, in Racc., p. I-691, punto 31; Corte giust. 22 maggio 2003, causa C-355/00 Freskot e Dimosio, punto 76 e seguenti.

Tuttavia, sempre per quanto concerne l'ordinamento francese, al contrario, nel caso FFSA⁷⁹, è stata riconosciuta la natura di impresa ad un ente il quale, pur senza perseguire uno scopo di lucro, gestiva un regime di assicurazione per la vecchiaia destinato ad integrare un regime di base obbligatorio, istituito per legge, che operava secondo il principio della capitalizzazione.

In tal modo è stata affermata l'irrilevanza del *concreto* perseguimento del fine di lucro, essendo all'uopo sufficiente che sia suscettibile, almeno in *via teorica*, di essere esercitata attività di impresa in vista del conseguimento di un profitto⁸⁰.

Del resto, anche nel caso Albany⁸¹, la natura di impresa è stata riconosciuta ad un fondo pensioni obbligatorio, creato con un contratto collettivo, operante in base al criterio di capitalizzazione, nonostante le finalità sociali e gli elementi di solidarietà che lo caratterizzavano.

La Corte (punto 85) ha statuito espressamente che “*la mancanza di fini di lucro e la presenza di un certo numero di elementi di solidarietà, tra cui l'iscrizione obbligatoria al regime pensionistico in questione, non bastavano a privare il fondo pensione di categoria della sua qualità di impresa*”.

Osservando le pronunce giurisprudenziali, è possibile⁸² affermare che l'istituzione “*enterprise publique*”, in Francia, sia comunque accomunata dalla presenza di alcuni tratti distintivi comuni: normalmente dispone di personalità giuridica, autonomia finanziaria e ha

⁷⁹ Corte giust. 16 novembre 1995, causa C-244/94 FFSA, in Racc., p. I-4013

⁸⁰ In tal senso anche Corte giust, 12 settembre 2000, causa C-180/98, C-184/98 in cui è riconosciuta la natura di impresa ad un fondo pensione incaricato di gestire un regime pensionistico complementare, funzionante in base al principio della capitalizzazione.

⁸¹ Corte giust. 21 settembre 1999, causa C-67/96 Albany, in Racc., p. I-5751, punto 71 seguenti.

⁸² Cf. HOUIN R., *La gestion des entreprises publiques et les méthodes de droit commercial*, *Archives de philosophie du droit*, 1952, p. 82; v. également LAGARD G., “*De la société anonyme à l'entreprise publique*”, in *Le droit privé français au milieu du XX siècle*, Études offertes à G. Ripert, 1950, t. II, pp. 298 ss. ; LUCHAIRE F., “*Le statut des entreprises publiques*”, *Droit social*, 1947, n. 7, p. 303; Cf. LANGROD G., “*L'entreprise publique en droit administratif comparé*”, *Revue internationale de droit comparé*, 1956, pp. 213 ss.; v. également MONTGAILHARD J., “*Les caractères de l'entreprise publique*”, *Droit social*, 1949, pp. 8 ss.; CELIER V., “*Quelques données historiques du problème des nationalisations*”, *Droit social*, 1945, p. 94.

come oggetto sociale l'esercizio di una *activité industrielle ou commerciale* nel settore pubblico.

Inoltre, il *Conseil d'État* afferma che possono definirsi società appartenenti al settore pubblico tutte le società in cui almeno la maggioranza del capitale sociale appartiene allo Stato, alle collettività pubbliche, agli *établissements publics* o, a loro volta, da altre società di tipo pubblicistico⁸³.

Si possono distinguere nel macrocosmo dei soggetti che gravita attorno al concetto di svolgimento dell'attività di impresa pubblica in Francia⁸⁴:

- *les établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC)*, da distinguere dagli *établissements publics administratifs (EPA)*.

I due tipi di enti pubblici si distinguono per la tipologia di attività che gestiscono: servizi pubblici con vocazione industriale e commerciale i primi e a vocazione amministrativa i secondi⁸⁵.

Ancora, è possibile distinguere le due categorie in base alle risorse impiegate (negli EPIC la maggior parte delle entrate è riconducibile alle somme pagate dagli utenti che usufruiscono dei servizi erogati).

- *A livello nazionale, les sociétés nationales de droit privé*, società di diritto comune, con un capitale appartenente totalmente allo Stato;

- *A livello locale, les sociétés publiques locales*, con una struttura uguale al tipo precedente, ma con una dimensione locale;

- *Les sociétés d'économie mixte*, l'equivalente italiano delle società miste pubblico-privato.

A livello statale le partecipazioni pubbliche sono gestite *dall'Agence des participations de l'Etat (APE)*: quest'ultimo è sotto la vigilanza, a sua volta, del Ministro dell'economia e delle finanze.

Specularmente, in Italia, in passato era il Ministero delle partecipazioni statali (PPSS) ad occuparsi della materia, soppresso dal referendum popolare del 15 aprile 1993. La competenza in materia passò all'allora Ministero del tesoro - oggi Ministero dell'economia e delle finanze - come di recente ribadito ad opera del T.U.S.P.P. in materia di società partecipate (D.lgs. 175/16, art. 15).

⁸³ CE, ass. 24 nov. 1987, *Syndicat national du personnel de l'énergie atomique (CFDT) date ass.*, Shwartz, AJDA n. 3, 1979, 42, concl LATOURNERIE M.-A., note BAZEX M..

⁸⁴ Per una prospettiva dei tipi di impresa pubblica: v. *Public Enterprise*, opera collettanea edita da HANSON A. H., Bruxelles, 1955. 12. Cf. JAMES E., *Les formes d'entreprise*, Paris 1935.

⁸⁵ Tale distinzione sarà approfondita nel paragrafo "I servizi di interesse generale in porto nel diritto francese" a pag. 152.

La scienza giuridica italiana⁸⁶ ha individuato a partire dalla metà del XX secolo, tre tipi di impresa pubblica:

- L'impresa-organo (dello Stato o dell'ente pubblico);
- L'impresa-ente pubblico (nazionale o locale);
- L'impresa-Società con partecipazione pubblica (nazionale, regionale o locale).

Se la natura del soggetto imprenditoriale risulta essere l'elemento distintivo per il profilo "pubblicistico" nei primi due casi, nel terzo tipo, caratterizzato da una forma privatistica, è la natura del soggetto controllante, attraverso la partecipazione azionaria, a soddisfare tale requisito.

Com'è noto, si è assistito ad un progressivo eclissarsi dei due modelli, in favore di uno sviluppo dell'impresa-società per azioni⁸⁷.

⁸⁶ Cfr. GIANNINI M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1997.

⁸⁷ Se ne parlerà diffusamente nel III capitolo. Per una visione generale del tema v. CASSESE S., *La nuova Costituzione economica*, Bari, Laterza, 2005; nonché DI GASPARE G., "La trasformazione degli enti pubblici economici e la dismissione delle partecipazioni statali verso un nuovo ibrido: la s.p.a. di diritto pubblico", *Nomos, le attualità del diritto*, 1992; CAMMELLI M., *Le società a partecipazione pubblica: Comuni, Province e Regioni*, Rimini, Maggioli, 1989. Sulle privatizzazioni v. CASSESE S., "Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato", *riv. it. dir. pub. com.*, 1996; CASSESE S., "Stato e mercato, dopo privatizzazione e deregulation", *riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, p. 378; JAEGER P., "Privatizzazioni (profili generali)", *Enc. giur.*, vol. XXIV, 1995, ad vocem. DI GASPARE G., "Privatizzazioni (privatizzazioni delle imprese pubbliche)", *Enc. giur.*, vol. XXIV, 1995, ad vocem; BONELLI F., *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Giuffrè, Milano, 1996; SCHLESINGER P., "La legge sulle privatizzazioni degli enti pubblici economici", in *Riv. soc.*, 1992, p. 126; OPPO G., "La privatizzazione dell'impresa pubblica: profili societari", in *Riv. dir. civ.*, 1994, p. 731; PERNA R., "Privatizzazione formale/sostanziale e controllo della Corte dei Conti", *Foro Italiano*, 1993, vol. III, p. 285; DELLA CANANEA G., "Privatizzazioni senza autorità di regolazione?", *Gior. dir. amm.*, 1997, p. 487; MARCHETTI P.G. (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia*, Giuffrè, Milano, 1995; AMMANNATI L. (a cura di), *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche in Italia*, Giuffrè, Milano, 1995; FERRO-LUZZI P., "La trasformazione degli enti pubblici in spa e la 'speciale riserva'", *Giur. comm.*, vol. I, 1995, p. 507; CLARICH M., "Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana", *Dir. amm.*, vol. IV, 1995, p. 519; CLARICH M., voce "Privatizzazioni", *Dig. disc. pubbl.*, vol. XI, 1996, p. 568; CIRENEI M.T., "La società per azioni a partecipazione pubblica tra legislazione speciale e diritto comune", in COLOMBO G.E., PORTALE G.B. (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, vol. VIII, Utet, Torino, 1996; SANINO M., *Le privatizzazioni degli enti*

Brevemente, a questo punto della trattazione, è necessario discernere la figura della impresa pubblica da quella dell'*organismo di diritto pubblico*⁸⁸.

In particolare quest'ultimo, anch'esso istituto di matrice europea, è divenuto di estrema importanza proprio in virtù del crescente impiego nell'ultimo decennio, da parte dello Stato e degli enti pubblici territoriali, di modelli privatistici ulteriori, in seguito ai c.d. processi di privatizzazione.

Tale tendenza non ha comportato, nella maggior parte dei casi, la perdita della natura sostanzialmente pubblica di tali soggetti poiché, pur avvalendosi dell'ausilio di forme

dell'economia, Giuffrè, Milano, 1998. Sulle privatizzazioni a livello locale CAMMELLI M., ZIROLDI A., *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Maggioli, Rimini, 1997; CERVellini C. (a cura di), *Dalla municipalizzata alla società per azioni. Aspetti normativi ed operativi della trasformazione*, Maggioli, Rimini, 1994, p. 109; GHELARDUCCI F., "Privatizzazioni e servizi pubblici locali", *Foro amm.*, n. 5, 1996, p. 1741.

⁸⁸ La bibliografia in materia è sterminata, in particolare si rinvia: GUALTIERI F., "Limiti all'intervento pubblico in economia: squilibri e allineamenti tra gli ordinamenti italiano e francese", *Servizi e appalti*, 2006, p. 611; CARANTA R., "L'organismo di diritto pubblico questo sconosciuto", *Giur. it.*, 2003, p. 1687; NAPOLITANO G., op. cit. 2001; DI PLINIO G., "L'impresa pubblica", *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1998; DI VIA L., "Brevi note sul criterio di economicità e l'impresa rilevante per il diritto della concorrenza nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia", *Foro italiano*, vol. IV, 1994, p. 298.; FARES G., "Il collegamento societario nelle gare di appalto, fra tutela della concorrenza ed esercizio della libertà della iniziativa economica", *Servizi pubblici e appalti*, 2006, p. 123.; GRISOLI A., voce "Impresa comunitaria", *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1986; MASSERA A., "Il paternariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti", *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 1201; PATRONI GRIFFI F., "Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house", *Serv. pubbl e app.*, 2006, p. 27; PERFETTI L.R., "Pubblico servizio, capacità di diritto privato e tutela della concorrenza. Il caso del facility management", *Riv. it. dir. com.*, 2002, p. 187; PERIN R.C., "L'in house providing: un'impresa dimezzata", *Dir. amm.*, 2000, p. 51; SCUDIERO L., "La nozione di impresa nella giurisprudenza della Corte di giustizia", *Foro italiano*, vol. IV, 1994, p. 114; SCITTI E., "Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e paternariato pubblico privato", *Dir. amm.*, 2005, p. 915; SPADAFORA A., "La nozione di impresa nel diritto comunitario", *Giust.amm.*, vol. II, 1990, p. 283.

giuridiche di diritto privato, presentano come tratto differenziale lo svolgimento di funzioni pubbliche⁸⁹.

In tal modo, tuttavia, si sono nuovamente⁹⁰ messi in discussione i confini tra pubblico e privato, favorendo così l'affermazione della nozione comunitaria di “*organismo di diritto pubblico*”, che invero rileva specificatamente per l'applicazione delle procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di appalti pubblici (di lavori, servizi e forniture).

Al pari delle altre definizioni sin'ora analizzate, si assiste anche in tal caso ad una *funzionalizzazione* dei concetti, orientata allo scopo da perseguire.

Da notare che, in proposito, una raffinata dottrina⁹¹ ha, invece, sostenuto la validità generale della figura in esame, basandosi sull'adagio “*semel administratio, semper administratio*”, proprio in contrapposizione alla concezione della soggettività pubblica “*a geometria variabile*”⁹².

Presupposta la diversa funzione delle due definizioni, la nozione di impresa pubblica viene sovente sovrapposta a quella di organismo di diritto pubblico, avuto riguardo alle concrete difficoltà di distinguerli nella realtà.

Un criterio dirimente potrebbe rivelarsi considerando proprio le *finalità* perseguite.

Invero, l'organismo di diritto pubblico⁹³ normalmente viene creato al precipuo fine di soddisfare bisogni di interesse generale *privi* di carattere industriale o commerciale,

⁸⁹ PERFETTI L.R., DE CHIARA A., “*Organismo di diritto pubblico, capitale pubblico e rischio di impresa*”, *Dir. amm.*, 2004, p. 135.

⁹⁰ AUBY G.B., *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, 2010.

⁹¹ Il riferimento è chiaramente rivolto a MERUSI F., “*La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*”, *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 1997, p. 39; MERUSI F., “*La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*”, *Dir. Amm.*, 2004, p. 447; MERUSI F., “*L' integrazione fra la legalità comunitaria della legittimità amministrativa nazionale*”, *Dir. Am.*, 2009, p. 43; e più recentemente: MERUSI F. *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 52;

⁹² La fortunata espressione di CASSESE S., “*Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*,” in CHITI M.P., GRECO G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, p. 9.

⁹³ CAPUTI JAMBRENGHI V., “*L'organismo di diritto pubblico*”, *D.Amm*, vol. I, 2000, pp. 13 ss.; CAPUTI JAMBRENGHI V., “*Azione ordinaria di responsabilità ed azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. L'esigenza di tutela degli interessi pubblici*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile ad un decennio dalle riforme*”, *Atti del LI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, Milano, 2006;

distinguendosi in tal modo dalle imprese pubbliche che operano in regime di mercato, sopportando direttamente il rischio di impresa⁹⁴.

Non vi è alcuna coincidenza (né biunivoca, né parziale-unidirezionale) tra le due nozioni.

Infatti, il ricorso all'istituto dell'impresa pubblica, come ha esplicitato una recente sentenza in Italia⁹⁵, comporta l'applicazione delle regole di evidenza pubblica *unicamente* rispetto ai mercati in cui tali soggetti beneficiano di particolari diritti speciali o privilegiate, non potendo cioè essere estesa -tramite il meccanismo del "contagio"⁹⁶- a tutte quelle ulteriori e differenti attività svolte da tali imprese direttamente in mercati esposti alla concorrenza.

In tal modo viene posto l'accento sulla natura oggettiva delle *attività* svolte e non sulla *natura del soggetto* agente.

Il legislatore comunitario, contrariamente a quanto accaduto per il concetto di impresa, ha fornito una nozione di organismo di diritto pubblico sin dall'art. 19 della

CARANTA R., "*Organismo di diritto pubblico e impresa pubblica*", *Giurisprudenza Italiana*, n. 12, 2004, pp. 2415 ss.; CASALINI D., *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, Jovene, 2003; CASALINI D., "*L'organismo di diritto pubblico, l'impresa pubblica e la delimitazione soggettiva della disciplina sugli appalti pubblici*", *Foro Amm.*, vol. 12, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 3827 ss.; CHITI M.P., *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, Clueb, 2000; CINTIOLI F., "*D'interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale: il bisogno o l'attività? (Brevi note sull'organismo di diritto pubblico)*", www.giustamm.it; CLARICH M., "*Società di mercato e quasi-amministrazioni*", in www.giustiziaamministrativa.it; COLOMBARI S., "Organismo di diritto pubblico, delegazione interorganica e diritto della concorrenza. Flessibilità dell'ordinamento comunitario e rigidità del diritto interno", *RiDPC*, 2004, pp. 275 ss.

⁹⁴ CARANTA R., *op. cit.* 2004, pp. 2415 ss.

⁹⁵ Cass., SS.UU., ord., 29 maggio 2012, n. 8511, Poste Italiane.

⁹⁶ La Corte CE, 15 gennaio 1998, C-44/96 (Mannesmann) elabora la c.d. "*teoria del contagio*". Secondo la sentenza in questione, la normale istituzione dell'organismo in funzione della soddisfazione specifica di bisogni di interesse generale, non aventi carattere industriale o commerciale, non implica necessariamente che tale soggetto debba perseguire "unicamente" tali finalità, ben potendo esercitare altre attività non rispondenti a tale requisito.

Ciononostante, se lo svolgimento di attività di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale è affiancato da attività ultronee rispetto alle finalità descritte, queste ultime saranno comunque attratte entro l'area di rispetto della disciplina pubblicistica sull'evidenza pubblica (c.d. contagio), onde evitare problemi di certezza del diritto o di disparità di trattamento.

Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004⁹⁷ (e tale definizione rimane invariata fino alle più recenti Direttive in materia⁹⁸).

In *primo* luogo, si richiede che il soggetto sia dotato di personalità giuridica (c.d. requisito “*personalistico*”), sia essa pubblica o anche privata. Del resto, la nozione nasce proprio in funzione dell’estensione di un segmento di disciplina pubblicistica a soggetti che sono solo formalmente privati, nelle differenti articolazioni possibili (società, fondazioni, etc.).

In *secondo* luogo, è necessario individuare un collegamento organizzativo-funzionale forte (c.d. requisito dell’“*influenza pubblica dominante*”) con altri soggetti pubblici (Stato, enti pubblici territoriali o altri organismi di diritto pubblico) di cui sia indizio almeno uno dei seguenti tre fattori, tra loro posti in relazione di “alternatività”:

1) finanziamento maggioritario (ossia *più della metà*⁹⁹) da parte dello Stato, di enti pubblici territoriali o di altri organismi di diritto pubblico al fine di sostenere, senza specifico corrispettivo, l’attività del soggetto in questione;

2) controllo sulla gestione (dimostrabile anche per il tramite della titolarità della maggioranza delle quote azionarie, in caso di organismo in forma societaria) da parte dello Stato, enti pubblici territoriali o altri enti di diritto pubblico;

3) poteri di nomina in capo allo Stato, enti pubblici territoriali o altri organismi di diritto pubblico della maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza del soggetto esaminato.

In *terzo* luogo, occorre che il soggetto sia stato istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale non aventi carattere “industriale” o “commerciale” (c.d. requisito “*finalistico/teleologico*”¹⁰⁰).

⁹⁷ GUCE n. 134 del 30 aprile 2004

⁹⁸ Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull’aggiudicazione dei contratti di concessione; Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE; Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE.

⁹⁹ v. Corte UE, 03 ottobre 2000, C-380/98

¹⁰⁰ Probabilmente il requisito con maggiori difficoltà definitorie e, conseguentemente, con il maggior numero di interventi giurisprudenziali: Corte CE, 10 novembre 1998, C-360/96, “BFI Holding BV”; Cass., SS.UU., 04 aprile 2000, n. 97, “Ente Fiera di Milano”; Cass., SS.UU., 07 luglio 2011, n. 14958, “Fondazione Carnevale di Viareggio”; Cass., SS.UU., 09 maggio 2011, n. 10068.

La notoria sentenza Mannesmann¹⁰¹ precisa il carattere *cumulativo* delle tre condizioni.

Si aggiunga, inoltre, che la giurisprudenza europea¹⁰², in maniera innovativa, ha precisato che può accedere alla qualificazione di organismo di diritto pubblico anche una società non costituita *originariamente* per fini pubblici, ma alla quale venga conferito nel prosieguo il compito di perseguire un interesse pubblico (anche senza che vi sia una modificazione dello statuto).

In ogni caso, risulta particolarmente problematica l'individuazione, in via generale, del "*carattere non industriale o commerciale*" dell'attività di interesse generale.

In Italia, in proposito, particolarmente controversa¹⁰³ è stata la qualificazione dell'Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano.

¹⁰¹ Corte giust. 15 gennaio 1998, causa C-44/96, in Racc., 1998 I-73 punti 21 e 39.

¹⁰² Cfr. Corte giust. 12 dicembre 2002, causa C-470/99, *Universale. Bau AG*, in cui la Corte afferma che "*l'effetto utile della direttiva n. 93/37/CEE (ora sostituita dalla Direttiva 2004/18/CE) non sarebbe pienamente garantito se l'applicazione della disciplina della direttiva ad un organismo che soddisfa le condizioni enunciate all'art. 1, lett. b), c. 2, potesse escludersi per il solo fatto che sin dalla sua istituzione non gli erano state affidate le attività di interesse generale aventi carattere non industriale o Commerciale da esso svolte in pratica*".

¹⁰³ Cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 21 aprile 1995, n. 353, in *Riv. giur.*, ed. 1995, I, 667 ss., con nota di M. GOLLA, *Appalti di opere ed enti pubblici economici: una questione da approfondire in Giur. it.*, 1995, III, 525 ss., con nota di MAMELI B., "*Gli enti fieristici e le procedure dell'evidenza amministrativa*", *Giur. It.*, vol. III, 1995.

Nel merito, il giudice di primo grado aveva riconosciuto all'Ente autonomo Fiera di Milano natura giuridica di fondazione privata, escludendo in tal modo l'applicabilità all'Ente stesso delle disposizioni dettate dal d.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406, di attuazione della direttiva 89/440/CEE, in materia di appalti di lavori pubblici e declinando così la propria giurisdizione. Cfr. inoltre Cons. Stato, sez. VI, 17 settembre 1998, n. 1267, che esclude la qualificabilità dell'Ente Fiera Milano in termini di organismo di diritto pubblico.

Tale tesi è poi accolta dalle Sezioni Unite di Cassazione con sent. 97 del 4 aprile 2000.

Da ultimo, Cfr. la sentenza 10 maggio 2001 (in cause riunite C-229/99 e 260/99) in cui la Corte di Giustizia ha considerato decisivo, al fine di escludere la qualificazione dell'Ente Fiera come organismo di diritto pubblico, la duplice circostanza per cui si tratta di un ente che agisce in concorrenza con altri operatori fieristici (circostanza non dirimente, ma indiziante) e, soprattutto, il rilievo per cui detto soggetto opera, al fine di favorire l'incontro tra operatori privati, sopportando il rischio di perdite, senza essere destinatario di finanziamenti pubblici.

Ricopre un ruolo fondamentale in materia la sentenza 22.5.2003, causa C-18/01, Taitotalo, in cui la Corte di Giustizia, con maggiore chiarezza rispetto al passato, afferma che *“se l'organismo opera in normali condizioni di mercato, persegue lo scopo di lucro e subisce le perdite connesse all'esercizio della sua attività, è poco probabile che i bisogni che esso mira a soddisfare abbiano carattere non industriale o commerciale”*.

Conseguentemente, è possibile escludere il carattere non industriale o commerciale di un'attività, se essa è svolta in regime di concorrenza, ossia assumendo i rischi connessi all'attività e le relative perdite, a prescindere dalla proprietà - parziale o totale - da parte di amministrazioni pubbliche¹⁰⁴.

In altri termini, l'ente fiera è soggetto ad una logica operativa che tende naturalmente ad assecondare meccanismi competitivi e concorrenziali. In tal senso anche Cass., sez. un., 4 aprile 2000, n. 97 in cui si legge *“la pluralità degli enti fieristici determina, pur nella non coincidenza temporale di svolgimento delle manifestazioni, una situazione concorrenziale tra i vari enti: e la circostanza che l'organismo agisca in situazioni di concorrenza sul mercato costituisce un significativo indizio della natura commerciale o industriale dell'attività”*.

¹⁰⁴ Cfr., inoltre, Corte giust. 15 gennaio 1998, causa C-44/96, Mannesmann Anlagenbau, cit.; Corte giust. 10 novembre 1998, causa C-360/96, Gemente Arnhem e Gemente Rheden contro BFI Holding BV, in Racc., 1998, I-0006821; Corte giust. 10 maggio 2001, cause riunite C-223/99 e C-260/99, Agorà S.r.l. contro Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano e Excelsior S.n.C. di Pedrotti Bruna & C. contro Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano e Ciftat soc. coop. arl, in Racc., 2001, I03605; Corte giust. 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universal. Bau, in Racc., 2002, I-11617. Per un esame dei più recenti casi in cui è stata accertata la natura giuridica di o.d.p. Cons. Stato, sez. V, 23.8.2006, n. 4959, (C.I.R.A. - Centro italiano ricerche aerospaziali); T.A.R. Lazio, sez. III-ter, 8.8.2006, n. 7110, in (Enel s.p.a.); Cass. civ., SS.uu., 8 febbraio 2006, n. 2657, (Fondazione Accademia di S. Cecilia); Cons. Stato, sez. VI, 23 gennaio 2006, n. 182, in Foro it., 2006, IV, 201, con nota di CARBONE S. M. (Cassa nazionale di previdenza e assistenza a favore dei dottori commercialisti); Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2006, n. 241, in (Campitello Matese s.p.a., società pubblica di promozione dello sviluppo del territorio); Cons. Stato, sez. V, 14 giugno 2005, n. 544, in Foro amm. - CdS, 2005, 1889 (con riguardo al Consorzio Autostrade Siciliano); Cass. civ., ss.uu., 12 maggio 2005, n. 9940, in Contratti, 2006, 35, con nota di ANGIULI A. (Interporto di Padova s.p.a.); Cass. civ., ss.uu., 15 aprile 2005, n. 7800, in CED Cassazione (Raffaello s.p.a., società di gestione dell'aeroporto di Ancona-Falconara); Cons. Stato, ad. plen., 23 luglio 2004, n. 9, in Giorn. dir. amm., 2005, 141, con nota di GUCCIONE C. e GALLI D. (Ferrovie dello Stato S.p.a.); T.A.R. Lazio, sez. III-ter, 9 giugno 2004, n. 5460, in Giorn. dir. amm., 2004, 1112, con nota di MARCHI G..

Semantica dei servizi di interesse economico generale.

Effettuati i chiarimenti necessari in merito alla nozione di impresa *tout court*, nonché di impresa pubblica, occorre soffermarsi approfonditamente sul concetto di servizi di interesse economico generale per comprendere quali siano effettivamente i confini dell'eccezione alla regola prevista dall'art. 106(1) TFUE¹⁰⁵.

Sul tema Cfr., ex plurimis, GAROFOLI R., “*Organismo di diritto pubblico, criteri di identificazione e problemi di giurisdizione*”, *Urb. e app.*, 1997, p. 960; GAROFOLI R., “*L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del Giudice comunitario e dei Giudici italiani a confronto*”, *Foro it.*, vol. IV, 1998, p. 133; TARULLO S., “*Giustizia amministrativa ed appalti pubblici: influssi comunitari e linee di tendenza*”, *Cons. Stato*, 2000, II, p.1107, p.1549 e p.1811; DELFINO B., “*Soggetti privati, amministrazioni aggiudicatrici e pubbliche amministrazioni*”, *Cons. Stato*, 2003, II, p. 1083; PALLOTTINO D., “*Appalti sotto soglia, imprese pubbliche e organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria e nazionale (nota a T.A.R. Campania, Napoli, I sez., 20 maggio 2003, n. 5868)*”, *Foro amm. - Tar*, 2003, p. 2337; MAMELI B., “*Un possibile ridimensionamento della nozione di organismo di diritto pubblico*”, *Urb. e app.*, 2002, p. 66; CAPUTI JAMBRENGHI V., “*L'organismo di diritto pubblico*”, *Dir. amm.*, n. 13, 2000; GRECO G., “*Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*”, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, p. 839; CERULLI IRELLI V., “*Atti amministrativi di soggetti privati e tutela giurisdizionale a proposito della legge Merloni*”, *Giorn. dir. amm.* 1999, p. 1057; VIDOTTI G., “*Il contenuto del requisito negativo nella nozione di organismo di diritto pubblico*”, *Contr. Stato e Enti pubbl.*, 2001, p. 610; MARRAMA D., “*Contributo sull'interpretazione della nozione di organismo di diritto pubblico*”, *Dir. amm.*, 2000, p. 585; GALLI D., “*Brevi considerazioni sulla nozione di organismo di diritto pubblico nella normativa comunitaria e nazionale*”, *Contr. Stato e Enti pubbl.*, 1999, p. 529; CHITI E., “*Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di Stato e Corte di Giustizia*”, *Urb. e app.*, 1999, p. 71; ALPA G., CARULLO A. e CLARIZIA A., *Le spa comunali per la gestione dei servizi pubblici*, Milano, 1998; VOLPE C., “*Le società miste nei servizi pubblici locali, evoluzione o introduzione di un modello*”, *Urb. e app.*, 2003, p. 714; MASCOLINI A., “*Sull'esclusione degli enti fieristici dalla normativa in materia di appalti: l'approccio sostanziale del Consiglio di Stato alla nozione di organismo di diritto pubblico*”, *Riv. amm. App.*, 1998, p. 128; VIVANI C., “*Gli organismi di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e dei giudici italiani a confronti*”, *Foro it.*, vol. IV, 1998, p. 133.

¹⁰⁵ In ambito portuale, vengono in rilievo e saranno esaminate *funditus* nel capitolo successivo le seguenti pronunce, di cui si riporta la massima:

Infatti, le imprese che gestiscono un SIEG sono, come si è detto, sottoposte alle regole di concorrenza del Trattato, ex art. 106(2), solo “*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*”, ossia purché non venga così compromesso lo sviluppo degli scambi, contrariamente all'interesse della Comunità.

Si tratta di una misura normativa “ad effetto diretto”, che conferisce pertanto diritti individuali che i singoli possono far valere innanzi alle giurisdizioni nazionali¹⁰⁶.

- 10/71, Muller, 14 luglio 1971, EU: C: 1971: 45, 11- Cfr. C-242/95, GT-Link, 17 luglio 1997, EU: C: 1997: 376, 51. *Un'impresa che gode di determinati privilegi, mantenendo a tal fine stretti legami con le autorità pubbliche e che è responsabile di garantire la navigabilità della via d'acqua più importante dello Stato, potrebbe rientrare nella definizione di un "impresa incaricata della gestione di servizi di interesse economico generale";*

- C-266/96, Corsica Ferries, 18 giugno 1998, EU: C: 1998: 306, 45.

Le operazioni di “mooring” (immagazzinamento) sono di interesse economico generale, se presentano caratteristiche speciali, in relazione a quelle di altre attività economiche.

- Cfr. C-242/95, GT-Link, 17 luglio 1997, EU: C: 1997: 376, 52. *La gestione di qualsiasi porto commerciale e tutti i servizi forniti non costituiscono l'operazione di un servizio di interesse economico generale.*

- Cfr. C-179/90, Merci, 10 dicembre 1991, EU: C: 1991: 464, 27- Cf. C-242/95, GT-Link, 17 luglio 1997, EU: C: 1997: 376, 53. *Massima: Le attività genericamente definite di carico consistenti nel carico, scarico, trasbordo, stoccaggio e movimentazione generale di beni o materiali di qualsiasi tipo non sono necessariamente di interesse economico generale, se non esibiscono caratteristiche speciali rispetto a quelle di altre attività economiche.*

¹⁰⁶ Cfr 153/73, Sacchi, 30 aprile 1974, EU: C: 1974: 40, 18- C 179/90, Merci, 10 dicembre 1991, EU: C: 1991: 464, 23- C-242/95, GT-Link, 17 luglio 1997, EU: C: 1997: 376, 57. Cfr. 127/73, BRT / SADAM, 27 marzo 1974, EU: C: 1974: 25, 22- C-218/00, Cisal / INAIL, 22 gennaio 2002, EU: C: 2002: 36, 19

Anche a livello di giurisdizione nazionale è necessario vigilare al fine di stabilire se le pratiche contrarie all'articolo 102 TFUE di un'impresa incaricata della gestione di un servizio di interesse economico generale possano essere giustificate da esigenze derivanti dallo specifico compito affidato a tale impresa : C-260/89, ERT / DEP, 18 giugno 1991, EU: C: 1991: 254, 34- T-16/91, Rendo / Commissione, 18 novembre 1992, EU: T: 1992: 109, 992

L'articolo 106, paragrafo 2, del TFUE mira a conciliare l'interesse degli Stati membri ad utilizzare determinate imprese come strumento di politica economica o fiscale con l'interesse dell'Unione a garantire il rispetto delle regole sulla concorrenza e la salvaguardia dell'unità del mercato interno. C-202/88, Francia / Commissione, 19 marzo 1991, UE: C: 1991: 120, 12- C-

In tal senso depone anche l'art. 8 della legge 10 ottobre 1990 n. 287, a Tutela della concorrenza e del mercato, il quale, ricalcando, sia pure con diversa formulazione, la norma dell'art. 106(2) TFUE, dispone che le norme sulla concorrenza “*non si applicano alle imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio su mercato, per quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici obblighi loro affidati*”.

Come già osservato in precedenza, anche per comprendere la nozione di servizi di interesse economico generale, di origine comunitaria, occorre emanciparsi dal semplice rinvio ai concetti nazionali¹⁰⁷.

Sovente alcuni interpreti considerano quale aspetto dirimente, ai fini della qualificazione quale SIEG, la dimensione universale¹⁰⁸ del servizio.

In realtà, probabilmente l'universalità è da considerarsi piuttosto una *conseguenza* dell'interesse pubblico sotteso al servizio e non un “tassello” del percorso definitorio.

159/94, Commissione / Francia, 23 ottobre 1997, UE: C: 1997: 501, 55-56- C-157/94, Commissione / Paesi Bassi, 23 ottobre 1997, EU: C: 1997: 499, 39-40- C-67/96, Albany, 21 settembre 1999, UE: C: 1999: 430, 103-104- C-115/97 a C-117/97, Brentjens, 21 settembre 1999, EU: C: 1999: 439, 103-104- C-219/97, Drijvende Bokken, 21 Settembre 1999, EU: C: 1999: 437, 93-94

¹⁰⁷ Cfr. VAN MIERT K., “*La mission d'intérêt économique général et l'article 90, 2° comma, du traité Ce : dans la politique de la Commission*”, *Diritto dell'economia*, 1997, p. 279, MOAVERO MILANESI E., “*Les 'services d'interet economique general', les en- trprises publiques et les privatisations*”, *Revue du Droit de L'union Européenne*, 2000, p. 117.

In giurisprudenza: I servizi sono di interesse economico generale se tale interesse ha caratteristiche speciali in relazione a quelli di altre attività economiche. C-266/96, Corsica Ferries, 18 giugno 1998, EU: C: 1998: 306, 454.1.1.

¹⁰⁸ Uno Stato membro può conferire agli operatori il diritto esclusivo di fornire un servizio c.d. “universale” che obblighi questi operatori a fornire tali servizi in qualsiasi momento e a qualsiasi utente. - C-266/96, Corsica Ferries, 18 giugno 1998, UE : C: 1998: 306, 45.

Un'impresa è incaricata della gestione di servizi di interesse generale se deve garantire che, su tutto il territorio per il quale è concessa la concessione, tutti i consumatori, siano essi distributori locali o utenti finali, ricevano forniture non interrotte di merci in quantità sufficienti per soddisfare la domanda in un dato momento, a tariffe doganali uniformi e a condizioni che non possono variare, salvo in base a criteri oggettivi applicabili a tutti i clienti. Cfr. C-393/92, Almelo / IJsselmij, 24 aprile 1994, EU: C: 1994: 177, 47-48- C-159/94, Commissione / Francia, 23 ottobre 1997, EU: C: 1997: 501, 57-157 / 94, Commissione / Paesi Bassi, 23 ottobre 1997, EU: C: 1997: 499, 41Articolo 106, paragrafo 2, TFUE 1369

Il Trattato, come già notato in precedenza, non fornisce alcuna indicazione anche per quanto concerne questa definizione.

Sono significativi, invece, alcuni tra i c.d. atti secondari, ossia dapprima la Comunicazione su “*I servizi di interessi generali in Europa*” del 1996¹⁰⁹, ribadita nella Comunicazione del 2001¹¹⁰ ed, in seguito, il Libro Verde su “*I servizi di interesse generale*” del 2003¹¹¹ ed il Libro Bianco su “*I servizi di interesse generale*” del 2004¹¹².

Negli atti sopracitati i SIEG sono presentati in qualità di sottocategoria della più ampia famiglia dei “servizi di interesse generale” e vengono descritti quali i “*servizi forniti dietro retribuzione che assolvono missioni di interesse generale e sono quindi assoggettati dagli Stati membri a specifici obblighi di servizio pubblico*”.

Tale nozione risulta, tuttavia, *prima facie*, insufficiente, attesa l'eccessiva vaghezza¹¹³.

Sarà pertanto necessario svolgere delle riflessioni ulteriori, analizzando analiticamente la locuzione “servizi di interesse economico generale” e facendo riferimento ai più recenti orientamenti giurisprudenziali in materia.

“Servizio”

La nozione di servizio è anch'essa una nozione difficile da delineare¹¹⁴.

Nuovamente il Trattato postula tale concetto in varie disposizioni, ma non ne offre una definizione, lasciando tale compito all'interprete.

Prima di tentare una qualsiasi definizione del termine, occorre distinguere i servizi di interesse generale dalle c.d. *prerogative régaliennes* (o “*service public ancien*”), per ovvie ragioni sottratte all'applicazione delle regole del Trattato¹¹⁵.

¹⁰⁹ Comm(96)443 del 11 settembre 1996 in GUCE 26 settembre 1996, C 281, 3.

¹¹⁰ Comm(2000)580 del 9 settembre 2000 in GUCE 19 gennaio 2001 C17, 4.

¹¹¹ Com(2003)270 final del 21 maggio 2003.

¹¹² Com(2004) 374 del 12 maggio 2004.

¹¹³ VILLATA R. - BERTONAZZI L., “*Servizi di interesse economico generale*”, in M.P.G. GRECO (a cura di), *Trattati di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2007.

¹¹⁴ Cfr. FRANCESCHELLI R., “*Nozione di servizio di interesse economico generale di cui al 2 comma dell'art. 90 del Trattato Istitutivo del Mercato Comune Europeo*”, Riv. dir. ind., Giuffrè, Milano, 1963, p. 10.

¹¹⁵ MAILLO J., “*Service of general interest and competition law*”, in AMATO G., EHLERMANN C.D., *EC competition law*, Oxford and Portland, Oregon, 2007; Cfr. Commission Staff Working Document SEC(2007) 1516 del 20 novembre 2007)

Queste ultime sono, infatti, le attività rivolte al raggiungimento dei fini essenziali e tradizionali dello Stato, quali l'amministrazione della giustizia¹¹⁶, la protezione civile, l'ordine e la sicurezza pubblica¹¹⁷, l'amministrazione generale e fiscale, la difesa¹¹⁸, i poteri certificativi¹¹⁹.

¹¹⁶ CARLUCCIO P., "Amministrazione della giustizia", in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2003, p. 383.

¹¹⁷ Cfr. CAIA G., "Ordine e sicurezza pubblica", in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2003

¹¹⁸ BALDANZA A., "Difesa", in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2003, p. 383.

¹¹⁹ A titolo di esempio: Cfr. Corte giust., 19 gennaio 1994, causa C-364/92, Eurocontrol, in cui la Corte ritiene che un organismo che controlla e sorveglia lo spazio aereo e che riscuote i compensi dovuti per l'utilizzo del suo sistema di navigazione aerea non ha sostanza economica, ma è espressione di sovranità da parte degli Stati. Nel procedimento la Corte ha sentenziato che "le attività dell'Eurocontrol, per la loro natura, per il loro oggetto e per le norme alle quali sono soggette, si ricollegano all'esercizio di prerogative, relative al controllo e alla polizia dello spazio aereo, che sono tipiche prerogative dei pubblici poteri". Di conseguenza "esse non presentano carattere economico che giustifichi l'applicazione delle norme sulla concorrenza previste dal Trattato".

Il caso riguardava un organismo internazionale (Eurocontrol) la cui funzione principale consisteva nel controllo ed nel coordinamento della navigazione aerea per conto di alcuni Stati membri. Cfr. altresì Corte giust., 18.3.1997 C. 343/95, Diego Calì & Figli/Servizi ecologici Porto di Genova in cui la Corte afferma "la sorveglianza antinquinamento che la SEPG è stata incaricata di svolgere nel porto petrolifero di Genova costituisce una missione di interesse generale che rientra nei compiti essenziali dello Stato in materia di tutela dell'ambiente nel settore marino. Siffatta attività di sorveglianza, per la sua natura, per il suo oggetto e per le norme alle quali è assoggettata, si ricollega quindi all'esercizio di prerogative dei pubblici poteri. Essa non presenta carattere economico che giustifichi l'applicazione delle regole di concorrenza previste dal Trattato"; Commissione decisione, 19 luglio 2006, caso N. 140/2006 - Lithuania, Allotment of subsidies to the State Enterprises at the Correction House (GU C 244, 11.10.2006), in cui la Commissione afferma che "l'organizzazione, il finanziamento e le misure di rieducazione dei prigionieri adottate in attuazione del sistema penale costituiscono prerogative dei pubblici poteri e pertanto si collocano al di fuori del Trattato".

La distinzione tra funzione pubblica e attività di impresa si rinviene anche negli artt. 36, 45, 52, TFUE i quali consentono agli Stati membri di derogare alle norme riguardanti

Al contrario, il concetto di “servizio” è identificabile con “*quei fini che lo Stato [ha assunto] via via nel campo dell'economia, della socialità, per ragioni di ordine pratico o economico onde incentivare o sostituirsi alla attività insufficiente o inadeguata dei privati, con l'attività sua propria o di altri enti pubblici*”¹²⁰.

Secondo autorevole dottrina¹²¹ la distinzione tra i due concetti si può rinvenire nell'assenza nei servizi dei poteri autoritativi nell'esplicazione (ma non nell'erogazione) dell'attività¹²².

rispettivamente la libera circolazione dei servizi e dei capitali, per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica.

In merito ai motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza in rapporto con le regole di libera circolazione delle *merci* v. Corte giust., 20 maggio 1976, causa 104/75, De Peijper; Corte giust., 10 luglio 1984, causa 72/83, Campus Oil; Corte giust., 17 giugno 1987, causa 154/85, Delattre; Corte giust.) 28.3.1995, causa C-324/93, Evans Medical; Corte giust., 3 dicembre 1990) causa C-67/97, Bluhme.

In merito ai motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza, sanità in rapporto con le regole di libera circolazione *dei lavoratori, dei servizi, nonché di libertà di stabilimento*. Corte giust., 4 dicembre 1974, causa C-41/74, Van Duyn; Corte giust. 28.10.1975, causa 36/75, Rutili, Corte giust., 19 gennaio 1999, causa C 348/96, Calfa.

¹²⁰ FRANCESCHELLI R., *op. cit.* 1963.

¹²¹ Cfr. ROMANO A., *op. cit.* 1994 [MANCANTE].

¹²² Per un approfondimento sulla distinzione tra servizi e funzione si rinvia a MIELE G., “*Pubblica funzione e pubblico servizio*”, *Archivio giuridico “A. Serafini”*, vol. XXVI, 1933, p. 172; GAIA G., “*Funzione pubblica e servizio pubblico*”, in MAZZAROLLI L. (a cura di), *Diritto amministrativo I ed.*, vol. I, Monduzzi, Bologna, 1993; Cfr. in particolare CERULLI IRELLI V., “*Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*”, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, p. 748 il quale osserva (nota VII) come “*(...) l'area della pubblica amministrazione è quella nella quale alla cura concreta degli interessi collettivi si fa fronte mediante l'esercizio di poteri amministrativi (area nella quale rientra anche l'attività amministrativa mediante contratti), nello schema dell'art. 97, 1o comma Cost., cui sul piano organizzativo, corrispondono figure assai diverse tra loro). Mentre l'area dei servizi copre attività ritenute bensì necessarie in un determinato contesto storico sociale e il cui espletamento nell'interesse della collettività deve perciò essere assicurato, ma che non necessitano dell'esercizio di poteri e possono perciò essere svolte in forme privatistiche, in via di principio, da parte di ogni soggetto dell'ordinamento*”.

Si ricorda inoltre come la distinzione tragga origine dallo stesso diritto positivo e cioè dagli artt. 357 e 358 del codice penale: si veda al riguardo una sentenza ormai datata della Corte di Cassazione, Cass. III sez. pen., 15 novembre 1961, (pubblicata in *Foro it.*, 1962, II, c. 52), in cui

Invero, una definizione residuale è offerta nel Trattato nel Capo III, Titolo III. Parte III, dedicato, appunto, ai “servizi”, considerati nella prospettiva della libera circolazione, ed ora anche nella Direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno in G.U.U.E. L 376/36 del 27.12.2006, all’art. 4 (c.d. *Dir. Bolkestein*).

In tale contesto l'art. 57 TFUE definisce i “servizi” come “*prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone. I servizi comprendono in particolare: a) attività di carattere industriale; b) attività di carattere commerciale; c) attività artigiane; d) le attività delle libere professioni*”.

Come anticipato, tale nozione è poi ribadita nell'art. 4 della Direttiva Bolkestein¹²³ che, nel delimitare il suo ambito di applicazione, definisce “servizio” qualsiasi attività economica, di cui all'articolo 57 TFUE, fornita normalmente dietro retribuzione.

La Direttiva Bolkestein, nel trentatreesimo considerando, con esemplificazione non tassativa e non esaustiva, individua quali servizi rientranti nel suo ambito di applicazione: i servizi alle imprese, quali i servizi di consulenza manageriale e gestionale, i servizi di certificazione e di collaudo, i servizi di gestione delle strutture, compresi i servizi di manutenzione degli uffici, i servizi di pubblicità o i servizi connessi alle assunzioni e i servizi degli agenti commerciali; vi sono poi i servizi prestati sia alle imprese sia ai consumatori, quali i servizi di consulenza legale o fiscale, i servizi collegati con il settore immobiliare, come le agenzie immobiliari, l'edilizia, compresi i servizi degli architetti, la distribuzione, l'organizzazione di fiere, il noleggio di auto, le agenzie di viaggi.

dovento decidere se applicare ai dipendenti delle Casse di risparmio l'art. 357 o l'art. 358 del codice penale, preferì optare per la prima delle due norme affermando che l'attività di tali istituti costituiva una pubblica funzione e non semplicemente un pubblico servizio. Cfr. POTOTSCHNIG U., *op. cit.*, p. 5, nota 4, il quale tuttavia osserva come tale distinzione offerta in ambito penale “*sia risultata scarsamente significativa nel campo proprio del diritto ammirativo (Cfr. GIANNINI M.S., Lezioni di diritto amministrativo, Giuffrè, Milano, 1950, p. 114) e ciò non solo per il fatto che in ogni vita pubblica vi sono in realtà momenti nei quali si estrinseca pubblica funzione e altri nei quali si estrinseca pubblico servizio ma anche e soprattutto perché la distinzione è stata posta con esclusivo riguardo alla posizione della persona fisica nell'ambito di due diverse fattispecie criminose: profilo, questo, che è logicamente l'unico ad interessare il diritto penale, ma che si palesa di ben scarsa utilità ai fini di una qualificazione complessiva del fenomeno nel campo amministrativo.*”

¹²³ Invero, i servizi portuali sono esclusi dall'ambito di applicazione della Direttiva. Art.

Nell'ambito di applicazione della Direttiva rientrano altresì i servizi ai consumatori, quali i servizi nel settore del turismo, compresi i servizi delle guide turistiche, i servizi ricreativi, i centri sportivi, i parchi di divertimento e, nella misura in cui non sono esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva, i servizi a domicilio, come l'assistenza agli anziani.

Latu sensu, possiamo facilmente intuire come la nozione di “servizio” comprenda ogni attività rilevante che si traduce principalmente in un *facere* retribuito¹²⁴ e non in uno scambio di beni¹²⁵.

Il termine “servizio” è dunque utilizzato per definire “*una qualche utilità offerta da un soggetto ad altro soggetto e, specie per quanto riguarda l'aspetto giuridico-economico, un'utilità offerta ad una pluralità indeterminata o indeterminabile di soggetti*”¹²⁶.

Si tratta ora di capire quando un servizio, una prestazione possa definirsi di interesse generale ed avente natura economica¹²⁷.

Proseguiremo, pertanto, interrogandoci sui criteri in base ai quali è possibile includere o escludere la prestazione di un determinato servizio dal regime previsto dall'art. 106(2) TFUE.

“Interesse generale”

Pur mantenendo una rigorosa ottica giuridica, è innegabile che la qualificazione di un dato servizio come di interesse generale dipenda da una valutazione squisitamente politica.

Tale valutazione, del resto, è chiaramente mutevole in base al determinato momento storico ed alla specifica società in seno alla quale viene pronunciata, ottenendo così una cangiante definizione di quelle che sono le attività vitali, fondamentali per una determinata comunità sociale¹²⁸.

¹²⁴ Cfr. RACCA G. M., “*I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*”, *Dir. amm.*, 1994, pp. 201-204; VILLATA R. - BERTONAZZI L., *op.cit.*

¹²⁵ FOIS S., “*Servizi e interessi tra privatizzazioni e regolazione pubblica*”, *Dir.e soc.*, 2000,

¹²⁶ FOIS S., *Ivi.*

¹²⁷ Possono ritenersi tali ad esempio i servizi di consulenza manageriale, i servizi degli architetti, i servizi prestati ai disabili, i servizi postali.

¹²⁸ Cfr. Relazione al Consiglio europeo di Laeken, COM(2001) 589 del 17 gennaio 2001, in tal senso anche il Parlamento europeo nella *Risoluzione sul Libro Bianco della Commissione sui SIG del 2004* (Com. 2006/2101). Cfr. AUTIN J.L., RIBOT C., *Droit Administratif général*, LexisNexis, Litec, 2007, p. 185, i quali osservano : “*c'est l'autorité administrative qui décide quand il y a intérêt générale et comment satisfaire ce besoin par la création d'un service public*” GAUDEMET Y., *op. cit.*, 2000, p. 50.

Pertanto, per il suo carattere dinamico, secondo alcuni Autori¹²⁹ non è possibile una codificazione delle missioni di interesse generale.

Solo a titolo esemplificativo, pensiamo al momento storico in cui l'approvvigionamento dei cereali o l'uso del telegrafo oppure, ancora il servizio di manutenzione svolto in porto¹³⁰ erano da considerarsi servizio di interesse economico generale.

Il naturale evolversi della nostra società renderà obsoleti certi servizi pubblici oggi essenziali e farà probabilmente apparire delle nuove necessità alla quale rispondere¹³¹.

Tuttavia, come osserva S. Fois¹³²: *“non qualsiasi servizio più o meno rivolto a soddisfare interessi super individuali (e quindi interessi qualificabili come “diffusi” o “collettivi” o addirittura “generali”) può autoritativamente essere considerato e trattato come “pubblico”: in particolare, al di fuori del caso di servizi veramente “essenziali”, la decisione politica non sarebbe legittimata a riservare ai pubblici poteri la titolarità di una dato servizio e neppure ad imporre un'intrinseca “pubblicità” agli eventuali gestori privati esplicanti tale servizio”. Se è pur vero che la Corte di Giustizia riconosce agli Stati membri la possibilità di individuare le missioni di interesse generale e, quindi, di stabilire quando una determinata attività rivesta carattere di interesse generale, spetta tuttavia agli organi comunitari il potere di dichiarare se l'attività svolta dall'impresa, nei limiti dell'errore manifesto, possa effettivamente considerarsi di interesse generale. Tale valutazione, tuttavia, con il passare del*

¹²⁹ Cfr. BUENDIA SIERRA J. L., Intervento al congresso “*Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt générale et le marché*” organizzato da CEDECE, IRENE et IUF, 1996)

¹³⁰ L'argomento verrà affrontato nella parte II del capitolo II, par. “I servizi di interesse generale in porto nel diritto Francese”.

¹³¹ Cfr. altresì VAN MIERT K., op. cit. 1997, p. 281. Non è, tuttavia, possibile stilare un elenco (statico) dei servizi economici di interesse generale, elenco soggetto a continui mutamenti in linea con l'evoluzione tecnologica, economica e lo sviluppo sociale (Cfr. Libro Verde 2004, 45). Negli ultimi decenni, infatti, sempre più attività hanno assunto rilevanza economica (quale il servizio di gestione dei rifiuti, l'approvvigionamento idrico etc).

Nel 1957 e sino all'Atto Unico Europeo del 1986, erano considerati SIEG esclusivamente le attività svolte nel settore delle comunicazioni, del trasporto e nel settore dell'energia (in genere i servizi c.d. “a rete”).

Successivamente, in relazione ad una più ampia definizione del concetto di impresa, la sfera delle attività e dei settori rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 106 TFUE è divenuta più ampia (Cfr. Comunicazione Commissione, Servizi di interesse generale, inclusi i servizi sociali di interesse generale, COM(2007) del 20 novembre 2007).

¹³² FOIS S., op. cit., 2000, p. 30.

*tempo è stata condotta in maniera da realizzare una sempre maggior ingerenza nell'ambito delle decisioni "politiche" degli Stati membri [cfr. infra § 1.6.] superando quel limite rappresentato dalla rilevanza del solo "errore manifesto"*¹³³.

In questa prospettiva, in materia portuale, appare significativa la sentenza *Merci Convenzionali Porto di Genova*¹³⁴.

In tale pronuncia, la Corte nega che le operazioni di imbarco, sbarco, trasbordo, deposito e più in generale di ogni movimento di merci o altro materiale, costituiscano attività di interesse generale poiché non presentano alcun carattere specifico rispetto a quello di altre attività della vita economica. Pertanto tali attività non possono rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 86(2) del Trattato - ora 106(2) TFUE⁻¹³⁵.

"Economico"

A questo punto della trattazione, è necessario affrontare il problema relativo alla determinazione del significato del lemma "*economico*", nell'ottica di portare a compimento la definizione dell'ambito di applicazione dell'art. 106(2) TFUE.

Tale nozione è inscindibilmente connessa a quella di impresa: si definiscono economici "*quei servizi scambiati secondo le leggi di mercato, dietro retribuzione ed esercitati in vista del conseguimento di un profitto o quanto meno dirette a coprire i costi sostenuti per la produzione del servizio offerto*".

¹³³ Cfr. Corte giust., 14 luglio 1981, causa C-172/80, *General Zuchner v. Bayerische Vereinsbank Ag*, in cui la Corte nega che le attività bancarie possano rientrare in questa categoria. Cfr. altresì Commissione, Decisione 98/190, del 14 gennaio 1998, *FAG Flughafen frankfurt/Main* in cui la Commissione nega che i "ramp-handling services" da svolgersi in aeroporto possano ritenersi erogati nell'interesse generale.

¹³⁴ Corte giust. Sent. 10 dicembre 1991, causa C-129/90, *Siderurgica Gabrielli c. Merci Convenzionali Porto di Genova*, in *Foro It.*, 1991, IV, 226 e segg. n. *Dir. Maritt.*, 1991, p. 1128 ss., con nota di F. MUNARI, *Compagnie Portuali, imprese concessionarie e operazioni di imbarco e sbarco: il diritto comunitario e la Corte di Giustizia*. La sentenza è stata oggetto di numerosi commenti: tra gli altri, e solo per limitarsi alla dottrina italiana, v. C. BRUSCO, *Imprese e compagnie portuali alla luce delle norme comunitarie*, in *Foro It.*, 1992 IV, c. 226 ss.; M. RICCOMAGNO, *La Corte di Giustizia CE e la disciplina italiana del lavoro portuale*, in *Foro pad.*, 1992, I, p. 312 ss.

¹³⁵ Tale pronuncia sarà oggetto di approfondimento nel capitolo II, specificatamente dedicato all'individuazione dei Servizi di Interesse Economico Generale in porto.

La Corte dei Conti italiana¹³⁶ osserva che ciò che qualifica un'attività come economica non è solo il fine produttivo cui essa è indirizzata, ma anche il metodo in cui è svolta¹³⁷.

In particolare, - ritiene la Corte - *“l'attività produttiva può dirsi condotta con metodo economico quando le entrate percepite per l'attività sono tese a remunerare i fattori produttivi utilizzati, consentendo nel lungo periodo la copertura di costi con i ricavi. Non può invece qualificarsi come “attività economica” la produzione, sia da parte di un soggetto pubblico che di un soggetto privato, di beni o servizi erogati gratuitamente o a prezzo politico, che fa oggettivamente escludere la possibilità di coprire i costi con i ricavi”*.

Dunque è l'effettiva modalità di gestione adottata che consente di distinguere i servizi di interesse generale avente natura economica da quelli aventi natura non economica.

Onde per cui è possibile affermare che laddove il servizio sia “retribuito” in prevalenza attraverso finanziamenti pubblici, si è in presenza di attività *non economiche*.

Per quanto concerne la definizione di “retribuzione”, la Corte di giustizia individua quale caratteristica fondamentale la presenza di un *corrispettivo remunerativo* per i servizi prestati.

A titolo esemplificativo, non sono stati riconosciuti alla stregua di attività retribuita tutti quei servizi svolti dallo Stato o per conto dello Stato nel quadro dei suoi doveri in ambito culturale, sociale, educativo¹³⁸.

Nello specifico, la Commissione nella sua Comunicazione sui SIG del 2001 ha chiarito che sono fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 86(2) TCE (ora 106(2) TFUE), in quanto

¹³⁶ Sez. regionale di controllo per la Regione Lombardia del 11 maggio 2009 n. 195.

¹³⁷ Cfr. Corte di giustizia, 21 settembre 1999, causa C-67/96; Corte giust., 17 febbraio 1993, causa C-159/91 e C-160/91; Corte giust., 16 novembre 1995, causa C-244/94, ove si afferma che è economica qualsiasi attività esercitata in un determinato mercato, diretta alla fornitura di beni e servizi dietro corrispettivo (che sia remunerativo), idonea al conseguimento di un risultato economico favorevole.

¹³⁸ Si pensi, a titolo esemplificativo, al pagamento di una tassa di insegnamento o di iscrizione, pagata dagli studenti per contribuire in parte alle spese di funzionamento di un sistema.

Questa non costituisce di per sé retribuzione in quanto il servizio continua ad essere essenzialmente finanziato con fondi pubblici.

servizi di interesse generale non economico: la previdenza sociale¹³⁹, l'istruzione nazionale¹⁴⁰, associazioni di consumatori, organizzazioni caritative o umanitarie¹⁴¹, nonché le attività svolte da organismi la cui funzione è essenzialmente sociale, purché non realizzino profitti e non si prefiggano di svolgere un'attività industriale o commerciale.

È necessario, tuttavia, ed è la stessa Commissione¹⁴² a sottolinearlo, distinguere le attività a carattere economico che i medesimi organismi svolgono e alle quali, dunque, si devono applicare le norme comunitarie¹⁴³.

¹³⁹ Cfr. Corte giust., causa C-159/91 e C-160/91, Poucet, in cui la Corte ha statuito che gli enti incaricati della gestione dei regimi di previdenza sociale imposti dallo Stato, quale assicurazione, malattia obbligatoria, che sono basati sul principio di solidarietà, privi di scopi di lucro e le cui prestazioni non sono proporzionali all'importo dei contributi obbligatori, svolgono una funzione di carattere elusivamente sociale e non esercitano un'attività economica; Cfr. altresì Corte giust., C-218/00, Cisa e INAIL (2002) 43-48; Corte giust. C-355/00, Freskot (2003); Corte giust. C-355/01, AOK Bundersverband (2004).

¹⁴⁰ Cfr. Corte giust., causa C-263/86, Humbel, in cui la Corte ha ritenuto che lo Stato, istituendo e mantenendo l'istruzione, non intende svolgere attività lucrative, bensì assolvere i propri compiti in campo sociale, culturale ed educativo in favore dei propri cittadini),

¹⁴¹ Cfr. Corte giust., 7 dicembre 2003, causa C-102/92, Wirth. Ancora, sono stati riconosciuti tali: sindacati, partiti politici, chiese e associazioni religiose, sportive (Commissione Decisione N. 118/00 - Sovvenzioni pubbliche ai club sportivi professionali in GU C 333/6, 28 novembre 2001).

¹⁴² Comunicazione SIG, 2001, 30.

¹⁴³A titolo esemplificativo le istituzioni comunitarie hanno ricondotto all'interno della categoria dei SIEG i seguenti servizi: la gestione di una rete di trasporto (Corte giust., 2002, causa C-82/01, Aéroports de Paris v. Commissione) la gestione di una rete telefonica pubblica (Corte giust. 13 dicembre 1991, causa 18/38, RTT); il servizio televisivo (Corte giust. 30 aprile 1974, causa C-155/73, Succhi); il servizio postale, ad esclusione dei servizi a valore aggiunto, quali il servizio di corriere espresso (Corte giust. 19 maggio 1993, causa C-320/91, Corbeau\ Corte giust. 10 febbraio 2000, cause riunite C-147/97 e 148/97, Deutsche post, Corte giust. 17 maggio 2001, causa, C-340/99, TNT Traco Spa e Poste italiane.); l'elettricità, in particolare i servizi di produzione e distribuzione dell'energia (Corte giust. 27 aprile 1994, causa C-393/92 Comune di Almelo\ Corte giust. 23.10.1997, causa C-1.58/94* Commissione c. Italia (diritti di importazione e di esportazione di energia elettrica); Corte giust. 13.3.2001, causa C-379/98, PreussenElektra c. Schlesweg); la navigabilità di vie d'acqua (Corte giust., sent. 14 luglio 1971, causa 10/71, Porto di Meret); nel caso Ahmed Sahed Flugreisen, 11 aprile 1989, causa 66/86, la Corte considera come imprese incaricate di SIEG le compagnie aeree in particolare quando la legislazione assegna loro il compito

Come già ricordato, in ogni caso, il riconoscimento dell'attività economica come servizio di interesse generale non comporta l'automatica esenzione dalle regole del Trattato ai sensi dell'art. 106(2) TFUE.

Le considerazioni svolte nei seguenti capitoli saranno utili per verificare la rispondenza delle singoli definizioni di SIEG nell'ordinamento italiano e francese, così come verranno affrontate nel paragrafo “*La definizione dei servizi di interesse generale in porto : Italia e Francia a confronto*”.

Effettuata questa prima panoramica, risulta, di fatto, indispensabile analizzare alcune condizioni ulteriori che la normativa impone, ossia l'esistenza di un atto di incarico¹⁴⁴ e la proporzionalità della deroga¹⁴⁵.

L'atto di incarico

L'art. 106(2) TFUE fa riferimento alle imprese *incaricate* di gestire un SIEG.

di garantire rotte non densamente frequentate; la gestione di determinati rifiuti (Corte giust., sent. 23 maggio 2000, causa C-209/98, FFAD), determinate attività portuali, sent. 18 giugno 1998, causa C-266/96, Corsica Ferries; determinati servizi aeroportuali (Decisione 98/190, FAG Flughafen Frankfurt/Main, 14 gennaio 1998; Decisione 95/364, 28 giugno 1995); operazioni di ormeggio (Corte giust., 17 luglio 1991, causa C-242/95, GT-Link; il trasporto pubblico locale (urbano, extraurbano o regionale), i cui oneri sono compensati da sovvenzioni pubbliche (Corte giust., 24 luglio 2003, causa C-280/00, Altmark) l'attività di distribuzione e fornitura di medicinali da parte di grossisti ai quali “è imposto l'obbligo di disporre in permanenza di un assortimento di medicinali sufficiente a soddisfare le esigenze di un territorio geograficamente determinato e di assicurare la consegna dei medicinali richiesti in brevissimi tempi su tutto il territorio in questione, di modo che sia garantito in ogni momento un adeguato approvvigionamento di medicinali all'insieme della popolazione” (Corte giust., 22 novembre 2001, causa C- 53/00, Acoss).

¹⁴⁴ 127/73, BRT / SADAM, 27 marzo 1974, EU:C:1974:25, 20-21

¹⁴⁵ Cfr. C-320/91, Corbeau, 19 maggio 1993, EU:C:1993:198, 14- Cfr. C-393/92, Almelo / IJsselmij, 24 aprile 1994, EU: C: 1994: 177, 46- Cfr. C-475/99, Glöckner, 25 ottobre 2001, EU: C: 2001: 577, 56-C-162/06, International Main Spain, 15 novembre 2007, EU: C: 2007: 681, 34311/84, CBEM / CLT, 3 ottobre 1985, EU:C:1985:394, 17-C-41/90, Höfner / Macrotron, 23 aprile 1991, EU:C:1991:161, 24-C-17/90, Merci, 10 dicembre 1991, EU:C:1991:464, 26-T-128/98, Aéroports de Paris/Commission, 12 December 2000, EU:T:2000:290, 227; -C-159/94, Commissione / Francia, 23 ottobre 1997, EU: C: 1997:501, 49- C-203/96, Dusseldorp, 25 giugno 1998, EU:C:1998: 316, 65.

È necessario, dunque, occuparsi dell'atto attraverso il quale l'impresa viene resa affidataria di quel dato servizio¹⁴⁶.

Infatti, non sono da ritenersi sufficienti esclusivamente l'imposizione di specifici obblighi di prestazione in capo all'impresa affidataria a favore dell'utenza e lo svolgimento di un controllo effettivo da parte dell'autorità pubblica (a prescindere dall'incisività dello stesso¹⁴⁷).

È necessario *specificatamente* che l'impresa sia stata investita della missione di interesse generale attraverso un atto di un'autorità pubblica¹⁴⁸.

146 Cfr. TELESE G., *op. cit.* 1999, p. 951; SCOTTI E., *Il servizio pubblico: tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, Cedam, 2003, p. 222.

147 Cfr. Corte giust., 12 luglio 1981, Zuchner v. Bayerische Vereinsbank causa 172/80, Corte giust. sent. 30 gennaio 1974 causa C-127/73 BRT c. Sabam; Corte giust. 11 aprile, causa 66/86, Ahrned Saej- Corte giust. sent. 21 dicembre 1991, Causa C-39/90; Corte 2 marzo 1983, causa 7/82, GVL v. Commissione, in cui la Qvj (società di gestione di diritti d'autore in Germania) asseriva di costituire una società incaricata della gestione di un SIEG ai sensi dell'art. 86(2) TCE (ora 106 TFUE), richiamandosi alla legge tedesca sulla tutela dei diritti d'autore e dei diritti connessi.

Le norme ivi richiamate contemplavano, fra l'altro, l'assoggettamento di una società di gestione quale la GVL ad autorizzazione da parte dei pubblici poteri ad un controllo da parte dell'ufficio brevetti nonché l'obbligo, da parte della stessa, di stipulare taluni contratti di "tutela". La Corte (Cfr. 31 e ss) sul punto ha statuito che "*il semplice fatto che il controllo delle attività delle società per la tutela dei diritti di autore e dei diritti affini, controllo predisposto dalle norme nazionali cui le società stesse sono sottoposte, sia più esteso del controllo pubblico esercitato su molte altre imprese non basta a far rientrare le società stesse nella categoria di imprese di cui all'art. 90, n. 2 del Trattato (ora 106 TFUE), qualora le norme di cui sopra non affidino la tutela dei diritti d'autore e dei diritti affini ad imprese determinate, bensì stabiliscono in via generale le disposizioni relative alle attività delle società aventi lo scopo di garantire lo sfruttamento collettivo di tali diritti*".

¹⁴⁸ Cfr. R. Kovar, 1995, 3; Corte giust., 21 marzo 1974, causa 127/73, BRT v. SABAM Decisione della Commissione, 10 dicembre 1984, Eurochéque in GUCE L 35/48 del 7 febbraio 1985; Decisione della Commissione 21 dicembre 1988, Decca Navigator System in GUCE L 43/27, del 15 febbraio 1989). In tal senso la Commissione si è espressa anche nel Libro Verde sui SIG del 2003 e Libro Bianco sui SIG del 2004 e, da ultimo, nel Commissione Staff Working Document SEC (2007) 1516 del 20 novembre 2007.

Tuttavia, non è richiesta una particolare struttura per l'atto di incarico¹⁴⁹. Quest'ultimo, infatti, potrebbe essere concesso con un atto avente struttura unilaterale o bilaterale.

In nessun caso tale atto può ritenersi implicito nella costituzione di un soggetto imprenditoriale di natura pubblica o privata avente come scopo istituzionale di rendere il servizio pubblico¹⁵⁰.

Art. 106(2) TFUE: il principio di proporzionalità della deroga

Quanto finora analizzato risulterebbe vano, se non si affrontasse il criterio dirimente per comprendere la portata della deroga prevista dal 106 TFUE: il principio, ormai parte dell'*aquis* comunitario, di proporzionalità.

Tale principio ispiratore influenza sia *l'an*, sia il *quantum* dell'azione stessa.

In primis, è necessario che venga soddisfatto un pre-requisito: il regime derogatorio della cui ampiezza si discute nel presente lavoro si concreta, infatti, nel divieto di ricorrere alla sua applicazione se è possibile porre in essere una differente misura, meno restrittiva per le regole della concorrenza, in grado di raggiungere comunque il medesimo risultato: il c.d. "*equal effectiveness*".

Tale affermazione deve essere posta in correlazione con quanto affermato in precedenza, mitigandone la portata.

In realtà, la Corte di giustizia giunge a riconoscere, infatti, la possibilità di derogare all'art. 106 TFUE anche quando le regole del Trattato siano solamente un ostacolo – comunque non insuperabile – che contribuiscano a rendere più difficoltoso lo svolgimento della missione di interesse generale¹⁵¹.

Rimane da considerare su quale soggetto ricada l'onere di fornire siffatta prova.

Attualmente è possibile ritenere che, se è vero che si tratta di una dimostrazione in positivo da effettuarsi da parte dell'impresa o dello Stato membro¹⁵², è anche vero che non si

¹⁴⁹ Corte giust sent. 27 aprile 1994, causa C393/92, Comune di Almelo.

¹⁵⁰ Cfr. Commissione Staff Working Document SEC(2007) 1516 del 20 11.2007.

¹⁵¹ Corte giust., 10 dicembre 1991, causa 179/90, Merci convenzionali.

¹⁵² Le autorità nazionali responsabili devono essere in grado di determinare la natura esatta delle esigenze di interesse pubblico ed il loro impatto sulle tariffe applicate a quel determinato servizio. In effetti, laddove non vi sia una certa trasparenza nella struttura tariffaria, è difficile, se non impossibile, valutare l'influenza del compito di interesse generale

può pretendere che sia necessario dimostrare che nessun altro provvedimento potrebbe garantire lo svolgimento di tali funzioni alle stesse condizioni¹⁵³.

Al contrario, anzi, dev'essere la Commissione a dimostrare e comunicare allo Stato, l'individuazione di misure meno restrittive che comunque consentano l'assolvimento della missione di interesse generale¹⁵⁴.

Infine, presupposto quanto poc'anzi detto, il procedimento di valutazione connesso al principio di proporzionalità consta di una fase successiva: dopo l'accertamento del possibile

sull'applicazione delle regole di concorrenza. Cfr. 66/86, Saeed Flugreisen e Silver Line, 11 aprile 1989, EU: C: 1989: 140, 55-57

¹⁵³ Cfr. CAPUTI G., *Servizi pubblici e monopoli nella giurisprudenza comunitaria*, Giappichelli, Torino, 2002; MANZINI P., "L'intervento pubblico nell'economia alla luce dell'art. 90 del Trattato CE", *Riv. dir. Int.*, 1995, p. 379; GOZI S., *Prospettive dei servizi pubblici nell'Unione Europea*, Clueb, Bologna, 1998, p. 134.

Anche se l'incarico conferito a un'impresa in astratto può costituire un compito di interesse economico generale, spetta allo Stato membro interessato dimostrare che tale obiettivo non può essere conseguito in maniera egualmente soddisfacente con altri mezzi. L'articolo 106, paragrafo 2, TFUE può quindi applicarsi solo se viene dimostrato che, senza il provvedimento controverso, l'impresa di inchiesta non sarebbe in grado di svolgere l'incarico ad essa affidato. Cfr. in tal senso: 155/73, Sacchi, 30 aprile 1974, EU: C: 1974: 40, 15- T-260/94, Air Inter / Commissione, 19 giugno 1997, EU: T: 1997: 89, 138- C-159 / 94, Commissione / Francia, 23 ottobre 1997, EU: C: 1997: 501, 94- C-157/94, Commissione / Paesi Bassi, 23 ottobre 1997, EU: C: 1997: 499, 51-C-203 / 96, Dusseldorp, 25 giugno 1998, EU: C: 1998: 316, 67- C-340/99, TNT Traco, 17 maggio 2001, EU: C: 2001: 281, 63.

Tuttavia l'onere della prova non può essere così ampio da richiedere allo Stato membro di considerare in dettaglio i motivi per i quali, in caso di eliminazione delle misure contestate, l'esecuzione, in condizioni economicamente accettabili, dei compiti di interesse economico generale che essa ha affidato a un'impresa sarebbe, a suo avviso, messa a repentaglio. Dunque non viene richiesto di dimostrare, positivamente, che esista un'altra misura concepibile (per definizione sarebbe ipotetica). C-159/94, Commissione / Francia, 23 ottobre 1997, EU: C: 1997: 501, 101-C-158/94, Commissione / Italia, 23 ottobre 1997, EU: C: 1997: 500, 54- C-157/94, Commissione / Paesi Bassi, 23 ottobre 1997, EU: C: 1997: 499, 58.

¹⁵⁴ cfr. Corte giust., 23 ottobre 1997, causa c. 158/94, Commissione/Italia; Corte giust., 23 ottobre 1997, causa c. 157/94, Commissione/Regno dei Paesi Bassi, causa C-159/94 Commissione/Francia, causa 160/94.

ricorso alla deroga, è necessario procedere alla graduazione¹⁵⁵ della stessa, rendendola appropriata per *l'accomplissement de la mission*¹⁵⁶.

In altri termini, viene in tal modo imposta l'adeguatezza dei mezzi impiegati (quali ad esempio: incentivi statali o diritti esclusivi) in rapporto agli scopi raggiungere¹⁵⁷.

Il ruolo di controllo rispetto a tale procedimento di bilanciamento è, ancora una volta, affidato alla Commissione. Come noto, si tratta di un sindacato che, a sua volta, è sottoposto a revisione giurisdizionale della Corte di Giustizia¹⁵⁸.

L'articolo 106(2) TFUE del Trattato e la sua evoluzione interpretativa nella giurisprudenza comunitaria e negli orientamenti della Commissione

Come dimostrato dall'analisi appena compiuta, la norma fondamentale in materia di SIEG, nella letteratura classica, risulta essere l'art. 106 TFUE che, pertanto, verrà analizzato per primo sia per ragioni cronologiche, sia per il rilievo ad esso conferito.

Infatti, l'eccezione maggiormente rilevante rispetto alla generale politica pro-concorrenziale posta in essere dalla comunità europea è rappresentata *proprio* dall'art. 106(2) TFUE¹⁵⁹.

L'articolo in questione, tuttavia, in virtù del carattere eccezionale che lo caratterizza, pone dei limiti stringenti a proposito dei requisiti da soddisfare per invocare tale regime derogatorio, come già osservato nei paragrafi precedenti.

Nel prosieguo, si ricostruirà l'evoluzione della normativa in materia di SIEG.

¹⁵⁵ Cfr. D. SCHEFOLD, 2006, 48; M. CARTA, 2003, 781; E. CANNIZZARO, 2000.

¹⁵⁶ Cfr. D. SCHEFOLD, 2006, 48; A. CERRI, 2006, 319.

¹⁵⁷ Cfr. D. SCHEFOLD, 2006; E. CANIN. Lamentale in ZARO, 2000, 3.

¹⁵⁸ Per un esame più accurato sul funzionamento del principio di proporzionalità nell'esperienza giuridica della Comunità europea si rinvia a NERI S., "*Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour relative au droit communautaire*", *R.T.D.E.*, 1981, p. 652; DE BURCA G., "*The principle of Proportionality and its application in Community Law*", *Y.E.L.*, 1993, p. 105; EGGER A., "*The principle of Proportionality in Community Anti-Dumping Law*", *E.L.R.*, 1993, p. 367; EMILIOU N., *The principle of Proportionality in European Law*, London, 1996; JACOBS F. G., "*Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law*", in ELLIS E. (a cura di), *The principle of Proportionality in the Law of Europe*, Oxford, 1999.

¹⁵⁹ cfr. C. BRIGTH, *op. cit.* 1993. [MANCANTE]

A tal proposito, risultano fondamentali, come osserveremo, gli orientamenti della giurisprudenza della Corte comunitaria e della Commissione, che verranno, pertanto, approfonditi nei paragrafi seguenti.

Questi, infatti, sono il frutto della delicata convivenza tra l'esigenza di garantire lo svolgimento di un mercato libero e concorrenziale ed il rispetto di uno standard prestazionale per i servizi pubblici qualitativamente adeguato. Se inizialmente sembrava risultare decisamente prevalente la prima esigenza, negli ultimi decenni si è assistito ad una progressiva valorizzazione della seconda.

Il potere di vigilanza della Commissione europea

Prima di ricostruire nella sua interezza il quadro di disciplina, è necessario completare l'analisi dell'art. 106 TFUE.

Nello specifico, il III comma dell'art. 106(3) TFUE individua la Commissione quale soggetto deputato alla vigilanza per l'applicazione delle regole concorrenziali, nell'ambito dei SIEG.

Da un punto di vista storico, fino agli anni Ottanta, la Commissione non si è avvalsa dei poteri ad essa conferiti: lo scopo di tale astensione è individuabile nella necessità, allora avvertita, di rimanere neutrale nel dibattito tra i sostenitori di un'economia pienamente concorrenziale ed i difensori del ruolo di programmazione sociale¹⁶⁰.

Era, pertanto, lasciata agli Stati membri la piena libertà di attribuire diritti esclusivi e aiuti di Stato alle imprese¹⁶¹.

In un secondo momento, tuttavia, si è assistito ad un significativo mutamento dell'orientamento della Commissione.

Tale cambiamento sostanzialmente si è verificato a seguito dell'entrata in vigore (1° luglio 1987) dell'Atto Unico Europeo¹⁶² che ha consentito di dare nuova linfa al progresso di integrazione europea.

Com'è noto, l'obiettivo di tale normativa, consacrato nell'art. 8, è quello di realizzare l'"*instaurazione progressiva del mercato interno nel corso di un periodo che scade il 31 dicembre 1992*", intendendosi per mercato interno "*uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone dei servizi e dei capitali*".

¹⁶⁰ cfr. SCOTTI E., *op. cit.* 2003, p. 86.

¹⁶¹ SOTTILI V., *op. cit.* 2000. [MANCANTE]

¹⁶² Per una discussione generale si rinvia a Nijt TALL, 1985; Pescatore, 1986; Edward 1986; Glaesner 1986.

Contemporaneamente all'ideazione del mercato interno vennero conferiti alla Commissione nuovi strumenti giuridici che consentirono di assumere un atteggiamento più restrittivo nell'applicazione dell'art. 86 TCE (ora art. 106 TFUE).

Infatti, come venne progressivamente chiarito dalla stessa giurisprudenza comunitaria¹⁶³, sarebbe impossibile per la Commissione assolvere al proprio dovere di assicurare l'applicazione delle norme sulla concorrenza se, in virtù dei poteri di decisione conferitigli dal Consiglio in applicazione dell'articolo 103 TFUE, potesse imporre sanzioni *solo* per quanto riguarda la condotta anticoncorrenziale delle imprese e non potesse – invece – agire direttamente, sulla base dell'articolo 106, paragrafo 3, del TFUE, nei confronti degli Stati membri.

Ancora, è stato sottolineato¹⁶⁴ come i poteri che la Commissione può esercitare nei confronti degli Stati membri per le decisioni assunte ai sensi dell'articolo 106, paragrafo 3, del TFUE, debbano essere comparabili con quelli conferitegli dall'articolo 108 TFUE, in materia di aiuti di stato.

In entrambi i casi, infatti, dev'essere consentita l'adozione di direttive¹⁶⁵ e decisioni indirizzate agli Stati membri¹⁶⁶.

Di conseguenza il potere di vigilanza conferito alla Commissione ai sensi dell'art. 106 include la possibilità di specificazione puntuale degli obblighi da adempiere.

Ancora, è possibile affermare che spetta alla Commissione determinare se sia opportuno intervenire contro uno Stato membro ai sensi dell'articolo 258 TFUE oppure in virtù dell'articolo 106, paragrafo 3, TFUE in base a quali disposizioni, a suo avviso, lo Stato membro ha violato.

¹⁶³ Cfr. C-48/90 e C-66/90, *Nederland e PTT / Commissione*, 12 febbraio 1992, EU: C: 1992: 63, 302; Cfr. C-202/88, *Francia / Commissione*, 19 marzo 1991, EU: C: 1991: 120, 55.

¹⁶⁴ C-48/90 e C -66/90, *Nederland e PTT / Commissione*, 12 febbraio 1992, EU: C: 1992: 63, 31-32.

¹⁶⁵ Il TFUE autorizza la Commissione a specificare *in termini generali* le obiezioni derivanti dall'articolo 106, paragrafo 1, del TFUE mediante l'adozione di Direttive. C-202/88, *Francia / Commissione*, 19 marzo 1991, EU:C:1991:120, 21- C 48/90 e C-66/90, *Nederland e PTT / Commissione*, 12 febbraio 1992, EU:C:1992: 63, 26-C-163/99, *Portogallo / Commissione*, 29 marzo 2001, EU:C:2001:198, 26 Cfr. C-48/90 e C-66/90, *Nederland e PTT / Commissione*, 12 febbraio 1992, EU:C:1992:63, 25, 27-28 266/97, *VTM / Commissione*, 8 luglio 1999, EU:T:1999:144, 34-C-163/99, *Portogallo / Commissione*, 29 marzo 2001, EU:C:2001:198, 27-T-52/00, *Coe Clerici / Commissione*, 17 giugno 2003, EU:T:2003:168, 855.2

¹⁶⁶ C-202/88, *Francia / Commissione*, 19 marzo 1991, EU: C: 1991: 120, 24- C-163/99, *Portogallo / Commissione*, 29 marzo 2001, EU: C: 2001: 198, 253

Parimenti, rientra nell'esercizio discrezionale dei suoi poteri stabilire in quale momento promuovere un'azione per inadempimento¹⁶⁷.

Indirettamente possiamo affermare che la portata di tale potere d'intervento dipende dalla portata delle norme che devono essere rispettate¹⁶⁸.

D'altro canto la Commissione non può essere obbligata incondizionatamente¹⁶⁹ a intervenire, su richiesta di un singolo, in relazione alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale, specialmente laddove tale intervento implichi una valutazione in merito alla compatibilità della legislazione nazionale con il diritto dell'Unione¹⁷⁰.

Infine, rimane da esaminare, rispetto ai poteri conferiti dai Trattati alla Commissione, l'aspetto riguardante i diritti di difesa degli Stati membri, da garantire anche in assenza di regole specifiche.

Tale principio di origine giurisprudenziale esige che, prima dell'adozione della decisione ai sensi dell'articolo 106, paragrafo III, TFUE, lo Stato membro in questione riceva la dichiarazione esatta e completa degli addebiti a suo carico e, in conseguenza, sia posto in condizione di presentare le proprie controdeduzioni in merito alle osservazioni presentate dai terzi interessati¹⁷¹.

¹⁶⁷ T-266/97, VTM / Commissione, 8 luglio 1999, EU:T:1999:144, 75.

¹⁶⁸ C-202/88, Francia / Commissione, 19 marzo 1991, EU:C:1991:120, 21.

¹⁶⁹ Al riguardo, la Commissione ha un potere discrezionale in merito all'organizzazione delle procedure relative alle denunce presentate dai singoli.

¹⁷⁰ T-16/91, Rendo / Commissione, 18 novembre 1992, EU: T: 1992: 109, 1004.

¹⁷¹ Cfr. C-48/90 e C-66/90, Nederland e PTT / Commissione, 12 febbraio 1992, EU: C: 1992: 63, 44-46. Articolo 106, paragrafo 3, TFUE 1387.

Le imprese che beneficiano direttamente di una misura statale che costituisce l'oggetto di una decisione della Commissione ai sensi dell'articolo 106, paragrafo 3, TFUE, hanno diritto di essere sentite. Cfr. C-48/90 e C-66/90, Nederland e PTT / Commissione, 12 febbraio 1992, EU: C: 1992: 63, 50-51.

Come ricordato, l'osservanza del diritto al contraddittorio impone alla Commissione di comunicare formalmente all'impresa statale beneficiaria le specifiche obiezioni sollevate, come stabilito nella lettera di avviso formale indirizzata allo Stato membro.

Nella corrispondenza epistolare successiva, verrà concessa la possibilità di controdedurre in merito a tali considerazioni. Tuttavia, la giurisprudenza europea non impone alla Commissione di concedere all'impresa beneficiaria della misura statale un'opportunità di conoscere il suo punto

I. Parallelamente all'espansione dei poteri della Commissione, a livello europeo, i mercati in cui venivano forniti i servizi di interesse generale iniziarono ad essere interessati da una progressiva apertura al regime concorrenziale¹⁷³, grazie all'adozione delle prime Direttive in materia di liberalizzazione. Si pensi a settori quali quello dei trasporti, delle telecomunicazioni, del servizio postale e dell'energia elettrica e gas¹⁷⁴.

Del resto, i meccanismi che in precedenza avevano regolato lo svolgimento di servizi pubblici, spesso organizzati dalle PA quali monopoli, erano risultati sovente inadeguati, anche a causa del susseguirsi del progressivo avanzamento tecnologico.

Tale situazione era piuttosto diffusa in Europa: paesi come la Francia, l'Italia, l'Inghilterra e la Germania avevano optato, dal secondo dopoguerra, per una gestione pubblica dei servizi¹⁷⁵.

di vista sulle osservazioni presentate dallo Stato membro (T-266/97, VTM / Commissione, 8 luglio 1999, EU:T:1999:144, 375.3).

172 Per comodità espositiva le fasi di evoluzione della disciplina saranno contrassegnate da un numero romano.

¹⁷³ Cfr. V. ROJANSKI, 2002; RADICATI DI BROZOLO L.G., 1998

¹⁷⁴ In materia di Telecomunicazioni si ricorda la Direttiva n. 88/301/CEE; per il trasporto ferroviario la prima Direttiva 91/440/CEE sullo sviluppo delle ferrovie; per quanto concerne il trasporto aereo si deve prendere in considerazione il Regolamento n. 2408/92 (GUCE L 240 del 24 agosto 1992). Per quanto riguarda il mercato collegato dei servizi di assistenza aeroportuale, la liberalizzazione del medesimo è stata disciplinata dalla Direttiva n. 96/67/CE (GUCE L 272 del 5 ottobre 1996). Anche i servizi postali sono stati avviati verso una prima fase di sviluppo, nel senso di una liberalizzazione sia pure parziale armonizzata, con la Direttiva n. 97/67/CE (GUCE del 21 gennaio 1998 L 15/14). Il mercato dell'energia elettrica è stato liberalizzato con la Direttiva n. 96/62/CE (GUCE 30 gennaio 1997 L 27/20). Il mercato del gas naturale è stato avviato verso una liberalizzazione con la Direttiva 98/30/CE (GUCE 21 luglio 98, L 204/1).

¹⁷⁵ Sul punto MAMELI B., *Servizio pubblico e concessione. L'influenza del mercato unico sui servizi protezionistici e regolamentati*, Giuffrè, Milano, 1998, per la Francia e l'Inghilterra si veda la ricostruzione offerta rispettivamente a p. 177 e p. 235. Sulla situazione tedesca si v. PIELOW J. C., *Il service public e l'art. 16 del Trattato da un punto di vista tedesco in Servizi a rete in Europa*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2000.

A fronte di un modello pubblico di gestione dei servizi pubblici fortemente radicato, il processo di liberalizzazione incontrò svariate resistenze: era particolarmente forte a livello nazionale la paura che ne conseguisse un decadimento qualitativo dei servizi offerti.

Tale questione fu particolarmente sentita in Francia; a riprova del vivace dibattito istituzionale vennero prodotte tre relazioni ufficiali in materia ¹⁷⁶

In tale scenario, il riconoscimento da parte della Commissione della necessità di “*neutralizzare i rischi di dumping sociale capaci di derivare da uno svolgimento puramente liberistico del mercato unico*” iniziò a prendere corpo con il Trattato di Maastricht¹⁷⁷,

Il Fu, tuttavia, con la Comunicazione della Commissione su “*I servizi di interesse generale in Europa*” dell’11 settembre del 1996¹⁷⁸ che - per la prima volta - si rovesciò la prospettiva gestoria dei servizi di interesse generale, riconoscendo, seppur timidamente un ruolo di spicco all’Unione a detrimento della competenza statale: “*l’attività comunitaria si ispira ad un modello di economia aperta, basata sulla solidarietà, la coesione sociale, nonché sui meccanismi del mercato*”.

La ricaduta, teorica quantomeno, di una siffatta affermazione doveva tradursi nella garanzia effettiva dell’accesso generalizzato ai servizi di interesse generale: un primo segnale di apertura, dunque, rispetto alla valorizzazione dei bisogni fondamentali per i cittadini europei, consentendo l’applicazione di eguali condizioni, con riguardo all’accesso al servizio, alla tariffazione e alla qualità¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Rapport public du Conseil d’Etat pour 1994. *Service public, services publics, déclin ou renouveau*, EDCE, Paris, n. 46, *La Documentation française*, n. 46, 1995; *Rapport de la Commission présidé par C. Stoffaes*. 1995. *Services publics. Question d’avenir*, Paris, *Commissariat général du plan*, Edition Odile Jacob, *La documentation française*; *Rapport au Premier Ministre de la mission présidé par R. Denoix de Un, Mure. Le Service public* Coll. Des rapports officiels, Paris Documentation française.

¹⁷⁷ Per un commento al Trattato si rinvia a LENAERTS K., VAN NUEL P., 2005; RIZZO, 1996; TIZZANO A., 1995

¹⁷⁸ GUCE C 281/3.

¹⁷⁹ Cfr. SORACE D., [*Diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino,] 2004, p. 1014 [DA AGGIUNGERE], nonché CASSESE S., 1998, p. 235, il quale evidenzia come, al contrario, con la liberalizzazione l’intervento dello Stato nella gestione dei servizi pubblici si sia accentuato rispetto a quando vi era una riserva di attività in capo allo stesso.

III. La prima disposizione a carattere vincolante ad occuparsi dei SIEG fu, tuttavia, il Trattato di Amsterdam nel 1997: venne, infatti, introdotto nel Trattato di Roma l'allora art. 16 TCE (ora art. 14 TFUE)¹⁸⁰.

La portata innovativa di tale disciplina risedeva nel parziale superamento dell'intrinseca quota di politicità¹⁸¹ che caratterizza i servizi di interesse generale, la cui determinazione - grazie al trattato di Amsterdam - era (ed è tuttora) materia di competenza ripartita.

Nella lettura della norma non si deve dimenticare che si tratta, pur sempre, di un compromesso tra le posizioni degli Stati favorevoli alla liberalizzazione pura e quelli maggiormente orientati alla cura degli interessi sociali¹⁸².

Ben si comprende, dunque, la genesi travagliata dell'art. 16 TCE (ora art. 14 TFUE)¹⁸³.

Tra i paesi che maggiormente rivendicavano il ruolo statale spiccava la Francia, che si era fatta promotrice di una proposta di modifica dell'art. 86 TCE (ora 106 TFUE).

In proposito la delegazione francese osservava: “*la communauté et les Etats membres, dans le cadre de leurs compétences respectives, reconnaissent et garantissent le droit de chacun à disposer de services d'intérêt économique général en Europe. Ces services visent à assurer, notamment, l'égalité de traitement des citoyens, un aménagement équilibré du territoire, la cohésion sociale, la qualité, la continuité et l'adaptabilité du Service rendu ainsi que la préservation d'intérêts stratégiques à long terme. A cet effet, La Communauté tient compte, à l'égard des organismes ou entreprises chargés d'assurer des mission d'intérêt général, des conditions dans lesquelles ils intervenaient et des contraintes auxquelles ils sont soumis*”¹⁸⁴.

¹⁸⁰ Per un commento ROSS M., 2000; RADICATI DI BROZOLO L.G., 1998; TELESE G., [op. cit.], 1999.

¹⁸¹ TRIMARCHI BANFI F., “*Considerazioni sui "nuovi" servizi pubblici*”, *Riv. it. dir. pubbl. CE*, 2002, p. 950.

¹⁸² Cfr. RODRIGEZ S., 1998; GERARDIN D., 1999.

¹⁸³ Cfr. CLARICH M., “*Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*”, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, p. 91

¹⁸⁴ Per un approfondimento dei negoziati che hanno condotto all'approvazione dell'art. 7 del Trattato di Amsterdam si rinvia a GOZI S., *Prospettive dei servizi pubblici nell'Unione Europea*, Bologna, Clueb, 1998.

L'art. 16 TCE, per parte della dottrina¹⁸⁵, presentava una portata innovativa dirompente principalmente poiché consisteva nella descrizione *in positivo* (non quale merito limite negativo all'applicazione dei principi concorrenziali), anche tramite l'intervento attivo delle istituzioni europee, del perseguimento degli obiettivi di coesione sociale e territoriale¹⁸⁶.

Invero, sul punto si registra un contrasto in dottrina.

Alcuni autori¹⁸⁷, al contrario, non hanno ravveduto alcuna innovazione in tale normativa che, secondo tale orientamento, si limitava a rafforzare principi presistenti.

IV. Il medesimo contrasto è stato riproposto anche in merito all'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali proclamata a Nizza nel 2000¹⁸⁸ che richiamava “ *la visione già prospettata in relazione all'art. 16 TCE (ora art. 14 TFUE)*” in base alla quale “ *i SIEG non devono essere più concepiti come mero motivo di deroga alle regole e alla logica di mercato, ma devono*

¹⁸⁵ CARTA M. 2003, p. 774.

¹⁸⁶ In tal senso anche NAPOLITANO G., op. cit. 2001, p. 237 il quale osserva come per la prima volta, nel Trattato di Amsterdam “ *i servizi di interesse economico generale sarebbero (stati) concepiti come oggetto di intervento attivo dei pubblici poteri comunitari e nazionali e non più soltanto quale eccezione alla disciplina della concorrenza*”. Cfr. altresì HUBER P. M., 2005, p. 87.

¹⁸⁷ Cfr. CORSO G., “ *I servizi pubblici nel diritto comunitario*”, *Riv. giur. quadr. dei pubbl. serv.*, 1999; F. SCHARPF, 1999, p. 161; PORCHIA O., 2002, p. 638; TELESE G., “ *Servizio di interesse economico generale e servizio universale nella giurisprudenza e nella normativa comunitaria*”, *Jus*, 1999, p. 965; cfr. RADICATI DI BROZOLO L.G., 1998 il quale osserva (p. 529) “ *come le interpretazioni possibili siano molte e come queste si collochino in una gamma che va da quella più nichilistica che porterebbe a ritenere la norma sostanzialmente priva di significato, a quelle più costruttive che tenderebbero a riempirla di significati pregnanti. La verità si colloca probabilmente tra questi due estremi, vale a dire nel riconoscimento dell'importanza e del ruolo dei SIEG (...) che nell'art. 16 TCE vengono elevati a valori dell'Unione*”.

L'art. 14 TFUE, dunque, descrive una competenza ripartita, che si aggiunge a quelle definite nei primi articoli del TUE. Peraltro questa deve intendersi applicabile ai soli servizi di rete di sicuro interesse transfrontaliero.

È ben vero che il precedente art. 16 TCE non era così dettagliato nel suddividere le competenze e non precisava neppure la fonte legislativa con cui l'Ue sarebbe dovuta intervenire, ma ciò non sembra sufficiente a ritenere che si sia in presenza di un'innovazione significativa sul piano dei contenuti della disciplina dei servizi di interesse generale, sicché la possibilità che la nuova formulazione della norma comporti un atto legislativo generale dell'Ue in tema di servizi di interesse generale non sembra verosimile.

¹⁸⁸ Per alcuni commenti sull'art. 36 si veda FERRARI BRAVO L., 2001; LUCARELLI A., 2001.

*essere adottati come obiettivi di politiche pubbliche attive volte ad eliminare condizioni di svantaggio sociale ritenute inaccettabili*¹⁸⁹ “.

Si potrebbe sostenere, infatti, che, a causa delle pressioni ricevute dai singoli Stati membri, nemmeno la formulazione della Carta di Nizza sovvertisse in realtà l'approccio stato-centrico fino ad allora utilizzato in materia di servizi di interesse generale.

Tuttavia, è innegabile che fu con il Consiglio europeo di Nizza che vennero ulteriormente ampliate le tutele che erano già presenti a livello di Costituzioni nazionali ed internazionali (CEDU), consentendo così di introdurre la tematica dei diritti fondamentali a livello europeo, fino ad allora i grandi assenti nei Trattati.

La dottrina maggiormente accorta a proposito del nuovo sistema delle fonti creatosi ha parlato di “*osmosi costituzionale*”¹⁹⁰.

Nel quadro descritto, è possibile affermare che l'introduzione del capo IV, intitolato “solidarietà”, rappresentò la vera novità della Carta di Nizza in materia di SIEG, consacrando il valore solidaristico alla dimensione europea-sovranzionale.

Invero, in materia di accesso ai Sieg, l'art. 36 veniva inserito proprio nel capo dedicato ai diritti di solidarietà.

Tuttavia all'epoca la Carta di Nizza presentava un'originaria carenza in punto di vincolatività: mancanza attualmente superata grazie all'intervento del Trattato di Lisbona nel 2009 che ha equiparato la Carta ai Trattati, con le relative conseguenze in termini di coercibilità.

V. Un'ulteriore tappa necessaria nella ricostruzione della nozione evolutiva di SIEG è costituita dalla Comunicazione della Commissione, intitolata “I servizi di interesse generale”, del 2001¹⁹¹.

In tale documento, per la prima volta, è stato riconosciuto espressamente che non sempre il libero mercato è in grado di soddisfare i bisogni dei singoli; pertanto, con la precipua finalità di controbilanciare tale squilibrio, viene riconosciuta la facoltà alle pubbliche autorità di intervenire, affidando agli operatori economici privati una missione di interesse generale, gravata dunque dai c.d. “*obblighi di servizio pubblico*” e concedendo, in cambio, diritti esclusivi o speciali e/o disponendo meccanismi di finanziamento per l'adempimento di tali compiti.

¹⁸⁹ Come osserva PORCHIA O. op. cit. 2002, pp. 640 e ss. [MANCANTE]

¹⁹⁰ CARNEVALE P., “*La costituzione europea come costituzione*”, *Giur. It.*, 2005, 5.

¹⁹¹ GUC 17/4 del 19 gennaio 2001. Per un commento si rinvia a PERFETTI L. R., op. cit.

VI. Il naturale sviluppo derivante dalla complessità di un quadro così descritto è stato portato ad unità tramite il Libro Verde sui SIG del 2003¹⁹², occasione per attuare, ancora una volta, un ripensamento in merito al ruolo stesso dell'Unione europea e riguardo alle modalità con cui tali servizi sono organizzati, finanziati e valutati.

Per la prima volta, in seguito all'adozione di tale atto, ci si è interrogati circa la necessità di regolamentare ulteriormente il fenomeno a livello europeo attraverso l'adozione di una specifica Direttiva.

VII. Tale proposito si è concretizzato grazie alla redazione del Libro Bianco sui SIG del 2004¹⁹³.

VIII. In seguito, il Comitato economico e sociale europeo¹⁹⁴ ed il Comitato delle Regioni¹⁹⁵ hanno arricchito ulteriormente il dibattito in materia, sottolineando la necessità – nei rispettivi pareri – di una legislazione chiara e precisa.

Ciò nonostante non si è assistito alla regolamentazione della materia con atti dotati della forza di “*primaute*” tipica degli atti legislativi dell'Unione Europea.

IX. Anzi, al contrario, in seguito la Commissione Europea è tornata ad occuparsi della tematica inerente ai servizi di interesse generale nuovamente tramite l'emanazione di una nuova comunicazione, con mera natura ricognitiva¹⁹⁶.

Una parte degli Autori¹⁹⁷ ha colto in tale atto, a prescindere dalla collocazione nella gerarchia delle fonti, una portata innovativa.

Va premesso che la comunicazione comprende i servizi di interesse generale, sia economici sia non, i servizi sociali di interesse generale e utilizza altresì la dicitura “servizi pubblici”, benché confermi il disfavore con cui utilizza quest'ultima nozione¹⁹⁸.

¹⁹² COM(2003) 270 del 21 maggio 2003.

¹⁹³ COM(2004)374 del 12 maggio 2004.

¹⁹⁴ Parere relativo al Libro Verde sui SIG, CESE 1607/2003 dell' 11 dicembre 2003

¹⁹⁵ Parere del 20 novembre 2003, relativo al Libro Verde sui SIG, CdR 149/2003 def.

¹⁹⁶ Una comunicazione del 2007, seguita da un'ulteriore comunicazione del 2011 di cui si parlerà diffusamente in seguito. In dottrina GIGLIONI F., “*L'integrazione per differenziazione dei servizi di interesse generale*”, *Giornale Dir. Amm.*, n. 5, 2012, p. 538.

¹⁹⁷ Si secondo la distinzione offerta da ANTONIOLI M., *Comunicazioni della Commissione europea e atti amministrativi nazionali*, Milano, Giuffrè, 2000, 105-15. In generale sulla varietà degli effetti giuridici delle comunicazioni si veda anche GRECO G., “*Efficacia della normativa comunitaria nei confronti degli atti amministrativi nazionali*”, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2010, 63-5.

¹⁹⁸ Nella comunicazione si legge, infatti, che, benché la nozione di servizio pubblico sia presente nel Tfe a proposito dei trasporti, essa è intrinsecamente ambigua e suscettibile dunque

Prima facie, si può notare come vi sia un'incertezza di fondo tra l'esigenza di offrire un quadro disciplinare unitario per la categoria "servizi di interesse generale" e, d'altra parte, la necessità di differenziare le singole sotto-categorie di servizi.

Difatti, la Comunicazione opera svariate distinzioni fondate, non solo in base ai settori di attività, ma anche sulla natura ontologicamente differente dei servizi.

Permane, inoltre, la centralità della nozione di servizio di interesse *economico* generale, utilizzata nei trattati costitutivi, considerata forse con maggior attenzione rispetto a quella onnicomprensiva di servizi di interesse generale.

In questa occasione, com'era già accaduto in precedenza¹⁹⁹, venne dedicato ampio spazio a contenuti meramente definitivi.

Occorre ricordare, però, che tali definizioni, attesa la natura della loro fonte, non hanno una valenza strettamente vincolante. Queste piuttosto contribuiscono in maniera significativa a creare delle definizioni trasversali utilizzabili nei vari Stati membri, evitando così che vi siano improprie sovrapposizioni con locuzioni simili già sperimentate a livello nazionale²⁰⁰.

In quest'ultima affermazione è possibile cogliere il rischio insito nel tentativo di voler unificare la disciplina inerente ai servizi di interesse generale come categoria più ampia, atteso il quadro disomogeneo dei singoli Stati.

di applicazione non uniforme. Per questo ai sensi della comunicazione il servizio pubblico viene fatto coincidere con il servizio di interesse economico generale e con il servizio di interesse generale a seconda della valenza economica e sociale dello stesso.

¹⁹⁹ Anche altre due precedenti comunicazioni presentavano riquadri esplicativi delle nozioni rilevanti nell'ambito dei servizi di interesse generale, rispetto alle quali la Comunicazione in commento offre qualche indicazione più precisa, senza tuttavia apportare grandi novità. Cfr. *Libro bianco sui servizi di interesse generale*, COM(2004) 374 def., commentata da RANGONE N., "I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario", *Giornale dir. amm*, n.4, 2005, p. 433 ss., e *Comunicazione 96/C 281/03*.

²⁰⁰ Infatti, tanto i servizi di interesse generale quanto i servizi sociali di interesse generale si caratterizzano per essere privi della qualificazione economica della loro attività. Ciononostante questo non significa che essi siano necessariamente alternativi ai servizi di interesse economico generale. Infatti, i servizi di interesse generale, essendo una categoria ampia, includono entrambi; la qualificazione di servizi sociali di interesse generale, viceversa, non implica automaticamente che qualunque attività sia di carattere non economico, tanto che anche i servizi di natura economica possono essere inclusi nei servizi sociali. In entrambi i casi, dunque, siamo in presenza di una diversificazione che non si traduce però in piena alternatività.

Il percorso evolutivo osservato sinora, costellato da interventi della Commissione, ribadisce la progressiva centralità che la materia sta assumendo, ma al contempo è anche l'indizio di una forte incertezza del quadro disciplinare, avvertita tanto dagli Stati membri quanto dagli operatori.

Nonostante il progressivo avanzamento della normativa in materia, sia la giurisprudenza comunitaria, sia la Commissione, come osservato, hanno sempre confermato l'ampio spazio di discrezionalità concesso agli Stati nazionali nella determinazione delle missioni di servizio pubblico, salvo il controllo esterno di ragionevolezza.

La questione non è di poco rilievo: per gli operatori si tratta di comprendere quali regole concretamente siano tenute a osservare le pubbliche autorità al momento dell'affidamento di servizi e, in particolare, quale disciplina sia da applicare per le concessioni di servizio pubblico.

X. Proseguendo nel ripercorrere la normativa in materia di SIEG, probabilmente il miglior tentativo di riequilibrare il rapporto tra la c.d. “*integrazione negativa*”, che mira ad *eliminare* gli ostacoli intracomunitari favorendo la libera concorrenza, e la c.d. “*integrazione positiva*”, che si sviluppa attraverso azioni e politiche comunitarie attive rivolte alle realizzazioni degli obiettivi del Trattato, quali l'eguaglianza e la solidarietà²⁰¹, si è concretizzato con il Trattato di Lisbona nel 2009.

A tale atto normativo si devono due novità: l'aver dedicato uno dei protocolli allegati al Trattato di Lisbona, precisamente il n. 26, ai servizi di interesse generale e l'equiparazione formale ai trattati costitutivi della Carta dei diritti fondamentali.

Il protocollo stabilisce, per la prima volta, la diversa ampiezza del riparto di competenze tra Stati membri e Unione Europea nel campo dei servizi di interesse economico generale e di quelli di interesse generale.

Si trattava di una distinzione che non era ancora stata esplicitata a livello di Trattati costitutivi, nonostante fosse consolidata nell'ordinamento europeo.

Il Protocollo, inoltre, inizia a delineare i tratti del c.d. “servizio pubblico europeo”, concetto pregno di una non risibile carica rivoluzionaria.

Più precisamente vengono individuati i parametri da rispettarsi in termini di qualità, sicurezza, accessibilità economica, parità di trattamento, accesso universale e promozione dei diritti degli utenti.

Inoltre, il richiamo effettuato dall'art. 14 TFUE al Protocollo consente di considerare i parametri di cui sopra come standard da rispettarsi in ogni atto di diritto primario dell'UE,

²⁰¹ GOZI S., *op. cit.*, p. 31.

sia settoriale (comunicazione, servizi postali, trasporti, elettricità e gas), sia trasversali (appalti, concessioni e aiuti di stato).

Trattandosi di diritto *primario* dell'Unione Europea è consentito utilizzare i paradigmi qualitativi del protocollo sia per le decisioni della Corte di Giustizia, sia come parametro di sindacato degli atti del diritto nazionale e europeo.

A tal proposito, tuttavia, si potrebbe obiettare che residui un problema di giustiziabilità dei diritti in quanto non sempre i principi ivi esplicitati sono chiari, precisi ed incondizionati a tal punto da poter spiegare un effetto diretto.

La seconda novità attiene alla definitiva comunitarizzazione della Carta di Nizza, attualmente di pari rango rispetto ai Trattati.

Tale innovazione ha condotto parte della dottrina²⁰² a sostenere che, sulla base dell'art. 14 Tfeue e dell'art. 36 CdF, il principio dell'equilibrio sociale ed economico costituisca non più un obiettivo, ma un principio presupposto che informa le azioni europee, bilanciando a favore delle istanze sociali le politiche pubbliche comunitarie e mettendo così in discussione il primato delle azioni pro-concorrenziali.

Del resto, è da notarsi che, in contemporanea all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si è assistito assistito alla estromissione dall'art. 3 TFUE dell'obiettivo della "concorrenza".

XI. L'ultimo atto di questo lungo percorso che si è cercato di descrivere si concretizza nella comunicazione n. Dec. 20-12-2011, n. 2012/21/UE, che in questa sede affronteremo per analizzare un ulteriore mutamento di approccio metodologico (l'ennesimo potremmo dire) nella materia che qui ci compete.

Com'è noto, normalmente²⁰³ le istituzioni comunitarie tendono ad incoraggiare la neutralizzazione/armonizzazione delle differenze nazionali nella convinzione che gli

²⁰² LUCARELLI A., *Il modello sociale ed economico europeo*, in LUCARELLI A., PATRONI GRIFFI A. (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona*, Napoli, ESI, 2009, pp. 287-288 e pp.301-303

²⁰³ Invero, oltre alla tecnica di governo di armonizzazione, il secondo modello maggiormente utilizzato è quello della concorrenza degli ordinamenti su cui si rinvia in particolare ad ZOPPINI A., "La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici", in ZOPPINI A. (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, Laterza, 2004, pp. 5 ss.; TORCHIA L., *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, Il Mulino, 2006.

interessi generali siano normalmente conseguiti dal libero gioco degli interessi privati del mercato.

È intuibile come tale obiettivo sia perseguibile tramite le normative, a carattere trasversale, in materia di evidenza pubblica e di aiuti di stato, ancor prima che con singoli interventi in materie specifiche.

Secondo l'ultima comunicazione in commento, invece, la differenziazione nazionale in materia di SIEG— forse sulla scorta della constatazione della ineliminabilità della stessa — non solamente è tollerata, ma ampliata e ricercata.

Le differenze nazionali vengono proposte come strumento aggiuntivo di governo per il miglioramento della loro efficacia e anche per lo sviluppo competitivo del sistema²⁰⁴.

In tal modo il ruolo che l'Unione Europea si assegna è prevalentemente di coordinamento degli interessi, ritenendo in tal modo possibile l'armonica coesistenza di interessi europei e nazionali e di interessi generali e privati²⁰⁵.

In altri termini, si prospetta un coordinamento al fine di perseguire un interesse comune.

Difficile stabilire a priori se la portata di tali statuizioni di principio sia limitata al piano degli obiettivi.

²⁰⁴ La valorizzazione della differenziazione come strumento di governance è stata studiata prevalentemente dalla dottrina straniera e oggi viene inclusa nel concetto di Nuova architettura; cfr. SABEL C. F., ZEITLIN J., “*Learning From Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the EU*”, in SABEL C. F., ZEITLIN J. (a cura di), *Experimentalist Governance in the European Union. Towards a New Architecture*, Oxford, OUP, 2010, spec. 9-10.

²⁰⁵ Queste forme di coordinamento finiscono per dare rilevanza giuridica all'interesse comune, inteso come interesse che è in grado di comporre interessi di diversa natura, ordinamentali e soggettivi, assicurando la loro soddisfazione senza far venir meno contestualmente la loro differenza. Cfr. HANCHER L., P. LAROUCHE, “*The coming of age of EU regulation of network industries and services of general economic interest*”, in CRAIG P., DE BURCA G. (a cura di), *The evolution of EU law*, Oxford, OUP, 2011, pp. 780-781, i quali considerano “*it is not about drawing boundaries and dividing lines, and policing the relevant spheres of competence or elaborating formalistic ‘pigeonholes’ so that inherent tensions between ‘state versus Community’ or ‘state versus market’ can be conveniently side-stepped*”.

La giurisprudenza comunitaria

In parallelo all'evoluzione legislativa poc'anzi esaminata si è registrata una modifica degli orientamenti giurisprudenziali a livello europeo per quanto concerne l'interpretazione dell'art. 106 TFUE, norma cardine del sistema dei SIEG, come più volte ricordato.

In un primo momento, coerentemente con gli obiettivi politici dell'allora Comunità europea, l'applicazione dell'art. 86 TCE (ora art. 106 TFUE)²⁰⁶ non si concretava mai in una critica effettiva nel merito delle scelte politiche degli Stati membri²⁰⁷.

Del resto, nemmeno la Consulta, chiamata a valutare la legittimità dei monopoli e riserve ex art. 43 Cost., si è mai spinta sino a sindacare l'autonomia del legislatore, riconoscendo il fondamento meramente politico delle contemplate misure di pubblicizzazione²⁰⁸.

²⁰⁶ Cfr. per un'ampia rassegna giurisprudenziale sino al 1991 MARENCO G., 1991, p.107.

²⁰⁷ In tema di attribuzione di diritti esclusivi o speciali cfr., ad esempio, Corte giust, sent. 30 aprile 1974, causa C-155/73, Sacchi c. Tele Biella in cui la Corte afferma (14) *“ai sensi del Trattato nulla osta a che gli Stati Membri, per considerazioni di interesse pubblico, di carattere extra economico, sottraggano le trasmissioni radiotelevisive, comprese quelle via cavo, al gioco della concorrenza, attribuendo il diritto esclusivo di effettuare tali trasmissioni ad uno o più enti determinati”*.

Cfr. altresì Corte giust., sent. 20.3.1985, C- 41/83, Repubblica italiana c. Commissione.

²⁰⁸ Cfr. SCOTTI E., op. cit., 2003. Cfr. Corte cost., n. 14 del 1964, in cui la Consulta, chiamata a sindacare, con riferimento, in particolare, all'art. 43 Cost, la legittimità costituzionale della legge 6 dicembre 1962, n. 1643, istitutiva dell'Ente Nazionale per l'Energia Elettrica (E.N.E.L.), ha ritenuto spettasse *“al Parlamento, alla cui sensibilità è affidato il compito di determinare nei vari momenti della vita della collettività, (...) nel quadro e nei limiti costituzionali, l'identificazione degli interessi da soddisfare, dei mezzi da adoperare e dei sacrifici da imporre, ai fini dell'utilità generale”*. Al riguardo v. anche Corte cost. n. 11 del 1960 che riconosce la legittimità della facoltà concessa ai comuni di istituire centrali con esclusiva per la vendita del latte, ritenendo il diritto esclusivo *“un mezzo di protezione di un interesse igienico sanitario pubblico e quindi a fini di utilità generale”* di cui all'art. 43 Cost. Per una rassegna sulla giurisprudenza costituzionale sull'art. 43 Cost.: CHIELI E., *“Orientamenti della giurisprudenza costituzionale in tema di monopoli pubblici”*, Scritti in onore di C. Mortati, Milano, 1977, p. 305. Cfr. altresì in relazione ai presupposti per l'applicazione dell'art. 43 Cost. PREDIERI A., *“Collettivizzazione”*, Enc. dir., vol. VII, Milano, 1960, p. 393.

Cfr. SCOTTI E., op. cit. 2003, p. 195 la quale osserva come *“l'atteggiamento assunto dalla Corte abbia finito per vanificare gli sforzi della dottrina intesi già da tempo a sottolineare il carattere eccezionale della previsione di cui all'art. 43 Cost., nel sistema della disciplina*

In maniera simile a quanto accaduto per gli atti della Commissione, anche per quanto concerne la giurisprudenza della Corte di Giustizia, l'emanazione dell'Atto Unico Europeo ha favorito un cambio di orientamento in virtù del rinnovato processo di integrazione europea.

Anche in questa dimensione, infatti, in una prima fase, le deroghe al regime concorrenziale (ed in particolar modo gli effetti distorsivi dell'art. 106 TFUE) iniziarono ad essere stigmatizzati dalla Corte europea, con una crescente valorizzazione degli obiettivi economici della Comunità²⁰⁹.

Alla prima pronuncia in tal senso si pervenne con un ricorso proposto dalla Repubblica francese avente ad oggetto la Direttiva della Commissione 88/301.

Nello specifico, tale Direttiva introduceva la liberalizzazione del mercato degli apparecchi terminali di telecomunicazione, abolendo così i diritti esclusivi di importazione, commercializzazione e messa in opera di tali apparecchi.

L'esclusività degli stessi, infatti, era stata ritenuta dalla Corte di Giustizia²¹⁰ in contrasto con il combinato disposto degli art. 28 e 86 del Trattato (ora art. 34 e 106 TFUE).

Nel settore delle telecomunicazioni, infatti, una situazione di monopolio non può garantire una sufficiente differenziazione dei modelli esistenti sul mercato, per ragioni che appaiono ben evidenti ragionando in termini di economie di scala.

D'altro canto, in una fase successiva, ben lontana dagli esiti della prima pronuncia poc'anzi esaminata, la portata della deroga descritta dall'art. 106 TFUE è stata progressivamente ridimensionata dalla Corte di giustizia. Non risulta più sufficiente una generica affermazione della sussistenza dell'interesse generale a livello statale; è necessario che concretamente sia messo a rischio l'interesse della comunità *di riferimento* che si avvale di quel particolare SIEG.

costituzionale dei rapporti economici e, dunque, il suo valore residuale rispetto, in particolare, all'art. 41 Cost., deducendone che il legislatore non dovrebbe servirsi di tale strumento qualora fosse possibile perseguire le medesime modalità per vie differenti la nazionalizzazione". Cfr. U. POTOTSCHNIG U., op. cit., p. 458; CASSESE S., "Legge di riserva e art. 43 della Costituzione", Giur. cost. 1960.

²⁰⁹ Cfr. CALDIROLA D., 20fti 132; MONTERO PASCUAL J.J., 1997.

²¹⁰ Corte giust., 19.3.1991, causa C- 202/88, Repubblica francese c. Commissione). Cfr. altresì Corte giust., 18 giugno 1991, causa C-260/89, Elliniki Radiophonia (ERT), in cui la Corte sancisce la contrarietà all'art. 49 TCE dei diritti esclusivi di emissione e di ritrasmissione di programmi televisivi attribuiti ad una società statale greca nella misura in cui questi possano comportare una discriminazione a danno dei programmi stranieri.

Inoltre, la deroga deve consistere nell'ultima *ratio*: è doverosa la dimostrazione di non poter attingere ad altri mezzi (tecnicamente ed economicamente possibili) per svolgere la missione di interesse generale²¹¹.

Tale orientamento eccessivamente restrittivo verrà in seguito mitigato dal Trattato di Maastricht in cui, come si è affermato poc'anzi, per la prima volta – a livello europeo – vengono perseguiti obiettivi che trascendono il mero campo economico.

In tal senso si rivela particolarmente emblematica la nota sentenza Corbeau²¹², in cui la Corte non accerta più “*l'imprevedibilità dell'eccezione ... ma si limita a controllarne la sua necessità*”²¹³.

Con tale pronuncia, infatti, la Corte inaugura un nuovo filone interpretativo applicando il secondo comma dell'art. 106 TFUE non soltanto quando la missione di interesse economico generale sia impedita in *assoluto* dall'applicazione delle regole della concorrenza, ma *anche quando sia resa semplicemente più difficoltosa*.

Distinzione tra Servizi di interesse economico generale (SIEG), servizi di interesse (non economico) generale (SINEG) e servizi sociali di interesse generale (SSIG).

Come ricordato sin dall'inizio del presente lavoro, la macro-categoria dei servizi di interesse generale si suddivide, a sua volta, in servizi di interesse economico generale, servizi non economici di interesse generale e servizi sociali di interesse generale.

Ai fini del presente lavoro, si riporteranno i tratti essenziali delle due categorie sin'ora non affrontate.

I servizi che vengono prestati senza un corrispettivo economico sono definibili come *servizi non economici d'interesse generale*. A titolo esemplificativo, si pensi al settore

²¹¹ cfr. Corte giust., sent. 10 dicembre 1991, causa 179/90, *Merci convenzionali* 26; Corte giust., 19 marzo 1991, C-202/89, *Repubblica francese c. Commissione*; in tal senso anche la Commissione europea, *Decisione EUR-Sistema Eurovisione* “secondo cui l'adempimento della missione deve essere reso impossibile dall'applicazione delle norme di concorrenza per il perseguimento dell'interesse pubblico nazionale e altresì conforme ai principi di proporzionalità, razionalità ed effettività”.

²¹² Corte giust., sent. 19 maggio 1994, causa C-320/1990) e *Almelo* (Corte giust. sent. 27 aprile 1994, causa C-393/92).

²¹³ J.J. MONTERO PASCUAL, 1997, 669.

dell'istruzione nazionale, ai servizi di polizia, ai servizi connessi al sistema di giustizia, ai regimi previdenziali previsti per legge.

La Commissione, tuttavia, ritiene che non sia possibile realmente prevedere una distinzione teorica, *ex ante*, tra le categorie : invero, è necessaria una analisi puntuale, caso per caso, trattandosi *“di realtà specifiche che variano considerevolmente da uno Stato membro all'altro”*, in cui le *“modalità di fornitura sono in costante evoluzione in risposta all'evolversi della situazione economica, sociale e istituzionale”*²¹⁴.

Diverso è il caso dei servizi sociali di interesse generale²¹⁵, teoricamente, più facilmente individuabili poiché contraddistinti dall'elemento della solidarietà.

Tale tipologia di servizi, infatti, nasce per rispondere alle esigenze dei cittadini vulnerabili. Ne sono esempi i sistemi previdenziali, i servizi per l'occupazione e l'edilizia sociale.

Dal filone giurisprudenziale riguardante i fondi pensione ed alle assicurazioni salute²¹⁶, vengono dedotti gli indici di esistenza di tale tipologia di servizi: *“a) l'obiettivo sociale perseguito; b) la natura obbligatoria anziché volontaria delle prestazioni; c) il fatto che l'ammontare dei versamenti effettuati dal cittadino siano legati al suo reddito, e non all'ammontare del rischio coperto dall'assicurazione; d) la circostanza che le prestazioni erogate a favore del contribuente non siano commisurate all'ammontare dei versamenti da esso effettuati; e) il fatto che i versamenti e le contribuzioni siano sotto la supervisione dello Stato; f) la circostanza che i fondi siano immediatamente ridistribuiti anziché investiti; g) la presenza di sovvenzioni incrociate con altri fondi”*.

²¹⁴ Così Commissione, [COM (2007) 725, 20.11.2007] p. 5.

²¹⁵Cfr. Comunicazione, I servizi sociali di interesse generale dell'Unione europea, COM (2006) 177, 26.4.2006. Vedi tra gli altri, DONY, *Les notions de service d'interêt général et service d'interêt économique général*, in LOUIS, RODRIGUES, *Les services d'interêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles 2006, 3; MORO, *I servizi di interesse economico generale sociali*, in *Dir. Pol. UE*, 2007, III, 82.

²¹⁶ HATZOPOULOS V., *Il concetto di attività economica*, in *Rivista Europea di diritto e Business*, 2012, 12-13..

Entrambe le categorie poc'anzi citate sono tradizionalmente esentate dall'applicazione del diritto della concorrenza purché siano caratterizzate esclusivamente dal principio solidaristico²¹⁷/non presentino carattere di economicità.

Ciononostante, si registra la tendenza ad uniformare, sempre di più, la disciplina dei Servizi di interesse generale non economici (d'ora in poi SINEG) e dei Servizi sociali di interesse generale (SSIG) rispetto alle prescrizioni, a tutela della concorrenza, applicate in materia di SIEG.

La conferma di un'impostazione siffatta discende dai recenti orientamenti della Commissione allorché questa precisa, per quanto concerne i SINEG, che «*la distinzione fra attività economiche e non economiche ha dimostrato un carattere dinamico ed evolutivo e negli ultimi anni; sempre più attività hanno assunto una rilevanza economica. Per un crescente numero di servizi tale distinzione è divenuta superflua*»²¹⁸.

Inoltre, nel Libro Bianco sui Servizi di interesse generale (SIG) del 2004, par. 49, la Commissione afferma espressamente che gli obblighi applicati ai SIEG potrebbero anche applicarsi ai SINEG²¹⁹.

Del resto, anche il Parlamento europeo²²⁰ riconosce l'opportunità di estendere la portata delle norme concorrenziali anche ad ampi settori dei SINEG²²¹.

Inoltre la Commissione, già citata, ricorda come «*per quanto riguarda la legislazione in materia di concorrenza, la Corte ha stabilito che debba essere considerata un'attività*

²¹⁷ CGUE Sent. 17 febbraio 1993, Poucet and Pistre, casi riuniti C-159/91 e C-160/91.

²¹⁸ Cfr. Libro Verde del 2003, § 31.

²¹⁹ In particolare, nel punto 4.2. del Libro Bianco, la Commissione qualifica come SIEG quelli forniti da ospedali e da enti per l'edilizia popolare, riconoscendo agli Stati la possibilità di utilizzare “*sistemi basati sul mercato nella fornitura di servizi sociali e sanitari*” in alternativa al modello che prevede l'erogazione di tali servizi “*di rettamente attraverso agenzie di Stato finanziate dalle tasse*” (precisando che la scelta tra l'uno e l'altro modello è di carattere politico).

²²⁰ Risoluzione sul Libro Bianco della Commissione sui SIG, (2006/2101/(INI), 27.9-2006, cit., punto 10.

²²¹ Cfr., in precedenza, la relazione che accompagna la Comunicazione della Commissione del 2001 sui SIG avente ad oggetto i SIG ove si nota che “*con la progressiva realizzazione del mercato interno sono emersi nuovi interrogativi circa la delimitazione di alcuni servizi che in passato erano forniti principalmente secondo criteri non competitivi, ma che attualmente attirano o potrebbero attirare possibili concorrenti*”.

Per una diversa visione, v. F. DE LEONARDIS, *La Corte di giustizia e il principio di solidarietà nei regimi previdenziali*, in *Foro amm.* - *CdS*, 2002, 333.

economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi in un determinato mercato da parte di un'impresa, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle modalità di finanziamento» [par. 1.2.] «Per quanto riguarda la libera prestazione di servizi e la libertà di stabilimento, la Corte ha stabilito che le prestazioni fornite solitamente contro retribuzione debbano essere considerate come attività economiche ai sensi del Trattato. Il Trattato non esige tuttavia che il servizio venga pagato direttamente a coloro che ne beneficiano²²²»

Possiamo dunque intuire come la definizione tra le categorie, alla luce degli ultimi orientamenti in materia, non sia netta.

Considerazioni finali

In conclusione, *in primo luogo*, è evidente – nonostante la breve comparazione effettuata – che vi sia una compenetrazione reciproca (*quantomeno nelle finalità*) tra le discipline in materia di servizi di interesse economico generale e di servizi non economici di interesse generale/sociali di interesse generale.

I primi sono, infatti, progressivamente sempre più orientati al raggiungimento di standard qualitativi a vantaggio dei singoli (avendo già raggiunto, per quanto possibile, la piena concorrenzialità), mentre i secondi sono tesi a conquistare una dimensione concorrenziale.

In secondo luogo, l'evoluzione che i SIEG hanno compiuto non deve stupire: rispecchia, infatti, il metodo utilizzato nel processo di integrazione europeo. Quest'ultimo trova il suo fondamento – e probabilmente anche i suoi limiti – nel funzionalismo di Monnet²²³ e nella cosiddetta teoria intergovernativa (di cui è espressione la comitologia).

²²² Cfr. Corte giust. causa C-352/85, Bond van Adverteerders.

²²³ L'idea europeista di Jean Monnet, che nel 1952 ricoprì la carica di primo presidente dell'Alta autorità della CECA, proponeva la creazione di un ordinamento sovranazionale che, per realizzare le sue politiche, utilizzasse le strutture amministrative degli Stati membri senza dover interferire su di esse. Quindi, in una tale visione politica, che si rivelò prevalente rispetto a quella di Altiero Spinelli, che auspicava un'unione di popoli nell'ottica di uno Stato federale, il costruendo apparato europeo si identificava in una sorta di amministrazione "di missione", che "*non esegue, ma fa eseguire*" e che, libero da incombenze di gestione affidate alle burocrazie degli Stati membri, "*poteva porsi al servizio della causa dell'integrazione*". (A. SPINELLI, *Manifesto dei federalisti europei*, Modena, 1957; ID., *L'avventura europea*, Bologna, 1972; ID., *Il progetto europeo*, Bologna, 1985; D. BERLIN, *Organisation et fonctionnement de la Commission*, in S. Cassese (a cura di), *The European Administration*, Bruxelles, 1988, 27 ss.; J. MONNET, *Mémoires*,

A tal proposito, i SIEG rappresentano un esempio paradigmatico di integrazione funzionale *meramente economica*, che aspira a trasformarsi in integrazione di tipo politico tramite il c.d. meccanismo dello “*spill over*”.

In terzo luogo, non va trascurata la portata dirompente del concetto di “servizio pubblico europeo” rispetto al processo identitario europeo.

Si ritiene che la costruzione della cittadinanza europea risulti inscindibilmente legata alla valorizzazione *qualitativa* dei servizi di interesse economico generale.

Questi ultimi, infatti, pur essendo normalmente ancillari rispetto ai diritti fondamentali, sono particolarmente incisivi poiché caratterizzati da una prossimità rispetto alla quotidiana vita dei singoli.

La capillarità dei SIEG potrebbe, dunque, facilitare l’adesione del singolo alla costruzione europea, in una reinterpretazione del “*patriottismo costituzionale*”, teorizzato da Habermas²²⁴.

(Segue) Un’ultima conclusione : il nuovo sistema delle fonti, l’importanza del *droit souple* e le nuove tipologie di attori nello scenario concorrenziale.

Parigi, 1976, 285 e 426. Per un approfondimento v. DELLA CANANEA G., FRANCHINI C., *I principi dell’amministrazione europea*, Torino, Giappichelli, pp. 9 ss.)

In precedenza prevalente risultava essere il federalismo. Invero l’idea di una federazione europea era già presente nella dichiarazione di Robert Schuman, che indicava la CECA come la “prima tappa della federazione europea” e come il “primo nucleo concreto di una federazione indispensabile al mantenimento della pace”. Nel 1954, la mancata ratifica da parte dei francesi del trattato istitutivo della Comunità Europea di Difesa (CED), che proponeva la realizzazione di un’integrazione militare, ponendo un esercito alle dipendenze dell’organismo sovranazionale, contribuì al naufragio del progetto politico dell’affermazione di una federazione europea. Per un’analisi, fortemente critica, del disegno istituzionale della CED, v. GIANNINI M.S., *Brevi considerazioni sul Trattato per la Comunità europea di difesa*, 1954, ora in *Scritti 1949-1954*, Milano, 2004, p. 865, in cui si afferma che l’unione di Stati ha la “sostanza di una dittatura federale”.

²²⁴ V. soprattutto HABERMAS J., *Staatsbürgerschaft und nationale Identität*, St. Gallen, Erker, 1991, ora in *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1992, p. 632 sgg.

Senza dubbio, dalla analisi appena compiuta è possibile scorgere un dato unitario : l'emersione – nel sistema delle fonti – della categoria della c.d. *soft law o droit souple*.

Rispetto alle tematiche affrontate nel primo capitolo, la tecnica utilizzata dalle istituzioni europee per costruire - ed il verbo è particolarmente confacente - la nozione di servizio di interesse generale è esemplificativa²²⁵.

La nuova dimensione della normatività²²⁶, infatti, ha da tempo abbandonato i confini del diritto tradizionalmente inteso : *le droit est plus grand que la règle de droit*²²⁷.

Secondo la dottrina tradizionale²²⁸, il *droit souple* si pone in posizione subordinata rispetto al diritto positivo (*hard law*)²²⁹.

²²⁵ Si veda par. "Semantica dei servizi di interesse generale".

²²⁶ In merito alla possibilità di ritenere giuridiche norme non vincolanti, il rinvio obbligato è a KELSEN H. , *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1970, pp. 66 ss; MC CORMICK N., *Legal rights and social democracy*, Oxford, 1982, p. 232; RAZ J. , *Practical reason and norms*, Hutchinson, 1975; FERRAJOLI L. , *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza, Bari, 2016.

²²⁷ CARBONNIER J. , *Droit et non-droit*, in *Flexible droit*, LGDJ, 10a ed., 2001, p. 22.

²²⁸ Sono espressione della concezione classica del c.d. "*diritto morbido*": l'articolo 288 TFUE (raccomandazioni e opinioni); i c.d. "standard tecnici" sviluppati dagli Organismi europei di normalizzazione; il "metodo aperto di coordinamento "(OMC) ed, in genere, gli strumenti di interpretazione delle disposizioni di diritto rigido, in particolare utilizzati dalla Commissione nell'ambito delle sue competenze in materia di concorrenza (es....).

²²⁹ Secondo il Conseil d'État, *Le droit souple*, Collana *Le rapports de le Conseil d'État*, Rapport 2013, disponibile all'indirizzo <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Droit-souple> la soft law dovrebbe essere studiata in contrapposizione al diritto formale poiché, diversamente dal diritto formale, è flessibile (o non rigida) e non perché non vincolante.

Si aggiunga che, in alcune eventualità, anche le norme di diritto positivo adottano dei meccanismi atti a consentirne un'applicazione flessibile (si pensi, ad esempio, alle all'utilizzo del rinvio alle norme tecniche e ai provvedimenti amministrativi generali).

Al contrario, contro l'ingresso della *soft law* nell'universo della giuridicità, P. WEIL, *Vers une normativité relative en droit international?*, in *Revue générale de droit international public*, 1982.

Una tale concezione non riesce, tuttavia, ad essere esaustiva²³⁰. La fallacia della costruzione “ *a contrario* ”, per opposizione alla *hard law*, è facilmente dimostrabile.

È di palmare evidenza, infatti, come non vi sia una biunivoca automaticità tra *non vincolatività* e *assenza nel sistema di gerarchia delle fonti*: una parte del diritto formale è, infatti, ineffettivo [*rectius*, non vincolante²³¹] e, viceversa, sovente la soft law trova ingresso nel sistema delle fonti, risultando vincolante in via di diritto²³² e non di mero fatto²³³.

Invero, la vincolatività delle norme di *droit mou* è sempre più evidente negli odierni ordinamenti, con i vantaggi e gli svantaggi dell'utilizzo di un siffatto strumento²³⁴. Tale

²³⁰ Cfr. RAZ J., *The authority of law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979 (in particolare, il saggio *The Rule of Law and Its virtue*) individua quale tratto distintivo della legge la capacità di orientare i comportamenti.

²³¹ Non vincolanti sono i c.d. *hortatory statutes* (GERSEN J., POSNER E.A., *Soft Law: Lessons from Congressional Practice*, 61 *Stanford Law Review* 573, 2008, e le c.d. *sunset rules* (CAPPELLETTI M., “ *Ragionando (ancora) sull'inflazione legislativa: l'esperienza comparata delle sunset rules da strumento di qualità della regolazione a strumento per una legislazione flessibile*”, *Rassegna di diritto pubblico europeo on line*, maggio 2016, disponibile all'indirizzo: http://www.academia.edu/25579102/Ragionando_ancora_sull_inflazione_legislativa_l_esperienza_comparata_delle_sunset_rules_da_strumento_di_qualit%C3%A0_della_regolazione_a_strumento_per_una_legislazione_flessibile_).

²³² Si rinvia a Conseil d'État, *Le droit souple*, cit., 68 ss.

²³³ Sulla forza normativa dei fatti, VERMEULE A., “ *Many minds Arguments in Legal Theory*”, *The Journal of Legal Analysis*, vol. I, n. 1, 2009, pp. 1-45.

²³⁴ A questo punto della trattazione è necessario soffermarsi, seppur brevemente, sui vantaggi e sulle criticità derivanti dell'utilizzo della soft law nel campo del diritto della concorrenza, al fine di comprendere se effettivamente sia giustificato il ricorso sempre più frequente a tale strumento.

Nello specifico, i benefici sono da ricondursi:

- a) In primo luogo, alla rapida rispondenza della soft law ai processi di integrazione europea, in contrapposizione alla staticità delle fonti di hard law nazionali;
- b) In secondo luogo, alla flessibilità ed adattabilità alle esigenze del mercato, grazie al processo di formazione di tale strumento, particolarmente celere.

D'altra parte, le criticità riscontrabili sono connesse indefettibilmente ai punti di forza poc'anzi ricordati. In via schematica, ricordiamo:

- a) La possibile incompatibilità con il principio di legalità (incoerenza con le fonti di produzione) e l'affievolimento della certezza del diritto,

“normatività graduata”, del resto, risulta particolarmente evidente nel diritto della concorrenza.

Come affermato precedentemente, l'esempio più caratteristico è rappresentato dalle Comunicazioni, dal Libro verde e dal Libro bianco della Commissione in materia di servizi di interesse generale²³⁵.

Tali testi forniscono, infatti, definizioni che non esistono in alcun testo di diritto positivo, utilizzando un approccio esegetico che, in realtà, esorbita la mera funzione di interpretazione.

Nella particolare ipotesi dei servizi di interesse generale, la Commissione giunge sino a determinare il contenuto degli standard qualitativi da rispettare nell'erogazione dei servizi agli utenti, caratteristiche ordinariamente da definirsi tramite il c.d. *droit dur*.

Un secondo esempio è rappresentato dalle linee guida non vincolanti emesse dall'Autorità anticorruzione italiana (ANAC)²³⁶, che presentano, in realtà, una forma *indiretta* di vincolatività. Esse, infatti, impongono alla Pubblica Amministrazione, destinataria di tali previsioni, un obbligo particolarmente intenso di motivazione al fine di distaccarsi da quanto ivi previsto.

Del resto, in virtù dell'autorevolezza della fonte interpretativa, le suddette linee guida - se seguite pedissequamente - pongono l'interprete al riparo dal giudizio negativo della Corte dei Conti rispetto alla condotta tenuta (seppur erronea). Ben si comprende come risulti,

b) la mancanza di legittimazione democratica (inadeguatezza delle tradizionali fonti sulla produzione) in favore dell'idea del mercato quale “luogo” principale dell'emergere dell'interesse generale dell'Unione.

²³⁵ Si fa riferimento, in particolare, al Libro verde sui servizi di interesse generale del 2003 e al Libro bianco sui servizi di interesse generale del 2004; o ancora, ad esempio, alla Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale Testo rilevante ai fini del SEE in OJ C 8, 11 gennaio 2012, p. 4-14 ovvero al Documento di lavoro dei servizi della Commissione (Bruxelles, 29 aprile 2013 SWD(2013) 53 final/2) intitolato “*Guida relativa all'applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali di interesse generale, delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato, di appalti pubblici e di mercato interno*”.

²³⁶ Per una trattazione sul rapporto tra linee guida e normatività, GIORNO E., “*Linee guida Anac su incarichi professionali: inquadramento teorico e sistematico*”, *Azienditalia*, vol. 1, 2019, p. 32. CAPUTO O. M., “*Linee guida, attribuzioni precontenzione e potere sanzionatorio dell'Anac*”, *Urbanistica e appalti*, vol. 1, 2018, p. 5.

dunque, maggiormente conveniente un'adesione *quasi* acritica da parte del dipendente pubblico.

Si aggiunga che la vincolatività sin'ora descritta risulta multi-direzionale.

In alcuni casi, infatti, *le droit souple* vincola il soggetto che lo emana²³⁷.

Il rapport del Conseil d'État²³⁸ ritiene necessario a tal proposito svolgere un triplice giudizio (di utilità, legittimità ed effettività) affinché si possa ritenere appartenente alla “*normatività giuridica*” la soft law.

L'atipicità delle fonti del diritto della concorrenza, del resto, si accompagna con quella propria dei soggetti di tale scenario, ovvero le Autorità Amministrative Indipendenti (d'ora in poi AAI)²³⁹.

²³⁷ Recentemente (CGUE, decisione 19 luglio 2016, C- 526/14 *Kotnik e A.*, punti 39-45.) la Corte di giustizia ha ritenuto un atto di soft law vincolante per la Commissione e non per gli Stati.

²³⁸ Già citato alla nota 219.

²³⁹ Si riportano alcuni dei contributi francesi ed italiani più recenti che evidenziano la peculiarità solamente accennate nel testo ed i problemi connessi:

- BARTHEZ A.-S., *Les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes*, in CAPITANT H., *Le droit souple, Journées nationales*, vol. XIII, Boulogne-sur-Mer, Dalloz, 2009, pp. 59 et s., p. 60-61;

L'influence de l'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme sur l'organisation et le fonctionnement des autorités administratives indépendantes françaises, in Le autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale: profili problematici di ieri e di oggi, in Autorità indipendenti e tutela giurisdizionale nella crisi dello Stato, a cura di A. Patroni Griffi, *Rass. dir. pubbl. europeo*, nn. 1-2/2015, p. 35. “AUTORITÀ INDIPENDENTI E SINDACATO GIURISDIZIONALE” *Ogni potere ha il suo giudice e a tale regola generale non sfuggono le Autorità indipendenti, reperibile in https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/160693/nsiga_4468036.pdf/409771b4-8552-e3f8-df9a-fe2a7b9e4f1e*. FILICE M., “*Il sindacato giurisdizionale sull'attività delle autorità indipendenti*”, *Giornale Dir. Amm.*, n. 4, 2015, pp. 559; SABINO C., “*L'autorità garante della concorrenza e del mercato nel “sistema” delle autorità indipendenti*”, *Giornale Dir. Amm.*, n.1, 2011, p. 102; TRAVERSA E., “*Sanzioni amministrative, il potere sanzionatorio dell'anac alla prova del principio di legalità*”, *Giur. It.*, n. 3, 2019; URBANO G., “*I nuovi poteri processuali delle autorità indipendenti*”, *Giornale Dir. Amm.*, n. 10, 2012, p. 1022; MARONE F., “*L'atipicità dei poteri di regolazione dell'Anac nelle linee guida sugli obblighi di trasparenza della PA*”, *Giornale Dir. Amm.*, n. 6, 2017, p. 798.

Del resto, il modello delle AAI si è affermato negli ordinamenti nazionali proprio grazie all'impulso europeo.

Il tratto caratteristico di tale modello organizzativo è giustappunto l'indipendenza²⁴⁰.

Indipendenza che si esprime, in primo luogo, rispetto agli interessi privati (per scongiurare il rischio della "cattura" del regolatore da parte dei regolati) ed, in secondo luogo, come *neutralità* rispetto all'indirizzo politico-amministrativo del governo, che non ha alcun potere di direttiva rispetto alle attività svolte dalle AAI.

Il suddetto assunto è indispensabile per permettere di giustificare il ruolo, seppur indiretto, dello stato arbitro-regolatore tra le imprese concorrenti - rispetto allo stato-imprenditore - titolare di imprese pubbliche operanti nel sistema economico.

È innegabile, tuttavia, che il tradizionale riparto dei poteri statuali, governato dal principio di separazione, sia stato messo in discussione.

Sono stati, infatti, concentrati in capo alle AAI poteri di normazione, amministrativi (prescrittivi, autorizzatori, sanzionatori) e di risoluzione delle controversie (in via stragiudiziale).

Sebbene vi sia attualmente uniformità in dottrina e giurisprudenza circa la natura di amministrazioni delle AAI²⁴¹, la mancanza di legittimazione rappresentativa ha fatto dubitare della loro costituzionalità.

La subordinazione di tali Autorità alla legge ed il successivo controllo giurisdizionale sul loro operato, invocabile per colmare la lacuna democratica, risulta piuttosto debole.

²⁴⁰ Sul piano organizzativo le AAI sono connotate dall'indipendenza e dalla terzietà dei suoi membri la cui nomina spetta di regola al Parlamento (anche nelle forme del parere vincolante delle competenti commissioni parlamentari) ed è corroborata dalla professionalità e dalla competenza degli stessi. Indipendenza assicurata anche dalla natura collegiale degli organi, dalla ampia durata e non rinnovabilità del mandato, dal regime delle incompatibilità successive alla scadenza del mandato.

A questa indipendenza dei vertici si accompagna anche il riconoscimento di un'ampia autonomia organizzativa che si manifesta non solo nell'attribuzione di ampi poteri di autorganizzazione, ma anche nelle modalità di provvista di personale e nel reperimento di risorse finanziarie.

²⁴¹ Una ricostruzione delle vicende inerenti alla qualificazione giuridica delle AAI, SANINO M., *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle Autorità amministrative indipendenti*, CEDAM, 2019.

Un'altra corrente dottrinale²⁴² ha ravvisato il fondamento costituzionale delle AAI a livello sovranazionale. Sovente queste ultime sono istituite dai Trattati, disciplinate dal diritto derivato oppure, in ogni caso, operano in attuazione di un principio comunitario.

Tuttavia, anche tale ricostruzione presenta dei limiti. Per essere ammissibili nell'ordinamento nazionale, secondo tale teoria, le AAI necessiterebbero di una previsione a livello europeo. Quest'ultima, comunque, non le esenterebbe dal rispetto dei principi costituzionali.

²⁴² Le AAI troverebbero ingresso nell'ordinamento nazionale grazie alle clausole contenute agli artt. 11 e 117, comma 1, della Costituzione. Si tratta, dunque, di un fondamento costituzionale "indiretto" che dovrebbe sopperire alla mancata previsione espressa delle stesse nella carta costituzionale.

CAPITOLO II - I MODELLI DI GESTIONE PORTUALE²⁴³ ED IL PRINCIPIO DI SEPARAZIONE

I parte – Le tipologie di modelli portuali

Premessa

Si impone a questo punto della trattazione una breve rassegna delle tipologie dei sistemi di gestione portuale, esistenti a livello mondiale, senza la quale risulterebbe vano affrontare la comparazione tra il sistema francese ed italiano.

È necessario, infatti, fornire un quadro completo dei diversi modelli gestori, statali e non, evidenziando le peculiarità dei diversi paradigmi organizzativi.

Particolare attenzione verrà dedicata al riparto di responsabilità tra soggetti pubblici e privati.

Il compimento di una siffatta analisi consentirà di interrogarsi sull'opportunità (e, prima ancora, sulla realizzabilità) di un modello portuale *comune* europeo.

In seguito a questa ricostruzione, si analizzeranno i dati in materia di concorrenzialità del sistema portuale in Italia e Francia, introducendo in tal modo la necessità di svolgere un'analisi di dettaglio delle riforme portuali succedutesi nei due ordinamenti.

Evoluzione del quadro storico-normativo

Gli investimenti privati nel settore portuale hanno subito un incremento significativo negli anni Ottanta²⁴⁴. Infatti, in quegli anni, per la prima volta in maniera massiva, i porti divennero punti di snodo fondamentali nella catena distributiva delle merci.

In quel periodo, due principali fattori contribuirono al congestionamento e al conseguente fallimento organizzativo dei servizi portuali.

Favorirono tale processo, in primo luogo, le antiquate politiche messe in atto, a livello governativo, in relazione al lavoro portuale.

²⁴³ I dati statistici e le considerazioni storico-sociologiche del presente paragrafo sono tratte dal “Module 3: Alternative Port Management Structures and Ownership Models”, report redatto nel 2005 dalla Banca mondiale e reperibile all'indirizzo internet: https://ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/toolkits/Portoolkit/Toolkit/pdf/modules/03_TOOLKIT_Module3.pdf

²⁴⁴ SHAW, WILLIAM, and THOMPSON, “*Concessions in Transport.*” *TWU Papers, Discussion Paper*, World Bank, Washington DC, 1996

Si incontrarono diverse resistenze, infatti, nel processo di tecnocratizzazione dello sviluppo tecnologico: si passò, seppur non con la reattività sperata, da un sistema di gestione dei *carichi breakbulk*²⁴⁵ a nuovi metodi di movimentazione unitaria e containerizzazione.

In secondo luogo, l'inadeguatezza della gestione portuale dipendeva dall'eccessivo controllo centralizzato, imposto dai governi.

In particolar modo, nel periodo tra gli anni '60 e '80, si osservò una centralizzazione strutturale dovuta non solo alle economie socialiste (allora modello preponderante), ma anche ai finanziamenti che, a quell'epoca, venivano destinati al settore da alcune banche internazionali.

Come risposta al fallimento del sistema di governance portuale centralizzato, svariati governi demandarono ad operatori privati tale ruolo, con la finalità di ottenere dei risparmi di spesa e di distribuire tra diversi operatori il rischio connesso a tale attività.

Fu proprio in tale occasione che, per la prima volta, si sollevarono interrogativi in merito al riparto di competenze tra settore pubblico e privato.

I risultati di tali riflessioni, svolte in particolar modo nel Regno Unito²⁴⁶, evidenziarono come gli interventi massicci effettuati dai governi in tali settori comportassero un significativo arretramento dell'area di co-intervento dei privati, elidendo sostanzialmente possibili forme cooperative.

Una parte degli studi condotti²⁴⁷, dunque, propugnava la necessità di ridurre il ruolo statale ai soli finanziamenti anti-economici, ovvero non attrattivi per i privati, connessi alla gestione dei beni pubblici.

Tale orientamento permane tutt'ora.

Infatti, in svariati porti attualmente l'attore pubblico svolge esclusivamente il ruolo di facilitatore, pianificatore e regolatore, con la finalità di incrementare la qualità strutturale

²⁴⁵ Dal dizionario della logistica (<http://www.dizionariologistica.com/>): "*Merce spedita unitizzata, ma non in contenitori marittimi standard (es. pallettizzata, in balle, in fusti, in casse, ecc. oppure grandi macchinari, automezzi, ecc.). La movimentazione di carico/scarico deve quindi avvenire mezzo di gru tradizionali, essendo escluso l'impiego di pompe, coclee, ecc. Sinonimo di General cargo*". D'ora in poi le definizioni di diritto portuale sono tratte dalla medesima fonte, se non è diversamente indicato.

²⁴⁶ SAUNDRY, RICHARD e TURNBULL, *Private profit, public loss: The Financial and economic performance of U.K. ports. Maritime Policy Management* 24(4), 1997, p. 319.

²⁴⁷ BAIRD A. J., *Port Privatisation, Objectives, Extent, Process, and the United Kingdom Experience*, Napier University, Edinburgh, 4th World Port Privatisation Conference, London, 22–24 September 1999.

ed i legami con *l'hinterland*, mentre gli attori privati fungono principalmente da *provider*, operatore.

Del resto, l'integrazione dei porti nella catena logistica mondiale è stata accompagnata progressivamente dal riconoscimento dei benefici che l'organizzazione portuale poteva apportare sia a livello nazionale, sia per la regione in cui si trovano. È stato sfatato, in tal modo, il mito del ritenuto disallineamento tra interessi connessi agli investimenti locali (anche privati) e nazionali (di tipo puramente pubblicistico)²⁴⁸.

Contemporaneamente, anche lo sviluppo di alleanze strategiche nel settore dell'industria navale ed industriale globale ha influito sulle metodologie di finanziamento e regolazione dei porti.

Infatti gli operatori dei “*terminal container*”²⁴⁹ con copertura globale, in accordo con le *major shipping lines*, spesso possono essere stati tentati di avvantaggiarsi, sfruttando la

²⁴⁸ In Francia è possibile ricordare a tal proposito “*la Stratégie nationale portuaire*” del maggio 2013, che mirava ad ottenere vantaggi a livello nazionale tramite l'investimento in tre diversi settori delle politiche portuali: l'incremento della logistica e l'intermodalità, l'efficientamento della gestione degli spazi portuali ed, infine, il rafforzamento delle *liaisons* con l'hinterland, in termini di rotte fluviali nell'entroterra e nuovi collegamenti ferroviari. Per approfondimenti: <https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/ports-maritimes-france>

In Italia si è discusso della *Cd Analisi di impatto*. Questo tipo di analisi è stata svolta per la prima volta, almeno in Italia, dal Censis (2000), applicandola alle tre filiere tipiche dell'economia portuale: trasporti marittimi, attività ausiliarie dei trasporti e cantieristica. Le altre attività presenti dentro il porto sono state considerati, secondo tale studio, sono state considerate residuali.

In uno studio successivo realizzato nel 2008 (La portualità come fattore di sviluppo e di modernizzazione, Roma 20 maggio 2008 reperibile in http://www.genoportcenter.it/Repository/Allegati/Rapporto_finale_Censis_Assoport.pdf), in realtà, il Censis allarga il campo di analisi, comprendendo ulteriori branche e settori (es. lo svolgimento di alcuni servizi pubblici complementari) per quanto riguarda i maggiori porti italiani e dove appunto risiedono ed operano le Autorità portuali.

²⁴⁹ Un terminal container (Voce Dizionario logistica nota 236): “*è una struttura in cui vengono gestiti e movimentati i container marittimi al fine di cambiarne modalità di trasporto. Per parlare di terminal è necessario che vi sia il cambio di almeno due mezzi di trasporto. Generalmente un terminal container viene associato alla movimentazione di container fra navi portacontainer e fra navi e veicoli terrestri, quali treni o camion; in questo caso viene definito terminal container marittimo. Analogamente la movimentazione può avvenire fra veicoli*

propria posizione dominante, per rinforzare ulteriormente il proprio network, a discapito delle istanze concorrenziali e dei pubblici interessi.

Sovente i porti sono diventati sede di veri e propri *cluster industrial*²⁵⁰.

Si può, dunque, ben comprendere come tutt'oggi sia delicato l'allineamento degli interessi pubblici e privati nella struttura gestoria del porto e nelle politica di sviluppo.

I modelli di porto, profili amministrativi e funzioni

L'ambito portuale, per ragioni di ordine strutturale, comporta necessariamente un utilizzo combinato di beni ed infrastrutture pubbliche e private.

Lo spettro di modelli organizzativi è decisamente ampio, differendo primariamente - come si è ricordato nel paragrafo precedente - per le tipologie di beni e servizi affidati alle cure degli operatori privati o pubblici.

Se ad una estremità di questa ideale progressiva elencazione dei modelli portuali troviamo il c.d. "*service port*", in cui il controllo pubblico sulla pianificazione, regolazione e sullo svolgimento delle operazioni portuali è totale, all'altra estremità si colloca il c.d. "*fully privatized port*", costruito in maniera diametralmente opposta rispetto al modello poc'anzi descritto.

Uno dei trend che emerge chiaramente dall'analisi condotta, e vedremo come si declinerà nel sistema giuridico italiano ed in quello francese, comprende la progressiva diminuzione del ruolo statale nei porti industriali.

Tuttavia, tale modalità operativa non si traduce quasi mai nella totale assenza della presenza pubblica. La totale privatizzazione, infatti, risulta ancora avere carattere eccezionale²⁵¹.

L'intervento pubblico nel settore portuale solitamente si manifesta attraverso due metodologie differenti²⁵².

In primo luogo, lo Stato può agire riproducendo artificiosamente le condizioni del mercato. In tal senso, i governi possono introdurre delle esternalità.

terrestri, tipicamente tra treno e camion, in questo caso viene definito terminal container interno, solitamente un interporto".

²⁵⁰ I cluster industriali sono concentrazioni geografiche di società private che possono competere tra loro o completarsi a vicenda come clienti e fornitori in aree specializzate di produzione e distribuzione. Drewry Shipping Consultants Ltd. 2005. Annual Review of Global Container Terminal Operators –2005. Drewry House: London.

²⁵¹ Semmai tale modello risulta maggiormente presente nella gestione dei *terminals*.

²⁵² HOLOCHER, K. H., *Port Management Textbook*, vol. 1, Bremen, 1990.

In secondo luogo, le politiche statali possono privilegiare l'interesse pubblico, anche a discapito della concorrenzialità nel senso puro e privatistico del termine: ad esempio, aumentando virtualmente la domanda dei beni e servizi pubblici portuali.

In tal senso, ad esempio, la competizione "*per il mercato*" è stata privilegiata e ritenuta sostitutiva rispetto alla concorrenza "*nel mercato*"²⁵³. In tal modo sono stati creati mercati contendibili, in settori a vocazione monopolista.

Ciò potrebbe essere realizzato attraverso licenze, autorizzazioni, concessioni o attraverso l'utilizzo di strumenti privatistici quali il leasing o, in generale, ogni metodo funzionale all'allocazione efficiente delle risorse.

Esigenze classificatorie e tipologie di amministrazione portuale²⁵⁴

Effettuata questa breve premessa, è necessario entrare nel dettaglio ed analizzare gli specifici modelli organizzativi. A tal fine sono emerse quattro categorie principali di porti:

- il *public service port* ;

²⁵³ La concorrenza *nel mercato* è il normale processo di competizione che si basa sulla rivalità tra imprese in merito ai prezzi, al valore aggiunto, in base alle quantità offerte etc. La concorrenza *per il mercato*, invece, è un meccanismo che mette in concorrenza le imprese per avere il diritto di servire, spesso in regime di monopolio, un determinato mercato. Gli effetti negativi che la condizione monopolistica crea sono, dunque, mitigati da tale meccanismo che consente "a monte" di effettuare una selezione tra operatori.

Il teorico di uno dei meccanismi di tal fatta più diffusi è *Demesetz*, che propose il c.d. franchise bidding. In tale modello viene messo all'asta il diritto di fornire un dato servizio. Chi dirige l'asta impone la tariffa base che sarà oggetto di ribasso da parte dei concorrenti. Il vincitore dell'asta sarà vincolato a servire il mercato praticando quella tariffa.

²⁵⁴ VESPASIANI T., *Glossario dei termini economici e giuridici dei porti, dei trasporti marittimi e della logistica portuale*, Milano, FrancoAngeli, 2009, pp.23 e ss.

Per la diversità degli aspetti istituzionali dei porti comunitari si può fare riferimento allo studio elaborato per conto del Parlamento Europeo (European Port Policy, 1993) e ad altri studi comparativi svolti su mandato della Commissione CE. In particolare: Progetto ATENCO, *Analysys of the cost structure of the main ports*, Work-package 1 febbraio ,1999, parzialmente pubblicato in *Trasporti*, 2002, 332 ss., e *Public financing and charging of European Seaports*, 2005. Per sintetici accenni all'evoluzione più recente si può fare riferimento agli ESPO, Fact finding Reports, reperibili all'indirizzo www.espo.be. Si vedano in particolare i Reports 2004 e 2010, *Enquiry into the current governance of European Seaports*, elaborata da Patrick VERHOVEN, al quale si deve anche *A quantitative analysis of European Port governance*, reperibile nel sito www.palgrave-journal.com.

- il *tool port* ;
- il *landlord port* ;
- ed il *fully privatized port* o *private service port*.

In linea generale, i modelli poc'anzi richiamati si distinguono per alcune caratteristiche di seguito riportate. Nello specifico, si fa riferimento:

- Alla fornitura pubblica, privata o mista dei servizi portuali;
- All'orientamento locale, regionale o globale;
- Alla proprietà dell'infrastruttura;
- Alla proprietà della sovrastruttura e delle attrezzature (in particolare la movimentazione da nave a terra attrezzature, capannoni e magazzini);
- Allo stato della manodopera e della gestione portuale.

Di seguito, si è riportata una tabella – elaborata dalla Banca Mondiale nel suo rapporto del 2005 già citato, che rappresenta graficamente le differenze poc'anzi tratteggiate.

Box 6: Basic Port Management Models

Type	Infrastructure	Superstructure	Port labor	Other functions
Public service port	Public	Public	Public	Majority public
Tool port	Public	Public	Private	Public/private
Landlord port	Public	Private	Private	Public/private
Private service port	Private	Private	Private	Majority public

Se i *service* e *tool ports* mirano principalmente alla realizzazione di interessi pubblici, i *landlord ports*, invece, puntano a raggiungere il bilanciamento ottimale tra le istanze pubblicistiche (esprese dall'Autorità portuale) e quelle private (ossia gli interessi manifestati dall'industria portuale).

I porti completamente privatizzati – invece - tendono, com'è intuibile, a concentrarsi sulla valorizzazione di interessi privati (i c.d. azionisti-*stakeholders*).

Nei prossimi paragrafi verranno analizzati nel dettaglio i singoli modelli.

Service port

I c.d. *service port*, come si affermava poc'anzi, hanno un orientamento prevalentemente pubblico.

Attualmente il numero di *service port* è decisamente in calo.

Numerosi porti di questo tipo hanno progressivamente adottato un modello portuale di tipo landlord²⁵⁵.

A tal proposito, oltre ai porti di Amburgo e Brema, si pensi - ad esempio - ai porti di Colombo (Sri Lanka)²⁵⁶, di Nhava Sheva (India)²⁵⁷ e di Dar es Salaam (Tanzania)²⁵⁸.

Nonostante tale tendenza evolutiva, il modello in questione non è definitivamente scomparso: vi sono alcuni porti che sono ancora gestiti secondo le strutture tipiche dei service port. Normalmente, tuttavia, questi sono esclusivamente situati in paesi in via di sviluppo oppure nei paesi dell'ex-URSS.

In questa tipologia di modello è l'Autorità portuale ad offrire tutti i servizi richiesti per il funzionamento del sistema portuale.

Infatti, in tale eventualità è l'autorità gestoria del porto a possedere, mantenere e gestire tutte le infrastrutture (stabili e amovibili) e le attività di movimentazione delle merci sono eseguite grazie a lavoratori impiegati direttamente dall'autorità.

Nella maggior parte dei casi, i service port, dal punto di vista delle strutture amministrative, sono controllati (almeno parzialmente) dal Ministero dei trasporti.

Di conseguenza il Presidente dell'ente portuale è un funzionario che dipende, in punto di nomina e/o nei termini di un'attività di rendiconto *ex post*, dal Ministro di riferimento.

L'attività di movimentazione merci è l'attività che spicca in maniera preponderante, per importanza, tra le funzioni che l'Autorità portuale svolge nel modello del service port.

²⁵⁵ Un esempio di questo passaggio è rappresentato dal porto di Amburgo. Fino al 2005, infatti, il porto di Amburgo, il più importante porto tedesco, ha rappresentato un classico esempio di porto strettamente integrato nell'amministrazione locale: era privo di un bilancio autonomo e i suoi problemi di manutenzione e sviluppo rientravano nella diretta responsabilità delle varie branche dell'amministrazione della città. Nel 2005 tutti i servizi dell'amministrazione statale coinvolti nella gestione portuale sono stati accentrati nella Hamburg Port Authority (HPA) entità legale estranea all'amministrazione, dotata di un proprio bilancio e di risorse proprie. La HPA, infatti, agisce secondo una rigorosa ottica di economicità ed i suoi rapporti con le varie branche dell'amministrazione sono regolati su base contrattuale.

Un percorso simile è stato intrapreso dal porto di Brema. In tal caso sono state costituite due società: la Bremerlagerhausgesellschaft (BLG) e la Bremische Hafen GmbH (BHG), rispettivamente responsabili della fornitura di tutti i servizi logistici correlati alle operazioni di sbarco/imbarco e della gestione e della manutenzione delle aree portuali.

²⁵⁶ <http://www.slpa.lk/>

²⁵⁷ <http://jnport.gov.in/>

²⁵⁸ <https://www.ports.go.tz/index.php/en/>

Sovente viene istituita un'entità pubblica separata per occuparsi di tale attività, normalmente indicata come “*società di movimentazione carico*”, gestita con la forma giuridica della azienda pubblica, anch'essa sottoposta al controllo del Ministero competente.

Questa dualità certamente costituisce un'ulteriore sfida gestionale: il coordinamento di due entità, seppur pubbliche, con differenti -e talvolta contrastanti- interessi che riferiscono allo stesso ministero.

Come vedremo approfonditamente nel par. “Il sistema di riforma portuale in Italia” un esempio di service port è ravvisabile nel sistema portuale italiano, anteriore alla legge 84/94.

Tool port

Nel modello *tool port*, l'Autorità portuale non è solo proprietaria²⁵⁹, ma si occupa anche dello sviluppo e del mantenimento dell'infrastruttura portuale, comprese le singole attrezzature di movimentazione, quali gru di banchina e carrelli elevatori.

Il personale dell'Autorità portuale di solito utilizza, in via preponderante, le attrezzature di proprietà della stessa.

Tuttavia, le operazioni di carico-scarico a bordo delle navi, nell'area di stazionamento, sulla banchina sono, contrariamente a quanto accade nel modello precedente, gestite da società di movimentazione di merci private, contrattualizzate dagli agenti marittimi (*shipping agent*) oppure operanti in base a licenze conferite dall'Autorità portuale.

Il porto di Chittagong (Bangladesh)²⁶⁰ è un tipico esempio di tool port.

²⁵⁹ Tale regime proprietario si può verificare in due modi: il modello della “*corporatisation*” (basato sulla creazione di un organismo di diritto privato in mano pubblica) si contrappone a quello della c.d. “*commercialisation*”. Quest'ultima fattispecie si verifica quando il soggetto pubblico, proprietario e gestore dell'infrastruttura portuale, al fine di orientarsi in maniera più efficiente al mercato, procede ad una riforma dei processi decisionali, dei meccanismi di selezione e formazione del management, ristruttura ed ottimizza i propri obiettivi economici ed il proprio sistema di controlli, senza, tuttavia, costituire una società di capitali ad hoc. Cfr. NOTTEBOOM T., *The Interdependence Between Liner Shipping Networks and Intermodal Networks*, Proceedings of the IAME 2002 Conference, International Association of Maritime economists, Panama City, 2002; NOTTEBOOM T., *Container Shipping and Ports: an Overview, Review of network Economics*, 2004.

²⁶⁰ <http://www.cpa.gov.bd/>

Sono riconducibili alla medesima fattispecie anche le operazioni di gestione dei terminal container²⁶¹ nei *Ports Autonomes* in Francia.

La suddivisione delle responsabilità operative è il principale problema di questa tipologia organizzativa: difatti, sovente si sono registrati conflitti tra il personale dell'Autorità portuale e gli operatori terminalisti privati, a discapito dell'efficienza operativa.

In altri termini, a prescindere dal possesso e dall'utilizzo della attrezzatura per la movimentazione del carico in capo all'autorità, l'armatore o il proprietario del carico firmerà un contratto con l'impresa privata di movimentazione scelta. Tuttavia, nonostante questa contrattualizzazione del servizio, l'azienda di movimentazione merci privata non sarà mai in grado di controllare completamente le operazioni di movimentazione del carico, dovendo necessariamente cooperare con i lavoratori dell'Autorità portuale.

Al fine di evitare tale tipologia di conflitti, alcuni enti portuali consentono agli operatori di utilizzare le proprie attrezzature: in tal modo, tuttavia si perde la qualifica di *tool port* inteso come modello "puro".

Infatti, in quest'ultima eventualità, maggiori somiglianze si colgono rispetto al modello di *service port*, sia in termini di orientamento verso la dimensione pubblica, sia rispetto alle modalità di finanziamento.

Secondo il modello di *tool port* puro, l'Autorità portuale, in vero, dovrebbe rendere disponibili esclusivamente i terreni e le infrastrutture alle società di movimentazione merci²⁶², senza intervenire in alcun modo nello svolgimento del servizio.

Il modello in questione, dunque, posto l'assetto proprietario pubblico, ha favorito la nascita di imprese private di dimensioni medio-piccole (c.d. atomizzazione dell'attività).

Tuttavia, pur tenendo in considerazione gli aspetti problematici poc'anzi riportati, il *tool port* presenta indubbiamente anche *alcuni vantaggi*, che giustificano l'utilizzo di tale modello come forma di transizione per approdare al modello di landlord.

Il *tool port*, infatti, permette di compensare i casi in cui la fiducia del settore privato non è pienamente consolidata: infatti, tale paradigma organizzativo consente di attenuare i requisiti iniziali di investimento al fine di entrare in un nuovo mercato.

Un'altra situazione in cui tale modello risulta particolarmente appropriato è quella legata alle transizioni che conseguono alle riforme strutturali che i governi tentano, con successo o meno, di mettere in atto: infatti, permette di rimandare - seppur

²⁶¹ E' necessario, tuttavia, rilevare una certa propensione sviluppata nei terminal più recenti per la gestione privata, con operatori che hanno fatto investimenti nelle c.d. *gantry cranes* (gru a cavalletto). Nel par. "Il sistema di riforma portuale in Francia" verranno svolte approfondite riflessioni in merito.

²⁶² *Non anche le infrastrutture/attrezzature amovibili.*

momentaneamente - la scelta del modello di regolamentazione da adottare, prediligendo una soluzione intermedia.

Private port

I porti che possono definirsi completamente privati sono decisamente pochi e trovano gli esempi più emblematici nel Regno Unito²⁶³, in Grecia ed in Nuova Zelanda²⁶⁴.

In tale tipologia di porto, lo Stato non ha più alcun significativo coinvolgimento.

Nei porti completamente privatizzati, infatti, addirittura i terreni su cui si erige il porto sono di proprietà privata.

²⁶³ Dal 1981 i porti inglesi sono stati investiti da un vasto programma di privatizzazione che non è ancora del tutto compiuto, anche se il loro assetto istituzionale può essere considerato sufficientemente stabilizzato. Attualmente, i porti possono essere distinti in tre gruppi:

1. Porti gestiti come imprese private, che hanno piena responsabilità dei costi e dei risultati della gestione;

2. *Trust ports*, si tratta di porti di medio – piccola dimensione che non sono posseduti dallo Stato o dalle comunità territoriali, ma sono gestiti da appositi enti (i Trusts) tenuti ad alcuni vincoli di pubblicità dei loro bilanci e dei loro piani;

3. *Porti Municipali*, gestiti dalle comunità locali mediante appositi comitati. Va attirata l'attenzione sulla circostanza per cui, per i porti completamente privatizzati, le società che li gestiscono *hanno anche poteri statuari in materia di polizia portuale e disciplina del traffico*. Come principio generale, tutti i porti inglesi devono operare nel mercato, ossia hanno la completa responsabilità del finanziamento e della realizzazione degli investimenti infrastrutturali, non possono ricevere sovvenzioni pubbliche e rispondono dei loro risultati economici. Nell'ambito di tali porti possono operare, sotto la giurisdizione delle *Autorità portuali-privati*, ulteriori imprese private per la gestione di terminal o la fornitura di servizi tecnico-nautici. In alternativa, i servizi possono essere erogati direttamente dall'impresa-Autorità portuale.

Non esiste nei porti inglesi alcuna forma di riserva del lavoro portuale, essendo questa stata abolita nel 1989. I porti privatizzati (come quello di Southampton) rappresentano un tipico caso di porto-impresa. L'Autorità portuale ha piena autonomia nella gestione del porto ed è responsabile del finanziamento, della realizzazione e della gestione delle infrastrutture portuali e delle attrezzature di banchina.

²⁶⁴<http://www.ukports.com/ports-directory.php>;

<https://www.searates.com/maritime/greece.html>;

https://www.searates.com/maritime/new_zealand.html.

Insieme ai beni demaniali alcuni governi hanno trasferito simultaneamente, sovente, anche delle funzioni para-normative alle compagnie private: in assenza di un legislatore portuale statale nel Regno Unito, ad esempio, i porti privatizzati sono essenzialmente auto-regolati.

Il rischio insito in tale tipo di accordo è legato all'eventualità in cui la terra sia venduta o rivenduta per attività non portuali, recidendo così la possibilità futura di ricreare l'ambiente portuale, così come originariamente pensato.

Nonostante questi aspetti certamente problematici, il Regno Unito ha deciso di passare alla piena privatizzazione per tre ragioni principali²⁶⁵:

- Per modernizzare istituzioni e installazioni, rendendoli più sensibili ai bisogni degli utenti;
- Per raggiungere la stabilità finanziaria, grazie alla percentuale crescente di finanziamento proveniente da fonti private;
- Al fine di ottenere un certo grado di razionalizzazione del lavoro portuale ed una maggiore partecipazione dei lavoratori alle attività delle nuove imprese portuali.

Landlord port

Il modello “*Landlord port*” si caratterizza per il bilanciamento tra il settore pubblico e quello privato.

In tal caso, infatti, l'Autorità portuale agisce sia come regolatore, sia come proprietario, mentre le operazioni portuali (in particolare, la movimentazione delle merci) sono effettuati da compagnie private. Il tratto caratteristico di tale modello è il rispetto del principio di separazione: per non falsare l'assetto concorrenziale dell'ambito portuale, l'ente-

²⁶⁵ Una nota governativa in merito è reperibile all'indirizzo: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0967070X9591993T>.

porto non può essere allo stesso tempo sia regolatore, sia operatore economico regolato²⁶⁶. Esempi di porti di questo tipo Rotterdam²⁶⁷, Anversa²⁶⁸, New York²⁶⁹ e dal 1997, Singapore²⁷⁰.

Statisticamente, il landlord port è il modello portuale dominante per i porti di medie o grandi dimensioni.

In tale eventualità, l'infrastruttura (come raffinerie, terminali di serbatoi ed impianti chimici) viene affittata a società operative private. Il corrispettivo di tale contratto di locazione si sostanzia in una somma fissa per metro quadrato all'anno, in genere indicizzato, considerando l'inflazione.

²⁶⁶ Si veda il paragrafo “Riforme portuali a confronto in Italia ed in Francia”

²⁶⁷ Anche il porto di Rotterdam è tradizionalmente un porto landlord municipale.

Fino al 1997 non costituiva un'unità autonoma. Peraltro, in seguito, l'amministrazione del Porto è stata affidata ad una branca separata dell'amministrazione municipale: la *Rotterdam Municipal Port Management* (RMPM), dotata di un bilancio autonomo. Pur essendo sempre configurata, in termini di principio, come un esempio di Landlord Port Authority (in quanto tale *non* coinvolta nella gestione concreta dei traffici) la RMPM ha esplicitamente proclamato l'obiettivo di trasformarsi in un “mainport *manager*”. In questa prospettiva, la RMPM ha istituito collegamenti con altri operatori del trasporto, ricorrendo anche ad acquisizioni strategiche di compagnie o terminal interni che potessero rafforzare la sua capacità di attrarre traffico.

²⁶⁸ Il porto di Anversa è un porto municipale e, fino al 1997, è stato formalmente parte dell'amministrazione comunale della città di Anversa e privo di un bilancio autonomo.

In precedenza (ossia dal 1988 al 1997) è stato gestito da un'Azienda portuale municipale (Geementelijk havenbedrijf), dotata di contabilità e bilancio autonomi. Nel 1997, infatti, il Comune di Anversa trasferì la responsabilità della gestione delle attività portuali ad una società di capitali, il cui unico azionista è costituito proprio dalla Municipalità. I motivi che hanno indotto tale modifica vanno individuati nell'esigenza di snellire il processo decisionale e di consentire alla nuova Autorità portuale, data la sua forma societaria, di assumere partecipazioni in altre imprese e di realizzare joint ventures con altre imprese private. Il modello di riforma applicato per la prima volta al Porto di Anversa è in via di generalizzazione perché un decreto del 1998 ha autorizzato l'affidamento della gestione di *ogni* porto ad apposite società di capitali.

²⁶⁹ <http://www.panynj.gov/port/>

²⁷⁰ <https://www.portofrotterdam.com/en;>

<https://www.portofantwerp.com/en;>

[http://www.panynj.gov/port/;](http://www.panynj.gov/port/)

<https://www.mpa.gov.sg/web/portal/home/port-of-singapore.>

La quantificazione dell'importo, inoltre, è condizionata normalmente dalla specializzazione della società conduttrice e dai costi da sostenere (ad esempio, investimenti per attività di bonifica e di costruzione delle banchine).

Il privato, in tal caso, fornisce e mantiene la propria struttura, inclusi gli edifici (uffici, capannoni, magazzini, stazioni per il trasporto di container, workshop), acquistando ed installando la propria attrezzatura sul terminale.

L'ultima macro-caratteristica dei landlord port attiene al lavoro portuale.

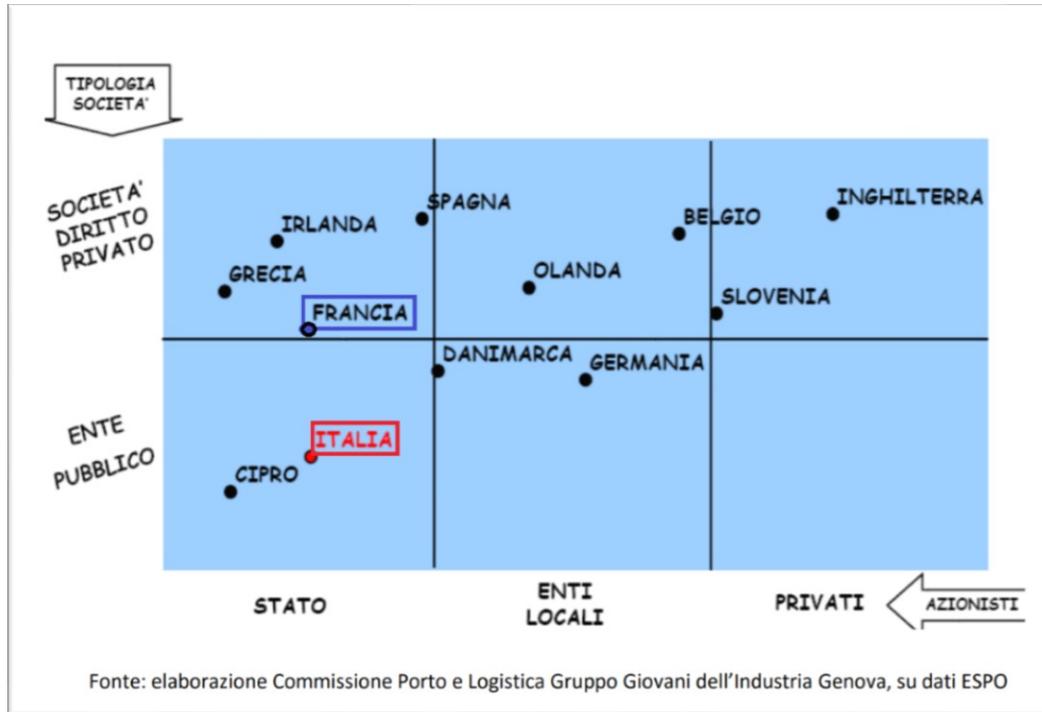
Le maestranze normalmente sono impiegate dall'operatore privato che gestisce il terminal, anche se in alcuni porti parte del lavoro è gestito tramite una società unica, per tutto il territorio del porto.

Segue, dunque, una tabella riepilogativa dei punti di forza e di debolezza di ognuno dei modelli finora analizzati.

Box 5: Punti di forza e debolezza dei modelli di gestione portuale

	Public port	Tool port	Landlord port	Private port
Forza	<ul style="list-style-type: none"> - Sviluppo delle sovrastrutture e gestione delle operazioni di carico e scarico dei container sono sotto la responsabilità di un'unica organizzazione 	<ul style="list-style-type: none"> - Investimenti nelle infrastrutture ed attrezzature sono decisi e forniti dal settore pubblico. 	<ul style="list-style-type: none"> - Una singola entità (normalmente del settore privato) esegue la gestione di carico e scarico dei container ed è proprietaria ed utilizzatrice delle attrezzature necessarie. Gli operatori di terminal sono soggetti a "fidelizzazione" e, pertanto, tendono a fare investimenti come conseguenza di contratti a lungo termine. - I gestori privati dei terminal generalmente rispondono meglio alle richieste del mercato 	<ul style="list-style-type: none"> - Flessibilità massima rispetto agli investimenti ed operazioni del porto - Nessuna interferenza governativa - La proprietà del porto permette sviluppi e tariffe orientate al mercato - Nel caso di riqualificazione gli operatori privati tendenzialmente ottengono prezzi maggiori dalla vendita dei terreni portuali - La posizione strategica del porto permette agli operatori privati di allargare l'ambito delle attività ivi svolgibili
Debolezza	<ul style="list-style-type: none"> - Ruolo limitato o non esistente per il settore privato nella gestione delle operazioni di carico e scarico dei container. - Capacità di risoluzione dei problemi limitata e scarsa flessibilità in caso di problemi con la forza lavoro, in quanto l'amministrazione portuale è anche il maggior contraente delle attività del porto - Scarsa competizione interna, che può portare ad inefficienze - Spreco delle risorse ed investimenti non sufficienti sono il risultato delle interferenze da parte dell'amministrazione pubblica e dalla dipendenza dal suo budget - L'operatività non è orientata all'utente o al mercato - Scarsa innovazione - Limitato o assente accesso a fondi pubblici per le infrastrutture di base 	<ul style="list-style-type: none"> - L'amministrazione portuale e le imprese private condividono i servizi di gestione dei container, con possibili situazioni di conflitto - Gli operatori privati non possiedono attrezzature, quindi tendono a funzionare come forza lavoro e non si evolvono in aziende con bilanci solidi. Questo provoca instabilità e limita espansioni future delle aziende. - Rischio di sotto investimenti - Scarsa innovazione 	<ul style="list-style-type: none"> - La pressione degli operatori privati può portare ad avere una capacità superiore a quella necessaria - Rischio di errata valutazione dei tempi per l'aggiunta di capacità 	<ul style="list-style-type: none"> - L'amministrazione pubblica dovrebbe creare regolamentazioni portuali per controllare eventuali attività monopolistiche - L'amministrazione (nazionale, regionale o locale) perde l'abilità di eseguire un piano di sviluppo economico a lungo termine tutelando l'attività del porto - Qualora sia necessario riqualificare l'area portuale, l'amministrazione deve spendere ingenti somme di denaro per riacquistare l'attività portuale - Rischio di speculazione da parte dei proprietari dei terreni portuali.

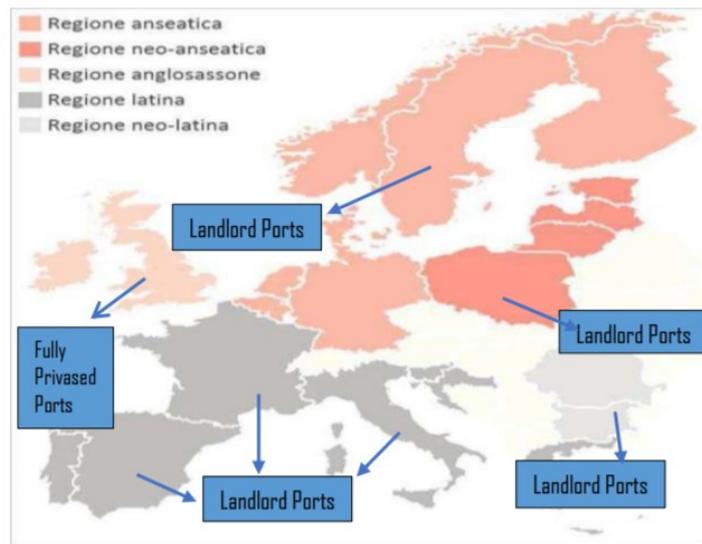
In Europa²⁷¹, cercando di rendere graficamente la distribuzione geografica dei modelli finora elencati, è possibile osservare la seguente situazione:



Anseatica	Neo-anseatica	Latina	Neo-latina	Anglossassone
Tendenza verso il Landlord port	Tendenza verso il Landlord port	Tendenza verso il Landlord port	Tendenza verso il Landlord port	Fully Privatised port
Elevata autonomia finanziaria dell'AP	Elevata autonomia finanziaria dell'AP	Scarsa autonomia finanziaria dell'AP	Scarsa autonomia finanziaria dell'AP	Totale autonomia del soggetto responsabile della gestione de porto

Fonte: Tratta e adattata da Piano Strategico Nazionale della Portualità e della Logistica.

²⁷¹ Una panoramica, dal punto di vista economico, della situazione portuale europea è stata presentata da Assoportori ed è reperibile all'indirizzo: <http://www.assoportori.it/media/3046/newsletter-n2-2012.pdf>



Fonte: Tratta e adattata da Piano Strategico Nazionale della Portualità e della Logistica.

Utopia di un modello portuale europeo

Prima di interrogarsi in merito alla sussistenza di un modello portuale europeo, va preliminarmente chiarito se è più appropriato parlare di *politica portuale europea* o di *politica portuale comune*²⁷².

Da una prima analisi, possiamo osservare come, *in via generale*, sia il Trattato sull'Unione Europea (TUE) sia quello sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) utilizzino alternativamente i due termini.

A tal proposito, quando vi è un riferimento, ad esempio, alla politica estera e di sicurezza comune (art. 23 ss. TUE), alla politica dell'agricoltura e della pesca (art. 38 ss. del TFUE) e alla politica dei trasporti viene adottata l'espressione "*politiche comuni*".

Invero, quando i trattati fanno riferimento alle disposizioni sul mercato interno (art. 26 TFUE), a quelle sulla libera circolazione di merci, capitali e servizi (art. 28 TFUE) e alle

²⁷² STEVENS H., *The institutional position of seaports. An international comparison*, Kluwer Academic Publishers, 1999; VAN HOOYDONK E., (a cura di), *European Seaports Law, EuLaw of Ports and Ports Services and the Port Package*, Anversa, 2003.

regole di concorrenza (art. 101 ss. TFUE), queste ultime vengono definite “*politiche comunitarie o europee*”²⁷³.

Osserva un Autore²⁷⁴ che la diversa terminologia utilizzata non può essere priva di conseguenze: non può ridursi tale distinzione ad una mera disquisizione semantica priva di immediata utilità.

In altri termini, la terminologia utilizzata dai Trattati porta a interrogarsi se, dal punto di vista dei rapporti fra diritto comunitario e diritto nazionale, si debba fare differenza fra politiche dell’Unione (o politiche comunitarie) e politiche comuni.

Tale dicotomia non si può far coincidere – come *ictu oculi* potrebbe apparire – semplicemente con la differenziazione tra competenze esclusive dell’Unione e competenze concorrenti, sancita dall’art. 2 del TFUE, poiché non vi è piena coincidenza tra le diverse categorie.

Parimenti, non è possibile ritenere che il criterio discrezionale sia un criterio di tipo gerarchico.

Si potrebbe sostenere, invero, che siano le modalità di partecipazione statale a variare. Le politiche comuni richiedono una più spinta collaborazione degli Stati membri per la loro elaborazione e nella predisposizione delle misure di attuazione. Le politiche comunitarie, invece, comportano un adattamento delle normative nazionali per tenere conto dei principi espressi a livello sovranazionale, senza però richiedere che le normative nazionali siano livellate, o quanto meno, coordinate strettamente.

Se si sceglie di aderire a quest’ultima interpretazione²⁷⁵, è necessario comprendere se, nel campo portuale, si miri a costruire una politica comune oppure una politica portuale europea.

Prima di cercare di rispondere a tale interrogativo, è possibile osservare come, a livello europeo, il problema portuale si è imposto all’attenzione sotto tre profili, tutti legati all’obiettivo generale di realizzare un mercato comune basato sulla concorrenza: oltre all’assetto istituzionale, devono essere considerate particolarmente le questioni connesse alla concorrenza *all’interno dei* porti e la concorrenza *fra* porti.

²⁷³ Si noti che, per quanto rileva per i presenti fini, la politica comune dei trasporti è sotto l’egida delle materie di competenza concorrente, mentre le misure a tutela della concorrenza sono di competenza esclusiva.

²⁷⁴ ZANGHÌ C., *Istituzioni di diritto dell’Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 334.

²⁷⁵ VEZZOSO G., “*Le occasioni mancate di una proposta di riforma dell’organizzazione portuale*”, *Dir. Mar.*, 2010, pag. 438 ss., spec. par. 7.

La Commissione europea esclude, in un primo tempo, la necessità di elaborare una politica portuale comune²⁷⁶.

Un punto di svolta fu rappresentato da due documenti aventi fondamentalmente, in realtà, il valore di mera proposta: il Libro verde sui porti e sulle infrastrutture marittime²⁷⁷ e il Libro bianco sull'equa tariffazione delle infrastrutture del trasporto²⁷⁸.

Entrambi tali documenti erano, infatti, orientati ad una concezione liberistica.

Entrambi, tuttavia, non affrontavano il problema specifico dei servizi di interesse economico generale in ambito portuale.

Tale tendenza verrà, del resto, confermata anche nei successivi atti emanati in materia di politica portuale a livello europeo.

Si darà conto in ogni caso, brevemente, dell'evoluzione in materia per consentire una ricognizione completa dell'atteggiamento delle istituzioni europee nei confronti della dimensione portuale.

La questione - a livello europeo - ha, da sempre, seguito due linee direttive.

Da un lato, si auspicava la realizzazione graduale di maggiore concorrenza *fra gli scali*, dall'altro, si cercava di perseguire un certo livello di concorrenzialità *all'interno dei porti*.

Per raggiungere il primo obiettivo, l'azione legislativa spesso si è concentrata sul finanziamento delle infrastrutture portuali, prediligendo gli investimenti "*demand driven*" ovvero, secondo un equo sistema di tariffazione, a carico di coloro che *effettivamente* utilizzano le opere realizzate.

La promozione della prima tipologia di concorrenza venne - tuttavia - progressivamente abbandonata, giungendo, nel 2001, all'elaborazione e presentazione del cosiddetto "*Pacchetto portuale*", conosciuto anche come Direttiva De Palacio²⁷⁹.

Come affermato poc'anzi, la proposta De Palacio privilegiava sostanzialmente l'obiettivo di realizzare la concorrenza *all'interno dei porti*, con particolare riguardo alla prestazione dei *servizi portuali*.

L'obiettivo manifesto era quello di eliminare le plurime situazioni di esclusiva a cui si faceva largamente ricorso all'epoca.

²⁷⁶ In questo senso si era pronunciato il Port working Group istituito dalla Commissione nel 1981.

²⁷⁷ Com(97)678 def. del 10 dicembre 1997.

²⁷⁸ Com(98)466 def. del 27 luglio 1998.

²⁷⁹ MARESCA M. *L'accesso ai servizi di interesse generale, de-regolazione e ri-regolazione del mercato e ruolo degli Users' Rights*, in *Dir. Un. Eur.*, fasc.3, 2005, pag. 441.

Dopo il fallimento della prima direttiva si ripropose la necessità di intervenire in materia, che si concretizzò con la Direttiva Palazzo II²⁸⁰, sostanzialmente riprodottrice dei contenuti della prima, riproposta nella speranza che i tempi fossero maturi.

Tuttavia anche tale progetto naufragò, osteggiato da una forte maggioranza in Parlamento europeo.

Si giunse, infine, alla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio (doc. COM(2013)296)²⁸¹, conosciuta come Port Paper.

A tale documento si ispirerà l'attuale Regolamento (UE) 2017/352, che analizzeremo per quanto concerne gli argomenti di interesse ai fini del presente lavoro.

In merito, purtroppo, non si può evitare di esprimere un giudizio, almeno in parte, negativo.

Il Regolamento, infatti, soffre, da un lato, di omissioni solo in parte giustificate, e, dall'altro, di regolamentazioni minute e rigorose che contrastano con le normali esigenze di sviluppo dei porti.

Nello specifico, si è esplicitamente rinunciato ad intervenire in merito al diverso aspetto istituzionale dei porti comunitari²⁸².

In merito si osservi il considerando n. 10 *“(10) Il presente regolamento non impone un modello specifico di gestione dei porti marittimi e non incide in alcun modo sulla competenza degli Stati membri a fornire, nel rispetto del diritto dell’Unione, servizi non economici di interesse generale. Sono possibili vari modelli di gestione dei porti, a condizione che il quadro normativo per la fornitura di servizi portuali e le norme comuni in materia di trasparenza finanziaria di cui al presente regolamento siano rispettati”*²⁸³.

Tuttavia, le situazioni di esclusiva che si riscontrano nei porti sono, di solito, legate proprio all'assetto istituzionale (regime delle aree demaniali, configurazione giuridica e

²⁸⁰ Si veda nota 279.

²⁸¹ Reperibile al seguente link: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:4562a624-a162-404e-8ac4-8740ce5d3723.0001.02/DOC_2&format=PDF.

²⁸² CITRIGNO A.M., *Autorità portuale, profili organizzativi e gestionali*, Milano, Giuffrè, 2003; CITRIGNO A. M., *“Autorità portuale: Authority o ente pubblico economico? Nota a Cass. Sez. un. Civ. 28 ottobre 1998, n. 10729”*, *Nuove Autonomie*, vol. 1, 2000.

²⁸³ Ai fini della presente trattazione, sono particolarmente rilevanti: il considerando 33, l'art. 6 c. 6 e c.1 b) per la definizione dell'obbligazione di servizio pubblico ed, infine, l'art. 8 (operatore interno).

funzioni degli enti portuali e assetto proprietario) e, dunque, al concetto di porto elaborato nei vari ordinamenti.

È lecito, inoltre, esprimere dubbi sulla validità di una politica volta a stimolare la concorrenza, ma al prezzo di una serie di vincoli e di controlli che rischiano di ingessare ulteriormente il sistema.

Difficile da comprendere è anche la logica che ha portato la Commissione e il Consiglio a limitare le nuove disposizioni ai soli porti che faranno parte della Rete transeuropea di trasporto (art.1.4.), pur lasciando gli stati membri liberi di applicare il regolamento anche ai porti esclusi dalla rete (art. 6).

Infine, In materia di servizi di interesse economico generale, il considerando 32 risulta abbastanza lapidario.

Si limita, infatti, a rendere manifesta la necessità di applicare ai servizi di interesse economico generale la disciplina in materia di aiuti di Stato: “(32) *Il presente regolamento non dovrebbe precludere alle autorità competenti di garantire una compensazione per le azioni effettuate in esecuzione degli obblighi di servizio pubblico, a condizione che tale compensazione sia compatibile con la normativa applicabile in materia di aiuti di Stato. Quando gli obblighi di servizio pubblico si configurano come servizi di interesse economico generale è necessario assicurarne la conformità con la decisione 2012/21/UE della Commissione, con il regolamento (UE) n. 360/2012 della Commissione, nonché è necessario assicurare l’osservanza della comunicazione della Commissione dell’11 gennaio 2012 intitolata “Disciplina dell’Unione europea relativa agli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico”.*

In conclusione, nonostante non esista, a livello comunitario, un’armonizzazione²⁸⁴ delle normative dei singoli Stati membri relative al settore portuale – eccettuato *l’acquis*

²⁸⁴ Per un’analisi a livello italiano della necessità di riformare il sistema portuale: v. VEZZOSO G., “*Prospettive di riforma della portualità italiana*”, *Dir. Mar.*, 2007, pp. 626–648. MARESCA M., “*Ancora di miti e di vecchie tradizioni che impediscono una politica dei trasporti di segno europeo*”, *Quaderni regionali*, vol XXVIII, 2009, pp. 1071–1101, CARBONE S. M., MARESCA D., “*Prospettive di riforma della legislazione in materia portuale*”, *Ibidem*, pp. 1007–1034.

Per alcune incongruenze fra le soluzioni esistenti e/o proposte e il ruolo che i porti sono chiamati a svolgere nel quadro dell’evoluzione dei sistemi del trasporto, VEZZOSO G., *op. cit.*, pp. 438–460. Su iniziativa del Parlamento europeo, è stato dedicato lo studio *European sea-port policy*. Per approfondimenti v. NOUSSIA K., “*The port policy of the Europa Union: current status and future prospect*”, *Dir. Mar.*, 2009, pp. 644–669, CHLOMOUIDIS C. I., PALLIS A. A.:

communautaire in materia di norme concorrenziali ed il regolamento di cui poc'anzi (non privo invero di difetti) - possiamo comunque notare – grazie ai dati statistici sopra illustrati - come, in realtà, in Europa il modello prevalente di Port Authority, de facto, risulti proprio quello del Landlord.

Concorrenzialità del sistema portuale italiano e francese a confronto

Nel capitolo successivo affronteremo specificatamente l'analisi del sistema portuale italiano e francese, evidenziando differenze e similitudini, al fine di tentare di giustificare lo scarto competitivo tra le due realtà a discapito dell'Italia.

Del resto, tale *gap* è stato confermato anche dagli esiti del *Global Competitiveness Index* pubblicati dal *World Economic Forum*²⁸⁵: l'Italia risulta al 49° posto nella classifica mondiale e al 26° per qualità ed efficienza delle infrastrutture. Per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, tutti i Paesi UE dell'area Mediterranea si sono classificati in una posizione migliore (nello specifico, la Francia all'8° posto), ad eccezione della Grecia (36° posto).

Il dato di dettaglio relativo alla qualità dell'infrastruttura *portuale* è maggiormente preoccupante ; l'Italia si posiziona al 55° posto, dopo, tra gli altri, Spagna, Portogallo, Irlanda, Francia, Marocco, Grecia, Croazia²⁸⁶.

I dati di cui poc'anzi sono maggiormente significativi, considerato che il 75% dei traffici marittimi europei si concentra in soli 7 Stati, tra cui l'Italia (percentuale di traffico del 13%, corrispondente al 37,5% del totale del volume movimentato²⁸⁷; mentre il dato relativo alla Francia è 7,9%).

“*European Union Port Policy - The movement towards a long term strategy*”, Atene, 2002 e MARESCA M., *La governance dei sistemi portuali: linee di una riforma di dimensione europea*, Bologna, Il Mulino, 2006.

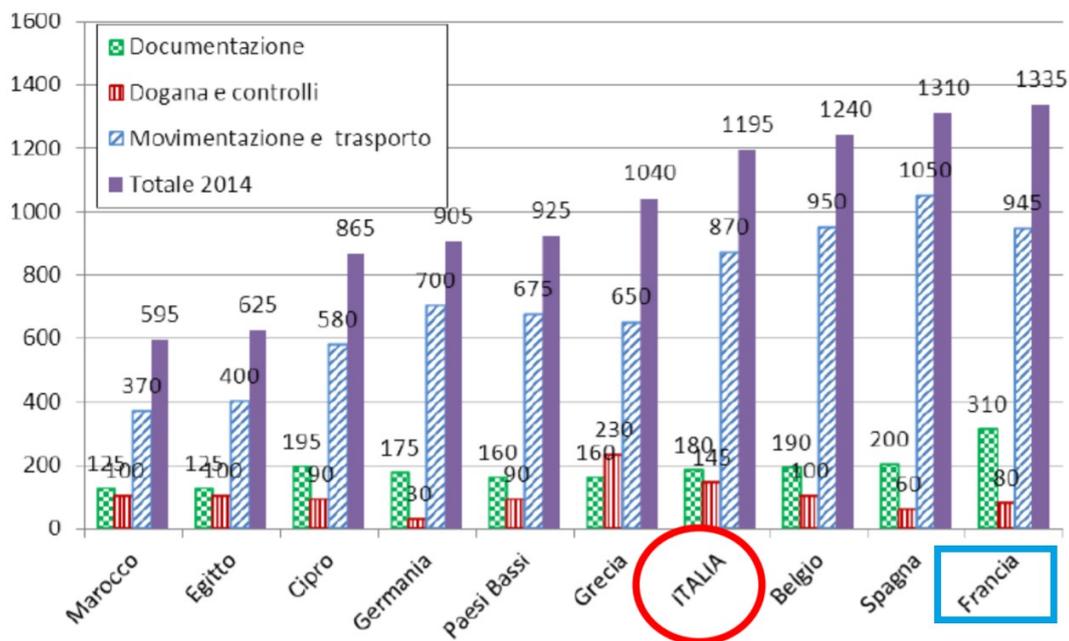
²⁸⁵ Global Competitiveness Report 2014-2015, World Economic Forum, 2014.

²⁸⁶ MIT, Ministero infrastrutture e trasporti (2015), Piano Nazionale della Portualità e della Logistica,

²⁸⁷ I dati riportati sono tratti dal sito di SRM Maritime economy, osservatorio permanente sull'economia marittima (<https://www.srm-maritimeconomy.com/about-maritime/?lang=it>).

Segue una rappresentazione grafica dettagliata della comparazione Italia – Francia relativa al rapporto costi/benefici²⁸⁸.

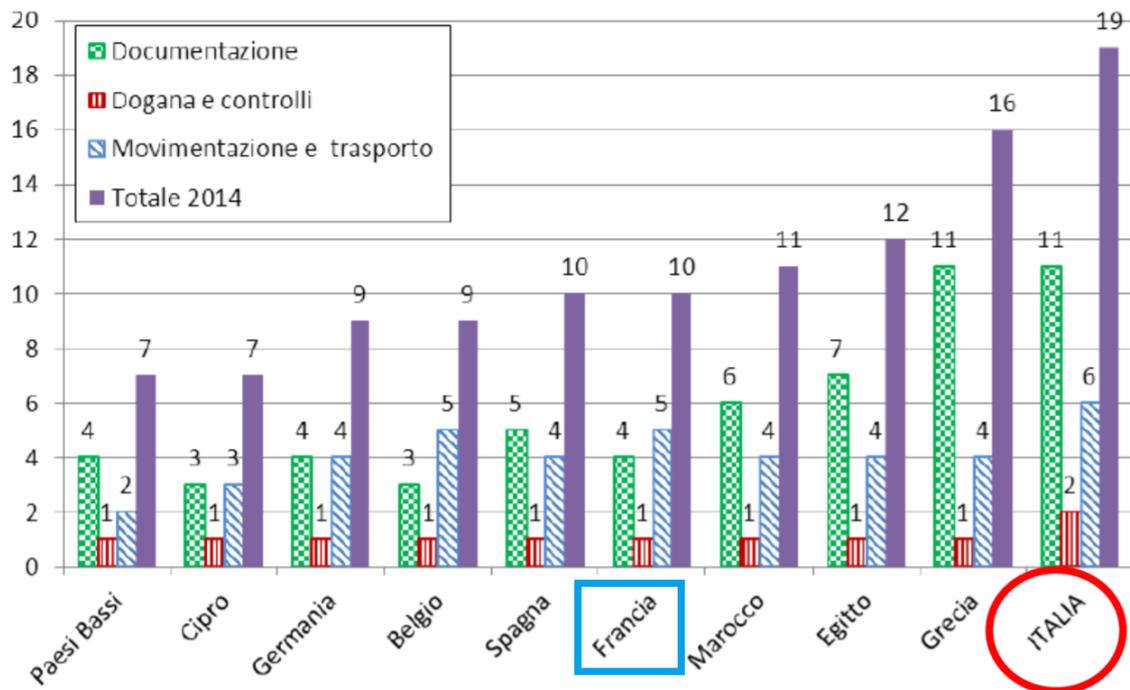
a fronte di una discreta competitività nei costi...



Fonte: DIPE (2014)

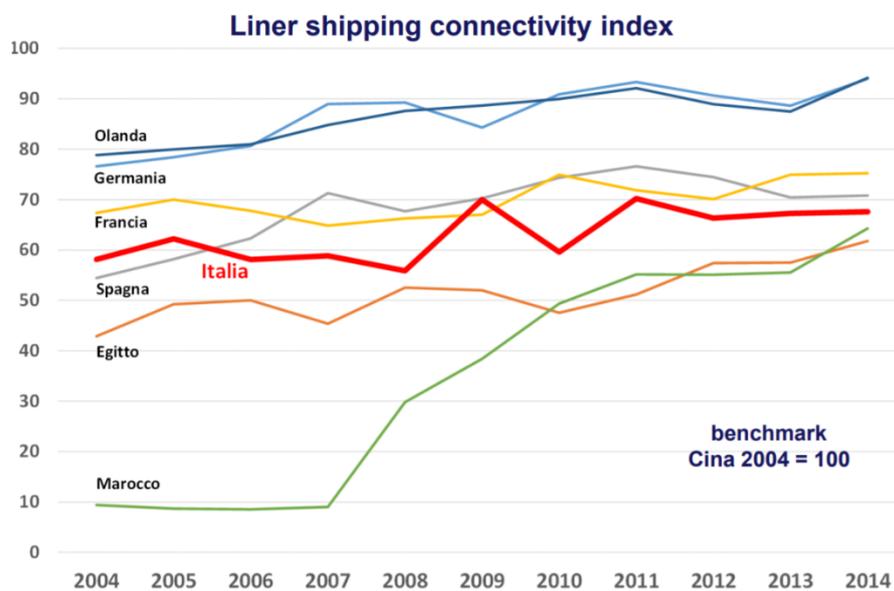
²⁸⁸ Si tratta di dati forniti dal Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica (DIPE) e diffusi tramite il loro sito internet (<http://www.programmazioneeconomica.gov.it/>).

... una sostanziale inefficienza *immateriale*!



Fonte: DIPE (2014)

Quanto siamo connessi con il resto del mondo?



Fonte: elaborazione su dati UNCTAD e CI (2014)

Nei prossimi paragrafi, si cercherà di individuare le motivazioni per cui sussiste uno scarto concorrenziale significativo tra Francia ed Italia, nonostante il quadro normativo europeo ed il modello portuale adottato (Landlord) siano i medesimi.

II parte - I servizi di interesse generale in porto: ordinamento italiano e francese a confronto

Premessa

Il quadro offerto dal diritto europeo in materia di servizi di interesse generale, delineato nel I capitolo, è imprescindibile per analizzare compiutamente la normativa nazionale italiana e francese riguardante i servizi pubblici portuali poiché consente di formulare dei parametri di comparazione in una materia tipicamente influenzata dalla dimensione nazionale.

Nel presente capitolo, in primo luogo, si osserveranno, nei loro profili essenziali, le linee direttrici delle riforme portuali succedutesi in Italia ed in Francia.

Se, in Italia si è tentato di realizzare una progressiva centralizzazione delle Autorità di gestione portuale, in Francia, invece, abbiamo assistito al fenomeno opposto, grazie al trasferimento progressivo di competenze dallo Stato alle *collectivités territoriales*.

Parimenti, ripercorrendo l'iter delle riforme in entrambi gli ordinamenti, risulterà particolarmente interessante seguire l'evoluzione del modello di Autorità portuale prescelto, cogliendone similitudini e differenze.

La natura giuridica dell'ente incaricato della gestione dell'ambito portuale, infatti, consente di osservare l'applicazione concreta del principio di separazione, che verrà analizzato *funditus* nel prosieguo, imprescindibile cardine del modello "Landlord", comune al sistema italiano e francese.

Inoltre, la qualificazione dell'autorità portuale risulta inevitabilmente connessa con le modalità di affidamento dei servizi portuali, come si osserverà nel prosieguo.

In secondo luogo, verranno comparati i criteri di individuazione dei SIEG formulati a livello sovranazionale e la concreta trasposizione degli stessi nei due ordinamenti di riferimento, in un dialogo costante tra realtà italiana e francese.

Riforme portuali a confronto in Italia e in Francia

Come sarà possibile osservare nel corso dei prossimi paragrafi, le riforme portuali in Italia hanno seguito un andamento diametralmente opposto rispetto a quanto avvenuto in Francia.

Per comodità espositiva, si cercheranno di isolare le fasi di riforma che hanno caratterizzato i due ordinamenti, individuando – in via esemplificativa - dei periodi temporali di riferimento.

Il filo conduttore dell'analisi è la ricerca dei contorni del *principio di separazione*, che caratterizza il modello "*Landlord Authority*", così come recepito dai singoli ordinamenti.

Nello specifico tale principio costituisce il portato della sussidiarietà *orizzontale* (art. 5 TFUE) e accompagna necessariamente - al fine di renderlo effettivo - il processo di progressiva dismissione delle *riserve di attività* detenute in precedenza da monopolisti pubblici.

Le sentenze della Corte di Giustizia europea che, in maniera maggiormente efficace, descrivono le motivazioni ed i contenuti del principio di separazione sono, rispettivamente, il caso “Spediporto” ed il caso “*Regie des Telegraphes*”.

Nel *Caso Spediporto*²⁸⁹, conformemente alla giurisprudenza precedente²⁹⁰, emergono le ragioni giustificatrici, sottese al canone in esame, coerenti con l’interpretazione europea c.d. *funzionale* della nozione di impresa, analizzata nel I capitolo.

A tal proposito, il combinato disposto tra gli artt. 101, 102 TFUE e l’art. 20 del TUE obbliga gli Stati membri a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa o regolamentare, che possano rendere inefficaci le *norme in materia di concorrenza* applicabili alle imprese²⁹¹. Tale prescrizione dev’essere necessariamente applicata anche alle imprese pubbliche e alle imprese cui si riconoscono diritti speciali od esclusi²⁹².

Parimenti, la medesima pronuncia sancisce che lo sfruttamento abusivo d’una posizione dominante sia comunque tale, anche se questo risulti favorito o causato da una norma di legge.

²⁸⁹ Corte giust., sentenza del 5 ottobre 1995, Centro Servizi Spediporto Srl c. Spedizioni Marittima del Golfo Srl, causa C-96/94, in Racc. 1995 p. I-02883.

²⁹⁰ Per una completa analisi dei leading case della Corte di giustizia in materia di concorrenza v. VAN BAEL I., BELLIS J.-F., *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2009.

²⁹¹ Cfr. sull’art. 101 TFUE, Corte giust., sentenza del 21 settembre 1988, Van Eycke, causa 267/86, in Racc. 1988, p. 4769, Corte giust., sentenza del 17 novembre 1993, Bundesanstalt für den Güterfernverkehr c. Gebr. Reiff GmbH & Co. KG, causa C-185/91, in Racc. 1993, p. I-05801, e Corte giust., sentenza del 9 giugno 1994, Repubblica federale di Germania c. Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft mbH, causa C-153/93, in Racc. 1994, p. I-02517 e sull’art. 102 TFUE, Corte giust., sentenza del 16 novembre 1977, SA G.B.-Inno-B.M. c. Association des détaillants en tabac (ATAB), causa 13/77, in Racc. 1977, p. 2115.

²⁹² Corte giust., sentenza 16 novembre 1977, SA G.B.-Inno-B.M. contro Association des détaillants en tabac (ATAB), causa 13/77, cit.

In conseguenza di quanto premesso, la sentenza *Regie des Telegraphes*²⁹³ afferma esplicitamente la doverosità della netta separazione tra ente regolatore del mercato e imprese che vi operano. In caso contrario, potrebbe essere contestato al soggetto pubblico regolatore l'abuso di posizione dominante.

Infatti, affinché venga garantito un sistema concorrenziale *effettivo*, la definizione delle specifiche tecniche per l'accesso al mercato, il controllo della loro applicazione e la verifica dello svolgimento dell'attività devono essere svolti da un *ente indipendente* dagli operatori economici.

A lungo, dunque, sono stati discussi i contorni concreti del concetto di separazione.

La Corte di Giustizia precitata, per integrare tale condizione, ha ritenuto sufficiente il mantenimento di due caratteristiche:

- *La neutralità* nelle procedure di selezione per l'accesso al mercato, ossia l'applicazione rigorosa delle norme europee a tutela della concorrenza ad ogni soggetto concorrente, pubblico o privato.

- *La trasparenza* nelle relazioni finanziarie o, in altri termini, la separazione contabile delle attività imprenditoriali da quelle a vocazione pubblicistica.

Permane, tuttavia, una corrente dottrinale²⁹⁴ di segno opposto che non ritiene sufficienti, nel settore portuale, i due canoni poc'anzi enunciati²⁹⁵.

Si osserverà nel prosieguo se e come tali affermazioni siano state trasposte nei due ordinamenti di riferimento.

Il sistema di riforma portuale in Italia

In Italia, è possibile individuare tre fasi nello sviluppo della normativa portuale.

a) La fase antecedente alla legge 1994/84, in cui il "*Service port*" era il modello di riferimento;

b) La c.d. *liberalizzazione*, avvenuta tramite la riforma realizzata con la l. 84/1994 e corrispondente all'introduzione del modello "*Landlord*";

²⁹³ Corte giust., sentenza del 13 dicembre 1991, *Régie des télégraphes et des téléphones* c. GB-Inno-BM SA, causa C-18/88, in Racc. 1991, p. I-05941.

²⁹⁴ CARBONE S. M., MUNARI F., *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, Giuffré, 2006, p. 53.

²⁹⁵ Si tratterebbe, al massimo, di un caso di "armonizzazione minima". In altri termini, la Comunità europea fissa esclusivamente le condizioni essenziali, lasciando agli Stati la facoltà di perseguire standard più ampi.

c) La semplificazione e razionalizzazione delle Autorità portuali, attuata con l’emanazione del D.lgs. 4 agosto 2016, n. 169 (e relativo correttivo, D.lgs.13 dicembre 2017, n. 232), caratterizzato dall’accentramento delle competenze.

Come sarà possibile notare, i cambiamenti maggiormente significativi nella legislazione italiana sono sempre stati sollecitati da istanze poste a livello sovranazionale.

I fase – La fase antecedente alla legge n.84 del 1994

Descrivendo la situazione ante l. 84/94, è doveroso ricordare come il Codice della navigazione del 1942²⁹⁶ ed il regolamento della navigazione marittima²⁹⁷ disciplinassero sia la gestione del demanio marittimo portuale, delle operazioni portuali e delle altre attività economiche svolte negli scali, sia le attività di polizia nei porti, le norme in merito al lavoro portuale ed ai servizi ancillari alla navigazione (i.e. i servizi tecnico-nautici).

Le funzioni di regolazione delle attività portuali erano affidate alla pubblica amministrazione e, segnatamente, alle articolazioni centrali e periferiche dell’allora Ministero della Marina Mercantile (oggi Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti)²⁹⁸.

Tuttavia, negli scali di dimensioni significative, erano stati istituiti specifici Enti Pubblici Portuali²⁹⁹.

In dettaglio, erano stati istituiti sette Enti Autonomi (alcuni dei quali denominati Consorzio o Provveditorato), cinque Aziende dei mezzi meccanici e dei magazzini, due Consorzi di enti locali, tre Aziende speciali della Camera di Commercio, una Società per azioni ed un Consorzio sovra-regionale³⁰⁰.

²⁹⁶ Codice adottato con Regio Decreto 30 marzo 1942, n. 327.

²⁹⁷ Regolamento introdotto dal D.P.R. 15 febbraio 1952, n. 328.

²⁹⁸ La legge 24 dicembre 1993, n. 537 ha accorpato il Ministero della Marina Mercantile all’allora Ministero dei Trasporti che ne ha ereditato la maggior parte delle funzioni collegate all’uso del mare per attività connesse con la navigazione commerciale e da diporto. Successivamente, nel 2001 il Ministero dei Trasporti è stato accorpato al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

²⁹⁹ TACCOGNA G., *Le operazioni portuali nel nuovo diritto pubblico dell’economia*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 10.

³⁰⁰ Si veda l’art. 2, L. n. 84/1994, che riporta le singole leggi istitutive di tali “organizzazioni portuali”, che la stessa legge sostituisce con le Autorità portuali. Rectius, nei porti di Genova e Venezia gli Enti erano stati istituiti prima dell’entrata in vigore del Codice della navigazione, che ne aveva confermato le prerogative (art. 1266 Codice Navigazione). Sugli enti portuali si vedano: COLABRESE N., *L’autonomia portuale*, Roma, 1967; MAZZONI P.,

Posto che a tali soggetti venivano affidate non esclusivamente funzioni autoritative inerenti all'amministrazione del porto, ma anche compiti di *gestione diretta* dei servizi portuali, questi si configuravano quali "*enti pubblici economici*".

La disciplina del 1942 era improntata ad un modello di stampo dirigitico, che si risolveva in una contrazione delle dinamiche pro-concorrenziali³⁰¹, atteso che consentiva una problematica "*commistione tra ruolo regolamentare e attività imprenditoriali in capo ad uno stesso soggetto*"³⁰².

L'imprenditorialità dell'ente portuale, Milano, 1979; SIRIANNI G., *L'ordinamento portuale*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 89 ss.; PERICU G., "*Porto (navigazione interna)*", *Enc. del dir.*, Milano, 1985, p. 442; MURGIA C., *L'ordinamento giuridico dei porti*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 77 ss.

³⁰¹ MARCHESE U., "*Organizzazione dei sistemi portuali e piano generale dei trasporti*", *Studi mar.*, 1987, p. 3 ss.

³⁰² Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Deliberazione 16 ottobre 1997 a conclusione dell'indagine conoscitiva riguardante il settore dei servizi portuali, in *Dir. trasp.*, 1998, p. 287.

L'organismo gestore ha la completa responsabilità della conduzione e del controllo di tutte le attività che si svolgono nel porto, secondo il modello della c.d. "comprehensive port authority". Sul punto, cfr. VEZZOSO G., "*Politica portuale europea e riforma dei porti in Italia*" *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, vol. XII, Palermo, Giureta, 2014, pp. 235 ss.

Del resto, il regime di carattere demaniale³⁰³ applicato alle attività economiche comportava la prevalenza del c.d. modello dei “*pubblici interessi*”³⁰⁴ anche per la regolamentazione delle attività economiche portuali³⁰⁵.

La conseguenza³⁰⁶ più evidente era la totale assenza di valorizzazione degli interessi privati, necessaria per garantire un sistema concorrenziale³⁰⁷.

A tal proposito, è utile ricordare quali erano le norme che, nell’ordinamento italiano, si ponevano maggiormente in contrasto con i principi europei.

In primo luogo, ai sensi dell’art. 111 comma 1 del c. nav., l’esercizio delle operazioni portuali per conto terzi era (ed è tutt’oggi) subordinato al rilascio di una concessione da parte del Comandante del Porto; tuttavia, all’epoca, sovente l’impresa concessionaria operava in regime di *monopolio* ed era spesso *controllata* dall’ente portuale di riferimento.

³⁰³ In particolar modo l’art. 822, comma 1 c.c. e, segnatamente, del demanio marittimo come previsto dall’art. 28, comma 1, lett. a) Cod. Nav e l’art. 823, comma 1 c.c.

³⁰⁴ CASANOVA M., “*Inquadramento del tema: la normativa italiana fino agli anni ‘80 e le procedure amministrative tradizionali per i servizi portuali*”, E. FANARA (a cura di), *Autorità Antitrust e Commissione europea UE versus società italiane di gestione dei servizi portuali ed aeroportuali (la liberalizzazione dei servizi)*, Messina, 1995. In realtà tale inquadramento genera non pochi problemi poiché, in tal modo, viene meno la peculiare prospettiva di analisi che dovrebbe essere riservata al porto rispetto agli altri beni demaniali marittimi.

In seguito si elencheranno, seppur brevemente ed in funzione della trattazione, i suddetti disallineamenti rispetto alla normativa demaniale “generica”.

In primo luogo, i porti non sono (esclusivamente) spazi fisici, ma piuttosto devono essere considerati infrastrutture, elemento della filiera logistica del trasporto mare-terra, su cui insistono diversi e autonomi mercati.

La classificazione del porto quale *genus* della *species* «demanio marittimo» è pertanto inappagante: le questioni giuridiche rilevanti per i porti sono molto più affini a quelle concernenti le *infrastrutture a rete* piuttosto che ai lidi e agli arenili.

³⁰⁵ CASANOVA M., *Ibidem*, p. 13.

³⁰⁶ CORSO G., “*I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità*”, *Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, *Annuario Aipda 2003*, Milano, 2004, p. 33; TONOLETTI B., “*Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*”, *Ibidem*, p. 333.

³⁰⁷ CARBONE S. M., “*La c.d. privatizzazione dei porti e delle attività portuali in Italia tra disciplina nazionale e diritto comunitario*”, *Dir. mar.*, 2000, p. 385.

In secondo luogo, secondo l'art. 111 comma 4 del c. nav., la società-concessionaria delle operazioni portuali di cui poc'anzi era facoltizzata a servirsi *esclusivamente*³⁰⁸ delle maestranze delle Compagnie dei Lavoratori portuali, strutture di tipo cooperativo assoggettate ad un penetrante controllo dell'Autorità marittima³⁰⁹.

In terzo luogo, infine, l'art. 112 c. nav. e 202 reg. nav. mar. regolamentavano il processo burocratico-amministrativo di determinazione delle *tariffe* relative alle operazioni portuali, rendendo il prezzo finale totalmente slegato dalla qualità dei servizi offerti e sottraendo, quindi, tali imprese ancora una volta all'influsso positivo della libera concorrenza³¹⁰.

Un deciso cambiamento rispetto alla situazione appena descritta è stato determinato da una pronuncia della Corte di Giustizia, la celebre Sentenza 10.12.1991, n. C-179/90, *Siderurgica Gabrielli c. merci convenzionali Porto di Genova*³¹¹, che fu seguita dalle segnalazioni AGCM del 1991³¹² e del 1993³¹³.

³⁰⁸ Facevano eccezione solamente eccettuate le ipotesi di interesse pubblico (discrezionalmente) individuate dal Ministro dei trasporti e della navigazione.

³⁰⁹ Cfr. CASANOVA M., "Inquadramento del tema: La normativa italiana sino agli anni '80 e le procedure amministrative per i servizi portuali", *Atti del Convegno Autorità Antitrust e Commissione U.E. versus Società italiane di gestione dei servizi portuali ed aeroportuali, tenutosi a Giardini di Naxos il 4-7 settembre 1994*, Messina, 1995, p. 16.

³¹⁰ CARBONE S. M., MUNARI F., "Gli effetti del diritto comunitario sulla riforma portuale in Italia. Risultati e prospettive", *Dir. Maritt.*, 1994, pp. 3 ss.

³¹¹ CGCE 10 dicembre 1991, causa C-179/90, *Siderurgica Gabrielli c. Merci Convenzionali Porto di Genova*, in *Dir. mar.*, 1991, 1128 ss. Si osservi che la Corte di Giustizia ha, in parte, riformulato la questione così come sollevata dall'ordinanza di rinvio del Tribunale di Genova che, con ordinanza del 28 maggio 1990 (in *Dir. Maritt.*, 1990, p. 1097 ss.) rimetteva alla Corte la questione relativa all'interpretazione degli artt. 7, 30, 37, 59, 85, 86, 90 del Trattato istitutivo della CEE. (Cfr. CAMPAILLA M., *Le operazioni portuali*, Bologna, Bonomo, 2004, p. 21 ss.).

GIARDINI A., "I porti e i servizi portuali", ZUNARELLI S. (a cura di), *Il Diritto del Mercato del Trasporto*, Padova, Cedam, 2008, p. 305.

³¹² 27 marzo 1991, Segnalazione relativa ai Servizi portuali, Boll. n. 2/91.

³¹³ 16 settembre 1993, Segnalazione relativa al Riordino legislazione in materia portuale, Boll. n. 26/93.

Invero, in quegli anni numerosi furono le segnalazioni dell'AGCM in materia portuale. Si ricordano: 8 ottobre 1992 Provvedimento per intesa restrittiva della concorrenza, Cardile Bros./ANGOPI-Confitarma-Fedarlinea-ASAP-SNAM, Boll. n. 19/92; 12 agosto 1994, Parere sul

Tale sentenza ha riconosciuto che la riserva posta dagli articoli 110 e 111 del cod. nav. a favore delle compagnie portuali poc'anzi illustrata costituiva *abuso di posizione dominante* ai sensi degli artt. 82 e 86 dell'allora TCE.

Nel merito, la Corte di Giustizia statò che tale restrizione della concorrenza inducesse *“le imprese e le compagnie ad esigere il pagamento di servizi non richiesti, o a fatturare prezzi sproporzionati oppure a non servirsi della tecnologia moderna, con conseguente aumento dei costi delle operazioni e ritardi nella loro esecuzione, ovvero ancora a concedere riduzioni di prezzo a taluni utenti compensate allo stesso tempo mediante aumenti di prezzi fatturati ad altri utenti”*³¹⁴.

Inoltre, il regime monopolistico delle operazioni portuali ostacolava la libera circolazione delle merci prevista dall'art 28 TCE³¹⁵ poiché vietando l'autoproduzione³¹⁶ di tali servizi rendeva più onerose le importazioni di merci di provenienza da altri Stati membri³¹⁷.

decreto attuativo dell'art. 16 della legge 84/94, Boll. n. 32-33/94; 1 giugno 1994, Segnalazione relativa alle Tariffe servizio pilotaggio porti, Boll. n. 21/94; 14 marzo 1995, Parere relativo alle Tariffe servizio bunkeraggio porti, Boll. n. 9/95; 26 luglio 1995, Supplemento di parere relativo alle Tariffe servizio bunkeraggio porti, Boll. n. 29/95; 4 agosto 1995, Provvedimento per abuso di posizione dominante, Nuova Italiana Coke/Provveditorato al Porto di Venezia, Boll. 31-32/95; 13 giugno 1996, Segnalazione relativa a Esclusiva delle compagnie portuali, Boll. n. 23/96; 11 luglio 1996 Provvedimento per abuso di posizione dominante, BIS/Compagnia portuale Brindisi, Boll. n. 28/96; 6 febbraio 1997, Segnalazione relativa a Esclusiva delle compagnie portuali, Boll. n. 4/97; 19 giugno 1997, Provvedimento per inottemperanza, Compagnia portuale Brindisi, Boll. n. 25/97.

Un resoconto riassuntivo della attività svolta dall'AGCM prima della riforma del 94 e nei primi anni di operatività della stessa è stato redatto dalla stessa con il provvedimento del 16 ottobre 1997, reperibile all'indirizzo <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/1997/11/alias-4178>

³¹⁴ CGCE 10 dicembre 1991, causa C-179/90, cit., punto 19.

³¹⁵ L'allora art. 28 (ex art. 30) TCE sanciva che «Sono vietate fra gli Stati membri le restrizioni quantitative all'importazione nonché qualsiasi misura di effetto equivalente».

³¹⁶ Per un approfondito contributo in merito, si v. GIUNTA L. *“L'autoproduzione dei servizi tecnico nautici”*, tesi di dottorato discussa presso l'Università Ca' Foscari, reperibile in : <http://dspace.unive.it/bitstream/handle/10579/6552/955919-1166849.pdf?sequence=2>.

³¹⁷ CGCE 10 dicembre 1991, causa C-179/90, cit., punto 21.

Infine, l'art. 152 e 154 del cod. nav. si ponevano in contrasto con il principio di *libera circolazione dei lavoratori* (art. 39 TCE³¹⁸), posto che riservavano ai soli cittadini italiani la possibilità di far parte delle compagnie portuali che fornivano in esclusiva le maestranze per l'esercizio delle operazioni portuali.

Si noti che in tale sentenza non venne affrontata, in maniera preponderante, la tematica dei SIEG poiché la pronuncia, coerentemente con l'interpretazione dell'art. 106 TFUE delineata nel I capitolo, si riferiva principalmente alle c.d. *operazioni portuali*.

II fase - La legge 84/94, la prima liberalizzazione portuale

Com'è intuibile, la nota Sentenza *Siderurgica Gabrielli c. merci convenzionali Porto di Genova*, analizzata nel paragrafo precedente, ha posto in discussione l'intero assetto dell'organizzazione portuale italiana.

Alle serie perplessità manifestate a livello europeo, il legislatore italiano rispose, a metà degli anni Novanta, con la legge n. 84/1994 (c.d. Prima liberalizzazione dei porti).

Lo scopo principale di tale riforma, pensata in un'ottica pienamente pro-concorrenziale³¹⁹, era quello di abbandonare il modello di *Comprehensive port authority* in favore del paradigma Landlord³²⁰, ancora adottato attualmente.

³¹⁸ L'allora art. 39 (ex art. 48) TCE stabiliva che «*La libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità è assicurata. Essa implica l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro. Fatte salve le limitazioni giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica, essa importa il diritto: a) di rispondere a offerte di lavoro effettive, b) di spostarsi liberamente a tal fine nel territorio degli Stati membri, c) di prendere dimora in uno degli Stati membri al fine di svolgervi un'attività di lavoro, conformemente alle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che disciplinano l'occupazione dei lavoratori nazionali, d) di rimanere, a condizioni che costituiranno l'oggetto di regolamenti di applicazione stabiliti dalla Commissione, sul territorio di uno Stato membro, dopo aver occupato un impiego. (...)*». 204 CGCE 10 dicembre 1991, causa C-179/90, cit., punto 13.

³¹⁹ Un'interessante analisi, effettuata dalla Banca d'Italia, è reperibile all'indirizzo https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/qef/2009-0039/QEF_39.pdf

³²⁰ NUNZIATA F., «*Natura giuridica dell'Autorità Portuale*», *Stud. Mar.*, n. 47, 1995, pp. 25 e ss; GRIGOLI M., «*Pubblico e privato nella nuova realtà portuale*», *Dir. Maritt.*, 1998, pp. 233 ss.; MALTONI A., «*Considerazioni sulle Autorità portuali ai sensi della legge 84/94*», *Studi in onore di Romanelli G.*, Giuffrè, Milano, 1997.

Tale obiettivo è stato perseguito principalmente tramite due strategie – inscindibilmente connesse – che concernono, rispettivamente, la modifica della natura giuridica del soggetto pubblico presente in porto e la separazione del ruolo di regolatore delle attività portuali dal ruolo di gestore diretto delle medesime.

La natura giuridica delle Autorità portuali

Per quanto concerne il primo dei due aspetti, sono stati soppressi gli Enti portuali (enti pubblici *economici*) in favore di una nuova figura di ente pubblico denominata “Autorità portuale” (d’ora innanzi AP).

Va notato che la legge 84/94 non qualificava espressamente³²¹ la natura giuridica delle nuove AP: potevano, pertanto, residuare alcuni dubbi in merito alla riconduzione di queste ultime agli enti pubblici *economici o non economici*.

Vi erano, tuttavia, diversi indici che – prima ancora del dato formale, senz’altro risolutivo – consentivano già di classificare le AP quali enti pubblici *non economici*³²².

³²¹ Non vi sarà una definizione espressa fino al 2006: nello specifico nel comma 993 dell’art. 1 della legge 27 dicembre 2006, n. 296.

³²² Per la natura di ente pubblico non economico delle Autorità portuali si sono espresse: Corte Conti 19 aprile 1994, n. 15, in Riv. corte conti, 1994, 23; Corte Conti 19 luglio 1996, n. 38, in Riv. corte conti, 1996, 38; Cons. Stato 9 luglio 2002, n. 1641, in Dir. trasp., 2003, 565, con nota di GENNARI, Il Consiglio di Stato si pronuncia sulla natura giuridica delle Autorità portuali; Cons. Stato 8 maggio 2012, n. 2667, in Foro amm. – Cons. St., 2012, 296. In dottrina, v. CITRIGNO A. M., op. cit., pp. 212 ss.; ROMAGNOLI A., *L’Autorità portuale: profili strutturali e funzionali*, Bologna, Bonomo, 2003, pp. 180 ss.; NISIO A., *Le Autorità portuali. Il passaggio dalla gestione alla regolazione dei porti*, Bari, Cacucci, 2004, p. 48; SPASIANO M. R., “Spunti di riflessione in ordine alla natura giuridica e all’autonomia dell’Autorità portuale”, *Foro amm. - Tar*, vol. VI, 2007, 2965 ss. In senso contrario, v. Cass. 28 ottobre 1998, n. 10729, in Nuove autonomie, 2000, p. 80, CITRIGNO A. M., *Autorità portuale: authority o ente pubblico economico?*, Cass. 14 ottobre 2000, n. 13729, in Giorn. dir. amm., 1999, I, 62; Cass. 3 luglio 2004, n. 12232, in Gius. civ. Mass., 2004, 7-8. Più di recente v. Cons. Stato 25 luglio 2008, n. 2361, in Dir. mar., 2009, 163, ove vengono analiticamente elencate tutte le ragioni che giustificerebbero il riconoscimento della natura giuridica di ente pubblico economico in capo alle Autorità portuali: le funzioni di indirizzo, programmazione e controllo delle diverse attività imprenditoriali svolte all’interno del porto; la possibilità di costituire o partecipare a società che esercitino attività accessorie o strumentali a quelle istituzionali; il compito di affidare o erogare direttamente i servizi di interesse generale; la necessità che il bilancio sia in pareggio o in avanzo; la circostanza che le risorse finanziarie siano rappresentate essenzialmente da entrate proprie; la qualificazione

Nello specifico, tra gli indizi in tal senso rivelatori si annoveravano:

- La facoltà per le AP di costituire o partecipare in società *esclusivamente* esercenti attività *accessorie o strumentali* rispetto ai compiti istituzionali;
- Le funzioni autoritative-pubblicistiche conferite dalla legge 84/94 (attività di indirizzo, programmazione, coordinamento delle operazioni portuali e dei servizi portuali, nonché autorizzatorie e concessorie delle attività commerciali e industriali esercitate nei porti³²³);
- Il penetrante potere di vigilanza del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti³²⁴ nei confronti della loro attività;
- La sottoposizione al controllo di legittimità della Corte dei Conti³²⁵.

privatistica del rapporto di lavoro; la forte connotazione imprenditoriale degli organi di vertice e di gestione; la previsione di criteri commerciali per l'istituzione di nuove autorità. Sul tema della natura giuridica delle Autorità portuali, v. anche TULLIO L., “*Ruoli e funzioni delle Autorità portuali*”, *La riforma dell'ordinamento portuale italiano*, Bologna, Bonomo, 2006, p. 35. CARBONE L., VICARIO R., “*Natura giuridica delle Autorità portuali e giurisdizione*”, *Giorn. Dir. Amm.*, n. 12, 2012, p. 1244 ss

L'espressa qualificazione di ente pubblico non economico comporta per le AdSP anche una corposa serie di oneri connessi all'esigenza di garantire il rispetto dei principi di efficienza, imparzialità e trasparenza in ambiti essenziali della propria struttura, quali ad esempio il reclutamento del personale, i controlli di spesa e gli affidamenti di manutenzione portuale e di servizi a titolo oneroso per l'utenza.

³²³ Tra le altre, a mero titolo esemplificativo, si ricorda la verifica della permanenza, in capo al concessionario, dei requisiti richiesti al momento del rilascio della concessione.

In questo senso dispone l'art. 18, comma 4, della l. n. 84 del 1984, secondo cui “*L'Autorità portuale o, laddove non istituita, l'autorità marittima sono tenute ad effettuare accertamenti con cadenza annuale al fine di verificare il permanere dei requisiti in possesso al momento del rilascio della concessione e l'attuazione degli investimenti previsti nel programma di attività di cui al comma 6, lettera a)*”.

³²⁴ In questo senso Cons. Stato 9 luglio 2002, n. 1641, in Foro amm. – Cons. St., 2002, 3016.

³²⁵ Sul controllo della Corte dei Conti sulle Autorità portuali, cfr. Corte Conti 6 aprile 1998, n. 21, in Riv. Corte conti, 1998, 17.

Contemporaneamente, una recente sentenza³²⁶ ha individuato l'elemento veramente determinante per attribuire il carattere di economicità ad un ente pubblico: lo svolgimento della attività da parte dell'ente pubblico per *fini di lucro ed in regime di concorrenza* con soggetti privati (non essendo sufficiente il mero criterio della imprenditorialità ed oggettiva economicità).

La natura di ente pubblico non economico è stata espressamente confermata dal recente D.lgs. 4 agosto 2016, n. 169 (*Riorganizzazione, razionalizzazione e semplificazione della disciplina concernente le Autorità portuali di cui alla legge 28 gennaio 1994, n. 84*)³²⁷ in relazione alle neocostituite Autorità di Sistema Portuale (d'ora in poi AdSP), che hanno sostituito le AP.

Nello specifico l'art. 6, comma 5, l. n. 84 del 1994 afferma che i nuovi soggetti sono “*enti pubblici non economici di rilevanza nazionale e ordinamento speciale dotati di autonomia amministrativa, di bilancio, finanziaria nonché organizzativa e regolamentare*”.

Oltre ad ereditare buona parte delle competenze specifiche delle AP, le AdSP sono state investite di nuove facoltà, quali il coordinamento delle attività esercitate dagli enti pubblici nell'ambito dei porti e nelle aree demaniali marittime, l'amministrazione in via esclusiva dei beni demaniali marittimi, la promozione di forme di accordo con i sistemi logistici retro e interportuali³²⁸.

Non manca, tuttavia, una corrente giurisprudenziale³²⁹ che ha ritenuto enti pubblici *economici* sia le AP, sia le AdSP.

³²⁶ Cds sez. VI n. 5248/2012.

³²⁷ Sulle neo costituite Autorità di Sistema Portuali (AdSP), v. RUBECCHINI P., “*Critica della ragion portuale: una prima analisi del d.lgs. n. 169/2016*”, *Giorn. dir. amm.*, 2017, pp. 19 ss.

³²⁸ Ai sensi dell'art. 5 della legge 84/94, così come modificato dalla riforma in commento.

³²⁹ L'argomento principe di tale teoria si basa sull'art. 6, comma 2, L. 28 gennaio 1994, n. 84 (recante "Riordino della legislazione in materia portuale"). Quest'ultimo infatti sottrae le Autorità portuali alle disposizioni concernenti gli enti pubblici di cui alla L. 20 marzo 1975, n. 70. Pertanto tali autorità possono essere considerate enti pubblici economici nelle intenzioni del legislatore. Recentemente una parte della giurisprudenza, prendendo atto che le autorità svolgono sempre più compiti di regolazione anziché servizi di impresa, ha qualificato le Autorità portuali come enti pubblici non economici. Sul punto si veda: T.A.R. Lazio - Roma, Sez. III ter, 10 marzo 2015, n. 3972; Cons. Stato, Sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6146; Id., Sez. VI, 8 maggio 2012, n. 2667.

Attualmente, nonostante il dato normativo sia esplicito sul punto, il dibattito in materia è tutt'altro che sopito ed, anzi, è stato riproposto grazie ad un recente caso.

Da ultimo, la Commissione Europea ha, infatti, ravvisato una violazione dell'art. 107 del TFUE nell'esenzione fiscale concessa agli enti responsabili della gestione dei porti in Italia, in quanto tale esenzione parrebbe costituire un aiuto di Stato³³⁰.

Le Autorità di Sistema Portuali ("AdSP") sono normalmente esentate dal pagamento dell'imposta sul reddito delle società, ai sensi dell'art. 74, *comma 1* del Testo unico delle imposte sui redditi³³¹ ("TUIR").

Il co. 2 del medesimo articolo del TUIR sancisce, tuttavia, che l'esenzione riguardi esclusivamente l'esercizio delle *funzioni statali* (non i proventi derivanti da attività commerciali) di tali enti.

Tuttavia, secondo la Commissione UE "*lo sfruttamento commerciale di infrastrutture portuali e la costruzione di simili infrastrutture ai fini di sfruttamento commerciale costituiscono attività economiche*"³³².

Allo stato attuale sono espressamente qualificati come enti pubblici economici, a titolo indicativo, l'Agenzia del demanio, l'ENIT - Agenzia nazionale del turismo, l'ISMEA - Istituto di servizi per il mercato agricolo alimentare, la SIAE - Società italiana degli autori e degli editori, l'Ente nazionale risi, le aziende sanitarie locali, i consorzi per le aree di sviluppo industriale.

Per un'interessante riflessione in merito all'attualità della nozione di ente pubblico economico e non, si rimanda a MOCAVINI G., *Le procedure di selezione del personale e la frontiera dell'ente pubblico economico – Il commento*, nota a sentenza Cons. Stato Sez. III, 10 aprile 2015, n. 1842.

³³⁰ La Commissione Europea ritiene che "*il trattamento differenziato tra le Autorità portuali (che non sono assoggettate all'imposta sul reddito delle società) e le altre imprese operanti in Italia (che vi sono assoggettate) costituisca un vantaggio selettivo a favore delle prime, che non può essere giustificato dalla natura e dalla logica del sistema fiscale italiano applicabile alle società. Tale trattamento fiscale agevolato, inoltre, minaccia di falsare la concorrenza e di incidere sul commercio all'interno dell'Unione*"

³³¹ Il DPR 22 dicembre 1986, n. 917, all'art. 74, comma 2 prevede che "gli organi e le amministrazioni dello Stato, compresi quelli ad ordinamento autonomo, anche se dotati di personalità giuridica, i comuni, i consorzi tra enti locali, le associazioni e gli enti gestori di demanio collettivo, le comunità montane, le province e le regioni" non sono soggetti all'imposta sul reddito delle società.

³³² Vds. decisione della Commissione Europea Aiuti di Stato SA.38399 (2018/E) – Tassazione dei Porti in Italia. Per un commento sulla vicenda vds. Shipping & Transport Bulletin giugno – luglio 2018. Conforme anche la decisione SA.3839820.

La stessa Commissione ha poi precisato che le Autorità di Sistema Portuale esercitano un'attività economica quando “*rilasciano concessioni o autorizzazioni (uso di un bene dietro pagamento di un canone) a imprese (generalmente) private per l'impiego commerciale del bene (infrastruttura portuale di base) e la fornitura di servizi (ad esempio carico, scarico, pilotaggio, traino) a compagnie di navigazione*”³³³.

A ciò si aggiunge che le AdSP incorrono sensibilmente nel rischio di sfruttare la propria posizione dominante, essendo monopoliste ex lege nei settori poc'anzi individuati.

Alla luce di quanto precede, anche le AdSP possono essere considerate *imprese*, coerentemente con la nozione europea *funzionale* analizzata nel primo capitolo.

Conforme una recentissima sentenza del Tribunale di Genova³³⁴.

Una parte della dottrina ha proposto una diversa qualificazione delle AP/AdSP *de iure condendo*.

Tale orientamento ha proposto di ripensare l'Autorità portuale quale autorità amministrativa indipendente di regolazione³³⁵, effettuando le opportune modifiche alla struttura per garantirne l'indipendenza (in particolar modo nella selezione, per titoli professionali, dei componenti dell'organo decisorio); tale soluzione, tuttavia, incontra i limiti già evidenziati nel I capitolo par. “*Un'ultima conclusione: [...] Le nuove tipologie di attori nello scenario concorrenziale*” e, senza una significativa modifica dei compiti affidati alle AdSP, rischia di non risultare coerente con le ultime decisioni della Commissione europea.

Il principio di separazione e la normativa portuale italiana

In ossequio al principio di *sussidiarietà orizzontale*, l'istituzione delle AP e delle AdSP dovrebbe essere stata accompagnata – almeno in via teorica – dalla *netta separazione* tra le funzioni di regolazione e di svolgimento dell'attività di impresa³³⁶, essendo quest'ultima

³³³ *Ivi.*

³³⁴ Primo commento alla pronuncia reperibile all'indirizzo: [https://www.nctm.it/news/articoli/autorita-di-sistema-portuale-impresa-normativa-antitrust#\(4\)](https://www.nctm.it/news/articoli/autorita-di-sistema-portuale-impresa-normativa-antitrust#(4))

³³⁵ Cfr. MARESCA M. (a cura di), *Lo spazio mediterraneo della mobilità, Assetti organizzativi, concorrenza e regolazione delle infrastrutture strategiche*, Udine, Forum, 2010; MARESCA M., *La disciplina giuridica delle infrastrutture portuali*, Torino, Giappichelli, 2012.

³³⁶ La relazione sull'European sea port policy del 1993 aveva caldeggiato questa separazione per evitare che dietro una possibile commistione si celino dei finanziamenti totali o

riservata a soggetti imprenditoriali privati, distinti e separati dalle pubbliche amministrazioni, in ossequio al dettato dell'art. 6 comma 6 l. 84/94.

Nell'ordinamento italiano tale principio, tuttavia, ammette delle deroghe.

Talune di origine giurisprudenziale, come quelle analizzate nel paragrafo precedente, talaltre vengono espressamente individuate nella legge 84/94 "*Riordino della legislazione in materia portuale*", ancor oggi testo di riferimento, seppure con i dovuti aggiornamenti, per la materia portuale. Nello specifico:

- L'art. 6 comma 6 l. 84/94 consente all'AP di costituire o partecipare a società con oggetto sociale *accessorio o strumentale* ai predetti compiti istituzionali, come accade - in via esemplificativa - per la promozione e lo sviluppo dell'intermodalità, della logistica e delle reti trasportistiche³³⁷.

In tal caso è possibile ritenere giustificata siffatta deroga in quanto la tipologia di società in esame tendenzialmente è destinata a svolgere la propria attività al di fuori dell'ambito portuale; pertanto, non può ritenersi integrato l'abuso di posizione dominante da parte dell'Autorità portuale.

- Inoltre, l'art. 23 comma 5, invocando l'eccezione offerta dall'art. 106 TFUE (ampiamente analizzata nel par. X) permette alle AP - *nei porti in cui le organizzazioni portuali svolgevano in precedenza i SIEG*- di gestire direttamente i servizi di interesse generale di cui all'art. 6 comma 1 lett. C).

In tal modo tale norma si configura quale eccezione al normale criterio di affidamento dei servizi di interesse generale tramite gara pubblica, come stabilito dall'art. 6 comma 5 della medesima legge.

È in aggiunta possibile costituire o acquisire una partecipazione nelle società che gestiscono tali servizi, purché non in maniera maggioritaria.

Da notare che quest'ultima deroga presenta - o dovrebbe presentare - delle limitazioni temporali: infatti, la normativa consente di invocare tale eccezione fino al

parziali di infrastrutture, con effettivi distorsivi della concorrenza. FALZEA G., *Porto e funzione portuale*, Milano 1988, p. 68; APRILE F., *il governo dei porti italiani*, Roma, 1997, MUNARI F., "*Regole di concorrenza nel settore portuale: principi e cenni ricostruttivi*", *Dir. Comm. Int.*, 1999, pp. 321 ss; Cds 4656 /2000 in Urb. App. 2001, p. 658.

³³⁷ Tale disposizione va interpretata restrittivamente: sono esclusi i servizi di interesse generale e di manutenzione, i servizi tecnico nautici per BAGAROTTO L., RAZZINI A., "*Società dei porti e privatizzazioni*", *Riv. Dir. Priv.*, 2002, p. 82.

momento in cui il personale delle organizzazioni portuali, trasferito alle dipendenze delle Autorità portuali, non risulti più sufficiente per lo svolgimento delle attività in questione³³⁸.

Invero, l'art. 23 succitato, nonostante la presunta temporaneità della disciplina, è rimasto invariato anche dopo l'ultima riforma portuale del 2016 di cui si tratterà a breve.

Nel processo di riordino della disciplina, l'art. 6 comma 6 (ora co. 13) pur essendo nelle sue linee essenziali identico, si è conformato a quanto già statuito dall'art. 23, presentando l'ulteriore limitazione del divieto di assumere partecipazioni maggioritarie³³⁹.

Preso atto delle deroghe enunciate dalla l. 84/94, il nucleo essenziale del principio di separazione³⁴⁰, nell'ordinamento italiano, non si concreta esclusivamente nella separazione

³³⁸ Per ZUNARELLI S., *“I servizi portuali di interesse generale nella disciplina della legge 28 gennaio 1994”*, *Dir. Trasp.*, 1995, pp. 452 ss., il personale eccedente deve considerarsi esaurito non nel momento in cui sia cessato dal servizio l'ultimo dipendente dell'AP giudicato in esubero, ma nel momento in cui il servizio di interesse generale non sia più suscettibile di essere direttamente esercitato dall'AP mediante impiego di personale in esubero ai sensi dell'art. 23 l. 84/94.

³³⁹ La previgente/originale versione dell'articolo prevedeva: *“6. Le Autorità portuali non possono esercitare, né direttamente né tramite la partecipazione di società, operazioni portuali ed attività ad esse strettamente connesse. Le Autorità portuali possono costituire ovvero partecipare a società esercenti attività accessorie o strumentali rispetto ai compiti istituzionali affidati alle autorità medesime, anche ai fini della promozione e dello sviluppo dell'intermodalità, della logistica e delle reti trasportistiche”*.

Dopo la riforma del 2016 di cui si tratterà a breve: *“11. Le Autorità di sistema portuale (54) non possono svolgere, né direttamente né tramite società partecipate, operazioni portuali ed attività ad esse strettamente connesse. Con le modalità e le procedure di cui all'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modifiche ed integrazioni, l'Autorità di sistema portuale può sempre disciplinare lo svolgimento di attività e servizi di interesse comune e utili per il più efficace compimento delle funzioni attribuite, in collaborazione con Regioni, enti locali e amministrazioni pubbliche. Essa può, inoltre, assumere partecipazioni, a carattere societario di minoranza, in iniziative finalizzate alla promozione di collegamenti logistici e intermodali, funzionali allo sviluppo del sistema portuale, ai sensi dell'articolo 46 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214”*.

³⁴⁰ Sulla separazione si vedano gli approfondimenti in materia portuale ed aeroportuale svolti da LOPEZ DE GONZALO M., *“La «regola della separazione» nella disciplina dei servizi portuali ed aeroportuali”*, *Dir. mar.*, 2005, pp. 670 ss.

tra l'ente regolatore e l'impresa esercente l'attività economica (separazione c.d. *verticale*, descritta nell'art. 3 della legge 287/90 e dall'art. 102 TFUE).

Infatti, deve essere parimenti interdetta la commistione tra l'impresa beneficiaria di diritti speciali o esclusivi a fronte della non concorrenzialità del servizio (SIEG) e le imprese operanti in mercati contigui liberamente accessibili (separazione c.d. *orizzontale*, prevista dall'art. 8, comma 2-bis della l. 287/90)³⁴¹.

³⁴¹ Introdotto dall'art. 11, comma 3, della legge 5 marzo 2001, n. 57, Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati, in Gazz. Uff., 20 marzo, n. 66.

Per un'analisi sull'impatto della concorrenza nella gestione dei servizi d'interesse generale, anche se di rilevanza essenziale, si segnalano numerosi contributi che sottolineano la progressiva retrocessione della disciplina autoritativa prevista dal diritto amministrativo, e l'introduzione di nuovi criteri di intervento trasparenti ed imparziali sulla base della normativa comunitaria: CAFAGGIO F., "Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte speciale", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, pp. 96 ss.; COSTI R., MESSORI M. (a cura di), *Per lo sviluppo. Un capitalismo senza rendite e con capitale*, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 145 ss.; CASSESE S., *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 219 ss.; GAUDEMET Y., "Regolazione e servizi pubblici: l'esperienza continentale", in TESAURO G., D'ALBERTI M. (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 49 ss. Sul punto si vedano anche le ancora attualissime considerazioni relative ai servizi di pubblica utilità in Inghilterra di THATCHER M., *Institutions, Regulation and Change: New Regulatory Agencies in the British privatised utilities*, in *Britain in the 1990's*, 1998.

Presupposta la nozione comunitaria di impresa³⁴² e considerata la giurisprudenza europea succitata, si ribadisce anche in questa sede come la separazione per essere considerata effettiva non debba essere meramente contabile³⁴³.

Va, inoltre, ribadito che tale principio non si affievolisce nei limitati casi in cui l'Autorità di Sistema Portuale sia legittimata a continuare a fornire direttamente alcuni servizi (come, ad esempio, accade in materia di SIEG): deve comunque essere evitato che l'Autorità di Sistema Portuale “*amministrazione*” possa sovvenzionare l'Autorità di Sistema Portuale “*impresa*”³⁴⁴.

³⁴² In aggiunta ai riferimenti già effettuati in nota XX, si vedano, senza pretesa di esaustività: AMORELLI G., “*La nozione di impresa ed i poteri dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato nei confronti delle funzioni pubbliche economiche (gestionali, normative e provvedi mentali)*”, *Concorrenza e mercato*, 1993, pp. 307 ss.; BONELLI F., “*La nozione di impresa nelle regole di concorrenza del Trattato C.E.E.*”, in VERRUCOLI P. (a cura di), *La nozione d’impresa nell’ordinamento comunitario*, Milano, Giuffré, 1977, pp. 37 ss.; CERRAI A., “*I gruppi di società nel diritto comunitario*”, in PAVONE LA ROSA A. (a cura di), *I gruppi di società*, Bologna, Il mulino, 1982, pp. 451 ss.; GRISOLI A., voce “*Impresa comunitaria*”, *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVI, 1989, pp. 1 ss.; GUARINO A., “*Verso una concezione più ampia della nozione di impresa in diritto antitrust europeo*”, *Giur. comm.*, 1995, pp. 643 ss.; GUIZZI G., “*Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*”, *Riv. dir. comm.*, 1993, pp. 277 ss.; SPADAFORA A., “*La nozione di impresa nel diritto comunitario*”, *Giust. civ.*, 1990, pp. 283 ss.; NOTARI M., *La nozione di controllo nella disciplina antitrust*, Milano, Giuffré, 1996, che evidenzia la centralità del concetto del controllo sugli organi sociali per la determinazione dell’univocità ed autonomia dell’entità economica ai fini del suo inquadramento nella nozione di impresa.

³⁴³ Per quanto concerne, invece, i servizi non espressamente ricompresi nelle eccezioni poc’anzi enucleata, la sentenza Autorità portuale Genova c. Soc. Terminal Rinfuse Genova ha statuito come debba essere netta tale astensione (C Stato VI 1 settembre 2000, n. 4656).

Il Consiglio di Stato ha, infatti, precisato che «*ad una società indirettamente partecipata dall’Autorità portuale non può essere legittimamente affidata la gestione delle attività portuali, indipendentemente dal possesso da parte della Autorità portuali di una quota di maggioranza o di controllo della società mista, in quanto il legislatore ha posto un divieto assoluto all’esercizio di compiti di mera gestione delle attività produttive portuali da parte delle Autorità portuali, potendo le stesse autorità essere affidatarie dei soli compiti neutrali di regolazione*».

³⁴⁴ CARBONE S. M., *Lezioni, casi e modelli contrattuali di diritto marittimo*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 115.

La trasposizione del canone in esame a livello interno è stata esplicitata nel noto caso Provveditorato al Porto di Venezia³⁴⁵.

L'Autorità garante della concorrenza, in tale occasione, ha stigmatizzato la posizione di un ente (il Provveditorato al Porto) che, allo stesso tempo, regola l'accesso ad un dato mercato e vi esercita un'attività d'impresa. In tali casi, è possibile ravvedere una condotta integrante una "*posizione dominante*" di cui all'art. 3 della legge n. 287/90 e dell'art. 102 TFUE.

III fase – La riforma del D. lgs. 169/2016

L'ultima fase³⁴⁶ da considerare per ripercorrere le riforme di diritto portuale succedutesi in Italia coincide con l'emanazione del D. lgs. 169/2016 "*Riorganizzazione, razionalizzazione e semplificazione della disciplina concernente le Autorità portuali di cui alla legge 28 gennaio 1994, n. 84, in attuazione dell'articolo 8, comma 1, lettera f), della legge 7 agosto 2015, n. 124*".

Tale atto normativo presenta come obiettivo dichiarato il contrasto all'eccessivo "*localismo*" che, secondo il legislatore del 2016, ha caratterizzato le politiche portuali precedenti.

La finalità principale di tale normativa, dunque, è individuabile nel superamento del modello "monoscalo"³⁴⁷, fonte di una controproducente competizione tra porti italiani³⁴⁸ e causa di un inefficace finanziamento strutturale complessivo.

³⁴⁵ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Provvedimento n. 3211 del 04 agosto 1995, A85-Nuova Italiana Coke/ Provveditorato Porto Di Venezia, in Boll., 1995, n. 31-32. In dottrina, per un inquadramento del Provveditorato del Porto di Venezia, si veda F. BENVENUTI, La disciplina degli enti portuali e il Provveditorato al Porto di Venezia, in Riv. dir. nav., 1953, p. 3 ss.

³⁴⁶ Per le considerazioni sulla riforma del 2016: BIGAZZI S., *La strategia della governance portuale: dalla frammentazione al nuovo assetto delle autorità di sistema portuale. Criticità e prospettive alla luce della riforma*, reperibile in <https://www.aisre.it/images/aisre/59a5d028684d00.31343070/Bigazzi%20Sabrina.pdf>

³⁴⁷ FERRARI C., TEI A., "*La riforma dei porti italiani: innovazioni e questioni irrisolte*", Rivista di Economia e Politica dei trasporti, n. 1, 2016.

³⁴⁸La particolare conformazione del nostro paese ha influito: circa 8 km di costa, con in totale 76porti, 24 AP che ne reggevano solamente 38, mentre l'altra metà era amministrata dalle Autorità marittime o dalle Regioni.

Allo stesso tempo, la nuova normativa ha tentato, pur senza successo – come vedremo –, di dare finalmente una definizione unitaria alla natura di “giano bifronte” dell’AdSP.

Come avvenuto nel 1994, anche in questa occasione un importante impulso riformatore è pervenuto dall’ordinamento europeo³⁴⁹.

Si ricorda, in via preliminare, che tale intervento normativo si è sviluppato in seno alla più ampia riforma della pubblica amministrazione (c.d. legge Madia) ed è stato, dunque, influenzato nei suoi contenuti dal contesto in cui si è sviluppato.

Come evidenziato da parte della dottrina³⁵⁰, infatti, si tratta di una legge che “*non rappresenta dunque un ulteriore pannello del mosaico, ma [esclusivamente n.d.r.] la revisione di alcune parti del disegno*”³⁵¹.

Ai fini del presente lavoro rileva particolarmente, come già rilevato nel paragrafo precedente, l’introduzione delle nuove Autorità di Sistema Portuale (AdSP d’ora in poi).

Le ventiquattro AP presenti sul territorio nazionale, mediante un processo di aggregazione, sono state ridotte a quindici AdSP (da notare la coincidenza con i c.d. “*core*

³⁴⁹ Nello specifico, il nuovo Piano Strategico Nazionale della Portualità e della Logistica (d’ora in poi PSNPL) ha costituito lo strumento, predisposto dall’Italia, per contribuire alla realizzazione dello spazio unico europeo dei trasporti.

Plurime sono le fonti europee ispiratrici di tale atto: in primo luogo rileva il Libro Bianco dei Trasporti del 2001, a cui ha fatto seguito la sua revisione (2006), fino a giungere alla recente versione del Nuovo Libro Bianco (2011). In secondo luogo, un ulteriore importante tassello è stato inserito dalla politica europea delle Reti TEN-T³⁴⁹ consolidatasi con il Regolamento UE 1315/2013, il quale, seppure indirettamente, incoraggia l’istituzione di enti di gestione con competenza in più realtà portuali. Infine, fa da cornice all’intero quadro la strategia Horizon 2020 la quale, sottolineando la necessità di favorire la coesione di tutte le aree del Paese, evidenzia l’urgenza di coordinamento e l’analisi rigorosa delle priorità di investimento, nonché l’esigenza di superare “l’individualismo portuale” razionalizzando la governance del sistema.

La creazione di sistemi portuali più ampi risponde altresì all’esigenza di una visione sistemica delle Aree Logistiche Integrate (ALI) che, come previsto nell’Accordo di Partenariato, per le regioni meno sviluppate costituiscono il modello attraverso cui operano i Programmi Operativi FESR 2014-2020 per la programmazione infrastrutturale (Decisione di esecuzione della Commissione del 29 ottobre 2014).

³⁵⁰ MATTARELLA B. G., “*La riforma della pubblica amministrazione - il contesto e gli obiettivi della riforma*”, *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5., 2015.

³⁵¹ *Ivi*.

*port*³⁵², individuati dal regolamento europeo sulle reti Ten-T³⁵³), che andranno a governare ben 57 dei porti nazionali.

Innanzitutto, è da notare come il modello di Landlord Authority non sia stato mutato dall'intervento in esame.

La riforma del 2016, tuttavia, non risulta in linea rispetto alle tendenze consolidatesi negli ultimi anni a livello europeo, fortemente orientate *all'autonomia* e alla *privatizzazione*.

Per quanto concerne quest'ultimo aspetto (il processo di *privatizzazione*), il Consiglio di Stato³⁵⁴ ha esplicitamente negato – in conformità al dato normativo – la possibilità di

³⁵² Infine, CARLUCCI F. (CARLUCCI F., SIVIERO L., “*La governance dei sistemi infrastrutturali tra centralizzazione e decentramento: il caso della riforma portuale in Italia*”, *Rivista di Economia e Politica dei trasporti*, vol. I, 2016) critica il modello proposto dalla riforma del 2016, sottolineando che l'individuazione di un sistema portuale e logistico dovrebbe essere fondato su basi scientifiche ed empiriche in grado di prendere in considerazione gli specifici mercati che caratterizzano le attività dei porti e non criteri prettamente geografici e/o amministrativo burocratici. I criteri per la definizione dei cluster marittimi dovrebbero basarsi su indici di specializzazione, di concentrazione, di competitività, di esportazione marittima, di qualità infrastrutturale, di market share, di connettività, di performance portuale, tra questi, evidenzia quelli proposti dalla World Bank 2007.

³⁵³ Per un approfondimento in materia: <http://www.mit.gov.it/node/5335>.

³⁵⁴ Consiglio di Stato (2016) Parere n. 1142 del 2016 reso dalla Commissione speciale sullo schema di d.lgs. Recante “*Riorganizzazione, razionalizzazione e semplificazione della disciplina concernente le Autorità portuali di cui alla legge 28 gennaio 1994, n. 84*”.

Nello specifico: “*Sulla possibilità, invece, parimenti avanzata dalle Regioni, di regolamentazione delle AdSP sotto forma di S.p.A. pubbliche partecipate, questo Consiglio esprime perplessità, trattandosi in sostanza di adottare un modello difforme rispetto a quello testé introdotto con il decreto in esame, che ripercorre percorsi consolidatisi anche in giurisprudenza, mentre si dubita che il modello societario possa presentare effettivi maggiori vantaggi in termini di efficienza e qualità dell'azione amministrativa per funzioni come quelle in esame, anche alla stregua delle controindicazioni che, negli ultimi anni, sono state in concreto sollevate nei confronti delle società pubbliche (cfr., sul punto il parere di questo Consiglio di Stato n. del 21 aprile 2016)*”.

“*Sebbene l'efficienza del modello di governance che il decreto in esame intende introdurre andrà sicuramente verificata nella fase attuativa, tuttavia, nel disegno attuale di una generale “razionalizzazione e riduzione delle partecipazioni pubbliche secondo criteri di efficienza”, di cui la stessa legge delega è portatrice (cfr. art. 18, lett. b), l. 124 del 2015), si dubita*

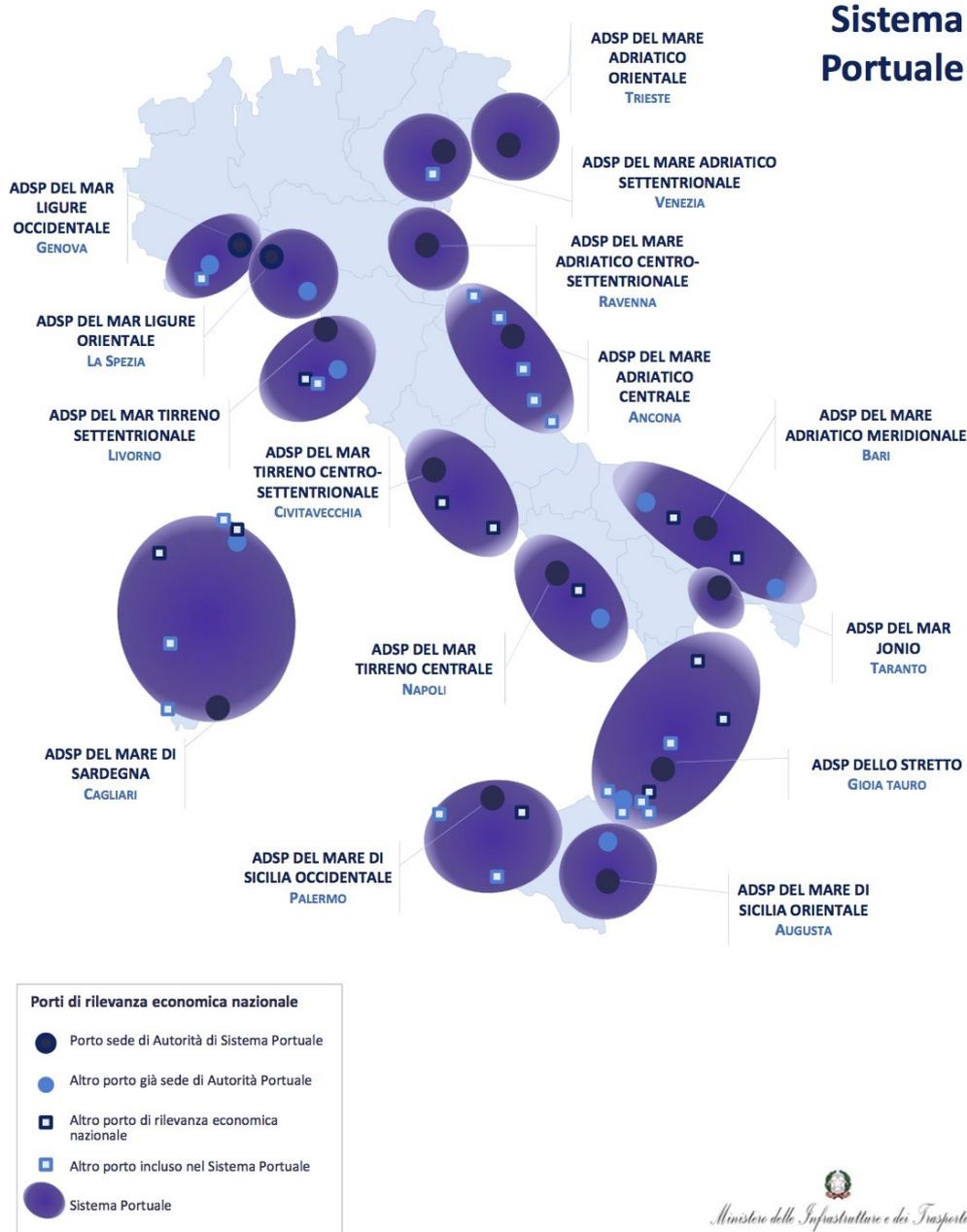
ricorrere alla forma giuridica della società partecipata per costituire gli enti portuali italiani. A tal proposito, per il supremo organo amministrativo le funzioni svolte dall'AP non sono riconducibili all'ambito dell'attività di impresa poiché queste vengono normalmente svolte nel rispetto degli obblighi di servizio e sovente mirano a soddisfare esigenze regolatorie.

Tale posizione si pone in linea con uno degli obiettivi della riforma Madia (ridurre il ricorso alle partecipate), ma sconta un deciso arretramento rispetto alle posizioni europee analizzate nel I capitolo e rispetto ai recenti orientamenti di parte della giurisprudenza della corte di giustizia europea³⁵⁵.

circa la compatibilità e l'utilità di adottare la forma giuridica della società partecipata, avuto riguardo agli interessi pubblici in gioco nel settore specifico, nella generale considerazione che l'attività delle Autorità non è riconducibile nell'ambito dell'attività di impresa, dovendo necessariamente svolgersi nel rispetto degli obblighi di servizio a tutela degli utenti e, pertanto, in questo contesto, appare essenziale il momento delle regolazione pubblica e, comunque, l'ineliminabile stringente incidenza del socio pubblico nella governance societaria (cfr. ancora il citato parere n. 968 del 2016, par. 6)".

³⁵⁵ Si v. i riferimenti presenti a pag.122

Le Autorità di Sistema Portuale



Anche per quanto concerne il secondo obiettivo (*l'autonomia e le sue modalità di realizzazione*), la direzione intrapresa dall'Italia nel 2016 risulta discordante rispetto alle tendenze che si stanno affermando nei principali porti europei.

La riforma, infatti, dichiaratamente mira a rafforzare il ruolo del governo centrale, tanto da potersi definire ispirata al principio della “*ri-centralizzazione*”³⁵⁶.

Sono sintomo di tale orientamento:

- Il rinnovato iter di nomina del Presidente dell'AdSP: nello specifico, è stata abolita la partecipazione degli enti locali territoriali (eccettuata la Regione) nella prima fase di proposizione delle nomine;

- L'introduzione del Comitato di gestione, in sostituzione del Comitato Portuale: contrariamente al punto precedente in questa sede son state valorizzate le amministrazioni locali³⁵⁷, ma viene totalmente elisa la partecipazione degli *stakeholders*.

La partecipazione dei privati, infatti, è stata canalizzata in un nuovo organo: l'Organismo di partenariato della risorsa mare³⁵⁸.

³⁵⁶ CARLUCCI F. SIVIERO L., op. cit., 2016

³⁵⁷ Ai sensi dell'art. 9 della l. 84/1994 riformata, fanno parte del Comitato di Gestione: “*il Presidente dell'AdSP, che lo presiede e il cui voto prevale in caso di parità dei voti espressi; un componente designato dalla Regione o da ciascuna Regione il cui territorio è incluso, anche parzialmente, nel sistema portuale; un componente designato dal sindaco di ciascuna delle città metropolitane, ove presente, il cui territorio è incluso, anche parzialmente, nel sistema portuale; un componente designato dal sindaco di ciascuno dei comuni ex sede di AP inclusi nell'AdSP, esclusi i comuni capoluogo delle città metropolitane; un rappresentante dell'autorità marittima, designato dalle direzioni marittime competenti per territorio, con diritto di voto nelle materie di competenza, prevedendo la partecipazione di comandanti di porti diversi da quello sede dell'AdSP, nel caso in cui siano affrontate questioni relative a tali porti*”.

³⁵⁸ Ai sensi dell'art. 11-bis della l. 84/1994 riformata, l'Organismo di partenariato della risorsa Mare è composto da: “*un rappresentante degli armatori; un rappresentante degli industriali; un rappresentante degli operatori di cui agli artt. 16 (soggetti autorizzati allo svolgimento delle operazioni portuali) e 18 (soggetti concessionari di aree e banchine) della stessa legge; un rappresentante degli spedizionieri; un rappresentante degli operatori logistici intermodali operanti in porto; un rappresentante degli operatori ferroviari operanti in porto; un rappresentante degli agenti e raccomandatori marittimi; un rappresentante degli autotrasportatori operanti nell'ambito logistico-portuale; tre rappresentanti dei lavoratori delle imprese che operano in porto; rappresentante degli operatori del turismo o del commercio operanti nel porto*”.

Quest'ultimo ha – in linea teorica- un'ampia competenza³⁵⁹, ma in realtà presenta una mera funzione consultiva. Il Comitato di gestione, infatti, può sempre discostarsi dai pareri emessi dall'Organismo di partenariato con un'adeguata motivazione³⁶⁰.

- Allo stesso tempo, la riforma ha introdotto altre due sedi di concertazione in linea con il processo di centralizzazione: la prima, è l'Organismo del Cluster Marittimo³⁶¹ e la seconda è la Conferenza nazionale delle AdSP³⁶².

³⁵⁹ In modo particolare è previsto il coinvolgimento l'Organismo di partenariato della risorsa mare per l'adozione del PRdSP e del POT, la determinazione dei livelli dei servizi resi nell'ambito del sistema portuale dall'AdSP suscettibili di incidere sulla complessiva funzionalità ed operatività del porto, al progetto i bilancio di previsione e consuntivo, la composizione degli accordi contrattuali relativi al personale dell'AdSP e degli strumenti di valutazione

³⁶⁰ Va segnalato che, ai sensi dell'art. 15 della l. 84/1994, sono rimaste immutate le funzioni consultive affidate alle Commissioni Consultive (istituite in ogni singolo porto) in ordine al rilascio, alla sospensione o alla revoca delle autorizzazioni di cui all'art. 17 relative alla fornitura del lavoro portuale temporaneo, nonché in ordine all'organizzazione del lavoro in porto, agli organici delle imprese, all'avviamento della manodopera e alla formazione professionale dei lavoratori. Sono state invece eliminate le Commissioni consultive centrali che svolgevano sostanzialmente funzioni analoghe alle predette commissioni locali.

³⁶¹RUBECHINI P. “*Critica della ragion portuale: una prima analisi del D.Lgs. n 169/2016*”, *Giornale di diritto amministrativo*, vol. I, 2017: L'Organismo del Cluster Marittimo è previsto che potrà insediarsi esclusivamente nel caso in cui in una singola AdSP siano confluiti porti già sedi AP e previa l'adozione di un proprio regolamento adottato di concerto con l'Organismo di partenariato della risorsa mare. La normativa, purtroppo, non fornisce nessun'altra indicazione utile ad una compiuta disamina.

³⁶² La Conferenza nazionale delle AdSP è un organo collegiale, presieduto dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e composto dai Presidenti delle AdSP e da due rappresentanti della Conferenza Unificata. Le funzioni della Conferenza delle AdSP, sono state invece più dettagliatamente definite dal legislatore, infatti, risulta responsabile dell'armonizzazione, su scala nazionale, delle scelte strategiche relative ai grandi investimenti infrastrutturali portuali, alle scelte di pianificazione urbanistica (sempre portuali), alle strategie di attuazione delle politiche concessorie del demanio marittimo, nonché alle strategie di marketing e di promozione sui mercati internazionali del sistema portuale nazionale, provvedendo inoltre alla verifica dei piani di sviluppo portuale mediante specifiche relazioni predisposte dalle singole AdSP. Tra le principale attività cui è preposta la conferenza delle AdSP spicca il raggiungimento, in sede di conferenza Stato Regioni, di un Accordo quadro nazionale volto ad integrare l'esercizio delle rispettive competenze e sostenere attività di interesse comune in materia di sviluppo logistico di

- Rileva, infine, l'introduzione del c.d. *Piano Regolatore di Sistema Portuale*³⁶³ (*PRSP*).

Il sistema di riforma portuale in Francia

Premessa

In maniera analoga all'analisi svolta per l'ordinamento italiano, il presente paragrafo illustrerà le riforme portuali succedutesi in Francia, dedicando una particolare attenzione al principio di separazione che ivi assume un'accezione peculiare, dettata dalla natura degli enti portuali francesi.

Si osserverà come, nonostante entrambe le esperienze giuridiche siano classificate nel modello "*Landlord Authority*", le differenze tra i due ordinamenti siano sensibili.

Il quadro normativo essenziale

Con l'emanazione del decreto n° 56-321 du 27 mars 1956, la Francia è stato il primo Stato a dotarsi di un *Code des ports maritimes*.

Tale testo normativo è stato riformato svariate volte a partire dal 1978, fino all'ultima significativa riforma in materia, delineata dall'*ordonnance* del 28 ottobre 2010³⁶⁴.

area vasta a supporto del sistema delle AdSP, in ambiti territoriali omogenei, anche interregionali, per il coordinamento delle politiche di sviluppo della portualità in connessione con le altre reti di trasporto su ferro, su gomma e aeree, anche ai fini delle loro integrazioni ai Corridoi europei e alle rotte del commercio internazionale. Per sottolineare l'importante ruolo strategico e di raccordo istituzionale svolto dal neoistituito organo è inoltre disposto che alle riunioni dello stesso partecipino i rappresentanti delle associazioni datorili e sindacali delle categorie operanti nel settore marittimo comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ed individuate secondo la specifica competenza in ordine alle materie di volta in volta all'ordine del giorno.

³⁶³ Si tratta del nuovo strumento pianificatorio a disposizione delle AdSP; esso non si estrinseca nella mera somma aritmetica dei contenuti delle pianificazioni dei singoli porti facenti parte del sistema, ma mira a creare strategie *integrate* di sviluppo infrastrutturale in ottica *nazionale*.

³⁶⁴ Ord. rf 2010-1307, 28 oct. 2010, relative à la partie législative du Code des transports, reperibile in <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022990793>.

Partendo da una breve analisi ricognitiva del sistema delle fonti francese, i testi normativi principali sono individuabili nel *Code des transports* (5e partie, livre III³⁶⁵: les “*Services portuaires*”) e nel *Code des ports maritimes*. Nello specifico, quest’ultimo regola specificatamente le modalità di gestione dei servizi portuali.

A completamento della disciplina speciale poc’anzi citata, deve essere preso in considerazione anche il *Code général des collectivités territoriales*³⁶⁶.

Come sarà possibile osservare nel corso del presente paragrafo, le riforme portuali - pur succedutesi abbastanza rapidamente in Francia - non hanno avuto come obiettivo *primario* la liberalizzazione dei servizi (effetto verificatosi comunque, pur se *indirettamente*).

La finalità prioritaria consisteva infatti nel progressivo trasferimento delle competenze dallo Stato alle *collectivités territoriales*, tramite un processo di “*décentralisation*” netto, tipico invero delle realtà portuali nordiche³⁶⁷.

Le tappe della decentralizzazione e della progressiva autonomia

In origine *tutti* i porti francesi erano posti sotto l’egida statale: tra questi, i porti principali beneficiavano dello statuto di “*Port autonome*”³⁶⁸, mentre i rimanenti - pur restando di proprietà statale - erano gestiti dalla *Chambre de commerce et d’industrie* locale (d’ora in poi CCI).

Nel 1983-84³⁶⁹, si assistette ad un primo trasferimento di competenze amministrative, relative ai *ports maritimes de commerce et de pêche*, per così dire “secondari”, dallo Stato ai *Départements* e ai Comuni.

All’epoca erano presenti diciassette porti dichiarati di “*interesse nazionale*” e sei *ports autonomes*³⁷⁰.

³⁶⁵ Il libro III si compone di V titoli: “*organisation des ports maritimes, droits de port, police des ports maritimes, services portuaires, et les voies ferrées portuaires*”.

³⁶⁶ Ovviamente non si tratta dell’unico testo “a carattere generale” rilevante. Oltre al Codice dei contratti pubblici si pensi al *Code de l’urbanisme* (C. urb., art. L. 221-1) e al *Code général de la propriété des personnes publiques*, reperibile all’indirizzo <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070299>.

³⁶⁷ Per delle interessanti considerazioni geopolitiche in materia di regionalizzazione portuale, vedasi: <https://hal.archives-ouvertes.fr/tel-01534170/document>.

³⁶⁸ BUNNET C., voce “*Port*”, *Guide Juridique*, Dalloz, pp. 395 e ss.

³⁶⁹ Loi n. 83-663 del 22 luglio 1983.

³⁷⁰ Allo stesso tempo, anche i *ports de plaisance* vennero conferiti ai *Communes*. A completamento di quanto poc’anzi detto, la legge 22 janvier 2002, trasferì alla collettività

In seguito, un tentativo sperimentale di accentuare ulteriormente la “*décentralisation*” in atto venne effettuato con l’emanazione della legge 276 del 2002.

In tale occasione, lo Stato affidò ai singoli Consigli regionali la gestione di alcuni porti di interesse nazionale, *in via temporanea*.

Tuttavia, tale sperimentazione non consentì di raccogliere esaustivi riscontri – finanche provvisori – dell’andamento di una siffatta gestione poiché non venne concesso agli enti locali coinvolti un tempo congruo per permettere di bilanciare eventuali investimenti a lungo termine.

Dunque, fu una legge successiva, la legge n°2004-809 del 13 agosto 2004 (in particolare l’art. 30), a portare a compimento il processo di “*decentralizzazione*”, tramite il conferimento alle collettività territoriali (*Région, Département* o ai loro “raggruppamenti”³⁷¹) di ulteriori 14 *ports d’intérêt national*.

Il mutamento dettato dalla riforma del 2004 (per legge, da ultimare entro l’1 gennaio 2007) è rappresentato graficamente dal diagramma di seguito riportato:

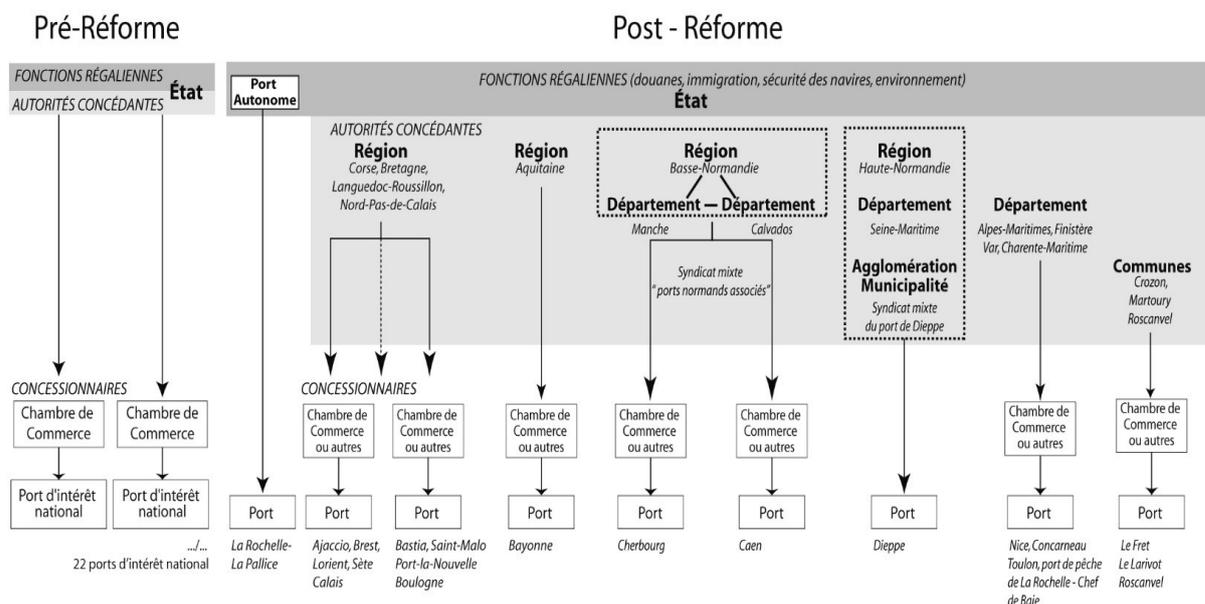


Figura tratta da <https://journals.openedition.org/mediterranee/docannexe/image/2740/img-1.jpg>

territoriale di Corse i porti d’Ajaccio et de Bastia. Invece, il port de La Rochelle divenne port autonome il 1er janvier 2006.

³⁷¹ Inserisco testo Art 30 premier allinéa

In occasione di tale riforma, la legge non aveva previsto dei rigidi automatismi in merito alla natura dell'Autorità portuale, proprietaria del demanio e delle infrastrutture ivi presenti, e alla tipologia di attività svolgibili in proprio o delegabili ai privati.

Tale processo, com'è intuibile, ha comportato un rinnovamento significativo della governance portuale: da uno schema organizzativo a due soggetti (*État* in qualità di *concedant-chambre de commerce et d'industrie concessionnaire*) si è passati ad una modalità che comporta il coinvolgimento di tre soggetti (*État -collectivité concédante-concessionnaire*).

Le nuove Autorità portuali, siano esse espressione delle collettività territoriali ovvero di tipo misto (c.d. *syndicat mixte*, com'è accaduto per la *Normandie*) hanno, per espressa previsione di legge, dovuto mantenere in vigore le concessioni portuali pre-esistenti, fino alla loro naturale scadenza³⁷².

Questa disposizione, pur garantendo il rispetto dei diritti quesiti dei terzi, ha comportato uno slittamento significativo dell'inizio delle nuove gestioni in affidamento.

La differenza tra il primo provvedimento di "decentralizzazione" analizzato, risalente al 1983, e la riforma del 2004 è evidente.

Se la legge n° 83-1186 del 29 dicembre 1983 consentiva esclusivamente il trasferimento della *disponibilità di superficie e strutture*, la legge del 13 agosto 2004 prevedeva, invece, il trasferimento del demanio portuale, *senza limiti di tempo*³⁷³ e *a titolo gratuito*, alla relativa collettività che ne aveva fatto domanda.

L'eterogeneità dei soggetti "scelti" quali proprietari-concedenti (normalmente aderenti su base volontaria, eccettuato che vi fossero più *collectivités territoriales* richiedenti la gestione del medesimo porto) ha ingenerato il sospetto negli interpreti³⁷⁴ della mancanza di un progetto *unitario* di riforma.

Gli Autori più critici hanno, infatti, ridotto tale manovra ad un tentativo di effettuare economie di spesa a livello nazionale³⁷⁵.

³⁷² I porti della regione Languedoc-Roussillon forniscono un significativo esempio. Atteso che la concessione di Port-la-Nouvelle sarebbe scaduta il 31 dicembre 2007 e posta la malgestione della CCI precedente, per la prima volta in Francia ha messo in atto una *délégation de service public* (DSP), tramite procedure di gara, per la gestione di un porto.

³⁷³ La mancanza di un termine ultimo per la concessione la rende di fatto un trasferimento di proprietà.

³⁷⁴ <https://journals.openedition.org/mediterranee/2740>

³⁷⁵ A tal proposito è stata sindacata anche la decisione di rendere a titolo gratuito la cessione del demanio portuale.

Possiamo osservare, tuttavia, come sicuramente la riforma in esame ebbe un effetto positivo immediato: la prossimità dell'Autorità portuale-concedente rispetto alle CCI/*cessionarie*, pur nell'obbligato mantenimento delle concessioni all'epoca in vigore, consentì un controllo più stringente, spesso concretizzatosi in una rinegoziazione delle obbligazioni.

Al contempo, il trasferimento del ruolo di concedente impose una riflessione in merito al discernimento tra *fonctions régaliennes* (non *trasferibili*) e servizi portuali *tout court* (*trasferibili*). A tal proposito rimasero di competenza statale, dunque, l'organizzazione dell'assunzione dei lavoratori portuali, le funzioni di polizia delle acque e delle merci pericolose (dall'Arr. 27 ottobre 2006 - GU 18 nov 2006), nonché le "segnalazioni marittime"³⁷⁶.

I porti nazionali

Più recentemente, la legge 4 luglio 2008³⁷⁷ è intervenuta in maniera consistente sull'organizzazione dei porti *rimasti* nazionali ("*ports maritimes autonomes*"), attualmente rinominati quali "*grands ports maritimes*" (GPM).

Allo stato attuale, a conseguenza delle riforme analizzate nel paragrafo precedente, sono rimasti di proprietà statale esclusivamente i "*grand ports maritimes*", i porti dei *Départements d'outre-mer* ed i porti di interesse nazionale, da individuarsi per decreto³⁷⁸.

Com'è noto, in seguito a tale riforma i *grandi porti marittimi* sono stati regolamentati in maniera tale da rappresentare il modello puro di "*Landlord authorities*",

³⁷⁶ BRUNET, *op. cit.*, p. 45: "*Les missions de sécurité correspondant aux missions régaliennes de protection du territoire ne sont à ce titre pas transférées (police du plan d'eau, des matières dangereuses, sûreté, police de l'environnement). L'État reste alors ce qu'il est convenu d'appeler l'Autorité Investie du Pouvoir de Police Portuaire (AIPPP). Les missions de police courantes de l'exploitation et du domaine (attribution des postes à quai, occupation des terres-pleins...) sont quant à elles transférées au nouveau concédant qui devient l'Autorité Portuaire (AP). L'originalité et la difficulté viennent du fait qu'elles sont exercées par les mêmes officiers de ports, ces derniers assumant de fait une double casquette de police à la fois sous tutelle du préfet et de la nouvelle autorité concédante*".

³⁷⁷ Per i lavori preparatori che hanno preceduto l'emanazione della legge, si veda: <https://www.senat.fr/rap/107-331/107-3319.html> e <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r0954.asp>.

³⁷⁸ Per un'analisi comparativa esaustiva: ORRÙ E., *La disciplina dei servizi portuali negli stati membri dell'Unione europea: un'analisi comparativa*, Bologna, Libreria Bonomo, 2005.

ossia rinforzando il ruolo dei privati nello sfruttamento degli *outillages* ed il ruolo di mero regolatore dell'Autorità portuale.

A partire dal 1 gennaio 2015, la normativa portuale è stata nuovamente modificata dall'avvento del *Décret* n. 2014-1670 del 30 dicembre 2014 che, tuttavia, non ha apportato cambiamenti significativi al quadro normativo descritto, per quanto rileva ai fini del presente lavoro.

La situazione attuale³⁷⁹ e le modalità di affidamento dei servizi portuali

In maniera speculare a quanto osservato per l'ordinamento italiano, l'analisi delle modalità di affidamento dei servizi portuali consentirà di effettuare una più ampia riflessione in merito alla natura dell'Autorità portuale e alle modalità di affidamento dei servizi portuali.

Parallelamente al dibattito sviluppatosi in Italia in merito alla natura delle Autorità portuali (enti pubblici economici o non economici), in Francia è emerso un problema simile per i porti autonomi.

Anche in tal caso, infatti, il legislatore non aveva definito con precisione la natura giuridica degli enti portuali (quali *établissements publics administratif oppure à caractère industriel et commercial*).

A tal proposito l'articolo L. 5313-1 del Code des transports si limita a disporre: *“L'administration des ports maritimes de commerce, dont l'importance le justifie, est confiée à des établissements publics de l'Etat, dénommés ports autonomes, créés par décret en Conseil d'Etat”*.

In merito vi sono due orientamenti interpretativi

³⁷⁹ I dati statistici di questo paragrafo sono tratti dal Rapporto predisposto da HERVIAUX O., Senatrice di Morbihan, *“Enjeux et perspectives de la décentralisation portuaire”*, reperibile all'indirizzo: <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/144000360.pdf>.

In dottrina, Jean Debrie et Valérie Lavaud-Letilleul, *La décentralisation des ports en France: de la recomposition institutionnelle aux mutations fonctionnelles. L'exemple de Toulon*, in *Annales de géographie* 2009/5 (n° 669), p. 498 – 521.

Per una parentesi sulle assegnazioni nei porti autonomi: BORDEAU L., *“Le service public portuaire français”*, reperibile in <https://www.estudiovillano.com/archivos-estudio-villano-abogados/estudio-villano-le-service-public.pdf>.

Il *Conseil d'Etat*³⁸⁰ considera i ports autonomes quali *établissement* svolgenti, a volte, missioni di servizio pubblico a carattere amministrativo (*missions de service public à caractère administratif*) e, altre volte, attività industriali e commerciali (*activités industrielles et commerciales*). Non viene dunque riconosciuta la prevalenza di un'attività dominante ma, a seconda dei casi, si riconducono le singole attività alle due categorie.

Viene affermato in particolare che costituiscono “*missions de service public (à caractère administratif), la réalisation d'aménagement, l'entretien des ouvrages portuaires, l'exercice de la police au sens des articles L. 5331-1 et suivants du Code des transports et du livre III du Code des ports maritimes, et la gestion du domaine public. L'exploitation des outiliages publics constitue la principale activité industrielle et commerciale des ports maritimes autonomes*”.

L'alta giurisdizione francese ha fatto applicazione di questa dottrina a proposito dell'assoggettamento alla tassa sulla formazione professionale continua. La legge, nello specifico, esonera solamente gli *établissements publics à caractère administratif*.

Una posizione differente è stata assunta dal *juge judiciaire*.

La *Cour de cassation*³⁸¹ ha, infatti, stabilito che i *ports maritimes autonomes* sono degli *établissements publics à caractère industriel et commercial*.

Il port autonome de Dunkerque ha sfruttato questo precedente per costituire un *comité d'entreprise*, altrimenti non possibile senza autorizzazione.

La Cassazione ha proseguito affermando che la natura dell'ente non influisce sulle missioni di pubblico servizio (ad esempio, in ogni caso, le funzioni di polizia portuale sono da classificarsi missioni di pubblico servizio a carattere amministrativo).

Secondo il Consiglio di Stato³⁸², nell'eventualità in cui venga svolta attività mista è necessario determinare quale sia la prevalente.

Per quanto concerne le modalità di affidamento, tutti i porti *décentralisés* (o meglio, tra questi, i 26 porti con un traffico superiore a 100 000 T/an) sono attualmente in regime di

³⁸⁰ Conseil d'Etat, Section, du 26 juillet 1982, 16957, raccolta Lebon e reperibile in Legifrance all'indirizzo <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETA TEXT000007676007&fastReqId=1387656261&fastPos=1>.

³⁸¹ CE n° 16957, 26 juil. 1982 reperibile in <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETA TEXT000007676007&fastReqId=1387656261&fastPos=1>

³⁸² CE, sect., 17 avr. 1959, Abadie, feteri 339, conc. Henry CE 26 juin 1974, req. n° 85637, Port autonome de Marseille, Lebon; CE, sect., 26 juill. 1982, req. n° 16957, min. Budget c/Établissement public “Port autonome de Bordeaux”, 293; DMF 1982. 724.

délégation de service public (d'ora innanzi DSP)³⁸³, eccettuato per *Dieppe*, che è ancora gestito *in régie* e *Sète* che è dotato di un *établissement public régional* (EPR Ports sud de France-Sète)³⁸⁴.

La durata prevista per le singole DSP è variabile. La durata minima è di 8 anni per *Port La Nouvelle*, mentre l'arco temporale maggiore è di 50 anni per *Calais-Boulogne*³⁸⁵.

Tutte le DSP sono state affidate tramite un bando di gara, in conformità alla normativa europea in tema di appalti pubblici.

Tuttavia, ogni volta in cui l'Autorità portuale ha ricevuto tra le offerte anche quella di una Camera di Commercio ed Industria (CCI), quest'ultima è risultata *sempre* affidataria del servizio³⁸⁶.

Va ricordato in questa sede che le CCI sono istituzioni con uno status ibrido-pubblico, poste *sotto la supervisione statale*. Ad una prima analisi, appare evidente un'interpretazione del concetto di separazione del tutto peculiare rispetto a quanto in precedenza analizzato, per quanto concerneva l'ordinamento italiano.

Senza tacere la possibilità per le Autorità portuali di poter svolgere direttamente i servizi portuali, *in régie* o tramite gli *établissement public*, come già osservato.

In ogni caso, anche attesa la durata delle stesse, le concessioni DSG non sono concretamente considerabili unitariamente.

In via esemplificativa, possiamo raggrupparle in *tre categorie*, in base alla durata temporale del periodo di riferimento:

– In alcuni casi, l'Autorità portuale delega al concessionario il raggiungimento di obiettivi di *ampio* respiro, quali l'ammodernamento degli edifici e delle infrastrutture³⁸⁷.

³⁸³ Rapporto Harviaux reperibile all'indirizzo <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/144000360.pdf>

³⁸⁴ L'EPR ha firmato una convenzione di gestione e sfruttamento con al regione Languedoc Roussillon, nel 2008, rinnovata nel 2011 (il termine attuale è il 2010).

³⁸⁵ La maggior parte delle DSP hanno una durata dai 10 ai 15 ans (Lorient, Brest, Bayonne, Bastia ad esempio). Le concessioni dei ports départementaux hanno delle durate normalmente superiore (30 ans à Propriano, Fécamp ou Porto Vecchio, 32 ans à Quimper).

³⁸⁶ A Cherbourg, il delegatario proposto dalla CCI di riferimento era una SAS denominata "*port de Cherbourg*" (costituita al 90 % dalla CCI e al 10 % dalla Louis Dreyfus Armateurs (LDA). Anche a Calais e Boulogne, si registrano esperimenti di società "miste".

³⁸⁷ E' il caso del DSP di Calais Boulogne (durata: 50 anni) e di quella di Ajaccio (durata: 30 anni).

– In altri, viene conferita al delegatario la responsabilità delle *sovrastrutture*, fissando degli obiettivi di *medio* termine, pur sottoponendolo ad un controllo serrato³⁸⁸.

In altre ipotesi, seppur residuali (come accade a *Dieppe*), non vi è alcuna delegazione e l’Autorità portuale gestisce direttamente o tramite una struttura controllata i servizi portuali³⁸⁹. Volendo esemplificare quanto finora affermato in materia:

– L’Autorità portuale ha la facoltà di gestire *direttamente* il porto (c.d. gestione *en régie*³⁹⁰ *ou en quasi régie/in house*), attraverso un *établissement public industriel et commercial* (EPIC³⁹¹).

– Nel caso in cui non sia *en régie*, verrà utilizzato il modello del concedente-Autorità portuale e del concessionario. Il concessionario può essere:

– una “*personne publique*”, come ad esempio accade con le camere di commercio, CCI³⁹²;

– una società commerciale classica (SA o SAS), che può essere partecipata da enti pubblici³⁹³;

³⁸⁸ Si tratta della tipologia di DSP standard (da 8 a 15 anni).

³⁸⁹ Come accade per Sète, attraverso l’*établissement public régional* o per *Cherbourg Est*.

³⁹⁰ Come ricordato poc’anzi, Dieppe è in regia diretta; i *grands ports maritimes de Rouen et du Havre et du port autonome de Paris* sono gestiti tramite EPIC.

³⁹¹ Voce *établissement public*, enciclopedia Dalloz, op. cit.: “*Un établissement public est défini comme une personne morale de droit public disposant d’une autonomie administrative et financière afin de remplir une mission d’intérêt général, précisément définie, sous le contrôle de la collectivité publique dont il dépend (État, région, département ou commune). Certains acteurs interrogés par le CESEER ont préconisé que les ports de la Vallée de Seine conservent leur statut d’établissement public, mais qu’ils soient encadrés par un EPIC “de tête”, qui prendrait la place du GIE actuel. Les conseils de surveillance mis en place au sein de cet EPIC de tête et des EPIC inférieurs pourraient refléter davantage la variété des acteurs présents sur le port. 43 Le syndicat mixte est un groupement de collectivités. Il est dit “fermé” lorsqu’il ne regroupe qu’une catégorie d’acteurs (ex : les communautés de communes) et “ouvert” lorsqu’il associe des collectivités territoriales et d’autres personnes morales de droit public (ex : CCI). Un syndicat mixte doit comprendre au moins une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités”.*

³⁹² La CCI del litorale Normand-Picard gestisce ad esempio il port départemental di Tréport.

³⁹³ E’ possibile citare, ad esempio, il Port de Cherbourg (SAS) ed un raggruppamento alliant la CCI de Cherbourg et Louis Dreyfus Armateurs per la gestione della parte ovest del porto di Cherbourg, in base ad una *délégation*.

- una *société d'économie mixte locale* (SEML³⁹⁴), che fa eccezione al divieto di partecipazione per le *collectivités territoriales* al capitale delle *sociétés anonymes*;

- la "*société publique locale*" (SPL), in parte sovrapponibile con il campo di attività dei soggetti citati al punto precedente, ma in tal caso le *collectivités territoriales* detengono la maggior parte del capitale.

Francia e Italia: sistemi giuridici affini, ma distanti

Nonostante il quadro di riferimento teorico europeo e il modello portuale condiviso, permangono delle differenze significative tra ordinamento italiano e francese. In Francia vi sono modalità organizzative maggiormente flessibili per quanto concerne lo sfruttamento economico delle attività portuali, rispetto a quanto accade in Italia.

Secondo la normativa francese, non vi sono, infatti, restrizioni di alcun tipo rispetto alle tipologie di affidamento utilizzabili.

Ci si sofferma un'ultima volta, infine, sulla peculiare modalità di soddisfacimento del principio di separazione. Il rispetto delle prescrizioni europee in materia è raggiunto grazie alla compresenza di due soggetti pubblici, riconducibili a diversi centri di responsabilità.

³⁹⁴ La forma giuridica è simile a quella di una società, il cui capitale è diviso in azioni tra partner (pubblici e privati) che sopportano le perdite esclusivamente fino al loro conferimento. L'organizzazione e il funzionamento di tale tipo societario sono disciplinati dal Codice commerciale. Un'autorità locale può quindi creare un SEML, entro i limiti dei poteri riconosciuti dalla legge.

Va notato che per legge, i membri devono detenere più della metà del capitale. Lo scopo di ricorrere a questa tipologia di società è quello di permettere partnership con soggetti privati. Gli osservatori, tuttavia, hanno sottolineato che questo regime ha bisogno di uno scopo specifico per essere efficiente (ad esempio, la gestione dei porti turistici nel Canale della Manica o a Le Havre).

La definizione dei servizi di interesse generale in porto³⁹⁵: Italia e Francia a confronto

Premessa: il tentativo (fallito) di trasporre il concetto europeo di “Servizio di interesse economico europeo” nei singoli ordinamenti

Il protocollo in materia di SIEG (protocollo n. 26 allegato al TFUE)³⁹⁶, in ossequio al principio di sussidiarietà, riafferma, da ultimo, in maniera netta l’ampia competenza degli Stati membri ad *individuare, fornire, a commissionare e a organizzare* i servizi di interesse generale, economici e non.

Infatti, per non risultare ineffettiva, la nozione di SIEG deve nutrirsi di un’ampia dimensione evolutiva. E’ proprio tale peculiarità a rendere innegabile una forte dose di *politicità* delle scelte sottese all’utilizzo di un modulo organizzativo ovvero al riconoscimento di un servizio alla stregua di SIEG.

Gli ampi spazi riconosciuti agli Stati, tuttavia, non devono (o, meglio, non dovrebbero) giungere ad obliterare l’origine comunitaria del concetto stesso di SIEG³⁹⁷. Tuttavia, il limite di una siffatta considerazione è individuabile nello strumento di *enforcement* designato: un controllo *ex post*, operato dalle Istituzioni Europee, che si concretizza purtuttavia nell’unico limite dell’“*errore manifesto*”³⁹⁸.

³⁹⁵ Per un maggior approfondimento, nella disciplina italiana, si rimanda a ZUNARELLI S., “*I servizi portuali di interesse generale nella disciplina della l. 28 gennaio 1994, n. 84*”, *Dir. trasp.*, 1995, pp. 441 ss; XERRI SALAMONE A., *L’ordinamento giuridico dei porti italiani*, Milano, Giuffrè, 1998; CARBONE S. M., *La c.d. privatizzazione dei porti e delle attività portuali in Italia tra disciplina nazionale e diritto comunitario*, *Dir. UE*, 2000, pp. 1 ss.; MARESCA M., *la regolazione dei porti fra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 103 ss; CARBONE S. M., MUNARI F., op. cit., p. 322; ORRÙ E., “*Servizi di interesse generale, in Impresa e lavoro nei servizi portuali*”, in XERRI SALAMONE A. (a cura di), op. cit., pp. 89 ss.; nella disciplina francese, si rinvia a RÉZENTHEL R., *Le service public portuaire dans une économie de marché*, Neptunus E-revue; FEDI L., RÉZENTHEL R., *La fourniture de service portuaires et la transparence financière des autorités portuaires*; “*Le droit portuaire*”, *Droit maritimes*, 2015/2016.

³⁹⁶ Si veda il Paragrafo “L’articolo 106(2) TFUE del Trattato e la sua evoluzione interpretativa nella giurisprudenza comunitaria e negli orientamenti della Commissione” del I capitolo.

³⁹⁷ Conclusioni dell’Avvocato Generale Nils Wahl del 5 giugno 2014 C di Giustizia, affaire Iraklis Haralambidis C-270-13.

³⁹⁸ Uno dei rari esempi di “errore manifesto” riconosciuto è rappresentato proprio dalla sentenza della Corte di Giustizia Siderurgica Gabrielli più volte citata.

SAUTER in *Services of general economic interest*³⁹⁹, in maniera immaginifica, ha descritto la situazione quale una “*fundamental tension between, on the one hand, the Member States wish to obtain a broad public service exception, and, on the other, the European Commission seeking to avoid the Pandora’s box that could threaten the application of the market freedoms and the competition rules*”.

Nei paragrafi che seguono, pertanto, verranno confrontati i principali casi giurisprudenziali riscontrati in materia di Servizi di interesse economico generale in porto, per cercare di cogliere sia le analogie e le differenze qualificatorie presenti nei due ordinamenti, sia il grado di adesione agli orientamenti sovranazionali in materia.

I servizi portuali di interesse generale in Italia

Al fine di definire i contorni della definizione di “*servizio di interesse generale portuale*”, è necessario effettuare preliminarmente una ricognizione delle categorie di servizi che vengono in rilievo in ambito portuale.

In merito, possiamo distinguere - tra i servizi svolti in porto a favore delle imprese private e degli utenti - le seguenti quattro principali categorie:

1) i *servizi alle merci*, che comprendono le *operazioni portuali* ed i *servizi portuali specialistici*, complementari ed accessori al ciclo delle operazioni portuali (comunemente noti come *servizi portuali stricti iuris*); entrambi previsti e disciplinati dall’art. 16 della Legge n. 84 del 1994 nonché da specifici decreti ministeriali;

2) i *servizi alle navi*, ossia i servizi tecnico-nautici comprendenti il pilotaggio, l’ormeggio, il rimorchio ed il battellaggio, previsti dall’art. 14 della Legge n. 84 del 1994 e disciplinati dalle norme del Codice della Navigazione e del relativo Regolamento di esecuzione;

3) i *servizi di interesse generale ex art. 6, comma 4, lett. c) della Legge n. 84 del 1994*, inizialmente regolamentati ai sensi del D.M. 14 novembre 1994 di cui parleremo diffusamente;

4) i *servizi portuali c.d. “innominati”* che costituiscono una categoria residuale in cui rientrano le attività non riconducibili alle fattispecie di cui sopra (quali, ad esempio, le provveditorie di bordo).

³⁹⁹ SAUTER W., *Services of General Economic Interest and Universal Service in EU Law*, in *TILEC Discussion Paper No. 2008-017, European Law Review, No. 2, 2008*.

I servizi di interesse generale, propriamente detti

In Italia, non esiste tutt'oggi una definizione legislativa unitaria della categoria dei *servizi di interesse generale portuali*.

In passato, un Decreto ministeriale (D.M. 14 novembre 1994 del Ministero dei Trasporti e della Navigazione) elencava esplicitamente i servizi da qualificarsi come “*servizi di interesse generale*”, ossia i servizi di illuminazione⁴⁰⁰; i servizi di pulizia e raccolta rifiuti⁴⁰¹; il servizio idrico⁴⁰², i servizi di manutenzione e riparazione⁴⁰³; le stazioni marittime passeggeri⁴⁰⁴; i servizi informatici e telematici⁴⁰⁵; i servizi comuni al settore industriale ed al settore commerciale del porto⁴⁰⁶.

A tale elencazione, in seguito era stato aggiunto dal Decreto 4 aprile 1996 del medesimo Ministero (GU Serie Generale n.94 del 22-04-1996) il servizio ferroviario svolto nell'ambito dei porti⁴⁰⁷.

⁴⁰⁰ Tali servizi riguardano la gestione degli impianti di illuminazione e le relative manutenzioni, nonché la distribuzione di energia elettrica ai concessionari, agli utenti portuali e alle unità navali.

⁴⁰¹ Pulizia, raccolta dei rifiuti e sversamento a discarica relativa agli spazi, ai locali e alle infrastrutture comuni e presso i soggetti terzi (concessionari, utenti, imprese portuali, navi). Derattizzazione, disinfestazione e simili. Gestione della rete fognaria. Pulizia e disinquinamento degli specchi acquei portuali.

⁴⁰² Gestione dell'acquedotto, delle cisterne e della rete idrica e relative manutenzioni. Fornitura idrica alle navi in porto e in rada, ai concessionari ed agli utenti.

⁴⁰³ Tali servizi sono riferiti ai beni, agli impianti, ai sistemi tecnici e tecnologici, ai mezzi meccanici oggetto di concessione, di proprietà, ovvero utilizzati da soggetti operanti in porto.

⁴⁰⁴ Gestione delle stazioni marittime e servizi di supporto ai passeggeri.

⁴⁰⁵ Fornitura di sistemi informatici e telematici, di supporto informativo e di comunicazioni resi alle amministrazioni pubbliche, agli operatori privati, alla utenza e, più in generale, ai servizi marittimi.

⁴⁰⁶ Gestione di parcheggi, accosti attrezzati, bacini di carenaggio per il settore industriale; gestione di parcheggi attrezzati e strutture di supporto all'autotrasporto ed agli altri operatori ed utenti del settore commerciale.

⁴⁰⁷ CLARONI A., “*Sul servizio di gestione dei porti turistici quale servizio pubblico locale di rilevanza economica [Nota a sentenza: Cons. Stato, sez. VI, 18 maggio 2012, n. 6488]*”, *Riv. Dir. Nav.*, vol. XLII, 2013, pp. 490-503.

Di recente, con il D. Lgs. 13 dicembre 2017, n. 232⁴⁰⁸, c.d. “correttivo porti”, il Legislatore ha apportato alcune rilevanti modifiche al D. Lgs. n. 169/2016 (ai fini della classificazione operata nel presente lavoro, c.d. *terza fase* di riforma portuale).

Tale Decreto ha, infatti, sottratto al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti la competenza relativa all’individuazione dei servizi di interesse generale.

In maniera conforme a quanto già asserito nella relazione illustrativa⁴⁰⁹, il suddetto (repentino) cambiamento risulta giustificato dalla sopravvenuta obsolescenza dell’originaria previsione contenuta nel Decreto Ministeriale del 1996 rispetto alle normative di settore, nel frattempo diventate sempre più pervasive.

In parte, il Decreto Ministeriale in esame è stato ritenuto superato perché non più attuale rispetto a determinati servizi, ormai affidati agli enti locali (es. il servizio idrico e la

⁴⁰⁸ D. Lgs. 13 dicembre 2017, n. 232, recante “Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 4 agosto 2016, n. 169 concernente le Autorità portuali di cui alla legge 28 gennaio 1994, n. 84, ai sensi dell’articolo 8, comma 6, della Legge n. 124 del 7 agosto 2015”. Il predetto provvedimento è stato adottato sulla base della delega contenuta nell’art. 8, comma 6 della Legge 7 agosto 2015, n. 124, “Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”.

⁴⁰⁹ Cfr. la Relazione illustrativa del Governo del 15 settembre 2017 (pag. 2): “*L’articolo 4, oltre ad apportare correzioni strettamente linguistiche, novella l’articolo 6 della legge n. 84/94 che reca la disciplina dei compiti e delle funzioni delle AdSP. La norma prevede che i servizi di interesse generale non siano più individuati con decreto ministeriale. Infatti, la materia di tali servizi, dal 1994 ad oggi, ha subito un’evoluzione completa sia per quanto riguarda le competenze, ormai prevalentemente di comuni e regioni, sia per quanto riguarda le procedure di affidamento, da ultimo con il recepimento nel nuovo codice degli appalti della direttiva UE sulle concessioni di servizi. Le competenze delle AdSP in materia di servizi di interesse generale sono state erose nel tempo (es. servizio idrico, raccolta rifiuti...) e sono ormai residuali, il che renderebbe l’individuazione compiuta con decreto di natura meramente ricognitiva e non attributiva di competenze. Per quanto concerne, poi, le procedure di affidamento, si applicano ormai le regole di cui al nuovo codice degli appalti. L’individuazione dei servizi di propria competenza da affidarsi mediante gara può essere più utilmente compiuta dalla singola AdSP, nel rispetto delle vigenti normative in materia. La norma provvede, altresì, ad apportare mere correzioni linguistiche, nonché a rettificare alcuni richiami normativi*”.

raccolta rifiuti⁴¹⁰) o all'Autorità marittima (in concorso con Autorità portuale, per servizi tecnico-nautici⁴¹¹).

Invero, il Ministero dei trasporti si è espresso nuovamente sulla materia, senza invero fornire totalmente i chiarimenti auspicati, con la Circolare interpretativa n. 10251 del 17.04.18.

Nella circolare ministeriale vengono, tuttavia, ancora qualificati espressamente alla stregua di servizi di interesse generale esclusivamente i servizi di illuminazione delle parti comuni o, ancora, il servizio di disinquinamento degli specchi acquei.

Non si esclude, inoltre, che vi possano essere ulteriori servizi – non elencati nemmeno nell'originario DM del 1996 – che debbano essere classificati quali SIEG.

In realtà, il Ministero precisa come non sia possibile effettuare una puntuale ricostruzione *a priori* della classificazione delle attività in un senso o nell'altro e, pertanto, demanda (in maniera singolare) alle Autorità di sistema portuale la scelta, di volta in volta, della qualificazione (o meno) alla stregua di SIEG⁴¹².

⁴¹⁰ Per una dettagliata analisi, si veda CARBONE S. M., MUNARI F., *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 323

⁴¹¹ In proposito si richiamano: art. 17 Cod. Nav. che attribuisce all'Autorità Marittima tutte le competenze generali e residuali nella materia della navigazione (compresa, quindi, anche la disciplina dei servizi tecniconautici); art. 62 Cod. Nav. che stabilisce il potere dell'Autorità Marittima di “*regola(re) e vigila(re), secondo le disposizioni del regolamento, l'entrata e l'uscita, il movimento, gli ancoraggi e gli ormeggi delle navi, l'ammaramento, lo stazionamento e il movimento degli idrovolanti nelle acque del porto*”; art. 63 Cod. Nav. che attribuisce all'Autorità Marittima il potere di intervenire in casi di emergenza anche utilizzando i fornitori di servizi tecnico-nautici quali ausiliari; artt. 66 e 67 Cod. Nav. che attribuiscono all'Autorità Marittima il compito di individuare i mezzi di cui devono dotarsi i prestatori di servizi tecnico-nautici in ciascuno scalo per poter erogare il proprio servizio; art. 81 Cod. Nav. che riconosce all'Autorità Marittima il generale potere di provvedere “*per tutto quanto concerne in generale la sicurezza e la polizia del porto o dell'approdo e delle relative adiacenze*”.

⁴¹² E' lecito domandarsi se effettivamente possa essere considerata direttamente l'AP destinataria di tale obbligo. Si veda anche il Parere del Cds 4 ottobre 2017 sul D.lgs. correttivo n. 1668/17.

La seconda categoria che rileva in Italia ai fini dell'individuazione dei servizi di interesse economico generale è quella dei *servizi tecnico nautici*⁴¹³, così come definiti dall'art. 14, comma 1bis, della l. 84/94, ossia i “*servizi di interesse generale atti a garantire nei porti, ove essi sono istituiti, la sicurezza della navigazione e dell'approdo*”.

⁴¹³ MACRÌ F., “*Diritto di autoproduzione e servizi tecnico-nautici ancillari alla navigazione: alcune riflessioni ricostruttive*”, Dir. comm. int., n. 3, 2002, p. 641. COSTA P., “*Introduzione*”, in COSTA P., CASAGRANDE M. (a cura di), *Dalla concorrenza nei porti alla concorrenza tra i porti. Il caso dei servizi tecnico-nautici in Italia*, Venezia, Marsilio, 2011: «*È noto come essa (la legge di riforma) discenda da una sentenza resa dalla Corte di giustizia sul porto di Genova, in cui si è dichiarata l'incompatibilità con il diritto dell'Unione Europea dei regimi di monopolio legale previsti in favore delle organizzazioni dei lavoratori portuali. Tali regimi di monopolio erano un retaggio storico dei porti in tutti il mondo e, pur assumendo nei diversi ordinamenti forme giuridiche diverse, non costituivano un unicum del porto di Genova o dei porti italiani. Piuttosto si può dire che, in Italia, la gestione monopolistica del lavoro portuale era trascinata in inaccettabili inefficienze corporative, la cui constatazione ha indotto la Corte di Lussemburgo a una sentenza particolarmente coraggiosa. La sentenza sul porto di Genova non ha quindi rimosso un handicap italiano, ma ha modernizzato e aperto alla concorrenza l'intera portualità europea*».

Si ricomprendono tra i servizi tecnico-nautici: il servizio di pilotaggio⁴¹⁴, rimorchio⁴¹⁵, ormeggio⁴¹⁶ e battellaggio⁴¹⁷.

⁴¹⁴ L'art. 92, comma 1 Cod. Nav. stabilisce che il servizio di pilotaggio è volto a prestare assistenza tecnica al Comandante della nave, in particolare suggerendogli la rotta ed assistendolo nella determinazione delle manovre necessarie per seguirla soprattutto allorché, per lo stato dei luoghi o per le condizioni del traffico, tali manovre possano presentare particolari difficoltà.

⁴¹⁵ La disciplina del servizio di rimorchio è contenuta negli artt. 101-107 Cod. Nav. ed artt. 138-139 Reg. Nav. Mar. oltre agli specifici regolamenti locali adottati dall'Autorità Marittima in ciascuno scalo ai sensi dell'art. 102 Cod. Nav. A differenza del pilotaggio, per il quale l'art. 92 Cod. Nav. detta una precisa definizione, con riferimento al servizio di rimorchio il Legislatore non ha provveduto a precisarne il contenuto. L'art. 103 Cod. Nav. si limita, infatti, a fare riferimento ad una "attività di trazione" degli elementi da rimorchiare. È opinione condivisa che il servizio in questione si configuri come attività nautica consistente nella trazione da un luogo ad un altro di una nave, di un galleggiante o di altro mobile (relitto, chiatta, pontone, piattaforma, ecc.) nei porti e negli altri luoghi di approdo o di transito delle navi addette alla navigazione marittima. Il concetto di trazione, pur costituendo la sostanza del servizio di rimorchio, deve pur tuttavia essere inteso in modo estensivo, ricomprendendo ogni operazione funzionale a imprimere, rallentare o arrestare il movimento degli elementi rimorchiati. LEFEBVRE D'OVIDIO A., PESCATORE G., TULLIO L., Manuale di diritto della navigazione, Milano, Giuffrè, p. 170; in giurisprudenza, T.A.R. Sicilia - Catania, 31 marzo 2001, n. 588, in Dir. trasp., 2002, 665, secondo cui il servizio di rimorchio è "*giuridicamente e concettualmente circoscritto alle operazioni mediante le quali un apposito mezzo nautico (rimorchiatore), con l'impiego della propria forza di propulsione, coopera allo spostamento, nell'ambito del porto, di una nave o di altro mezzo galleggiante mediante trazione o spinta*".

⁴¹⁶ Il servizio di ormeggio consiste nell'attraccare la nave alla banchina o alle boe, nell'assicurarla al punto di ormeggio, vigilando la stessa per tutta la durata della sosta in porto e cooperando con l'equipaggio in fase di disormeggio della nave in partenza, liberandola dagli strumenti di ormeggio ed attendendo in banchina o alla boa che la stessa si sia allontanata in condizioni di sicurezza dalle acque portuali GIARDINI A., "I porti e i servizi portuali", ZUNARELLI S. (a cura di), Il Diritto del Mercato del Trasporto, Padova, Cedam, 2008, p. 333; in giurisprudenza si richiama Cons. Stato, Sez. II, parere 30 agosto 1996, in Dir. mar., 1998, 1124, secondo cui il servizio di ormeggio si sostanzia "*nella posa, nel trasferimento o nel rilascio dei cavi che legano la nave alla terra ferma o alle boe in maniera tale da rendere sicura l'operatività e la permanenza in porto della nave e da non arrecare danni alle altre navi ed alle opere portuali*".

⁴¹⁷ L'art. 215, comma 1 Reg. Nav. Mar. stabilisce che i barcaiuoli (detti anche battellieri) "*sono addetti alla condotta dei mezzi nautici adibiti ai servizi attinenti al traffico nell'ambito del*

L'utilizzo della locuzione “*servizi di interesse generale*”, senza ulteriori specificazioni, utilizzata da parte del legislatore del 1994 per descrivere i servizi tecnico-nautici ha destato non poche perplessità negli interpreti, attesa la possibile confusione con la diversa nozione di cui all'art. 6, comma 4, lett. c), della Legge n. 84/1994, presa in considerazione nel precedente paragrafo.

Secondo alcuni Autori⁴¹⁸ sarebbe stato corretto adottare una dicitura maggiormente descrittiva, quale “*servizi economici di interesse generale finalizzati alla sicurezza della navigazione nelle acque portuali*”.

Si aggiunga che il riferimento del legislatore alla nozione comunitaria di “*servizi di interesse economico generale*” mirava – *scientemente* – all'esclusione dell'aggettivo “economico”, di cui all'art. 106 TFUE (ex art. 86 TCE), al fine di giustificare la mancata applicazione dei principi di libera concorrenza sanciti dal Trattato⁴¹⁹.

Si osserverà, in realtà, come il carattere dell'economicità sia ben presente in questa tipologia di servizi, nonostante conviva con le esigenze di interesse generale in materia di sicurezza della navigazione.

Pertanto, a dispetto di una scelta legislativa terminologica non propriamente cristallina, i servizi tecnico-nautici sono da ricondursi alla categoria dei “servizi di interesse economico generale” di cui all'art. 106 TFUE.

A questo punto della trattazione, sorge spontaneo interrogarsi in merito alla necessità di configurare unitariamente (nonché separatamente rispetto agli altri SIEG) la categoria dei servizi tecnico-nautici.

porto presso il cui ufficio essi sono iscritti”. Il servizio di battellaggio consiste, dunque, nell'attività di trasporto di persone e cose resa con imbarcazioni di modeste dimensioni a favore delle navi in rada od ormeggiate presso i terminal portuali.

⁴¹⁸ Cfr. BRIGNARDELLO M., “*Sicurezza della navigazione e servizi tecnico-nautici*”, in RIZZO M.P., INGRATOCCI C. (a cura di), *Sicurezza e libertà nell'esercizio della navigazione*, Messina, Giuffrè, 2014, p. 211.

⁴¹⁹ Cfr. GENNARI D., “*Recenti orientamenti giurisprudenziali su alcuni aspetti problematici in materia di servizi tecnico-nautici ancillari alla navigazione: spunti per una ricostruzione sistematica*”, *Dir. trasp.*, 2002, p. 831.

Alla Legge n. 186/2000⁴²⁰ si deve l'introduzione di tale opzione interpretativa: il progetto ispiratore di siffatta classificazione, secondo una corrente dottrinale⁴²¹, era finalizzata a consolidare il "sistema della sicurezza nelle acque portuali".

Del resto, l'enfatizzazione del carattere unitario, confermato anche dall'attuale formulazione dell'art. 14 della Legge n. 84/1994, ha consentito una uniformità di disciplina organizzativa, tariffaria e in punto di obbligazioni di pubblico servizio.

Tale scelta non è stata, tuttavia, totalmente esente da critiche.

Altri Autori⁴²² hanno sottolineato come, in tal modo, sia mancata la considerazione della profonda diversità economica-commerciale che i servizi di tale categoria presentano.

Si pensi, a titolo esemplificativo che il pilotaggio, ormeggio e battellaggio sono classificati servizi *human intensive*, in virtù della prevalenza della elevata qualificazione professionale dei prestatori. Laddove, in contrapposizione, il rimorchio è un servizio chiaramente *capital intensive*, che, dunque, necessita di una dotazione imprenditoriale consistente richiesta in capo ai prestatori.

I servizi di interesse generale in porto nel diritto Francese

Conclusa una panoramica dei SIEG portuali individuati nell'ordinamento italiano, è necessario indagare la regolamentazione della categoria nell'ordinamento francese. In proposito, la nozione di "servizio pubblico portuale", nel suo significato attuale, è sicuramente di origine recente⁴²³ ed ha subito una decisa evoluzione.

⁴²⁰ Legge n. 186 del 30 giugno 2000, "Modifiche alla legge 28 gennaio 1994, n. 84, in materia di operazioni portuali e di fornitura del lavoro portuale temporaneo".

⁴²¹ MUNARI F., "Il riordino della legislazione portuale e la disciplina dei servizi funzionali alla sicurezza nelle acque portuali. Appunti per una discussione", Dir. mar., 1996, p. 970, secondo il quale è opportuno che i servizi volti a garantire la sicurezza della navigazione nei porti siano concepiti in modo unitario, organizzati e disciplinati con modalità mutatis mutandis omogenee tra i diversi servizi e diretti dalla medesima autorità

⁴²² CASANOVA M., "Problematiche giuridiche relative alla sicurezza in ambito portuale", in TRANQUILLI-LEALI R., ROSAFIO E.G. (a cura di), Sicurezza, Navigazione e Trasporto, Milano, 2008, p. 35.

⁴²³ Per una panoramica dell'evoluzione in materia: REZENTHEL R., "Le service publique portuaire dans une économie de marché", Neptunes e. revue, reperibile in www.cdmo.univ-nantes.fr

Il primo precedente giurisprudenziale significativo in materia è rappresentato da una pronuncia resa dal *Conseil d'État*⁴²⁴, verso la fine della seconda guerra mondiale: in tal caso, vennero considerati servizi pubblici i servizi di manutenzione portuale e il c.d. *remorquage*.

Tale sentenza dev'essere posta in relazione con il contesto dell'epoca, caratterizzato da uno spiccato protezionismo economico, in cui i porti rappresentavano un'infrastruttura strategica per la difesa, nonché per la ricostruzione del paese.

Tutt'oggi, la nozione di servizio pubblico portuale non viene esplicitata in nessun testo di diritto positivo. Il *Code des ports maritimes*, laconicamente, fa riferimento esclusivamente alle "*obligation de Service public*".

Invero, trattasi di una nozione prettamente giurisprudenziale⁴²⁵.

Prima di entrare nel dettaglio delle sentenze che, di volta in volta, hanno qualificato un particolare servizio quale attività di interesse economico generale, è necessario soffermarsi su una distinzione tipica del diritto amministrativo francese.

⁴²⁴ CE, sect., 5 mai 1944, Ce maritime de l'Afrique Orientale, Lebon 129; D. 1944. 164, concl. B. Chenot.

⁴²⁵ CE 4 oct. 2004, req. n° 259525, Sari CHI, inédit au Lebon.

Si veda anche RÉZENTHEL R., "*Le service public portuaire*", *Annuaire de droit maritime*, vol. XIII, 1995, p. 61 e ss.

Com'è notorio, la qualificazione della nozione di servizio pubblico dipende in gran parte dal libero apprezzamento dello Stato. A tal proposito il Consiglio di Stato ha statuito che: "*lorsqu'une personne privée exerce, sous sa responsabilité et sans qu'une personne publique en détermine le contenu, une activité dont elle a pris l'initiative, elle ne peut, en tout état de cause, être regardée comme bénéficiant de la part d'une personne publique de la dévolution d'une mission de service public ; que son activité peut cependant se voir reconnaître un caractère de service public, alors même qu'elle n'a fait l'objet d'aucun contrat de délégation de service public procédant à sa dévolution, si une personne publique, en raison de l'intérêt général qui s'y attache et de l'importance qu'elle revêt à ses yeux, exerce un droit de regard sur son organisation et, le cas échéant, lui accorde, dès lors qu'aucune règle ni aucun principe n'y font obstacle, des financements*" (CE sect 6 avril 2007, commune d'Aix-en-Provence, req. n° 284736)

E' doveroso, infatti, distinguere⁴²⁶ i servizi pubblici “*administratifs*” (SPA), sottoposti ad una gestione pubblica, dai servizi pubblici “*industriels et commerciaux*” (SPIC), gestiti da privati⁴²⁷.

Non esiste una distinzione *perfettamente* sovrapponibile a quella appena descritta nel diritto italiano.

⁴²⁶ Un servizio può essere classificato quale SPA o SPIC sia dal legislatore, sia in via interpretativa. Ovviamente, dove sia esplicitata dal legislatore la qualifica di servizio pubblico, il giudice ne è vincolato.

A volte, tuttavia, la natura dell'ente è in contrasto con il servizio svolto (T. confl. 24 giugno 1968, distillerie bretoni e società di approvvigionamento alimentare) oppure ci sono enti pubblici che svolgono sia una missione di servizio pubblico amministrativo sia una missione di servizio pubblico industriale e commerciale (T. Contig 17 aprile 1959, Abadie).

La giurisprudenza ha sistematizzato gli elementi di distinzione tra servizi pubblici amministrativi e servizi pubblici industriali e commerciali (CE, Ass., 16 novembre 1956, Union Syndicale des Industries Aeronautics, CE, sett., 26 gennaio 1968, Dame Maron). L'operazione di identificazione di un servizio pubblico avviene in due fasi distinte. Il giudice presume, in un primo momento, che qualsiasi servizio pubblico sia amministrativo. Tuttavia, questa presunzione, e questo è il secondo passo, può essere invertita se, per il suo scopo, il suo metodo di finanziamento e le sue modalità organizzative e operative, il servizio pubblico in questione sembra essere di natura industriale e commerciale. In pratica, i tre elementi riportati costituiscono gli indici rilevatori della natura industriale e commerciale di un servizio pubblico.

In materia, ex multis: T. confl. 6 avr. 2009, Ferry c/ Syndicat mixte des stations de l'Audoubert et de Gréolières, req. n° 3684; CE 10 juill. 1989, Régie départementale des passages d'eau de la Charente-Maritime, req. n° 77006; T. confl. 4 juill. 1983, Gambini, req. n° 2306; T. confl. 24 juill. 1968, Sté des distilleries bretonnes et sté d'approvisionnement alimentaire, req. n° 1917; CE, sect., 26 janv. 1968, Dame Maron, req. n° 70588; T. confl. 15 janv. 1968, Compagnie Air France c/ Époux Barbier, req. n° 1908; CE, sect., 24 nov. 1967, Ministre des Travaux publics et des transports c/ Dlle Labat, req. n° 66729; CE, sect., 17 avr. 1959, Abadie, req. n° 22239; CE, sect., 8 mars 1957, Jalenques de Labeau, req. n° 15219; CE, ass., 16 nov. 1956, Union syndicale des industries aéronautiques, req. n° 26549; T. confl. 22 janv. 1955, Naliato, req. n° 1511; CE 26 janv. 1923, De Robert Lafrègyre, req. n° 62529; T. confl. 22 janv. 1921, Société commerciale de l'Ouest africain, req. n° 0706.

⁴²⁷ In origine, esisteva anche una terza categoria, “les services publics sociaux”, che comprendeva i servizi con oggetto “sociale” e gestione privata (V. T. confl. 22 janv. 1955, Naliato). Tale classificazione non si è, tuttavia, conservata sino ad oggi (V. T. confl. 4 juill. 1983, Gambini).

Infatti la sussistenza di un SPA conduce all'applicazione delle regole di *droit public* e alla competenza del *juge administratif*. Al contrario, invece, l'esistenza di uno SPIC comporta una ampia sottomissione al *droit privé* e alla competenza del *juge judiciaire*.

In altri termini, l'aspetto non commerciale dei SPA consente più facilmente, se esiste una ragione imperativa di interesse generale, di derogare al diritto della concorrenza al fine del raggiungimento della missione di pubblico servizio⁴²⁸.

Ovviamente tale distinzione comprende anche delle eccezioni, posto il labile confine tra il diritto pubblico ed il diritto privato in materia⁴²⁹.

E' stato osservato, tuttavia, che la distinzione⁴³⁰ tra le due categorie è spesso contingente: un servizio pubblico qualificato come SPIC potrebbe essere successivamente

⁴²⁸ CJCE 19janv. 1994, aff. 0364/92, SAI, Flugge- seilschaft, fiec. CJCE (-143; AJDA 1994. 286, chron.

H.Chavrier, E. Honorat et P. Pouzouiet; D. 1995. 33, note G. Liutlier; RTD corni. 1994. 606, obs. C. Boize; RTD eur. 1995. 39, chron. J.-B. Blaise et L. Idot- CJCE 18 mars 1997, aff. n° C-343/95, Diego & Figli, Ree C/CF 1-1547; AJDA 1997. 772, étude H. Chavrier, E. Honorat et G. de Gergues; ibid 772, étude H. Chavrier, E. Honorat et G. de Bergues; D. 1997. 97; RTD eur. 1997. 459, chron. J.- B. Blaise et L. idot; ibid. 629, chron. C. London.

⁴²⁹ Tuttavia, se le controversie tra uno SPIC e i suoi utenti rivelano sempre una relazione privata, quelle tra uno SPIC e il suo direttore del servizio o il tesoriere si trovano in una situazione di diritto pubblico (EC 26 gennaio 1923, De Robert Lafrègyre; , sett., 8 marzo 1957, Jalenques de Labeau). Inoltre, lo *statut* degli agenti SPIC, anche se adottato da una persona giuridica di diritto privato, è un atto amministrativo se viene preso in considerazione per l'organizzazione del servizio e soddisfi prerogative di tipo pubblicistico dell'autorità pubblica emanante (T. confl 15 gennaio 1968, Air France Co. contro Epx Barbier). Parimenti, laddove il pregiudizio abbia origine in un lavoro o in un'opera pubblica (CE, sett., 24 novembre 1967, Ministro dei lavori pubblici e dei trasporti contro Dlle Labat).

Laddove invece la SPA, invece, sia gestita da un privato (per effetto di un accordo di delega di servizio pubblico o di un'autorizzazione unilaterale) l'utente è in linea di principio vincolato al servizio da un collegamento di diritto privato, regolamentare o, più frequentemente, contrattuale.

⁴³⁰ In materia, sono rilevanti: Encyclopédie des collectivités locales, 06120 - Le service public industriel et commercial, par Jean-Claude Douence, 2009-3; Répertoire cont. administratif, Compétence administrative (Répartition des compétences entre le judiciaire et l'administratif), par Jacques Moreau, Pierre Moreau, Bernard Cazin, juin 2002; Détermination du caractère industriel et commercial d'un service public par le juge judiciaire (note sous Soc. 24 juin 2014, n° 13-11.142), J.-F. Lachaume, AJDA 2014. 2082; La création d'un site internet par une CCI : activité

riconosciuto alla stregua di un SPA⁴³¹ oppure, addirittura, perdere la qualifica di servizio pubblico.

Questa ultima affermazione risulta particolarmente confacente per quanto concerne il servizio di *manutenzione portuale*.

Infatti, se da decenni la Corte di Giustizia aveva ritenuto escluso dal novero dei servizi pubblici la manutenzione portuale⁴³², il Consiglio di Stato francese ne ha riconosciuto la mancata appartenenza alla categoria solo in tempi relativamente recenti⁴³³.

In altri casi, la qualifica di servizio pubblico può mutare a seconda dell'ambito territoriale interessato dallo svolgimento del servizio oppure a seconda delle modalità di finanziamento e di gestione: si pensi, ad esempio, allo smaltimento dei rifiuti e alla distribuzione d'acqua in ambiti particolarmente difficoltosi o con caratteristiche peculiari, tali da rendere antieconomico il servizio.

privée ou service public ? (note sous Civ. Ire 4 mai 2011, n° 10-10.989), J.-F. Lachaume, AJDA 2011. 2355; Qualification du contrat et changement de qualité d'un cocontractant (concl. sur T. confl. 16 oct. 2006, req. n° 3506), B. Delaunay, RFDA 2007. 290; Qualification du contrat et changement de qualité d'un cocontractant (concl. sur T. confl. 16 oct. 2006, req. n° 3506), J.-H. Stahl, RFDA 2007. 284; L'identification d'un service public industriel et commercial : la neutralisation du critère fondé sur les modalités de gestion du service (obs. sous T. confl. 21 mars 2005, req. n° 3413), J.-F. Lachaume, RFDA 2006. 119; Services publics industriels et commerciaux : compétence (obs. sous T. confl. 21 mars 2005, req. n° 3413), G. Orsoni, RTD com. 2006. 48; La nature juridique d'un contrat s'apprécie à la date de sa conclusion (chron. sous T. confl. 16 oct. 2006, req. n° 3506), C. Landais et F. Lenica, AJDA 2006. 2382; L'érosion de la distinction SPA-SPIC, B. Seiller, AJDA 2005. 417; Brèves remarques sur les services publics à double visage, J.-F. Lachaume, RFDA 2003. 362.

⁴³¹ Si pensi, ad esempio, ai c.d. *bacs de transport* qualificati successivamente quali SPIC (T. confl. 22 janv. 1921, Sté commerciale de l'Ouest africain), dopo essere stati espressamente riconosciuti quali SPA (CE 10 juill. 1989, Régie départementale des passages d'eau de la Charente-Maritime).

⁴³² CJUE 10 dicembre 1991, Merci convenzionali porto di Genova, C- 179-90, Rec. P. 1-5889. In precedenza, riconosceva, invece, tale qualifica: CE, sect., 5 mai 1944, Cie maritime de l'Afrique Orientale, Lebon 129; D. 1944. 164, concl. B. Chenot.

⁴³³ CE 14 aprile 2009 sezione lavori pubblici, aggiungo.

Si pensi, in materia portuale, al peculiare caso del servizio di *amarrage*⁴³⁴, che muta le sue caratteristiche in base al contesto in cui viene svolto.

Nei porti di commercio, il *Tribunal des conflits*⁴³⁵ ha ritenuto che si trattasse di una missione di servizio pubblico a carattere amministrativo per la natura delle obbligazioni imposte dall'autorità di polizia portuale.

Al contrario nei porti turistici, c.d. *ports de plaisance*, la distribuzione degli ormeggi nei porti è stata considerata una missione di servizio pubblico di natura industriale e commerciale⁴³⁶. In quest'ultimo caso permane, tuttavia, un'ambiguità, atteso che i soggetti che usufruiscono di tale servizio pagano una tassa di occupazione nel pubblico dominio per attraccare la loro nave⁴³⁷.

In proposito, il Consiglio di Stato Francese ha statuito che: “*S'il appartient à l'autorité administrative affectataire de dépendances du domaine public de gérer celles-ci tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, il lui incombe en outre lorsque, conformément à l'affectation de ces dépendances, celles-ci sont le siège d'activités de production, de distribution ou de services, de prendre en considération les diverses règles, telles que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ou l'ordonnance du 1er décembre 1986 (droit de la concurrence)*⁴³⁸”.

⁴³⁴Nei porti di commercio, le *Tribunal des conflits* (Trib. Confl. 11 décembre 1972, Spathis c/ Port autonome de Bordeaux, JCP 1974, II, G., 17669 note MODERNE F., DMF 1973 p. 269 note AUBY J.-M.) ha stabilito che “*il s'agissait d'une mission de service public à caractère administratif. Cette jurisprudence s'explique par la nature des mesures imposées par l'autorité chargée de la police portuaire. Elle ordonne et contrôle la mise à quai du navire, elle vérifie son amarrage. La répartition des postes d'amarrage dans les ports de plaisance est considérée comme une mission de service public à caractère industriel et commercial C'est d'ailleurs le régime de gestion des ports de plaisance, de surcroît les pontons d'amarrage sont considérés comme des outillages publics dont l'exploitation présente un caractère industriel et commercial. Toutefois, une ambiguïté subsiste car les plaisanciers paient une redevance d'occupation du domaine public pour l'amarrage de leur navire à un ponton, alors que la gestion de cette catégorie d'ouvrage relève du service public à caractère administratif*”.

⁴³⁵ Confl. 11 décembre 1972, Spathis c/ Port autonome de Bordeaux, JCP 1974, II, G., 17669 note F. Moderne, DMF 1973 p. 269 note J-M Auby

⁴³⁶ Trib. Confl. 22 juin 1998, M. Corbusie, DMF 1998 p. 1098 note R. Rézenthel

⁴³⁷ CE 18 décembre 1989, Port Autonome de Paris c/ M. Auvray et autres, req. n° 71.994

⁴³⁸ CE sect 26 mars 1999, société EDA, req. n° 202260, AJDA 1999 p. 427 concl. J-H. Stahl note M. Bazex.

Da notarsi che non esistono automatismi in materia: ad esempio, lo sfruttamento di un porto commerciale non rileva *automaticamente* come servizio di interesse economico generale⁴³⁹ poiché non vi è un automatico perseguimento di un obiettivo di pubblico interesse.

La distinzione tra SPA e SPIC, attualmente, ha come principale conseguenza il diverso riparto di giurisdizione. Tuttavia, questa divisione potrebbe dirsi superata da una nuova classificazione, di tipo strettamente economico, tra servizi economici di mercato (*services marchands - services économiques*) e i c.d. *services non marchands (services de puissance publique)*, mutuata dalla definizione di SIEG in commento.

Nello specifico, sono considerati SPA in ambito portuale: *l'amarrage* delle navi⁴⁴⁰, la *police, l'aménagement e l'entretien* delle opere portuali⁴⁴¹, la gestione del *domaine public*⁴⁴², la protezione dell'ambiente, il controllo dell'imbarco dei *dockers intermittents*⁴⁴³.

⁴³⁹ CJUE 17 luglio 1997 GT-Link, aff. N. C-242/95, point. 52, Rec. P. 1-4449. In Italia, invece, per quanto concerne la gestione di un porto turistico si segnala C.d.S., Sez. VI, 18 dicembre 2012, n. 6488 commentata da CLARONI A. , “Sul servizio di gestione dei porti turistici quale servizio pubblico locale di rilevanza economica”.

⁴⁴⁰ R. REZENTHEL : L'accostage et l'amarrage des navires dans les ports, DMF 1985., Doctr. p. 707.

⁴⁴¹ CE 26 juin 1974, req. n° 85687, port autonome de Marseille, Lebon 370.

⁴⁴² CE 18 dèc. 1989, req.n° 71994, port autonome de Paris d M. Auvray e AA. inédit au Lebon ; AJD1 1990. 233.

⁴⁴³ CE, ass., 13 juill 1967, Allegretto, Lebon 315; D. 1968. 47, conc. Galabert.

Sono, invece, attività a carattere industriale e commerciale (SPIC): lo sfruttamento degli *ouillages publics*⁴⁴⁴, le *pilotage portuaire*, le *remorquage*⁴⁴⁵ et le *lamanage*⁴⁴⁶.

Va sottolineato come sovente i prestatori che erogano tali servizi sono in posizione monopolistica *di diritto* (pilotage) o *di fatto* (remorquage e lamanage)⁴⁴⁷.

Rispetto a quanto analizzato per quanto concerne l'ordinamento italiano, è da notarsi che la differente classificazione (certamente non di poco conto) operata dai due ordinamenti non consente una piena raffrontabilità tra tipologie di servizi.

Tuttavia, nonostante il regime di disciplina sia di stampo strettamente privatistico, i “*Services publics industriels et commerciaux*” rappresentano la categoria più simile ai servizi di interesse economico generale elaborati nell'ordinamento europeo poiché sono

⁴⁴⁴ Ad esempio, in materia di *installations de terminaux gaziers et pétroliers*, il Consiglio di Stato francese, sez. lavori pubblici, del 14 aprile 2009 ha stabilito: “*ces installations, qui participent du bon fonctionnement global du port, n'en demeurent pas moins affectées à l'objet d'utilité générale qui en a déterminé la création. Dès lors, la circonstance qu'elles relèvent d'une exploitation privative, fût-ce pour le compte propre d'une entreprise, n'a pas pour effet de les soustraire au service public portuaire, dont elles ne sont pas dissociables*”.

⁴⁴⁵ CE 21 maggio 2008, req. N. 291115, nouvelle de remorquage du Havre (SNRH), Lebon; AJDA 2008. 1689 étude A. Antoine; ibidem 2009. 521 Chron. L. Richer S. Nicibski et P.A. Jeannenery; Dr. Soc. 2008. 874, concl. A. Courrèges.

⁴⁴⁶ La Corte di Giustizia classifica il *lamanage* in Francia come “Servizio di interesse economico generale” nel noto caso del 18 Giugno 1998, già analizzato più volte: Corsica Ferries France SA v Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl, Gruppo Ormeggiatori del Golfo di La Spezia Coop. arl and Ministero dei Trasporti e della Navigazione.

A commento: Le Mestre, Renan: Droit communautaire de la concurrence et monopole du lamanage, La Semaine juridique - édition générale 1999 II 10097; RENTHEZEL R., “L'évolution du régime des services publics portuaire”, DMF., 2009; ancora, RENTHEZEL R., “*Le lamanage et le droit communautaire*”, NPI 20 giugno 1998, spéc. P. 349.

⁴⁴⁷ Fonte: Fapport d'information n° 345 di MARINI P. M., *Les actions menées en faveur de la politique maritime et littorale de la France*, Annexe 3: *Les ports*, Paris, Assemblée nationale, 1998, reperibile sul portale della Bibliothèque de l'Université du Littoral Côte d'Opale: <http://bulco.univ-littoral.fr/>.

caratterizzati dall'economicità del servizio ed in ragione della qualificazione in termini di SIEG di tali servizi da parte della Corte di Giustizia⁴⁴⁸.

Il lettore non deve, tuttavia, dimenticare che – per i canoni dell'ordinamento italiano – questi non rappresentano completamente il paradigma del servizio pubblico, così come concepito in Italia, per le ragioni poc'anzi ricordate.

In verità, il giudice amministrativo ha cercato di fornire una definizione generale del significato di *servizio pubblico portuale*, onnicomprensiva di entrambe le categorie (SPIC e SPA). Sono servizi pubblici portuali i servizi che si occupano di “*sécurité des biens et des personnes et le bon emploi des outillages et des ouvrages du port*”⁴⁴⁹.

Alcune brevi considerazioni

Appare, *ictu oculi*, comprensibile come il quadro dei servizi di interesse generale nei singoli ordinamenti sia decisamente vario.

In primo luogo, perché non sono pienamente comparabili le classificazioni nazionali. Risulta, dunque, difficile riscontrare una piena sovrapposibilità tra le definizioni date nei due ordinamenti.

In secondo luogo, nelle singole pronunce non sono pressoché presenti richiami alla giurisprudenza europea al fine di sussumere la singola fattispecie concreta nella definizione teorica di “servizio di interesse economico generale”.

In terzo luogo, sia in Francia che in Italia il ragionamento svolto parte dalle conseguenze, in termini di regime di affidamento, per risalire alla classificazione qualificatoria, tramite un ragionamento “inverso”.

Un Autore francese, Delvolvé P.⁴⁵⁰, descrive emblematicamente la situazione in esame: “*Le Service public se définit moins par son objet que par son régime [...]. Est Service public l'activité que les pouvoirs publics ont entendu considérer comme tel*”.

Qual è, dunque, la soluzione ad una aporia definitoria di tale portata?

⁴⁴⁸ Si v. la giurisprudenza citata a p. 122.

⁴⁴⁹ CE 4 octobre 2004, SARL CHT, req. n° 259525.

⁴⁵⁰ P. Delvolvé, « *Les arrêts et le système de la concession de service public* », RFDA 1987.2 - CE, sect., G avr. 2007, req. ri 284736, Cne d'Aix-en-Provence, Lebon; AJDA 2007. 1020, chron. F. Lenica et J. Boucher; D. 2007. 1273; ibid. 2517, chron. G. Glamour; RDI2007. 424, obs. J.O.Dreyfus; RFDA 2007. 812, cond. F. Séners; ibid. 821, note j.-C. Douence; RTD com. 2007. 694, obs. G. Orsoni; RTD eur. 2003. 835, chron, D. Ritleng, A. Bouveresse et J.- P. Kovar.

A parere della scrivente, la regolamentazione per principi⁴⁵¹ risulterà la soluzione più adatta, come si osserverà nel capitolo seguente.

CAPITOLO III - CASO DI STUDIO: LA SUBORDINAZIONE ITALIANA DEL MODELLO IN HOUSE

Premessa: il principio di libera amministrazione e di neutralità a confronto

A dispetto delle differenze tra i due ordinamenti presi in considerazione nella presente analisi, è possibile osservare una convergenza parziale nell'individuazione dei servizi portuali di interesse generale in Italia ed in Francia, come illustrato nel precedente capitolo.

Tuttavia, nonostante l'applicazione uniforme nei due ordinamenti delle regole in materia di appalti pubblici, del diritto della concorrenza e della normativa in materia di aiuti di stato, il regime gestorio diretto (*en régie*) dei servizi *portuali* risulta essere interdetto esclusivamente ai soggetti pubblici italiani, in ossequio ad un auto-vincolo posto dalla normativa nazionale⁴⁵².

Il disfavore per tale modalità di affidamento è confermato sia nella disciplina italiana *generale* in tema di appalti pubblici (D.lgs. n. 50 del 2016), sia nel T.U. in materia di società a partecipazione pubblica (D.lgs. n. 175 del 2016)⁴⁵³.

Per quanto concerne quest'ultimo, l'articolo 4 del T.U.S.P.P. riconosce espressamente la possibilità di ricorrere all'affidamento diretto per gestire un *servizio di interesse generale*.

Tuttavia, il comma II dell'articolo 192 del Codice degli appalti pubblici ritiene che l'Amministrazione sia autorizzata a ricorrere al modello di autoproduzione *esclusivamente* in caso di *dimostrato fallimento del mercato*.

Tale disposizione risulta, senza dubbio, anacronistica rispetto al percorso finora tracciato.

⁴⁵¹ Non si tratta purtuttavia di una metodologia esente da problematiche. Infatti, devono essere prese in considerazione le opzioni interpretative, poste in essere dai singoli ordinamenti. Si pensi, ad esempio, al principio di separazione, già affrontato nella prima parte del presente capitolo.

⁴⁵² Si v. il paragrafo "*Le riforme portuali in Italia*".

⁴⁵³ In particolare, l'art. 5 del Codice dei contratti pubblici (Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), descrive i requisiti per considerare un affidamento "in house". Le giustificazioni da porre a fondamento della scelta di tale modello, invece, sono rinvenibili nell'art. articolo 192 del Codice dei contratti pubblici e negli artt. 4 e 16 del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica.

In primo luogo, si pone in contrapposizione rispetto all'interpretazione dell'art. 106 TFUE (II comma) che si è descritta nel I capitolo: come già evidenziato, sempre più spesso, anche i servizi di interesse economico generale vengono forniti in regime di concorrenza. Pertanto, la normativa italiana, giunge a vietare anche la gestione diretta dei pubblici servizi, nell'eventualità in cui sia possibile rivolgersi al mercato.

In secondo luogo, tale disposizione contrasta con i principi espressi a livello europeo in materia, ossia il principio di libera amministrazione e il principio di neutralità delle forme.

Il *principio di libera amministrazione*, nello specifico, consente alle *amministrazioni pubbliche* di organizzare i servizi e le attività di proprio interesse, secondo le modalità operative e gestionali ritenute più adeguate.

Sono espressioni di tale principio sia il Considerando 5⁴⁵⁴ della Direttiva 2014/24/UE⁴⁵⁵, sia l'art. 2 della Direttiva 2014/23/UE⁴⁵⁶.

In altri termini, entrambe le disposizioni demandano alle amministrazioni competenti la scelta fra il regime di autoproduzione e quello di esternalizzazione, modelli *equiordinati* per l'ordinamento europeo.

Si aggiunga che, contrariamente a quanto osservato in ambito nazionale, nella dimensione europea l'affidamento *in house* sembra addirittura un *prius logico* rispetto al ricorso all'esternalizzazione, rispondendo a precise esigenze di economia, nell'eventualità in cui una PA, in autonomia, possa svolgere il servizio *rispettando gli standard qualitativi richiesti*⁴⁵⁷.

⁴⁵⁴ In base al Considerando 5 infatti:

“E' opportuno rammentare che nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva (...)”.

⁴⁵⁵ La Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 in materia di appalti pubblici ha sostituito la Direttiva 2004/18/CE.

⁴⁵⁶ La Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 (Direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessioni).

⁴⁵⁷ In materia, si ricorda la sentenza della Grande Sezione del 9 giugno 2009, in causa C-480/06, Commissione CE c. Governo della Germania federale. Inoltre, la Commissione europea si è espressa, in maniera conforme, nella Comunicazione interpretativa (Documento C(2007)6661 del 5 febbraio 2008) sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, c.d. “P.P.P.I.”.

Ben si comprende, dunque, come la logica italiana – riassunta efficacemente dal Consiglio di Stato⁴⁵⁸ risulti obsoleta: “ [n.d.r. nella normativa italiana] *si presume senz’altro che le amministrazioni pubbliche non siano in grado di provvedere autonomamente solo perché non agiscono nel mercato; e per superare questa presunzione [n.d.r. per la normativa vigente] occorre dimostrare che il mercato, che ha comunque la priorità perché è mercato e non perché qui assicura condizioni migliori dell’autoproduzione, non è in concreto capace di corrispondere appieno all’esigenza di approvvigionamento*”.

La disciplina italiana, dunque, potrebbe rilevare ai fini dell’eventuale violazione del c.d. “*divieto di gold plating*”⁴⁵⁹: il legislatore europeo, infatti, prescrive che non possano essere introdotte normative più restrittive rispetto a quanto previsto dalla legislazione sovranazionale, eccettuati motivi di pubblico interesse (da giustificare espressamente).

⁴⁵⁸ Consiglio di Stato, sez. V, ord., 07 gennaio 2019 n. 138. In tale pronuncia, la questione del ricorso subordinato all’affidamento *in house* – come si vedrà in seguito – è stata rimessa alla Corte di Giustizia.

⁴⁵⁹ Il riferimento va anzitutto alla raccomandazione della Commissione europea riguardante il recepimento in diritto nazionale delle direttive che incidono sul mercato interno (SEC/2004/0918 def.), laddove (al punto 6) si invitano gli Stati membri ad astenersi dall’aggiungere, negli atti nazionali d’attuazione, condizioni o prescrizioni non necessarie per recepire la direttiva di cui trattasi quando tali condizioni o prescrizioni sono atte ad ostacolare il raggiungimento degli obiettivi perseguiti dalla direttiva.

Nell’allegato alla raccomandazione inerente “*prassi di Stati membri le quali facilitano il recepimento corretto e tempestivo in diritto nazionale delle direttive che incidono sul mercato interno*”, si evidenzia poi che “*l’aggiunta, nell’atto normativo d’attuazione, di disposizioni supplementari non necessarie per recepire la direttiva è evitata. Ove siano previste siffatte disposizioni supplementari, il ministero o altro ente governativo responsabile spiega perché l’aggiunta è ritenuta necessaria e dimostra che essa non ritarderà il recepimento*” (punto 3.4.).

Commissione europea, Smart regulation in the European Union, COM (2010) 543 nal, Bruxelles, 8 ottobre 2010: “*which goes beyond what is required by that legislation, while staying within legality. Member States have large discretion when implementing EC directives. They may increase reporting obligations, add procedural requirements, or apply more rigorous penalty regimes. If not illegal, ‘gold plating’ is usually presented as a bad practice because it imposes costs that could have been avoided*”.

Da notare che, in ogni caso, né la relazione di accompagnamento al Codice dei contratti pubblici⁴⁶⁰, né la relazione al TU in materia di società pubbliche⁴⁶¹ forniscono alcuna indicazione in merito alle ragioni che renderebbero possibile superare legittimamente il divieto di *gold plating*.

Il principio di neutralità delle forme⁴⁶², invece, esprime l'indifferenza del diritto dell'Unione europea rispetto al regime di proprietà vigente negli Stati membri, nonché l'irrelevanza della forma giuridica utilizzata per l'applicabilità delle disposizioni dei Trattati.

Nella materia dei servizi di interesse generale, costituisce una specificazione di tale principio l'art. 106 TFUE, I comma, che sancisce esplicitamente il principio della parità di trattamento tra imprese pubbliche e imprese private.

In altre parole, gli Stati, nel servirsi di imprese ad essi collegate, non possono porre le medesime in una situazione più favorevole e vantaggiosa rispetto alle imprese private⁴⁶³.

Nel corso del presente capitolo, si analizzerà la disciplina italiana in materia di società pubbliche per comprendere se si rispettato il principio di neutralità, al fine di poter rendere effettivo il principio di libera amministrazione.

⁴⁶⁰ Reperibile al seguente indirizzo http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0283_F001.pdf&leg=XVII#pagemode=none

⁴⁶¹ Reperibile al seguente indirizzo http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0297bis_F001.pdf&leg=XVII

⁴⁶² In materia: MAZZAMUTO M., “*L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in house al Partenariato "Pubblico-Pubblico"*”, *Giur. it.*, 2013, p. 1415; VOLPE C., “*Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*”, *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2015, p. 1168; CARANTA R., *I contratti pubblici*, II ed., Torino, Giappichelli 2012, p. 25; LIBERTINI M., “*Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*”, *federalismi.it*, fasc. 8, 2010, pp. 2 ss.

⁴⁶³ MOAVERO MILANESI E., “*Diritto della concorrenza nell'Unione europea*”, Napoli, 2004, p. 200.

La questione andrà affrontata alla luce della recente riforma in materia di società pubbliche; disciplina che, come rilevato da molteplici commentatori⁴⁶⁴, ha contribuito ad innovare consistentemente la materia.

In particolar modo, in maniera diametralmente opposta rispetto all'analisi effettuata nel primo capitolo, in cui ci si è occupati principalmente della selezione *all'ingresso* nel mercato (concorrenza *per* il mercato o *nel* mercato), nell'ultimo capitolo del presente lavoro verrà considerata la fase di *uscita* dallo stesso.

In altri termini, verrà analizzata la nuova disciplina del fallimento delle società pubbliche⁴⁶⁵ in Italia e, in particolar modo, delle società in house, al fine di comprendere se questa consenta la piena concorrenzialità del modello societario pubblico (e, dunque, il rispetto dei principi europei).

Si aggiunga che i dati espressi nel II capitolo⁴⁶⁶ segnalano, in realtà, una maggiore concorrenzialità del sistema portuale francese, che pur ricorre alla "*régie directe*" ovvero al c.d. modello *in house*.

Il quadro statistico di riferimento

Il "*Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica*"⁴⁶⁷ (d'ora in poi T.U.S.P.P.), approvato con il D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175 ed emanato dal Governo in attuazione dell'art. 18 della Legge 7 agosto 2015, n. 124, è l'ultimo atto di un complesso iter

⁴⁶⁴ *Ex multis* FIMMANÒ F., OCCORSO V., "Atti e statuti delle società pubbliche alla luce della riforma corretta", *Notariato*, vol. IV, 2017, p. 372; MALTONI A., "Le società in house nel TU sulle partecipate pubbliche", *Urbanistica e appalti*, n. 1, 2017, p. 7; KUTUFA I., "Gestione strategica e responsabilità deliberativa nelle società "pubbliche": statuto singolare o portata espansiva della disciplina speciale", *Nuove Leggi Civ. Comm.*, n. 2, 2019, pp. 430 ss.; MORETTI F. "Il TU partecipate alla luce delle novità recate dal decreto correttivo", *Azienditalia*, n. 8-9, 2017, p. 723.

(*). Contra: LAMBERTI C., "Società in house – il partner privato dell'in house: un'apertura sin troppo prudente" in *Giur. It.*, 2019, 5, p. 1187 (nota a sentenza).

⁴⁶⁵ FIMMANÒ F. "L'insolvenza delle società pubbliche alla luce del Testo Unico", *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 2, 2017, pp. 172-183; SANTUARI A., "Le società in house: disciplina normativa natura giuridica e crisi d'impresa", *Corriere Giur.*, n. 4, 2018, pp. 531; SCREPANTI S., "Crisi e insolvenza delle società pubbliche", *Giornale Dir. Amm.*, n. 5, 2017, p. 669.

⁴⁶⁶ Si v. Paragrafo: "Concorrenzialità del sistema portuale italiano e francese a confronto".

⁴⁶⁷ ASTEGIANO G., "Le linee guida della riforma", *Azienditalia*, n. 10, 2016, p. 841.

organizzativo, diretto a fornire agli Enti pubblici regole e modalità di comportamento nella costituzione, mantenimento e gestione delle società di capitali.

La ragione di quest'ultimo intervento normativo è strettamente connessa alla progressiva complessità registrata nel settore.

Secondo gli studi effettuati dalla Corte dei conti e analizzando i dati diffusi dalla Funzione Pubblica⁴⁶⁸, è possibile osservare come il ricorso ai modelli societari da parte delle Amministrazioni locali sia decisamente ricorrente.

Basti pensare, a mero titolo esemplificativo, che, in Italia, ogni Comune con almeno 5000 abitanti detiene la partecipazione di *almeno* una società.

Secondo gli studi poc'anzi citati, le società pubbliche in Italia sarebbero 7.340 e, considerato un numero medio di amministratori pari a 3, i componenti dei consigli almeno 22.020⁴⁶⁹. Si tratta di un dato prudenziale stimato a ribasso.

Tale fenomeno è stato definito da alcuni Autori⁴⁷⁰ in maniera particolarmente evocativa "*capitalismo municipale*".

La Corte dei conti, nel suo Rapporto 2016⁴⁷¹ in merito al coordinamento della finanza pubblica, svolge alcune interessanti riflessioni in riferimento ai settori di operatività delle società pubbliche.

⁴⁶⁸ Le relazioni che illustrano la diffusione del fenomeno sono molteplici. In Italia è possibile reperire dei dati statistici in materia di partecipazioni pubbliche all'indirizzo: http://www.dt.tesoro.it/it/attivita_istituzionali/partecipazioni_pubbliche/censimento_partecipazioni_pubbliche/rapporti_annuali_partecipazioni/; così come è possibile reperire una relazione redatta dall'apposita sezione della Corte dei conti all'indirizzo: http://www.corteconti.it/attivita/controllo/regioni_enti_locali/servizi_pubblici_locali/

Per quanto concerne la Francia, invece, è possibile verificare i dati aggiornati in merito alle partecipazioni pubbliche all'indirizzo: <https://www.insee.fr/fr/statistiques/3303570?sommaire=3353488>.

⁴⁶⁹ Commissario Straordinario per la revisione della spesa, Programma di razionalizzazione delle partecipate locali, 7 agosto 2013, in http://revisionedellaspesa.gov.it/documenti/Programma_partecipate_locali_master_copy.pdf.

⁴⁷⁰ In proposito, si veda il rapporto "*Il capitalismo municipale*", (rapporto 1/2012), Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione (IRPA), in *Riv. Corte conti*, n. 3-4/2012, pag. 510.

⁴⁷¹ Indagine della Corte dei conti reperibile in http://www.corteconti.it/export/sites/portalecdc/_documenti/controllo/sez_autonomie/2016/delibera_27_2016_sezaut_e_relazione.pdf.

Si evidenziano due grandi tipologie organizzative di impresa, riconducibili a:

a) società, con caratteristiche vere e proprie di impresa industriale (quotate e non quotate), per le quali l'intervento pubblico è finalizzato prevalentemente ad una funzione di sostegno e incentivazione delle politiche industriali, come nei settori dell'energia, gas, acqua, ambiente;

b) società o organismi che, per le funzioni assegnate, per la dipendenza finanziaria dall'ente pubblico e per le modalità di affidamento (nella maggior parte diretto), si connotano, secondo alcuni, come vere e proprie "semi-amministrazioni".

Con tutta evidenza, le due categorie, nonostante la forma giuridica utilizzata sia la medesima, si pongono agli estremi in quanto a finalità perseguite e a modus operandi.

Ponendo l'attenzione esclusivamente sulle società con dimensione locale, è agevole osservare come *principalmente* queste operino nel settore dei *servizi pubblici locali* (sia a rilevanza economica, sia senza tale rilevanza) ed in quello delle attività strumentali. Permangono, purtuttavia, numerose partecipazioni in società che svolgono attività che *non* presentano piena attinenza con i compiti e le funzioni proprie degli Enti locali.

“Nel maggio del 2016 è intervenuto tra il Ministero dell'economia e la Corte dei conti un protocollo d'intesa con il quale viene costituita la banca dati unica delle partecipazioni detenute dalle amministrazioni pubbliche.

Finora il Ministero medesimo, attraverso il Dipartimento del Tesoro, e la Corte dei Conti, hanno avuto proprie banche dati sulle partecipazioni pubbliche ed hanno effettuato le rilevazioni in maniera autonoma con una duplicazione degli adempimenti a carico degli enti coinvolti.

Nel comune obiettivo di rafforzare il monitoraggio e il controllo sul fenomeno delle partecipazioni pubbliche in Italia, il Ministero e la Corte potranno, già dal 2016, effettuare un'unica rilevazione mettendo in comune la banca dati della Corte dei conti sugli organismi partecipati dagli enti territoriali e la banca dati del Dipartimento del Tesoro, che già raccoglie attraverso il sistema informativo "Patrimonio PA", i dati sulle partecipazioni di tutte le Pubbliche Amministrazioni, inclusi gli enti territoriali. Tale banca unitaria diverrà quindi l'unica fonte di informazione sul fenomeno delle partecipazioni pubbliche su scala nazionale.

Sulla base di tale intesa nel luglio del 2016 è stata avviata la rilevazione annuale per tale anno, con obbligo per gli enti di comunicare i dati alla medesima entro il 15 ottobre”.

Tali partecipazioni avrebbero dovuto essere dismesse sin dal 2008: la Legge finanziaria di quell'anno prescriveva (art. 3, commi 27 ss., L. 24/12/2007, n. 244⁴⁷²), infatti, che gli Enti pubblici mantenessero esclusivamente le partecipate strettamente attinenti ai fini istituzionali dell'ente partecipante.

AMMINISTRAZIONI LOCALI	Società partecipate	Partecipazioni	Numero medio di partecipazioni sulla stessa società
	(numero)	(numero)	(numero)
Regioni	776	797	1,0
Province	1.885	2.619	1,4
Comuni	6.074	37.818	6,2
Unioni di Comuni e Comunità Montane	408	663	1,6
Camere di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura ed Unioni Regionali delle Camere di Commercio	1.292	3.254	2,5
Enti Locali del Servizio Sanitario	156	331	2,1
Università	993	2.057	2,1
Altre Amministrazioni Locali	224	254	1,1
TOTALE AMMINISTRAZIONI LOCALI	8.386	47.793	5,7

Atteso il sostanziale fallimento della disciplina citata, il nuovo T.U.S.P.P. rappresenta un ulteriore passo nel tentativo di contenere il fenomeno della proliferazione degli enti societari.

Nel nuovo dettato normativo, infatti, vengono stabilite regole e modalità per la costituzione di nuovi organismi societari e vengono istituite pregnanti verifiche (almeno in via teorica) per determinare se gli enti già esistenti possono essere mantenuti o devono essere avviati alla dismissione o scioglimento.

Per quanto concerne specificatamente la materia portuale, si riportano nella seguente tabella i dati statistici inerenti alle società a partecipazione pubblica.

⁴⁷² Per un'interessante ricostruzione storica della tematica: DONATIVI V., *Le società a partecipazione pubblica*, IPSOA, 2016. Attualizzando l'argomento, PERRINO M., "Inammissibilità della nomina giudiziale di un esperto per la valutazione della partecipazione pubblica oggetto di dismissione forzata", *Società*, n. 6, 2019, p. 705.

Denominazione A.d.S.P.	Riferimento	Enti Privati
Autorita' di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale	http://ww2.gazzettaamministrativa.it/opencms/opencms/_gazzetta_amministrativa/amministrazione_trasparente/_liguria/_autorita___di_sistema_portuale_del_mar_ligure_occidentale Graficamente rappresentate qui: http://ww2.gazzettaamministrativa.it/opencms/export/sites/default/_gazzetta_amministrativa/amministrazione_trasparente/_liguria/_autorita___di_sistema_portuale_del_mar_ligure_occidentale/070_ent_con/040_rap_gra/2017/Documenti_1498467596211/1553865749611_grafico_partecipazioni_societarie.pdf	18 soggetti (aggiornato al 2018)
Autorita' di Sistema Portuale del Mar Ligure Orientale	https://www.pa33.it/appcontainer/?keyUrl=ADSPMARLIGUREORIENTALE	6 soggetti (aggiornato al 2019)
Autorita' di Sistema Portuale del Mar Tirreno Settentrionale	http://pubblicazioni.portaltotirreno.it/portaltotirreno/trasparenza/pagina.php?id=37	7 soggetti (aggiornato al 2017)
Autorita' di Sistema Portuale del Mar Tirreno Centro-Settentrionale	https://trasparenza.portidiroma.it/pagina717_enti-controllati.html	3 soggetti (data non pervenuta)
Autorita' di Sistema Portuale del Mar Tirreno Centrale	https://adsptirenocentrale.it/amm-trasparente/societa-partecipate/	Nessuno (aggiornato al 2017)
Autorita' di Sistema Portuale dello Stretto		Dati non disponibili
Autorita' di Sistema Portuale del Mare Di Sardegna	http://www.adspmaredisardegna.it/trasparenza/societa-partecipate/	1 soggetto (data non pervenuta)
Autorita' di Sistema Portuale del Mare di Sicilia Occidentale	http://www.adspalermo.it/trasp/at/content/enti-controllati	2 soggetti (aggiornato al 2018)
Autorita' di Sistema Portuale del Mare di Sicilia Orientale	http://ww2.gazzettaamministrativa.it/opencms/opencms/_gazzetta_amministrativa/amministrazione_trasparente/_sicilia/_autorita___di_sistema_portuale_del_mare_di_sicilia_orientale/070_ent_con/	Nessuno (aggiornato al 2018)
Autorita' di Sistema Portuale del Mare Adriatico Meridionale	https://adspmam.etrasparenza.it/pagina717_enti-controllati.html	1 soggetto (aggiornato al 2016)
Autorita' di Sistema Portuale del Mar Ionio	https://www.port.taranto.it/index.php/it/enti-controllati	3 soggetti (aggiornato al 2018)
Autorita' di Sistema Portuale del Mare Adriatico Centrale	https://porto.ancona.it/it/amministrazione-trasparente/enti-controllati/enti-di-diritto-privato-controllati	1 soggetto (data non pervenuta)
Autorita' di Sistema Portuale del Mare Adriatico Centro-Settentrionale	https://adsp-ravenna.portaleamministrazionetrasparente.it/pagina717_enti-controllati.html	6 soggetti (aggiornato al 2017)
Autorita' di Sistema Portuale del Mare Adriatico Settentrionale	https://apvenezia.wpengine.com/societapartecipate/	4 soggetti (data non pervenuta)
Autorita' di Sistema Portuale del Mare Adriatico Orientale	https://www.porto.trieste.it/ita/autorita-di-sistema-portuale-del-mare-adriatico-orientale/societa-partecipate	10 soggetti (aggiornato al 2018)

Una breve premessa storica: le ragioni sottese alla normativa

Nel prossimo paragrafo si effettuerà una breve premessa, di carattere storico, al fine di illustrare gli ondinvaghi rapporti tra Stato e mercato⁴⁷³, indagando la presenza *diretta* o

⁴⁷³ ANGLANI F., "Teorie economiche della concorrenza (Capitolo II)", in CASSANO G., CATRICALA' A. E CLARIZIA R. (a cura di), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, UTET Giuridica, Maggio 2018.

indiretta dei pubblici poteri, in alcuni casi in regime di concorrenza con gli operatori privati, in altri in regime di monopolio o di privativa legale.

Inoltre, tale prospettiva consentirà di osservare l'avvenuta ibridazione tra le regole privatistiche e pubblicistiche, con ripercussioni sulla stessa *qualificazione* delle società in questione.

Ripercorrendo diacronicamente tale itinerario, l'interrogativo principale della presente analisi potrebbe essere, in maniera efficace, sintetizzato in tal senso: attualmente, l'interesse pubblico coincide realmente con la *mera* riduzione progressiva delle partecipazioni pubbliche?

Si tenterà di dimostrare nel corso del presente capitolo come, in realtà, l'obiettivo da perseguire dovrebbe essere differente.

Ferme le deroghe già delineate a livello europeo, il fine ultimo dovrebbe essere individuato nell'ottenimento della *concorrenzialità* delle società pubbliche.

Tale finalità, tuttavia, - com'è intuibile - non rappresenta una facile conquista.

Come vedremo, la soluzione potrebbe rinvenirsi nell'equiparazione delle regole che condizionano *l'agere privato e pubblico*, eccettuato naturalmente per gli istituti tipici garantisti del diritto amministrativo (procedure di affidamento di servizi, lavori e forniture tramite gara; concorsi pubblici per la selezione del personale; controllo della Corte dei conti etc.).

In realtà, il *mero* livellamento in punto di disciplina tra società pubbliche e private rischia di essere riduttivo: la reale concorrenzialità risulta essere frutto del sapiente bilanciamento tra i principi di separazione, neutralità delle forme e libera amministrazione, che saranno oggetto di approfondimento nel presente capitolo.

Evoluzione diacronica delle norme

A partire dagli anni Novanta del secolo scorso, si è consolidato il ricorso all'utilizzo delle società di capitali da parte delle Amministrazioni pubbliche.

Precedentemente, l'intervento nell'economia degli enti locali si era manifestato, sin dall'inizio del XX° secolo, tramite lo svolgimento diretto di alcune attività e, in un secondo momento, per mezzo delle c.d. “*aziende speciali*”, oltre che con la prima partecipazione ad alcune società di capitali⁴⁷⁴.

Le “*imprese organo*”, dall'ultimo decennio del secolo scorso agli anni Venti, erano lo strumento attraverso il quale lo Stato interveniva nell'economia, assicurando servizi pubblici: nello specifico le figure soggettive più diffuse erano quelle, in ambito statale, delle “*amministrazioni autonome*” e, in ambito locale, delle “*aziende municipalizzate*”⁴⁷⁵ (legge Giolitti 29 marzo 1903, n. 103).

La natura ibrida dei modelli poc'anzi richiamati ha comportato il passaggio, nel secondo dopo guerra, all'istituto dell'ente pubblico economico: un soggetto con personalità giuridica pubblica appositamente costituito e deputato espressamente all'attività d'impresa.

L'impossibilità di operare in maniera priva di condizionamenti rispetto alla Autorità pubblica di riferimento e l'influenza delle prescrizioni imposte dal diritto europeo hanno comportato il superamento anche di questa modalità di intervento pubblico nell'economia.

In particolare, il diritto sovranazionale - nonostante sia indifferente in ordine alla natura pubblica o privata del soggetto che svolge l'attività economica - al fine di garantire la

⁴⁷⁴ Il R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578 ha disciplinato in modo organico modalità e settore degli interventi degli Enti Locali per il tramite delle aziende municipalizzate, dettando regole seguite sino a pochi anni fa. In dottrina, si rinvia a: M.S. Giannini, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.* 1958, 232 e M. Mazzarelli, *La società per azioni con partecipazione comunale*, Milano, Giuffrè, 1987 che ricostruendo la nascita e l'evoluzione storica indica che la società con partecipazione locale di più antica costituzione è la "Autoservizi Perugia" S.p.A. che risale al 1907.

⁴⁷⁵ In una prospettiva storica: ROVERSI MONACO F., “*La direzione e il controllo delle imprese pubbliche*”, in GALGANO F. (a cura di), *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'econ., vol. I, La costituzione economica*, Padova, 1977; SANTONASTASO F., “*Le società di diritto speciale*”, in BUONOCORE V. (a cura di), *Tratt. di dir. comm., sez. IV, vol. X*, Torino, 2009; GAMPAGLIA G., “*La riforma dell'azienda speciale: le novità societarie riguardanti le aziende municipalizzate locali*”, *Impresa*, n. 4, 2002; GUERRERA F. (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2010; IBBA C., MALAGUTI M. C., MAZZONI A. (a cura di), *Le società “pubbliche”*, Torino, Giappichelli, 2011; FIMMANÒ F. (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, Giuffrè, 2011.

più ampia concorrenza nel mercato, osteggia fortemente la creazione di “*riserve di attività*” e la conseguente attribuzione di finanziamenti e risorse pubbliche; entrambe, infatti, sono circostanze idonee ad alterare il principio del pari trattamento con le imprese private.

Come diretta conseguenza dell'influenza del diritto comunitario, dunque, si assistette all'avvio dei processi di privatizzazione degli enti pubblici economici.

In particolare, il decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica), convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359, comportò la trasformazione di taluni enti pubblici economici (tra gli altri, Ferrovie dello Stato e Poste italiane) in società.

Il medesimo decreto prevede la possibilità di procedere alla privatizzazione di altri enti pubblici tramite delibera del CIPE.

In realtà, si trattò di una *privatizzazione soltanto in senso formale*, attesa la permanenza delle partecipazioni pubbliche.

Una *privatizzazione di tipo sostanziale* avrebbe dovuto presupporre, infatti, una *completa* trasformazione delle società pubbliche in società private, senza che residuassero indici di pubblicità (quali, come nel caso in esame, la detenzione di quote da parte del socio pubblico).

La definitiva prevalenza delle partecipazioni a società di capitali rispetto alle c.d. *aziende municipalizzate o speciali* avvenne negli anni Ottanta.

Il mutamento dello strumento di intervento nel settore economico fu dettato da molteplici ragioni. La motivazione principale è, tuttavia, riconducibile al tentativo di non essere destinatari delle regole di azione di diritto pubblico, proprie delle aziende municipalizzate. Del resto, non sarebbe potuto essere altrimenti per quest'ultime, posto che non presentavano personalità giuridica autonoma rispetto agli enti di appartenenza.

Com'è noto, dall'applicazione di tali norme discendono degli stringenti vincoli pubblicistici: gli enti assoggettati al rispetto della disciplina suddetta possono esclusivamente svolgere i servizi stabiliti dalla legge, operando secondo modalità predeterminate dal legislatore che ricalcano gli schemi comportamentali propri delle Amministrazioni pubbliche.

In contrapposizione a questo modello, dunque, si pose il modulo organizzativo delle società di capitali.

In una prima fase, infatti, quest'ultimo risultò privo di una regolamentazione specifica e veniva, pertanto, *de facto*, esentato dall'applicazione delle regole di contabilità e finanza pubblica, atteso il riconoscimento della *piena libertà dei fini* nel ricorso a tale strumento.

Tale convinzione erronea ha favorito per lungo tempo modalità operative discrezionali, specialmente nell'ambito delle procedure di reclutamento del personale, dell'acquisto di beni, servizi e lavori e della nomina degli organi di amministrazione⁴⁷⁶.

A tale considerazione si aggiunga che molte delle società in questione presentavano (e presentano) problemi finanziari significativi, fino a comportare, nei casi più gravi, situazioni di insolvenza⁴⁷⁷.

Lo Stato in questa ulteriore fase si è trasformato, dunque, da “*Stato – principalmente-regolatore*” a “*Stato imprenditore*”.

In conseguenza di tale trasformazione, si è reso necessario attribuire funzioni di regolazione e vigilanza alle Autorità amministrative indipendenti, collocate al di fuori del circuito di responsabilità ministeriale⁴⁷⁸.

La stretta dipendenza dei processi di privatizzazione rispetto agli impulsi europei di liberalizzazione, non si può, al contrario, affermare che quest'ultimi abbiano tratto realmente beneficio dai primi.

Sovente le leggi di privatizzazioni hanno, infatti, continuato a prevedere il diritto delle società pubbliche di svolgere in via “*riservata*” le attività che in precedenza svolgevano gli enti pubblici economici⁴⁷⁹.

Nei paragrafi successivi verrà ripercorsa l'evoluzione della disciplina in materia di società a partecipazione pubblica in Italia, cercando di cogliere differenze e similitudini presentate dal modello pubblico rispetto all'omologo privato.

Lo statuto delle società a partecipazione pubblica: tra diritto pubblico e diritto privato

Ai fini di una teorizzazione dogmatica efficace⁴⁸⁰, è possibile distinguere tre fasi nello sviluppo del modello societario pubblico.

⁴⁷⁶ Spesso, infatti, in materia di assunzioni si è proceduto senza ricorrere ad alcuna procedura concorsuale-comparativa. Parimenti l'affidamento di lavori, lo svolgimento di servizi o l'acquisto di beni non è stato sovente regolamentato da alcuna procedura comparativa a evidenza pubblica. Infine, in numerosi casi sono stati nominati consigli di amministrazione con un numero elevato di partecipanti e con compensi elevati.

⁴⁷⁷In proposito, sia consentito il rinvio a: ASTEGIANO G., *Società pubbliche - Insolvenza e responsabilità*, Wolters Kluwer, 2015.

⁴⁷⁸ Si vedano i limiti del modello enunciati già nel capitolo II.

⁴⁷⁹ Si v. art. 14 del d.l. n. 333 del 1992,

⁴⁸⁰ Sapientemente effettuata da EBERLE C., *Le società pubbliche ed il testo unico sulle partecipate*, Padova, Cedam, 2017.

(i) In una prima fase, il concetto di società pubblica era orientato alla massima riduzione delle deroghe al diritto comune, in conformità all'impostazione espressa dal codice civile del 1942.

A sostegno si può consultare la Relazione del Ministro Guardasigilli, n. 998, ove si legge: "... è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggior snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici", pertanto "La disciplina comune delle società per azioni deve applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato e di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente".

Nel vigore di tale disciplina venne ideato il c.d. "sistema delle partecipazioni statali" (parzialmente replicato anche per le partecipazioni locali) fondato sul compromesso tra diritto societario comune e direttive impartibili dal socio pubblico, attraverso, in ogni caso, il filtro degli strumenti ordinari di diritto societario comune⁴⁸¹

(ii) Una seconda fase fu caratterizzata da una progressiva differenziazione della normativa pubblicistica rispetto al diritto societario comune, specialmente in determinati ambiti e/o in presenza di determinati presupposti, come quelli riscontrabili – ad esempio – nelle c.d. società "in house";

(iii) Una terza fase, invece, venne contraddistinta dal ritorno al principio di parificazione come regola generale e dalla relegazione di eventuali divergenze tra i due modelli a livello di eccezioni.

Nel prosieguo, si esamineranno nel dettaglio le fasi poc'anzi delineate.

Con l'art. 4, comma 13, 4° periodo, D.L. 06/07/2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla L. 07/08/2012, n. 135⁴⁸², il legislatore aveva introdotto una previsione secondo la quale "Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si

⁴⁸¹ MERUSI F., *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1977; ROVERSI MONACO F., *Gli enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, Padova, 1967; ROVERSI MONACO F., "La direzione e il controllo delle imprese pubbliche", in GALGANO F. (a cura di), *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'econ., vol. I, La costituzione economica*, Padova, 1977; PAVONE LA ROSA A., "Partecipazioni statali e gruppi di imprese", in PAVONE LA ROSA A. (a cura di), *I gruppi di società*, Bologna, Il Mulino, 1982; CIRENEI M. T., *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in COLOMBO G. E., PORTALE G.B. (a cura di), *Tratt. delle s.p.a.*, vol. VIII, Torino, Giappichelli, 1999.

⁴⁸² Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario (c.d. "Spending Review")

interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali.

Com'è possibile osservare la portata della norma era la più ampia possibile.

Tale norma era dichiaratamente di tipo interpretativo, destinata a confermare la scelta politica effettuata con il codice del 1942 e, probabilmente, a rilevare la necessità di scongiurare la proliferazione di norme speciali.

In ossequio a tale orientamento, parte della dottrina⁴⁸³, inoltre, sottolineava la necessità di interpretare restrittivamente la portata delle deroghe contenute nelle norme speciali, non oltrepassando quanto consentito dal loro specifico ambito applicativo o dalla loro formulazione letterale.

Il T.U.S.P.P, in materia, ha, da un lato, abrogato⁴⁸⁴ l'art. 4, comma 13, 4° periodo, D.L. n. 95/2012; dall'altro, ne ha, tuttavia, recepito l'impostazione, riportandone il disposto, pur con alcune modifiche, all'art. 1, comma 3, ove si legge "*Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato*"

Ictu oculi, la disposizione non è mutata. Ciononostante, ad una più attenta osservazione si possono rilevare talune differenze.

(i) Una prima modifica sembra ravvisabile nella diversa impostazione del precetto.

Come affermato poc'anzi, la formulazione originaria della norma aveva espressamente una valenza interpretativa.

Al contempo, *indirettamente*, delineava un criterio volto a risolvere possibili antinomie (proprie od improprie) tra le disposizioni speciali in tema di società pubbliche e le disposizioni generali di diritto societario.

Prima facie, il testo nella formulazione attuale sembrerebbe aver abbandonato la natura di norma interpretativa in favore della mera risoluzione delle antinomie (in special modo quelle improprie)⁴⁸⁵.

⁴⁸³ Per tutti IBBA C., "*L'impresa pubblica in forma societaria fra diritto privato e diritto pubblico*", in BRESCIA MORRA C., MEO G., NUZZO A. (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano, Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 2, 2015, p. 412.

⁴⁸⁴ Con l'art. 28, lett. q

⁴⁸⁵ E' il caso di rammentare che, tra i principi e i criteri direttivi generali indicati dalla Legge Delega, all'art. 16, comma 2, lett. c), compare proprio quello della "*risoluzione delle antinomie*". Com'è noto le c.d. "antinomie improprie", sono i potenziali conflitti tra norme che siano frutto non già di una collisione "esplicita", ma degli esiti di un'attività di tipo interpretativo.

In ogni caso, tale differenza non assume rilievo applicativo.

(ii) Nella previgente formulazione si dichiarava la prevalenza del diritto comune societario “*per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse*”, in riferimento alle “*disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica*”.

Al contrario il T.U.S.P.P. prescrive che le norme di diritto comune si applichino “*Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto*”.

Attualmente, il riferimento, pertanto, è da intendersi all’assenza di deroghe *nel T.U.S.P.P.* e non già, in generale, all’assenza di deroghe nella disciplina.

Anche tale differenza, seppur maggiormente significativa, peraltro, potrebbe forse essere ridimensionata in sede di interpretazione concreta delle singole disposizioni, facendo riferimento alla pretesa onnicomprensività del T.U.S.P.P.

(iii) È ravvisabile un’ulteriore differenza testuale. In passato, le disposizioni del diritto comune destinate a prevalere, per quanto non diversamente stabilito, erano quelle di cui alla “*disciplina del codice civile in materia di società di capitali*”; la norma del T.U.S.P.P., invece, attualmente menziona “*le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato*”.

In tal modo è stata così corretta l’espressione contenuta in una prima stesura della legge nella quale si parlava delle “*norme sulle società contenute nel codice civile e in leggi speciali*”.

La formulazione più ampia esprime compiutamente il senso e la ratio della previsione normativa.

Nella Relazione illustrativa, sub art. 1, 1° cpv., difatti, si segnala che “*si è ritenuto di accogliere le osservazioni del Consiglio di Stato e delle competenti Commissioni parlamentari in merito alla sostituzione, al comma 3, della dizione “leggi speciali” con quella di “norme*

Tale tipologia di antinomie comunemente viene affrontata attraverso l’impiego di criteri sostanziali, primo tra tutti quello di specialità.

Nello specifico, la norma in commento detterebbe un criterio di diritto positivo (di carattere formale) di soluzione delle antinomie proprie, che però, inevitabilmente e indirettamente, finisce per fornire un criterio sistematico di lettura ed interpretazione (e dunque un criterio di carattere sostanziale) anche delle singole disposizioni.

*generalisti di diritto privato”, che meglio chiarisce l’intenzione di fare salve le disposizioni generali, e non quelle speciali rispetto al presente testo*⁴⁸⁶.

(iv) Si aggiunga che il testo previgente prescriveva che il diritto comune si dovesse applicare “*per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse*”.

La norma del T.U.S.P.P. utilizza, invece, l’espressione “*Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto*”.

Di particolare rilievo è l’elisione dell’aggettivo “*espresse*”.

Per il tramite di un’interpretazione di stretto rigore ed in forza di un’argomentazione storico-evolutiva del precetto, la nuova formulazione potrebbe condurre al ridimensionamento del criterio di prevalenza del diritto comune (criterio “formale” di risoluzione delle antinomie proprie). Secondo questa interpretazione la disciplina civilistica non dovrebbe essere considerabile prevalente non solo di fronte a deroghe espresse, ma, per ipotesi, anche di fronte a deroghe “implicite”, ovvero a deroghe ricostruibili attraverso un’attività di tipo interpretativo.

(v) Per il resto, si registrano lievi modifiche nella formulazione di alcuni termini, ascrivibili a semplici esigenze di coordinamento con l’impostazione, anche lessicale, del T.U.S.P.P.: così, in particolare, la sostituzione dell’espressione “*società a totale o parziale partecipazione pubblica...*” con l’espressione “*società a partecipazione pubblica*”, che consente di fare riferimento alla definizione dettata all’art. 2, lett. n), T.U.S.P.P.

Composizione delle fonti in materia di società pubbliche

Premesso il delicato rapporto tra diritto comune e diritto speciale illustrato nel paragrafo precedente, si possono individuare tre raggruppamenti di fonti normative primarie⁴⁸⁷.

- (i) La disciplina specificatamente rivolta a regolamentare le società pubbliche;
- (ii) La disciplina di diritto comune in materia societaria, purché non derogata o non incompatibile con le norme sub (i);

⁴⁸⁶ Per le osservazioni del Consiglio di Stato v. il relativo parere, a p. 36.

⁴⁸⁷ IBBA C., “*Società pubbliche e riforma del diritto societario*”, *Riv. soc.*, 2005, p. 5.

(iii) Le norme originariamente dettate per enti pubblici e/o per gli organismi di diritto pubblico applicabili alle società pubbliche per espressa equiparazione di legge o in via interpretativa⁴⁸⁸.

Tale sistematizzazione conserva una valenza anche a seguito dell'entrata in vigore del T.U.S.P.P, con gli opportuni aggiornamenti.

Per quanto riguarda la prima delle tre categorie ricordate (ossia la *disciplina specifica in materia di società pubbliche*), devono essere presi in considerazione sia il codice civile⁴⁸⁹, sia le leggi speciali in materia, prive, prima dell'ingresso del T.U.P.P.S., di una organicità propria, attese le numerose variabili tipologiche⁴⁹⁰.

⁴⁸⁸ Per tutti v., da ultimo, IBBA C., “*L’impresa pubblica in forma societaria fra diritto privato e diritto pubblico*”, in BRESCIA MORRA C., MEO G., NUZZO A. (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano, Analisi Giuridica dell’Economia*, n. 2, 2015, p. 409 ss., ove viene ribadita la difficoltà di individuare, di volta in volta, le norme applicabili, tra disciplina societaria e discipline pubblicistiche, anche per la presenza di una contrapposizione di scuole di pensiero, tra quella secondo cui il fatto che si tratti di “società” dovrebbe comportare l’applicazione della disciplina privatistica tutte le volte che non vi sia una deroga espressa e quelle secondo cui invece sarebbe la disciplina societaria ad essere applicabile solo se è compatibile con le discipline pubblicistiche.

⁴⁸⁹ Nel codice civile, l’art. 2449 c.c., che stabilisce la previsione della possibile riserva statutaria in favore dello Stato o di enti pubblici della nomina di uno o più amministratori, sindaci o componenti del consiglio di sorveglianza. La norma è rimasta, per l’appunto, come l’unica norma del codice civile che rechi una disciplina speciale in materia, una volta abrogato l’art. 2450 e se si eccettuano sia l’art. 2451, che tuttavia concerne le “società per azioni d’interesse nazionale” sia l’art. 2542, in materia di riserva della nomina di uno o più amministratori in favore dello Stato o di enti pubblici nelle società cooperative. Ancora, l’art. 2542, comma 5, recante analoghe disposizioni in materia di società cooperative, nonché l’art. 2451 (“Norme applicabili”), concernente le c.d. “società d’interesse nazionale”, e secondo il quale “*Le disposizioni di questo capo si applicano anche alle società per azioni d’interesse nazionale, compatibilmente con le disposizioni delle leggi speciali che stabiliscono per tali società una particolare disciplina circa la gestione sociale, la trasferibilità delle azioni, il diritto di voto e la nomina degli amministratori, dei sindaci e dei dirigenti*”.

⁴⁹⁰ IBBA C., *Le società “legali”*, Torino, 1992; IBBA C., “*Gli statuti singolari*”, in COLOMBO G. E., PORTALE G.B. (a cura di), *Tratt. delle s.p.a.*, vol. VIII, *Società di diritto speciale*, Torino, Giappichelli, 1992; SANTONASTASO F., “*Le società di diritto speciale*”, in BUONOCORE V. (a cura di), *Tratt. di dir. comm.*, sez. IV, vol. X, Torino, 2009.

In secondo luogo, risulta applicabile anche alle società pubbliche la disciplina generale di diritto comune⁴⁹¹, atteso il medesimo modello gestionale\organizzativo.

Senza pretesa di esaustività, si richiameranno alcune normative speciali divise per ambito di applicazione.

In materia di controlli effettuati dalla Corte dei Conti rispetto alle delibere rientranti nei c.d. controlli di riesame di legalità e regolarità, si ricordano i commi 27 - 33 della Legge finanziaria per il 2008.

Per quanto concerne l'obbligo del ricorso ai sistemi telematici di negoziazione, previsto per le società incluse nel conto economico consolidato della P.A. a totale partecipazione pubblica diretta o indiretta, è rilevante il disposto dell'art. 1, comma 7 del D.L. n. 95/2012.

Ancora, per quanto attiene all'obbligo di scioglimento, ovvero di privatizzazione, relativo alle società direttamente o indirettamente controllate dalle Amministrazioni Pubbliche di cui all'art. 1, comma 2 del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, l'art. 4, comma 3 del D.L. n. 95/2012 e la Legge di stabilità per il 2014 (Legge 27 dicembre 2013, n. 147, all'art. 1, commi 550-569)

In materia di personale, si ricordano l'art. 6 D.L. 31 maggio 2010, n. 78 l'art. 23-bis del D.L. 6 dicembre 2011, n. 201 modificato dall'art. 2 del D.L. 6 luglio 2012, n. 95, art. 3, comma 44 della Legge 24 dicembre 2007, n. 244 nonché, con specifico riferimento alle amministrazioni statali, dall'art. 23-ter del D.L. n. 201/2011 e dalla relativa disciplina attuativa; quanto alle sole società statali, l'art. 6 del D.L. n. 78/2010. Ancora: l'art. 71 della Legge 18 giugno 2009, n. 69 e, poi, con l'art. 6, comma 5, del D.L. n. 78/2010 ;il successivo art. 4, D.L. 95/2012, l'art. 18 D.L. 6 agosto 2008, n. 112 art. 9 del D.L. n. 78/2010, come prorogato dall'art. 2 del D.L. 13 agosto 2011, n. 138, poi convertito in Legge 14 settembre 2011, n. 148.

Infine, per quanto concerne la facoltà di ricorrere all'indebitamento, l'art. 18, D.L. n. 78/2009 e il Decreto del Ministro dell'Economia e Finanze 25 febbraio 2010.

⁴⁹¹ Oltre al richiamo, poc'azi ricordato, alla legge finanziaria del 2007, il concetto della naturale soggezione delle società pubbliche al regime di diritto comune fu ribadito anche attraverso una norma espressa (l'art. 4, comma 13, 4° periodo, D.L. n. 95/2012) che, pur collocata nell'ambito della disciplina in materia di spending review, rivestiva – come inequivocabilmente denotato dal suo tenore letterale – carattere assolutamente generale. Con la stessa il legislatore, nel dettare una norma dichiaratamente interpretativa, aveva inteso ribadire che, in assenza di deroghe specifiche, le società pubbliche restano in tutto e per tutto sottoposte al regime normativo ordinario.

Tale assunto risulta valevole purché la disciplina comune non sia derogata espressamente dalle norme speciali oppure non sia inapplicabile per ragioni di incompatibilità con il regime normativo specifico dettato per quella determinata società pubblica⁴⁹².

In proposito, deve osservarsi come dalla qualifica pubblicistica del socio discenda la necessità del rispetto delle regole di “*agire funzionale*” proprie della Pubblica Amministrazione, con tutti gli stringenti obblighi di valutazione e di motivazione a ciò correlati.

In altri termini, quelli che nel diritto societario comune sono qualificati come diritti del socio, nelle fattispecie in esame, sono inscindibilmente accompagnati da corrispondenti *doveri di azione* funzionale: i diritti che per un socio privato sarebbero ad esercizio *libero*, per definizione, diventano per il socio pubblico diritti ad esercizio *vincolato* (nell'*an* e nel contenuto).

In tal modo, la medesima situazione giuridica soggettiva rileva sia nella prospettiva societaria pura, sia per i possibili giudizi di responsabilità erariale.

Considerata tale dicotomia, si potrebbe arrivare a sostenere che vi sia una sorta di statuto comportamentale del “*socio pubblico virtuoso*”.

L'obiettivo dichiarato è quello di evitare che il proliferare delle disposizioni speciali in materia di società pubbliche possa essere interpretato quale indice di un più profondo mutamento sistematico nel senso del ribaltamento del rapporto tra regola ed eccezione.

E', dunque, nuovamente ribadito che le società a partecipazione pubblica sono a tutti gli effetti “società” di diritto privato, con ogni conseguenza sistematica e applicativa.

La norma è stata ora abrogata con l'art. 28 del T.U.S.P.P., che l'ha però sostituita con un'altra norma (l'art. 1, comma 3, T.U.S.P.P.), tendenzialmente equivalente, ma che presenta alcune differenze che meritano di essere puntualmente rimarcate, come si vedrà nel prosieguo.

⁴⁹² Sotto quest'ultimo profilo, è intervenuto l'art. 1, comma 3, T.U.S.P.P., ove, come già rammentato, è previsto che “*Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato*”, in sostituzione di quanto precedentemente disposto dall'art. 4, comma 13, quarto periodo, D.L. n. 95/2012, oggi abrogato con l'art. 28, lett. q, T.U.S.P.P., a tenore del quale “*Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali*”.

Il T.U.P.P.S., infatti, richiede particolari cautele, tra le altre, in materia di operazioni sul capitale, di acquisto o trasferimento delle partecipazioni, di nomina o revoca degli organi sociali, di contemperamento tra diritto di informazione del socio e dovere di riservatezza degli organi sociali, di azioni di responsabilità, di patti parasociali, di categorie speciali di azioni o, rispettivamente, di “diritti particolari” dei soci di s.r.l. e di strumenti finanziari partecipativi.

Nonostante l'impostazione di fondo sia di stampo privatistico, l'interferenza della sfera pubblicistica è ben evidente nelle disposizioni del T.U.S.P.P.

Ad esempio, le previsioni di cui all'art. 7, comma 6, secondo cui *“Nel caso in cui una società a partecipazione pubblica sia costituita senza l'atto deliberativo di una o più amministrazioni pubbliche partecipanti, o l'atto deliberativo di partecipazione di una o più amministrazioni sia dichiarato nullo o annullato, le partecipazioni sono liquidate secondo quanto disposto dall'articolo 24, comma 5”*.

In tal caso, infatti, la mancanza o il vizio che colpisce un atto amministrativo prodromico produce conseguenze dirette di ordine societario.

Considerazione rafforzata dal secondo periodo della medesima norma, ove si aggiunge: *“Se la mancanza o invalidità dell'atto deliberativo riguarda una partecipazione essenziale ai fini del conseguimento dell'oggetto sociale, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 2332 del codice civile”*.

Con la medesima prospettiva vanno letti, in particolare, l'art. 3, comma 2, T.U.S.P.P., che introduce alcune deroghe relativamente alle funzioni e agli organi di controllo nelle s.r.l. e nelle s.p.a. a controllo pubblico e l'art. 13, in materia di controllo giudiziario sull'amministrazione delle società a controllo pubblico.

Si aggiunga che, naturalmente, risulta applicabile alle società pubbliche anche la normativa antitrust.

Inoltre, le società pubbliche devono reputarsi sottoposte, in linea di principio, alla disciplina in tema di responsabilità amministrativa delle società e degli enti dettata nel D.Lgs. n. 231/2001.

Ancora una volta, vanno in ogni caso escluse le fattispecie per le quali norme di carattere speciale o eccezionale limitano o condizionano l'applicazione della disciplina di diritto comune⁴⁹³.

⁴⁹³ Così, ad esempio, con non pochi contrasti e discussioni, per le procedure concorsuali o per altri frammenti di disciplina di diritto comune, allorquando si tratti di *società in house*, ma tale soluzione potrebbe risultare definitivamente superata proprio dal T.U.S.P.P., come si osserverà nel prosieguo.

Infine, l'ultima categoria di fonti riguarda la disciplina "pubblicistica" dettata, in via generale, per gli enti pubblici o per gli organismi di diritto pubblico.

Tale normativa non è *autonomamente* applicabile alle società pubbliche, risulta necessaria, infatti, un'equiparazione operata espressamente dalla legge o un'assimilazione predicabile in via interpretativa⁴⁹⁴.

Ipotesi di classificazione unitaria del fenomeno

La decisa complessità del quadro normativo poc'anzi esaminato ha determinato l'emersione di alcune problematiche.

In particolare, gli interpreti si sono interrogati a proposito dell'ammissibilità di una categoria concettuale unitaria⁴⁹⁵, valevole per tutte le tipologie di società pubblica.

⁴⁹⁴ Il che accade a fortiori allorché ci si trovi di fronte alle c.d. "società/enti pubblici", già affrontate nel par.

⁴⁹⁵ Alla luce della l. 244/07, secondo l'orientamento giurisprudenziale maggioritario all'epoca, era prevalso l'orientamento per il quale il modello societario è un *modello neutrale*, trattandosi di un mero modulo di organizzazione.

I giudici di Palazzo Spada (Cons. di St. 5379/2010) si sono espressi in tal senso analizzando la natura giuridica della Rai S.p.A.

In particolare, secondo il Supremo Consesso di giustizia amministrativa, la veste societaria è neutra e, dunque, non incompatibile con il riconoscimento della natura di ente pubblico.

Pertanto, conclude il Consiglio di Stato, la Rai è un soggetto attratto nel regime pubblicistico. Ciò alla luce delle considerazioni per cui numerosi componenti del consiglio di amministrazione vengono nominati dalla Commissione parlamentare di vigilanza poiché che si applicano i principi del giusto procedimento a tutela del lavoratore nell'ottica dell'assunzione di personale.

Secondo il Consiglio di Stato, gli enti pubblici sono caratterizzati da una nozione funzionale e cangiante (Cons. di St. 2660/2015) che rende difficilmente determinabile a priori la loro natura giuridica. Emergerebbe, infatti, in tal senso un concetto di ente pubblico "elastico", in quanto agli stessi si applicherebbe la disciplina privatistica in relazione ad alcuni istituti (ad esempio, i rapporti di lavoro e la giurisdizione del G.O. in materia di responsabilità degli amministratori) e quella marcatamente pubblicistica con riguardo ad altri istituti (ad esempio, l'accesso agli atti),

Tuttavia, recentemente, le Sezioni Unite hanno sposato, nuovamente, la tesi della natura privatistica delle società pubbliche.

L'alternativa, infatti, consiste nella distinzione, probabilmente da un punto di vista metodologica più corretta, tra “*società di mercato*”⁴⁹⁶ e “*semi-amministrazioni*”^{497 498}.

Aderendo alla tesi di chi distingue le due fattispecie, il fenomeno è suscettibile di essere classificato secondo una serie *aperta* di criteri, che a loro volta devono essere considerati unitariamente per comprendere, come si diceva nel paragrafo precedente, quale “frammento” di disciplina andrà applicato.

Tradizionalmente⁴⁹⁹, si suole distinguere tra:

Secondo la Corte, infatti, l'ingresso del socio pubblico in una società privata non è in grado di alterarne la natura, pur presentando elementi di commistione tra diritto privato e diritto amministrativo.

⁴⁹⁶ L'assunto che si trattasse di organismi esclusivamente di tipo privato che operano solamente in base al diritto civile è alla base di un equivoco che ha ingenerato molte delle distorsioni che si sono registrate negli ultimi anni, sia in relazione all'attività delle società che alle politiche assunzionali.

v. DI RUSSO D., G. NARDELLI, “*Le società partecipate dagli Enti Locali*”, in ASTEGIANO G. (a cura di), *Ordinamento e gestione contabile-finanziaria degli Enti Locali*, IPSOA, 2012, pp. 123 ss.; FIMMANÒ F., “Le società partecipate fra pubblico e privato”, *Atti dell'Incontro di studio, Le società pubbliche, il difficile equilibrio fra le giurisdizioni*, 8 aprile 2013, Corte conti, 2013, p. 41; RORDORF R., *Ibidem*, pag. 113.

Di segno contrario, ovvero convinto dell'assimilazione sostanziale ai soggetti di diritto privato, alla luce del T.U.S.P.P. Diritto societario EBERLE C., *Le società pubbliche ed il testo unico sulle partecipate*, Padova, Cedam, 2017, p. 40 e ss.

⁴⁹⁷ ASSONIME, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, Roma, 2008; CLARICH M., “*Società di mercato e quasi amministrazioni*”, in *Dir. amm.*, n. 3, 2009, p. 401.

⁴⁹⁸ Si v. ad esempio, in senso negativo, Mazzoni, 61 ss., ove si trovano ulteriori riferimenti; un principio, o quanto meno un criterio ermeneutico, di carattere generale era quello contenuto nel citato art. 4, comma 13, quarto periodo, D.L. n. 95/2012, che come detto è stato tuttavia abrogato con l'art. 28, lett. q), del T.U.S.P.P. e rimpiazzato con la previsione di cui all'art. 1, comma 3, della quale occorrerà però valutare l'effettiva portata.

⁴⁹⁹ Sul punto, nell'ambito di una folta letteratura, si segnalano IBBA C., *Le società “legali”*, Torino, 1992; IBBA C., “Gli statuti singolari”, in COLOMBO G. E., PORTALE G.B. (a cura di), *Tratt. delle s.p.a.*, vol. VIII, *Società di diritto speciale*, Torino, Giappichelli, 1992; PIZZA P., *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, Giuffrè, 2007; PIZZA P., “*Partecipazioni pubbliche locali e regionali e art. 13 del D.l. n.*

- (i) Società pubbliche di diritto comune e società pubbliche di diritto speciale (avendo riguardo allo scopo e/o alla struttura organizzativa);
- (ii) Società di diritto speciale e società “anomale”;
- (iii) Società di diritto speciale e società di diritto singolare;
- (iv) Società di diritto comune o di diritto speciale e società c.d. “legali”

Le variabili rilevanti nei tipi societari sopradetti possono riguardare⁵⁰⁰:

(a) La natura degli enti pubblici partecipanti, essendo necessario distinguere tra società con partecipazione di amministrazioni centrali e/o locali o, ancora, tra enti pubblici economici e non economici;

(b) l'entità della partecipazione pubblica, con conseguente distinzione tra partecipazione pubblica totalitaria, maggioritaria o minoritaria, di controllo o non di controllo e, sotto una prospettiva peculiare, tra società a partecipazione interamente pubblica e società c.d. “miste”;

(c) la composizione della partecipazione pubblica, distinguendosi tra partecipazione concentrata in un solo ente pubblico o ripartita tra più enti;

(d) l'oggetto sociale, con classificazione tra società che esercitano un'ordinaria attività economica e quelle che esercitano servizi pubblici.

223/2006 (c.d. Decreto Bersani)", in IBBA C., MALAGUTI M. C., MAZZONI A. (a cura di), *Le società "pubbliche"*, Torino, Giappichelli, 2011; SANTONASTASO F., "Le società di diritto speciale", in BUONOCORE V. (a cura di), *Tratt. di dir. comm., sez. IV, vol. X*, Torino, 2009; SANTONASTASO F., "Dalla "golden share" alla "poison pill": evoluzione o involuzione del sistema? Da una prima lettura del 381°-384° comma dell'art. 1 l. 23 dicembre 2005, n. 266", *Giur. comm.*, n. 1, 2006; GRÜNER G., "Enti pubblici a struttura di s.p.a. Contributo allo studio delle società 'legali'", *Mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, Giappichelli, 2009; VISENTINI G., *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979; DONATIVI V., "La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società per azioni", in COSTI R. (a cura di), *Tratt. dir. comm., sez. IV, vol. IV*, Torino, 2010.

⁵⁰⁰ IBBA C., "Le società a partecipazione pubblica: tipologie e discipline", in IBBA C., MALAGUTI M. C., MAZZONI A. (a cura di), *Le società "pubbliche"*, Torino, Giappichelli, 2011.

In tale ambito, è doveroso effettuare un'ulteriore distinzione tra “*servizi pubblici (locali o meno) di rilevanza economica*”, “*servizi pubblici (locali o meno) di rilevanza non economica*” e attività c.d. “strumentali” o pubbliche funzioni⁵⁰¹;

(e) le modalità con cui la società è divenuta affidataria di determinati servizi o funzioni, a seconda che ciò sia avvenuto con gara, senza gara, con selezione del socio privato (in generale e/o con specifico riguardo ai compiti operativi che gli vengono attribuiti);

(f) Il fine per il quale la partecipazione pubblica è acquisita.

Prima dell'entrata in vigore del T.U.S.P.P. si sarebbe potuto accedere a una classificazione a seconda che si trattasse del vincolo (generale) di stretta necessità rispetto ai fini istituzionali dell'ente o di specifiche condizioni tipizzate dalla legge (come nel caso dei servizi di interesse generale).

Il T.U.S.P.P. ha, per lo meno in parte, superato tale considerazione, essendo oggi imposto, con l'art. 4 T.U.S.P.P, il cumulo tra “*vincolo di scopo*” e “*vincolo di oggetto*”;⁵⁰²

(g) La circostanza che si tratti o meno di società quotata.

⁵⁰¹ Elenco, per vero, la cui rilevanza giuridica si manifesta sotto diversi profili e che per certi versi si è oggi, per così dire, “allungato” ad opera soprattutto dell'art. 4 T.U.S.P.P.

⁵⁰² Come affermato poc'anzi, la principale regola introdotta con la legge finanziaria per il 2008 (ampiamente ridisciplinata dal T.U.) prevedeva che le Amministrazioni pubbliche potessero detenere partecipazioni unicamente in società con oggetto e scopo sociale compatibili con i fini perseguiti dell'Ente pubblico. Al riguardo, si rinvia all'art. 3, comma 27 ss. della Legge 27 dicembre 2007, n. 244.

Un'ampia analisi delle disposizioni in oggetto e delle ricadute pratiche è contenuta in Corte conti, Sez. contr. Lombardia, 12 dicembre 2011, n. 656, “*Indagine sulle società ed organismi partecipati dagli Enti Locali della Regione Lombardia*”.

Svariate pronunce (tra le altre, la più recente è Cass. civ. Sez. Unite, 13 novembre 2015, n. 23306, con nota a sentenza di NICODEMO F., “*Responsabilità per danno al patrimonio di S.p.a. pubbliche*”, *Giur. It.*, n. 1, 2016, p. 166) si sono concentrate specificatamente sulla valutazione della *necessarietà* della partecipazione in relazione alle finalità istituzionali.

A tal fine è necessario tenere in considerazione lo statuto dell'Ente pubblico, lo statuto della società e osservare il bilancio dell'Ente, in relazione alle singole attività ed ai diversi servizi esercitati.

Per quanto riguarda il nuovo T.U.S.P.P, la medesima previsione viene riprodotta ed integrata dall'art. 4 del T.U.

Premessa: alla ricerca della concorrenzialità perduta

Ricostruita la normativa di riferimento in materia di società pubbliche, nel presente lavoro si approfondiranno gli aspetti che influiscono sulla concorrenzialità delle società pubbliche.

Considerata l'analisi in merito alle riserve di attività concesse alle società pubbliche, approfonditamente affrontata nel primo capitolo, nel presente paragrafo l'attenzione verrà posta sui meccanismi di *uscita* dal mercato delle società pubbliche, sottolineando ancora una volta le divergenze e le similitudini con le società di diritto comune⁵⁰³.

In altri termini ci occuperemo di comprendere se, presupposti i correttivi che pur permangono⁵⁰⁴, sussistono le precondizioni minime per riconoscere la piena concorrenzialità e la parità di trattamento tra le imprese pubbliche e gli operatori privati.

Verrà, dunque, verificato se il principio europeo di neutralità delle forme viene rispettato nell'ordinamento italiano per quanto concerne specificatamente la normativa fallimentare in materia di società pubbliche.

E', infatti, evidente come inevitabilmente una disparità di trattamento in quest'ambito comporti un sicuro squilibrio nell'assetto competitivo-concorrenziale tra società pubbliche e società private.

Il fallimento delle società a partecipazione pubblica

⁵⁰³ In questa sede, per ragioni di coerenza espositiva, non si approfondiranno i piani di razionalizzazione (costituzione/acquisizione/liquidazione) delle partecipazioni societarie da parte degli enti pubblici. Nondimeno si segnala che una riflessione siffatta condurrebbe senza dubbio ad interessanti riflessioni in tema di capacità di diritto privato generale e speciale degli enti pubblici. Sul punto, un recente contributo d'interesse: MERUSI F., "*Dalla capacità di diritto privato generale alla capacità speciale nella legge sulle società a partecipazione pubblica*", in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Liber amicorum Guido Alpa*, Padova, Cedam, 2019.

⁵⁰⁴ Si pensi, primo tra tutti, all'art. 21 del T.U. società pubbliche sugli accantonamenti degli enti locali per le società partecipate in esercizio negativo)

L'evoluzione della fattispecie e la discussa nozione di ente pubblico

Com'è noto, sia l'art. 1 legge fallimentare, sia l'art. 2221 cod. civ.⁵⁰⁵ prevedono la non assoggettabilità degli enti pubblici dalle procedure concorsuali (ovverosia dal fallimento ed dal concordato preventivo), in virtù delle finalità pubblicistiche che questi perseguono e attesi i rapporti amministrativi che ne derivano.

Secondo la dottrina maggioritaria, infatti, gli enti pubblici rientrano tra i casi emblematici di esenzione dalla procedura fallimentare⁵⁰⁶.

⁵⁰⁵ Attualmente abrogato dal D. lgs. 14/19.

⁵⁰⁶ In merito OPPO G., *“Impresa e imprenditore”*, *Scritti giuridici, I, Diritto dell'impresa*, Padova, Cedam, 1992, p. 310. La natura di ente pubblico *“impedisce che la crisi economica dell'impresa si rifletta sul soggetto a cui essa pertiene, provocando la messa in atto delle procedure concorsuali in capo alla persona dell'imprenditore. Le ragioni di tale esclusione (quella degli enti pubblici dall'area della fallibilità) sono che la regola di diritto comune nel caso in esame si estende dalla (disciplina della) attività alla posizione dei soggetti. E poiché i soggetti in questione sono enti “necessari” - si è notato che il principale indice rivelatore della loro pubblicità è il fatto di non poter disporre di se stessi - non è giustificabile che ad essi si applichi una misura che tende alla liquidazione ed estinzione”*.

Così CASSESE S., voce *“Ente pubblico economico”*, *Nov. D.*, vol. VI, Torino 1960, p. 573.

Sostanzialmente concorde la giurisprudenza: *“quanto alle ragioni sostanziali su cui si fonda l'esenzione - si legge nella motivazione di Cass. 9 ottobre 1993, in D. fall., 1993, II, p. 915 ss. -, esse si riconducono al pregnante rilievo che gli enti pubblici (economici) sono sottoposti al diritto comune, e cioè alle medesime norme applicabili ai soggetti privati, per quanto riguarda la disciplina degli atti e delle attività economiche da essi poste in essere, mentre sono sottratti ad esso per tutto ciò che riguarda la disciplina del soggetto, la sua organizzazione e le sue vicende”, e “qui non vengono in considerazione atti o fatti del soggetto, pubblico, ma la procedura incide su di esso nella sua globalità e nella sua essenza”*.

In senso critico rispetto all'esonero dal fallimento degli enti pubblici titolari d'impresa cfr. GRAZIANI A., MINERVINI G., BELVISO U., *Manuale di diritto commerciale*, Padova, Cedam, 2007, p. 715; e già ARENA A., *“Spunti sulle società commerciali pubbliche, sugli enti pubblici imprenditori a struttura istituzionale, sulle società per azioni in mano pubblica e sugli enti pubblici non imprenditori sotto l'aspetto della privatizzazione. In parte disposta, in parte disponendo, in parte attuata ed in parte attuanda”*, *D. fall.*, I, 1994, pp. 201 ss. (non più invece - dopo il D. lgs. 12 settembre 2007, n. 169 - quella prima prevista per i piccoli imprenditori).

Si v. per tutti, nella manualistica, NOTARI M., in *Diritto fallimentare - Manuale breve*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 104 ss.; CAMPOBASSO G.F., in CAMPOBASSO M. (a cura di), *Diritto*

E' da notare, tuttavia, che non esiste una definizione *normativa generica* di "ente pubblico"⁵⁰⁷, che prescindendo dall'applicazione di normative specialistiche.

Un tentativo di delimitare l'ambito applicativo di tale nozione è stato effettuato da una pronuncia della Corte costituzionale in merito alla discussa questione degli istituti pubblici di assistenza e beneficenza, cosiddette IPAB⁵⁰⁸.

commerciale, I, *Diritto dell'impresa*⁷, Torino, Utet, 2013, pp. 76 ss., potendo eventualmente essere sottoposti a liquidazione coatta amministrativa, ai sensi dell'art. 21, nei casi previsti dalla legge

⁵⁰⁷ Sugli enti pubblici, oltre alle trattazioni contenute nei manuali di diritto pubblico dell'economia (M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*², Bologna, 1979, 1985; QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, Napoli, 1979; CAVALLO e DI PLINIO, *Manuale di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1983), v.: ASQUINI, *Gli enti pubblici econ. nella riforma del cod. di comm.*, RB, 1940; TREVES, *Le imprese pubbliche*, Torino, 1950; GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, RS, 1958; MIELE, *Brevi osservazioni in tema di ee.pp.ee.*, DEc, 1959; CASSESE, *Partecipazioni statali ed enti di gestione*, Milano, 1962; OTTAVIANO, *Sulla sottoposizione dell'impresa pubblica alla medesima regolamentazione di quella privata*, RTDP, 1962; S. D'ALBERGO, «*Impresa pubblica*», in NN.D.I., VIII, Torino, 1962; ARENA, *L'impresa pubblica e la sua inesistenza giur.*, RS, 1963; SANTANIELLO, *Profili giur. dell'impresa pubblica*, RDP, 1965; MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1965; GHETTI, *Enti pubblici economici e rapporto d'impiego*, Napoli, 1966; CASANOVA, *Svolgimento delle imprese pubbliche in Italia. Impresa pubblica e impresa privata nella Costituzione*, RS, 1967; ROVERSI-MONACO, *Gli enti di gestione*, Milano, 1967; GUARINO, *La programmazione economica e le imprese pubbliche. Il sistema italiano delle partecipazioni statali*, in *Scritti di dir. pubblico dell'economia*, II, Milano, 1970, parti II e III; ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Milano, 1973; CAPACCIOLI, *Servizio pubblico e impresa (a proposito della posizione finanziaria delle Regioni)*, IA, 1974; GALGANO, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in *Trattato di dir. comm. e di dir. pubbl. dell'economia*, I, Palermo, 1976; ROVERSI MONACO, *L'attività econom. pubbl.*, in *Trattato dir. comm. e di dir. pubbl. dell'economia*, I, Palermo, 1976; ID., *La direzione e il controllo delle imprese pubbliche*, in *Trattato dir. comm. e di dir. pubbl. dell'economia*, I, Palermo, 1976; AA.VV., *L'impresa pubbl.*, Milano, 1977; CASSESE-MASSERA, *Le imprese pubbliche in Italia*, in AA. VV., *Imprese pubbliche*, Milano, 1977, 95 ss.; SANDULLI, *Le imprese pubbliche in Italia*, J, 1977; VALENTINI, *L'impresa pubblica*, Milano, 1980; CIRENEI, *Le imprese pubbliche*, Milano, 1983; CORPACI, *Riparto della giurisdizione e tutela del lavoro nella P.A.*, Milano, 1985; GENTILE, *La nozione di ente pubblico economico*, Bologna, 1987; A. SCOGNAMIGLIO, *Attività imprenditoriale degli ee.pp.ee.*, RDPu, 1989; ANDREANI, *Saggio sulla responsabilità patrimoniale degli amministratori degli ee.pp.ee.*, RDPu, 1989.

⁵⁰⁸ La Corte costituzionale con la sentenza 396/1988 ha precisato che le IPAB (Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza), pur perseguono scopi socialmente rilevanti per la

collettività, non possono essere considerate automaticamente enti pubblici, senza violare gli artt. 3 e 97 della Cost.

La pubblicizzazione automatica delle IPAB, recepiti nel 1999 anche dalle SS.UU. della Cassazione è impedita dalla presenza di una serie di indici che ostano alla trasformazione in ente pubblico: la costituzione per iniziativa volontaria da parte dei privati, il finanziamento ad opera dei soci, la elezione da parte di questi di almeno la metà dei componenti e la costituzione del patrimonio grazie ad atti di liberalità dei privati.

Per un aggiornamento sull'argomento: BATTAGLIA R., *“Il problema della inapplicabilità agli enti pubblici della disciplina sul sovraindebitamento: il caso degli IPAB”*, *Dir. Fall.*, n.1, 2017, p. 272 (nota a sentenza).

La dottrina tradizionalmente ha tentato di risolvere il problema qualificatorio richiamando l'art. 4 della legge sul parastato (l. 400 del 1970) per cui *“Nessun nuovo ente pubblico può essere costituito o riconosciuto se non per legge”*.

In tal modo si riteneva venisse posta una riserva di legge assoluta che escludeva la possibilità di attribuire la personalità giuridica pubblica con atto amministrativo.

Tuttavia questa teoria è stata oggetto di numerose critiche:

a) in primis, per le difficoltà che sorgono nel caso in cui la legge sia implicitamente istitutiva di un ente pubblico;

b) in secondo luogo, poiché la legge sul parastato è una legge ordinaria, con tutte le ovvie conseguenze nel caso di successione di leggi e di abrogazione;

c) inoltre, essa si limita solo alle qualificazione dell'ente pubblico come tale e non alla sua disciplina;

d) la legge sul parastato, dunque, ha una valenza settoriale riguardando alcuni enti c.d. funzionali.

Analoghe critiche possono essere mosse agli altri criteri legali (es. quello dell'art.1 del Dlgs 165-01).

Senza pretesa di esaustività, si ricordano in questa sede alcuni criteri utilizzati in sede di classificazione.

Il primo criterio definisce “pubblico” l'ente che persegue un *fine pubblico*. Tuttavia, risulta carente, a sua volta, la definizione precisa di fine pubblico.

Il secondo criterio, c.d. dei *“pubblici poteri”*, attribuisce la pubblicità a quegli enti che agiscono *iure imperii*, incidendo sull'altrui sfera giuridica. Tuttavia, questo criterio risulta anch'esso fallace poiché non considera gli enti pubblici economici che agiscono *iure privatorum* o, ancora, i privati esercenti pubbliche funzioni loro delegate dallo Stato.

In ogni caso, senza dubbio, è possibile escludere con certezza l'applicabilità della procedura fallimentare agli enti *centrali*, agli enti *locali* e a quelli *periferici*, gerarchicamente riconducibili alla P.A. Si è escluso, inoltre, che lo svolgimento di attività commerciale - non in misura prevalente o professionale - sia sufficiente ad assoggettare l'ente pubblico al fallimento.

Da tempo, invece, si discute in merito alla possibile fallibilità delle c.d. "società pubbliche", anche in virtù della progressiva attrazione di queste ultime nell'orbita istituzionale delle Pubbliche Amministrazioni.

Pertanto, nell'ambito dell'attuale e variegato assetto normativo di cui si è dato conto in precedenza, è necessario domandarsi, *de jure condito*, se è ancora lecito o meno ritenere sussistente un'esenzione delle società a partecipazione pubblica dalle procedure concorsuali, come avveniva in passato.

Sul punto, gli interpreti non sono sempre giunti alle medesime soluzioni, prediligendo percorsi argomentativi differenti.

A) L'orientamento *tipologico-privatistico*⁵⁰⁹ ritiene prevalente, in ogni caso, il dato formale della personalità giuridica di diritto privato sulla sostanza pubblica.

Il terzo criterio è quello della "*supremazia*" (invero, discutibile) secondo il quale sarebbero pubblici solo quei soggetti sottratti ad ogni forma di controllo e dotati di potere normativo/ tributario etc.

In realtà, la migliore dottrina, avallata pure dal Consiglio di Stato, resasi conto della insufficienza di tali criteri singolarmente considerati, ha affermato la necessità di valutare volta per volta il problema della qualificazione giuridica, secondo una ricerca di tipo ermeneutico basata sulla comparazione di alcuni indici "sintomatici" della pubblicità di un ente. Tali indici sono a) un sistema di controlli pubblici; b) la ingerenza statale nella nomina e revoca dei dirigenti; c) il finanziamento statale; d) l'assenza di rischio; e) la costituzione ad iniziativa pubblica. In definitiva la qualificazione di ente pubblico, come sostenuto dalla dottrina (Virga) e dalla giurisprudenza, non può prescindere da una analisi del regime giuridico cui è sottoposto, ovvero dalle norme che ne regolano l'esistenza e l'attività.

⁵⁰⁹Cass., Sez. civ. I, 6 dicembre 2012, n. 21991, seguita poi da una parte di quella di merito: Trib. Reggio Emilia, 18 dicembre 2014, n. 150, che ha ritenuto assoggettabile a fallimento una società *in house* in quanto società e come tale chiarito che l'utilizzo dello schermo societario ne determina l'applicazione di tutte le conseguenze tra cui la sottoposizione, in caso di insolvenza, a procedura fallimentare. Tutto ciò a prescindere dalla presenza di alcuni elementi peculiari quali la competenza giurisdizionale della Corte dei Conti sulla responsabilità degli amministratori, la specificità della *governance* e la finalità pubblicistica perseguita dai soci.

In conseguenza, viene riconosciuta la fallibilità, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1 legge fallim. e 2221 cod. civ., dei soggetti pubblici con forma societaria, dovendo classificare quale "ente pubblico" soltanto quello definito tale dalla legge.

Nello specifico, a sostegno di tale tesi, una parte della giurisprudenza di legittimità⁵¹⁰ ha ritenuto irrilevante la proprietà pubblica delle società per azioni, decretando così l'assoggettamento al regime civilistico ed alla legge fallimentare delle persone giuridiche private, in ragione della mancanza di un vero e proprio collegamento funzionale con l'ente pubblico.

Normalmente, il rapporto società-ente pubblico, difatti, è di assoluta autonomia, atteso che non è riconosciuto in capo all'Amministrazione un potere unilaterale per condizionare (mediante l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali) lo svolgimento delle attività della società per azioni⁵¹¹.

I sostenitori di tale teoria ritengono, inoltre, che nemmeno l'eventuale riscossione della tariffa dovuta alla società per l'erogazione di un servizio pubblico in concessione o l'eventuale garanzia prestata dal socio pubblico possano ritenersi indicatori della non fallibilità della società.

In ogni caso, infatti, quest'ultima non perde la propria qualità di soggetto privato e, quindi, ove ne sussistano i presupposti di imprenditore commerciale, l'assoggettabilità all'amministrazione controllata, ex art. 187 della Legge fallimentare⁵¹².

Conf. Tribunale di Palermo, 20 ottobre 2014 con nota di Alecci, *Assoggettabilità delle "società pubbliche" alle procedure concorsuali: le mobili frontiere tra socialità e profitto*, in *Dir. civ. cont.*, 5 gennaio 2015; Trib. Napoli, 29 maggio 2014; Trib. Nocera Inferiore, 21 novembre 2013.

⁵¹⁰ V. nota precedente.

⁵¹¹ In tal senso Cass., SS.UU. civ., 15 aprile 2005, n. 7799 id., 6 maggio 1995, n. 4989; id., 6 giugno 1997, n. 5085; e id., 26 agosto 1998, n. 8454: non prevedendo la legge "*alcuna apprezzabile deviazione, rispetto alla comune disciplina privatistica delle società di capitali, per le società miste incaricate della gestione di servizi pubblici istituiti dall'ente locale... La posizione del Comune all'interno della società è unicamente quella di socio di maggioranza, derivante dalla "prevalenza" del capitale da esso conferito; e soltanto in tale veste l'ente pubblico potrà influire sul funzionamento della società... avvalendosi non già dei poteri pubblicistici che non gli spettano, ma dei soli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei membri di nomina comunale presenti negli organi della società (v. art. 2459 Cod. civ.)*"

⁵¹² Cass., Sez. civ. I, 10 gennaio 1979, n. 58: "una società per azioni, concessionaria dello Stato per la costruzione e l'esercizio di un'autostrada, non perde la propria qualità di soggetto privato - e, quindi, ove ne sussistano i presupposti, di imprenditore commerciale, sottoposto al regime privatistico ordinario e così suscettibile di essere sottoposto ad amministrazione

Lo statuto della singola società ricopre, dunque, un ruolo determinante⁵¹³.

I sostenitori dell'orientamento analizzato, infine, non ritengono determinante nemmeno la qualificazione o meno in termini di organismo di diritto pubblico⁵¹⁴ secondo la definizione fornita dalla Corte di giustizia europea⁵¹⁵.

Infatti, tale istituto *non* viene in rilievo ogni qual volta le finalità statutarie della società siano orientate al soddisfacimento di esigenze di carattere industriale o commerciale⁵¹⁶.

Tale tesi, allo stato attuale superata, non può essere condivisa. Opinando in tal senso, sarebbero da ritenere soggette alla procedura fallimentare anche società cui è affidato un servizio pubblico essenziale.

B) Un secondo orientamento, tipologico-pubblicistico⁵¹⁷, ha individuato alcuni indici sintomatici che dovrebbero consentire di determinare se una società riveste la qualifica di ente pubblico, al fine di non applicare la normativa fallimentare di diritto comune.

Gli indicatori normalmente valorizzati in tal senso sono riconducibili alla partecipazione pubblica totalitaria o quasi totalitaria, al perseguimento di finalità d'interesse pubblico, all'ingerenza pubblica nella nomina degli organi sociali, alla limitazione dell'autonomia dell'organo amministrativo a fronte dell'attribuzione ai soci pubblici di poteri maggiori di quelli normalmente spettanti ai soci, allo svolgimento della maggior parte

controllata (art. 187 L. fall.) - per il fatto che ad essa partecipino enti pubblici come soci azionisti, che il rapporto giuridico instaurato con gli utenti dell'autostrada sia configurato, dal legislatore, in termini pubblicistici, come ammissione al godimento di un pubblico servizio previo il pagamento di una tassa (pedaggio) e che lo Stato garantisca i creditori dei mutui contratti dalla società concessionaria per la realizzazione del servizio".

⁵¹³ Cass., Sez. civ. I, 26 giugno 2001, n. 8694.

⁵¹⁴ Cass., SS.UU. civ., 7 aprile 2010, n. 8225.

⁵¹⁵ Corte di Giustizia Europea, 10 maggio 2001 n. 223 (cause riunite C-223/99 e C-260/99), con la quale nel decidere la questione pregiudiziale vertente sull'interpretazione dell'*art. 1, lett. b) della direttiva 92/50/CEE*, ha ritenuto che un ente che non persegue scopi lucrativi, ma la cui gestione si fonda su criteri di rendimento, di efficacia e di redditività e che opera in ambiente concorrenziale, non costituisce un organismo di diritto pubblico ai sensi dell'*art. 1, lett. b), comma 2, della direttiva*.

⁵¹⁶ Cass., SS.UU. civ., ord. 1° agosto 2012, n. 13792.

⁵¹⁷ In particolare Trib. S. Maria Capua Vetere 9 gennaio 2009, in *Fallimento*, 2009, p. 713; Trib. Patti 6 marzo 2009, in *www.ilcaso.it*; Trib. Catania 26 marzo 2010, *ivi*.

dell'attività in favore degli enti pubblici soci e, infine, all'erogazione da parte di questi di risorse finanziarie.

Una pregnante critica mossa a tale indirizzo giurisprudenziale ritiene che si tratti di indici ancorati al solo dato *formale*.

Aderire a tale impostazione, inoltre, equivale a ritenere esentate dal fallimento anche società non svolgenti servizi essenziali.

In senso contrario, si aggiunga che ostano esplicitamente alla riqualificazione di una società come ente pubblico sia il già ricordato articolo 4 l. 20 marzo 1975, n. 70, il quale ancora le opzioni interpretative qualificatorie necessariamente ad una o più disposizioni di legge, formulate in maniera oggettiva e inequivoca⁵¹⁸, sia l'art. 4, comma 13, D.l. 6 luglio 2012, n. 95⁵¹⁹ che si orienta nel medesimo senso, ponendo un freno alla discrezionalità degli interpreti.

⁵¹⁸ Cfr. Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, in G. comm., 2014, II, p. 5; e Cass. 27 settembre 2013, n. 22209, in *www.iusexplorer.it*; Cass. 9 marzo 2000, n. 2677, in *www.iusexplorer.it*. Per il richiamo di possibili interpretazioni riduttive del contenuto precettivo della norma v. invece PIZZA P., *Società a partecipazione pubblica e fallimento. Nuovi argomenti a favore della non fallibilità?*, in *www.ilfallimentarista.it* e, per il tentativo di considerare gli "indici" di pubblicità, o alcuni di essi, quale implicita qualificazione pubblicistica da parte della legge, SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2012, pp. 309 s.; osserverei però che l'indice costituito dalla "eterodirezione" della società - come argomento in IBBA C., "Le società in house: nozione e rilevanza applicativa", in *Munus*, n. 1, 2015 - è configurabile solo in presenza di norme di legge derogatorie del diritto societario comune, mentre gli altri indici sono tutti pacificamente compatibili con la natura privatistica degli enti rispetto ai quali essi sussistono.

Cfr. Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, in G. comm., 2014, II, p. 5; e Cass. 27 settembre 2013, n. 22209, in *www.iusexplorer.it*; nonché, per la riaffermazione della riserva di legge, sia pure relativa, in ordine al riconoscimento degli enti pubblici, Cass. 9 marzo 2000, n. 2677, in *www.iusexplorer.it*.

⁵¹⁹ Definita dalla Corte di Cassazione come "norma di chiusura del sistema" Cass. 13 maggio 2013, n. 111417, in *www.iusexplorer.it*; ma v. anche Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit.; e in dottrina P. Pizza, op. cit. Cass. 13 maggio 2013, n. 111417, in *www.iusexplorer.it*; ma v. anche Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit.; e in dottrina P. Pizza, op. cit. (e certo un legislatore ordinato l'avrebbe introdotta nel codice civile, verosimilmente come ult. comma dell'art. 2449).

Un ultimo argomento critico rispetto alla tesi in esame è desumibile osservando la legislazione speciale. Vi sono, infatti, particolari fattispecie⁵²⁰ che comportano esplicitamente l'attrazione degli enti con forma societaria alla sfera di applicazione del diritto pubblico.

A titolo meramente esemplificativo, si pensi alla normativa che conferisce rilevanza all'inclusione nell'elenco delle Pubbliche Amministrazioni, periodicamente aggiornato dall'Istat, per sancire l'applicabilità delle regole di finanza e contabilità pubblica.

Esse hanno il merito, dunque, di confermare, *a contrariis*, la soggezione di quegli enti (tra cui le società pubbliche) alla disciplina privatistica per i profili non considerati dalle norme specialistiche, inclusi, dunque, quelli di diritto concorsuale⁵²¹.

Si aggiunga che le operazioni di riqualificazione poste in essere nell'alveo di tale secondo orientamento, invero, benché spesso avallate dalla giurisprudenza amministrativa e da quella contabile, sono state contrastate con molto vigore, soprattutto negli ultimi anni,

⁵²⁰ Cfr. in particolare, nel testo attualmente vigente, l'art. 1 l. 31 dicembre 2009, n. 303; l'art. 6 d.l. 31 maggio 2010, n. 78; l'art. 1 d. legisl. 31 maggio 2011, n. 91; gli artt. 1, 4 e 5 d.l. 6 luglio 2012, n. 95; l'art. 1, comma 50o ss., l. 27 dicembre 2013, n. 147). Ma v. anche, in precedenza, l'art. 22.1, lett. e), l. 7 agosto 1990, n. 241, che ai fini della disciplina del diritto di accesso ai documenti amministrativi include nella nozione di pubblica amministrazione " *tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario* "; o l'art. 3, comma 26o, d. legisl. 12 aprile 2006, n. 163, che ai fini del codice dei contratti pubblici qualifica come organismo di diritto pubblico " *qualsiasi organismo, anche in forma societaria, istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; dotato di personalità giuridica; la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico* ".

⁵²¹ Come infatti argomenta Cass. 27 settembre 2013, n. 22209 e v. anche Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283. Affermare la connotazione privatistica delle società in mano pubblica non appare più una "battaglia di retroguardia" v. D'ATTORRE G., " *Società in mano pubblica e procedure concorsuali* ", in FIMMANÒ F. (a cura di), *Le società pubbliche: Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 340.

dalla Corte di Cassazione, che, pur non negandone in astratto l'ammissibilità, la circoscrive, in concreto, a rarissime ed eccezionali fattispecie di società di diritto singolare⁵²²

Invero il criterio della mera " *prevalenza della sostanza sulla forma*"⁵²³, a ben vedere, ha trovato smentita, con riferimento alle così dette società strumentali, anche in una nota decisione della Corte costituzionale⁵²⁴.

⁵²² Si veda, in particolare, la nutrita giurisprudenza in tema di giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società a partecipazione pubblica, che - a partire dalla notissima Cass., sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806, in www.iusexplorer.it - ha ripetutamente affermato la natura di soggetto privato propria delle società a partecipazione pubblica (v. ad es. - anch'esse consultabili in www.iusexplorer.it - Cass., sez. un., 15 gennaio 2010, n. 519; Cass., sez. un., 5 luglio 2011, n. 14655; Cass., sez. un., 12 ottobre 2011, n. 20941).

La stessa Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283 esenta da tale principio solo la " *specificità di singole società a partecipazione pubblica il cui statuto sia soggetto a regole legali sui generis, come nel caso della Rai* " (Cass., sez. un., 22 dicembre 2009, n. 27092, ord., in www.iusexplorer.it).

Le peculiarità della Rai spa - secondo l'appena citata Cass., sez. un., 22 dicembre 2009, n. 27092, sono appunto tali da indurre a includerla " *nel novero degli enti pubblici (...) nonostante l'abito formale che riveste di società per azioni*"; conclusione, quest'ultima (fortemente criticata da A. PACE, La Corte di Cassazione ignora la storia, disapplica la legge e qualifica la Rai " ente pubblico ", in G. cost., 2010, p. 4036 ss.), peraltro immediatamente relativizzata da altra pronuncia della Suprema Corte, per la quale la " *affermazione della sostanziale "assimilabilità" della Rai ad un "ente pubblico" al fine della qualificabilità come danno erariale del danno cagionato dai suoi agenti " va considerata quale segmento speciale " di una disciplina che, comunque, per tutto quanto non diversamente disposto si rifà al regime proprio della società per azioni " , sicché la Rai, " anche se fortemente caratterizzata dagli evidenziati peculiari aspetti " , " resta pur sempre una società per azioni " , anche perché " la espressa configurazione per legge in tal senso non potrebbe certo assumere una valenza assolutamente "neutrale" " , e " non è in alcun modo annoverabile tra le pubbliche amministrazioni " (Cass., sez. un., 22 dicembre 2011, n. 28329, in www.iusexplorer.it ed Anas s.p.a. Cass., sez. un., 9 luglio 2014, n. 15594, in www.dirittodeiservizipubblici.it).*

⁵²³ Alla quale attribuisce gran peso, in senso inverso a quello di cui si discorre, App. Torino 15 febbraio 2010, in www.ilcaso.it, che ha riqualificato in senso privatistico, ai fini della dichiarazione d'insolvenza strumentale alla sottoposizione ad amministrazione straordinaria, un consorzio fra enti locali costituito ex art. 31 d. legisl. 18 agosto 2000, n. 267 (Tuel).

⁵²⁴ Corte cost. 10 agosto 2008, n. 326, chiamata a pronunciarsi sulla sospettata lesione della potestà legislativa regionale ad opera dell'art. 13 d.l. 4 luglio 2006, n. 223, disciplinante le società

Nonostante i rilievi critici di cui poc'anzi, autorevole dottrina ha aderito all'orientamento analizzato.

C) L'ultimo filone interpretativo⁵²⁵, infine, aderisce al c.d. metodo *funzionale* (o *sostanzialistico*), valorizzando le finalità perseguite e gli interessi protetti dalle norme.

a capitale interamente o parzialmente pubblico costituite dalle amministrazioni regionali o locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti o per lo svolgimento di funzioni amministrative di loro competenza.

La sentenza ha respinto la questione di legittimità costituzionale, osservando che la disciplina in questione rientra nella materia dell'ordinamento civile (di competenza legislativa esclusiva dello Stato) - che comprende fra l'altro " *la disciplina delle persone giuridiche di diritto privato* ", " *inclusi istituti caratterizzati da elementi di matrice pubblicistica, ma che conservano natura privata* " - avendo qualificato tali società, appunto, " *come soggetti di diritto privato* ".

⁵²⁵ Si v. in particolare NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffré, 2003, pp. 171 ss., pp. 179 ss.; NAPOLITANO G., " *Soggetti privati "enti pubblici"?*", *D. amm.*, 2003, pp. 822 ss.; nonché, sia pure più cautamente, IBBA C., " *La tipologia delle privatizzazioni*", *G. comm.*, n. 1, 2001, pp. 484 s.; IBBA C., " *'Generale' e 'speciale' nel diritto dell'iniziativa economica, nel pensiero di Giorgio Oppo*", *Riv. Dir. Civ.*, n. 1, 2010, pp. 490 ss.; IBBA C., " *Le società a partecipazione pubblica: tipologie e discipline*", in IBBA C., MALAGUTI M. C., MAZZONI A. (a cura di), *Le società "pubbliche"*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 21 ss., ove la conclusione che l'adozione della forma societaria determina necessariamente l'applicazione del diritto societario, sicché, in assenza di specifiche disposizioni derogatorie, la soggezione a discipline pubblicistiche sarà possibile solo previa verifica della loro compatibilità con il diritto societario.

In ordine al problema della soggezione al fallimento il ricorso al criterio funzionale, con gli esiti di cui si dirà nel testo, è propugnato soprattutto da D'ATTORRE G., " *Gli enti di natura pubblica*", in M. SANDULLI (a cura di), *I soggetti esclusi dal fallimento*, Milano, IPSOA, 2007, p. 110 ss.; D'ATTORRE G., " *Le società in mano pubblica possono fallire?*", *Fallimento*, 2009, pp. 715 ss.; D'ATTORRE G., " *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*", *Fallimento*, vol XXXII, 2010, pp. 691 ss.; nonché D'ATTORRE G., " *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*", in FIMMANÒ F. (a cura di), *Le società pubbliche: Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, Giuffré, 2011, p. 343, da cui prevalentemente citerò nel prosieguo; cui adde da ultimo D'ATTORRE G., " *La fallibilità delle società in mano pubblica*", *Fallimento*, 2014, pp. 493 ss. Alla posizione di questo autore aderiscono sostanzialmente POTITO L., SANDULLI M., " *Imprese soggette al fallimento e al concordato preventivo*", in NIGRO A., SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 16.

A tal fine, gli Autori che aderiscono a tale teoria distinguono tra società che presentano il carattere della necessità poiché svolgono attività essenziali (non fallibili) e società con attività non immediatamente connesse alla tutela degli interessi pubblici (da considerare, invece, fallibili)⁵²⁶.

Tale valutazione viene effettuata tramite un giudizio di compatibilità tra le norme di diritto comune dettate per le società private e le normative di settore⁵²⁷.

⁵²⁶ In tal caso, infatti, la dichiarazione di fallimento determinerebbe, da un lato, la cessazione dell'attività d'impresa, pregiudicando l'interesse pubblico alla continuità del servizio, dall'altro, una inammissibile sostituzione dell'autorità giudiziaria all'autorità amministrativa in decisioni concernenti la continuità o meno nella gestione del servizio (quale quella sulla prosecuzione dell'attività d'impresa ex art. 104 l. fall.) Cfr. D'ATTORRE G., "Società in mano pubblica e procedure concorsuali", in FIMMANÒ F. (a cura di), *Le società pubbliche: Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, Giuffré, 2011, p. 345 s.; D'ATTORRE G., "La fallibilità delle società in mano pubblica", *Fallimento*, 2014, p. 498 ss.

⁵²⁷ Tale operazione interpretativa per alcuni viene ricondotta alla c.d. "interpretazione estensiva" (D'ATTORRE G., "Società in mano pubblica e procedure concorsuali", in FIMMANÒ F. (a cura di), *Le società pubbliche: Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, Giuffré, 2011, p. 354 s.; D'ATTORRE G., "La fallibilità delle società in mano pubblica", *Fallimento*, 2014, p. 502, in realtà, forse, si potrebbe discorrere più correttamente di applicazione analogica.

Infatti l'operazione ermeneutica mira alla " *costruzione di una norma inespressa* ": appunto, la regola del caso " analogo " a quello disciplinato (cfr. GUASTINI R., " *Interpretare e argomentare* ", *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2011, pp. 276 ss.).

Se si aderisce a tale tesi, devono essere dimostrate sia la non eccezionalità della norma che dovrebbe estendersi per analogia (D'ATTORRE G., "Società in mano pubblica e procedure concorsuali", in FIMMANÒ F. (a cura di), *Le società pubbliche: Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, Giuffré, 2011, p. 355 s.; D'ATTORRE G., "La fallibilità delle società in mano pubblica", *Fallimento*, 2014, p. 502 sia, prima ancora, l'esistenza di una lacuna normativa relativamente alle società a partecipazione pubblica; dimostrazione, quest'ultima, che probabilmente non è agevole dare.

A tal proposito è pacifico che l'art. 1 della legge fallimentare è stato modificato nell'ambito della riforma del 2006-2007, ossia in un momento storico in cui il proliferare degli affidamenti di servizi pubblici a società a partecipazione pubblica era diffuso.

Di conseguenza si deve ritenere che il mantenimento dell'esenzione per i soli enti deve considerarsi espressivo di una scelta.

Detto altrimenti, la disposizione secondo cui " *gli enti pubblici non falliscono* " dovrebbe contenere, oltre alla fattispecie tipica (inclusiva), anche la fattispecie esclusiva implicita

Le finalità perseguite dai due soggetti, pur con forma giuridica diversa, sono le medesime e per tanto entrambi non dovrebbero essere fallibili, al fine di dare continuità ai servizi che gestiscono. In altri termini, si può ben affermare che non risulti determinante, in realtà, qualificare la società in mano pubblica come ente privato o come ente pubblico, quanto piuttosto accertare se debba applicarsi la disciplina privatistica oppure quella pubblicistica in relazione, tuttavia, ad un *singolo*, determinato profilo dell'attività di impresa.

Tale teoria risulta conforme rispetto a quanto avviene nel diritto dell'Unione Europea: le fonti sovranazionali, infatti, non forniscono una definizione unitaria di società a partecipazione pubblica, né riconoscono una disciplina organica della stessa, come già descritto ampiamente nel I capitolo.

Ad esempio, le c.d. "*società-enti pubblici*" (ossia costituite *ex lege* o su autorizzazione del legislatore per rispondere a specifiche finalità) devono considerarsi non fallibili, per analogia con gli enti pubblici.

Si aggiunga che, valorizzando il tenore letterale della medesima norma gli enti pubblici sarebbero da considerare esentati non solo dalla procedura fallimentare, ma anche dal concordato preventivo⁵²⁸, nonostante lo scenario sia sensibilmente differente tra le due ipotesi.

(complementare): "*i non enti pubblici falliscono*" (cfr. CARCATERRA G., "*Analogia - Teoria generale*", *Enc. giur.*, vol. II, Roma, 1988, specie 2.5).

Tale affermazione è avvalorata ulteriormente dalla previsione, di poco successiva, che include le società "*operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali*" fra quelle assoggettabili ad amministrazione straordinaria (art. 27, comma 2o, lett. b-bis, d. legisl. 8 luglio 1999, n. 270, nel testo successivo al d.l. 28 agosto 2008, n. 134, modificato dalla l. 27 ottobre 2008, n. 166), sicché parrebbe contraddittorio ipotizzarne l'esonero dalla procedura fallimentare. Arg. DI MARZIO F., "*Insolvenza di società pubbliche e responsabilità degli amministratori. Qualche nota preliminare*", in FIMMANÒ F. (a cura di), *Le società pubbliche: Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 390 ss.; nonché Trib. Palermo 8 gennaio 2013 e Trib. Palermo 11 giugno 2013.

Se, insomma, il criterio funzionale non viene utilizzato per integrare una disciplina lacunosa, questo in realtà serve a modificare la disciplina esistente, così facendo prevalere la volontà dell'interprete su quella del legislatore.

⁵²⁸ La necessità di escludere l'utilizzabilità dello strumento concordatario verrebbe scemando poiché, nell'ambito della disciplina del concordato preventivo, l'apertura della

In merito, Francesco Galgano scriveva: “*l'esonazione [dal fallimento] si ricollega alla qualità del soggetto quale "ente pubblico": essa non opera, perciò, a favore delle cosiddette "società in mano pubblica", ossia di quelle società delle quali lo Stato o altro ente pubblico detengono la maggioranza o la totalità delle azioni. È "pubblico", in questi casi, il soggetto che partecipa come azionista alla società, mentre la società resta, pur sempre, una società privata o, come è stato detto, una società di diritto comune, come tale assoggettabile al fallimento*⁵²⁹”.

L'intervento dirimente del D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175

A dirimere la questione in merito alla fallibilità delle società pubbliche è intervenuto l'art. 14 del nuovo T.U.S.P.P. delle società partecipate secondo cui “1. *Le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi di cui al D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270, e al D.L. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla Legge 18 febbraio 2004, n. 39*”.

La previsione in commento pone, dunque, fine alle dispute giurisprudenziali e dottrinali che hanno caratterizzato il dibattito degli ultimi anni in materia.

La normativa citata obbliga l'organo amministrativo delle società a controllo pubblico ad adottare un idoneo piano di risanamento⁵³⁰, nel momento in cui dovessero emergere uno o più indicatori di una possibile crisi aziendale.

procedura non comporta l'interruzione dell'attività (dipendente questa da una scelta volontaria della società), né lo spossessamento del debitore.

Parimenti, si consideri che il Tribunale non ha un autonomo potere di scelta in merito alla destinazione dell'azienda. In tal senso risulta determinante il contenuto del piano predisposto dal debitore ex art. 161, comma 2, lett. e) legge fallim., pur se, ovviamente, sottoposto al controllo del Tribunale.

⁵²⁹Parole di GALGANO F., in GALGANO F., BONSIGNORI A., “*Il fallimento delle società*”, Tratt. Galgano, Padova, 1988, p. 25, che esprimono un convincimento comune ed anzi incontrastato sino a pochi anni or sono.

⁵³⁰ Evidentemente non può considerarsi un “*idoneo piano di risanamento*” la previsione di un ripianamento delle perdite da parte dell'amministrazione o delle amministrazioni pubbliche socie, a meno che questo non sia accompagnato da un piano di ristrutturazione aziendale, da cui risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico.

Coerentemente con quest'ultima considerazione, gli enti pubblici ed i soggetti indicati a fini statistici nell'elenco dell'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) non possono effettuare

Ove l'organo decisionale valutasse di non procedere, in tal senso, rischierebbe di incorrere in una grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409 del Codice civile.

Per quanto concerne le società partecipate a carattere local, le amministrazioni partecipanti, ai sensi dell'art. 21 del D.Lgs. n. 175/2016, hanno un obbligo di accantonamento in caso di risultato negativo dell'esercizio non immediatamente ripianato in misura proporzionale alla quota di partecipazione, secondo le prescrizione recate dall'art. 2425 Cod. civ⁵³¹.

Infine, l'art. 20 del T.U.S.P.P., per prevenire possibili insolvenze, disciplina esplicitamente le modalità e le tempistiche entro le quali le Amministrazioni devono analizzare l'assetto delle società in cui detengono partecipazioni - dirette o indirette - e provvedere, ove necessario, alla predisposizione di appositi piani di riassetto per la loro razionalizzazione⁵³², fusione o soppressione.

amenti di capitale *una tantum*, trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate, salvo che sussistano le condizioni anzidette.

Detti interventi possono essere autorizzati in via straordinaria al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità; in tal caso l'intervento viene autorizzato su richiesta dell'Amministrazione interessata con Decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri (D.P.C.M.), adottato su proposta del Ministero dell'Economia e delle Finanze, di concerto con gli altri Ministri competenti e soggetto a registrazione della Corte dei conti.

A norma del T.U.S.P.P., nel lustro successivo alla dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti, le Amministrazioni controllanti non possono costituire nuove società né acquisire o mantenere partecipazioni qualora le stesse gestiscano i *medesimi* servizi di quella dichiarata fallita.

⁵³¹ Ove ciò non avvenga, gli Enti locali che adottano la contabilità civilistica adeguano il valore della partecipazione, nel corso dell'esercizio successivo, all'importo corrispondente alla frazione del patrimonio netto della società partecipata.

Infine, se l'ente partecipante ripiana la perdita di esercizio o dimette la partecipazione ovvero ancora il soggetto partecipato viene posto in liquidazione, l'importo accantonato è reso disponibile in misura proporzionale alla quota di partecipazione

⁵³² Le modalità di razionalizzazione (COSMAI P., IOVINO R., *Riforma delle società partecipate - Guida operativa al D.Lgs. 19 agosto 2016*, n. 175, Wolters Kluwer, 2016) in particolare, sono individuate dai commi da 1 a 8 del menzionato articolo 20 e si dipana in diverse tappe:

- ogni anno gli Enti effettuano, con proprio provvedimento, un'analisi dell'assetto complessivo delle società in cui detengono partecipazioni, dirette o indirette;

• predispongono un piano di riassetto per la loro razionalizzazione che può prevedere anche la dismissione), fusione o soppressione che può prevedere anche la dismissione o l'assegnazione in virtù di operazioni straordinarie delle partecipazioni societarie acquisite anche per espressa previsione di legge;

I piani di razionalizzazione corredati da una relazione tecnica circa modalità e tempi di attuazione sono adottati ove le P.A. rilevano:

- 1) partecipazioni societarie che non rientrano nelle categorie di cui all'art. 4 del T.U.;
- 2) società prive di dipendenti o con un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti;
- 3) partecipazioni in società che svolgono attività analoghe a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali;
- 4) partecipazioni in società che, nei 3 anni antecedenti, abbiano un fatturato medio non superiore ad 1 milione di euro;
- 5) partecipazioni in società diverse da quelle costituite per la gestione di un servizio di interesse generale che abbiano prodotto un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti;
- 6) necessità di contenimento dei costi di funzionamento;
- 7) necessità di aggregazione di società aventi ad oggetto le attività consentite all'art. 4 del T.U.S.P.P.;

• ove non siano detenute partecipazioni l'obbligo di comunicazione alla Corte dei conti è fatto salvo;

• in caso di adozione del piano entro il 31 dicembre dell'anno successivo è approvata dalle Pubbliche Amministrazioni una relazione sull'attuazione del piano, evidenziandone i risultati conseguiti; esse la trasmettono alla struttura individuata presso il Ministero dell'Economia e alla Sezione di controllo della Corte dei conti competente;

• ove, invece, non venga adottato il piano secondo le modalità appena descritte, è comminata una sanzione pecuniaria (da euro 5.000 ad euro 500.000), salvo il danno rilevato in sede di giudizio contabile, comminato dalla Corte dei conti.

Infine, l'ultimo comma dell'art. 20 cit. disciplina il procedimento di cancellazione delle Società a controllo pubblico dal Registro delle Imprese finalizzato alla loro estinzione.

Dopo la cancellazione, i creditori sociali non soddisfatti possono far valere i loro crediti nei confronti dei soci, fino alla concorrenza delle somme da questi riscosse in base al bilancio finale di liquidazione, e nei confronti dei liquidatori, se il mancato pagamento è dipeso da colpa di questi.

La domanda, se proposta entro un anno dalla cancellazione, può essere notificata presso l'ultima sede della società.

Prime interpretazioni giurisprudenziali della nuova normativa

A seguito dell'entrata in vigore del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica (D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175), la Corte d'Appello dell'Aquila⁵³³ è stato il primo tribunale ad occuparsi del tema della fallibilità delle società in mano pubblica.

⁵³³ FIMMANÒ F., *L'insolvenza delle società pubbliche alla luce del testo unico*, *Fallimento*, 2017, 2, 161.

Successivamente, sulla medesima tematica sono intervenute sia la Corte costituzionale che si è pronunciata sulla Riforma Madia⁵³⁴, sia la Cassazione⁵³⁵.

Gli elementi di novità apportati dal T.U.S.P.P. appaiono evidenti e sono stati recepiti dalle sentenze in commento.

Come già osservato nel precedente paragrafo, la nuova disciplina ha fornito una soluzione alla *querelle* in merito alla possibilità di assoggettare o meno alle procedure

⁵³⁴ La Corte costituzionale, con la sentenza n. 251 del 25 novembre 2016 (Pres. Grossi - Red. Sciarra) su ricorso della Regione Veneto, ha statuito l'illegittimità di una serie di norme della Legge *c.d. Madia* in quanto sarebbe stata necessaria la previa intesa e non il semplice parere della Conferenza Stato-Regioni o Unificata.

Le dichiarazioni di illegittimità costituzionale riguardano le deleghe al Governo "*in tema di riorganizzazione della dirigenza pubblica*", "*per il riordino della disciplina vigente in tema di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*", "*di partecipazioni azionarie delle pubbliche amministrazioni e di servizi pubblici locali di interesse economico generale*".

La Consulta ha comunque precisato che: "*le pronunce di illegittimità costituzionale, contenute nella decisione, sono circoscritte alle disposizioni di delegazione della legge n. 124 del 2015, oggetto di ricorso e non si estendono alle relative disposizioni attuative. Nel caso di impugnazione di tali disposizioni attuative, si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo, nell'esercizio della sua discrezionalità, riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione*".

La Corte quindi interverrà sul T.U. solo se verrà impugnato e limitatamente ai punti in cui esso è lesivo delle competenze regionali e ferma restando l'adozione, nelle more, da parte del Governo di un decreto correttivo pure previsto dalla legge.

Questa situazione potrebbe ad esempio verificarsi con riguardo alle previsioni di cui agli artt. 20 e 24 in tema di piani razionalizzazione ordinaria e straordinaria e limitatamente all'obbligo di predisposizione da parte delle Regioni e al regime transitorio del personale (art. 25), la cui gestione è rimessa alla Regione ed alle società dalla stessa partecipate. In linea di principio le scadenze e gli adempimenti previsti dal T.U. (ad esempio per modifiche statutarie, piani straordinari di razionalizzazione, ecc.) potrebbero rimanere cogenti.

Questa interpretazione, soprattutto nel caso di società regionali, sconta notevoli incertezze dovute, da un lato, al rischio di impugnazioni per lesione delle competenze regionali e, dall'altro, a interventi legislativi correttivi del T.U. Partecipate in linea con il suggerimento della Corte costituzionale.

⁵³⁵ Cass. Civ. sez. I, 7 febbraio 2017 n. 3196

concorsuali le società in mano pubblica: i molteplici tentativi di sottrarre queste ultime alle regole del diritto comune sono stati normativamente respinti.

La Corte d'Appello dell'Aquila, a tal proposito, ricorda come sovente si è assistito *all'abuso* della possibilità di affidare direttamente la gestione dei servizi pubblici⁵³⁶.

Infatti, non di rado è stato utilizzato il modello societario solo *formalmente* per ottenere l'aziendalizzazione-privatizzazione dei servizi, poiché sostanzialmente è stato diretto ad eludere i procedimenti ad evidenza pubblica ed a sottrarre interi comparti della P.A. a vincoli di bilancio ed al patto di stabilità⁵³⁷.

A titolo esemplificativo, l'assunzione di spese di ammontare indeterminato, non previste nel bilancio dell'ente, costituisce una chiara violazione delle regole di contabilità pubblica⁵³⁸.

Invero, se, da un lato, l'Ente pubblico affidante ha tratto giovamento dai vantaggi segregativi derivanti dal modello giuridico dell'affidamento diretto alle proprie società, dall'altro, ne deve accettare le conseguenze sfavorevoli, per non falsare l'equilibrio economico del sistema di riferimento⁵³⁹.

⁵³⁶ Si tratta di considerazioni espresse nel tempo, oggetto di analisi critiche riprese dalla giurisprudenza (cfr. FIMMANÒ F., CATRICALÀ A., *“Introduzione, Profili generali della riforma”*, in FIMMANÒ F., CATRICALÀ A. (a cura di), *Le società pubbliche*, Roma, Giapeto, 2016, pp. 15 ss.; FIMMANÒ F., *“Le società di gestione dei servizi pubblici locali”*, *Riv. not.*, 2009, pp. 897 ss.; FIMMANÒ F., *“L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività”*, in FIMMANÒ F. (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza, Ricerche di Law & Economics*, Milano, 2011, pp. 12 ss.

⁵³⁷ Come controspinta osserviamo il sempre maggior ambito di applicazione delle disposizioni in materia di bilancio consolidato e conto integrato RIF.

Trib. Palermo 20 ottobre 2014, in *Dir. fall.*, II, 258 s., con nota di FIMMANÒ F., *Insolvenza dell'imprenditore "società pubblica", gestione in house dei servizi e tutela dell'affidamento*.

⁵³⁸ FIMMANÒ F., *“Il macroproblema irrisolto della responsabilità dell'ente pubblico-socio per abuso del dominio della società partecipata”*, in FIMMANÒ F., CATRICALÀ A. (a cura di), *Le società pubbliche*, Roma, Giapeto, 2016, pp. 49 ss.; FIMMANÒ F., *“La responsabilità da abuso del dominio dell'ente pubblico in caso di insolvenza della società controllata”*, *Dir. fall.*, 2010, pp. 724 ss.

⁵³⁹ Anche sul piano costituzionale visto che le disposizioni penali presuppongono la dichiarazione del fallimento o dell'insolvenza.

Le caratteristiche peculiari delle società pubbliche non possono comportare un trattamento deteriore dei terzi, in situazioni di legittimo affidamento⁵⁴⁰.

(Segue) Il modello in house: mancata autonomia della ricostruzione tipologica

Appurato che il T.U.S.P.P. contempla l'assoggettamento alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo espressamente per le "*società a partecipazione pubblica*", è necessario domandarsi quale sia l'ambito di applicazione soggettivo della norma in questione.

L'art. 2 del T.U.P.P.S., ricalcando il modello utilizzato abitualmente per gli atti normativi europei, è rubricato "definizioni".

Tale previsione normativa differenzia le "*società a partecipazione pubblica*" dalle "*società in house*": le prime sono "*le società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico*" (art. 2, comma 1, lett. n), mentre le seconde sono "*le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto*" (art. 2, comma 1, lett. o).

Attesa questa differenza terminologica, alcuni potrebbero continuare a sostenere che le norme in materia di fallimento, sul concordato preventivo ed in materia di amministrazione straordinaria debbano ritenersi inoperanti per le società in house.

Un'interpretazione di tal fatta, che giunge a ritenere l'inapplicabilità dell'art. 14 T.U.S.P.P. alle società in house, è da considerarsi erronea secondo argomenti di carattere strettamente testuale.

Infatti, il comma 6 del medesimo art. 14 T.U.S.P.P. disciplina chiaramente le conseguenze della dichiarazione di fallimento "*di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti*" e, ai sensi del successivo art. 16 T.U., le società titolari di tali affidamenti diretti sono proprio le "*società in house*".

Pertanto, è possibile affermare che il legislatore disciplinando i limiti a carico delle pubbliche amministrazioni derivanti dal fallimento delle "*società in house*" abbia, com'è ovvio, implicitamente previsto la fallibilità di queste ultime⁵⁴¹.

⁵⁴⁰ Si v. Cass., se. I, n. 3196/17.

⁵⁴¹ RACUGNO G., "*Sub Art. 14*", in MEO G., NUZZO A. (a cura di), *Commentario al Testo Unico*, Bari, Cacuci, 2016, p. 203, che evidenzia come si tratta di società comunque destinate ad entrare in contatto coi terzi e quindi aventi natura di diritto comune (in tema anche IBBA C., "L'impresa pubblica in forma societaria fra diritto privato e diritto pubblico", in BRESCIA

Tale previsione rappresenta un indicatore chiaro della mancata enucleazione teorica del tipo "*società in house*".

Quest'ultima rimane, dunque, esclusivamente una *species* del *genus* "*società a controllo pubblico*" che si differenzia esclusivamente per alcune specifiche previsioni⁵⁴², senza una vera e propria differenziazione dogmatica.

A conferma di tale assunto è possibile osservare i lavori preparatori del T.U.S.P.P..

In realtà, la V Commissione Permanente Bilancio, Tesoro e Programmazione della Camera, nel parere reso il 30 giugno 2016, ed il Consiglio di Stato, Commissione Speciale, nel parere del 16 marzo 2016, avrebbero entrambi auspicato l'inserimento di disposizioni autonome per gli enti strumentali e per le società *in house*, in ottemperanza al dettato dell'art. 18 della legge delega.

Nel parere della V Commissione Permanente si legge: "*si valuti l'opportunità di individuare le tipologie di società in cui è ammessa la partecipazione da parte della pubblica amministrazione, definendo, come risulta dal parere del Consiglio di Stato, una distinzione più netta tra società a controllo pubblico, società a partecipazione pubblica e società quotate, con deroghe al codice civile di intensità decrescente, nonché tra società strumentali e società in house, con deroghe al codice civile di maggiore intensità, valutando altresì l'opportunità di elencare per ciascuna delle predette tipologie le norme del decreto che risultano applicabili*".

Al contempo, il Consiglio di Stato⁵⁴³ evidenzia come le profonde deviazioni presentate dal modello "*società in house*", prima tra tutte la deroga al potere di gestione degli

MORRA C., MEO G., NUZZO A. (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, Analisi Giuridica dell'Economia, n. 2, 2015, p. 557).

⁵⁴² Nello specifico l'art. 4.4, l'art. 11 comma 15 e l'art. 16 del T.U. in esame.

⁵⁴³ Consiglio di Stato Adunanza della Commissione speciale del 8 marzo 2017 NUMERO AFFARE 00335/2017 OGGETTO: Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per la semplificazione e la pubblica amministrazione. Schema di decreto legislativo concernente "*Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*"; reperibile on line all'indirizzo: http://www.entionline.it/j17/SEGR/2017_ParCdS335_Partec.pdf

Articolo 14 e articolo 21 *Un'ulteriore necessità di intervento da parte del correttivo va segnalata con riferimento alla disciplina del fallimento delle società in house, che va affrontata esaminando congiuntamente gli articoli 14 e 21 del t.u. n. 175 del 2016(...). Il principio generale della "fallibilità" delle società partecipate, fissato dall'art. 14, esteso anche alle società in house, è stato confermato dalla più recente giurisprudenza della Cassazione (Cass. civ., Sez. I, 7 febbraio 2017, n. 3196). La possibilità di fallire, prevista in modo sufficientemente chiaro dall'art. 14, deve*

essere, però, coordinata con la disciplina dell'art. 21, comma 1, che impone alle pubbliche amministrazioni locali partecipanti di accantonare nel bilancio un importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato, in misura proporzionale alla quota di partecipazione.

Da ciò deriva che, nel caso di società interamente partecipate dall'ente locale, qualora quest'ultimo non intenda dismettere la partecipazione o porre in liquidazione la società sarà obbligato a ripianare le perdite, eventualità quest'ultima che negherebbe in radice la possibilità per le società in house di fallire.

È, pertanto, necessario chiarire che dall'obbligo di accantonamento di cui al comma 1 dell'art 21 non deriva un obbligo di ripiano, potendo le pubbliche amministrazioni locali partecipanti decidere di non ripianare il bilancio delle società in house, in considerazione della sperimentata necessità di rivolgersi al mercato.

Un ulteriore riferimento che appare necessario introdurre in relazione alla possibilità del ripiano delle società partecipate da parte delle pubbliche amministrazioni locali partecipanti attiene al limite che le stesse incontrano allo scopo di evitare che l'intervento finanziario in questione si risolva in un indebito aiuto di Stato. Il riferimento, com'è noto, è all'art. 106 TFUE, alla sentenza Altmark del 24 luglio 2003, ed alla legislazione comunitaria derivata.

Si propone, al tal fine, l'inserimento di un comma 4 nell'art. 21, che potrebbe avere il seguente tenore: "Le pubbliche amministrazioni locali partecipanti possono procedere al ripiano delle perdite subite dalla società partecipate con le somme accantonate ai sensi del comma 1, nei limiti della loro quota di partecipazione e nel rispetto dei principi e della legislazione dell'Unione europea in tema di aiuti di Stato"(n.d.r. riferimento poi integrato nel testo di legge al comma 3 bis). Sempre in relazione all'art. 21, si osserva che tale norma, rendendo il socio locale partecipe dei risultati negativi della gestione delle società inserite nel conto economico consolidato dello Stato, determina il definitivo superamento dell'autonomia patrimoniale perfetta che caratterizza i rapporti fra il socio e la società. La spesa iniziale per l'assunzione delle partecipazioni sociali potrebbe non essere rappresentativa degli oneri finanziari che conseguono all'acquisto.

L'impossibilità di valutare preventivamente gli oneri a carico della finanza pubblica e di procedere alla relativa registrazione di spesa determinerebbe un cronico conflitto con le regole di contabilità pubblica e sarebbe logico pensare che l'assunzione o il mantenimento di partecipazioni nelle predette società sia sempre precluso. Tuttavia, la fattispecie presenta delle significative difficoltà applicative perché non è possibile determinare preventivamente se una società ricada o meno nel citato elenco, giacché il relativo accertamento, concentrandosi sui ricavi conseguiti dalla società, si svolge necessariamente ex post. Peraltro, i rapporti che si instaurano fra il socio locale e le società inserite nel conto economico consolidato appaiono comunque assai problematici: da un lato, il socio pubblico non potrà disporre alcuna ricapitalizzazione o altre operazioni finanziarie volte alla copertura delle perdite, se non nel rispetto degli stringenti limiti

amministratori di cui all'art. 2380 *bis*, comma 1, c.c., dovrebbero rappresentare *necessariamente* un modello distinto di società pubblica.

Del resto, l'applicazione di una disciplina speciale potrebbe essere giustificata proprio in virtù del principio di "*proporzionalità*" delle deroghe alla disciplina privatistica.

Inoltre, il supremo organo della giustizia amministrativa richiama quale argomento a sostegno della specialità *proprio* l'art. 106 del T.F.U.E. (trattato sul funzionamento dell'UE) per il quale "*le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale...sono sottoposte alle norme dei Trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata*"⁵⁴⁴.

previsti dall'art. 14, comma 5, del T.U.; dall'altro è obbligato comunque a disporre degli accantonamenti secondo i limiti e l'ammontare specificati nel successivo art. 21. La disciplina sull'obbligo di accantonamento è sostanzialmente sterile, in quanto il relativo importo solo eccezionalmente potrà essere utilizzato per far fronte alla copertura delle perdite di esercizio. Infatti, sebbene lo stesso comma 21, preveda fra le cause che consentono di recupero dell'importo accantonato il "caso in cui l'ente partecipante ripiani la perdita di esercizio", sulla fattispecie continuano a persistere i divieti previsti dal quinto comma dell'art. 14 del T.U. Il rilievo al combinato disposto dei due articoli 14 e 21 induce, pertanto, questo Consiglio di Stato a suggerire al Governo di riconsiderare e di chiarire tali profili della disciplina, non interessati dallo schema di correttivo."

Successivamente integrato dal Consiglio di Stato, Comm. Speciale, con il parere n. 638 del 14 marzo 2017, espressosi sulle "Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante testo unico in materia di società a partecipazione pubblica".

⁵⁴⁴ Cfr. p. 14, par. 2.2 e Cfr. p. 46 del parere; osservazioni all'art. 3. Nell'ambito "*di un secondo modello generale dovrebbero confluire le società strumentali e le società in house, con deroghe al codice civile che assumono connotati di intensità maggiore*". Nelle osservazioni all'art. 18, in particolare, si rileva che "l'esclusione dal fallimento e dal concordato preventivo, nella impostazione tradizionale, si giustificava in ragione del fatto che le regole di diritto comune, applicate agli enti pubblici economici, avrebbero finito per incidere sull'esistenza stessa dell'ente stesso. La "essenzialità" dell'ente imponeva, pertanto, la sua esclusione dall'applicazione delle procedure concorsuali...*si potrebbe, pertanto, introdurre un sistema diversificato per le società a controllo pubblico e soprattutto per le società in house*". Con riferimento alla deroga all'art. 2380 *bis* c.c., per le società *in house*, non dovrebbe trattarsi di semplice facoltà di discostarsi da tale disposizione, in quanto proprio la struttura del controllo analogo, implica una deviazione dirompente da tale norma. Per il Consiglio, dunque, "*in ogni caso, anche se si mantiene l'attuale formulazione, è indubbio che si introduce sull'assetto organizzativo...una deroga così pregnante*

Il legislatore è, invece, stato evidentemente di contrario avviso, come risulta dalla relazione illustrativa all'art. 14, D.L. n. 175/2016⁵⁴⁵ ed il mancato seguito dato a tali indicazioni rivela una scelta di fondo, di tipo opposto rispetto alla differenziazione tipologica.

La terminologia "*società in house*"⁵⁴⁶ è richiamata in numerose norme del decreto legislativo, ma è assente emblematicamente proprio nell'art. 14 che disciplina la crisi delle società a partecipazione pubblica.

Per comprendere pienamente una siffatta scelta devono essere prese in considerazione le definizioni di cui all'art. 2 del T.U.S.P.P.: sono rilevanti, in particolar modo, ai fini del presente lavoro, le nozioni di controllo, controllo analogo e controllo analogo congiunto⁵⁴⁷; così come le definizioni di società a controllo pubblico, a partecipazione pubblica e società *in house*⁵⁴⁸.

Le società a partecipazione pubblica si definiscono, invece, come le "*società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubbliche*"⁵⁴⁹.

al tipo societario disciplinato dal codice che impedisce di ravvisare una società che in esso possa essere sussunta. Ed è questa la ragione per la quale si è proposto di inserire autonomamente l'in house tra i tipi societari".

⁵⁴⁵ Dalla relazione: "L'articolo 14 disciplina le ipotesi di crisi aziendale nelle società a controllo pubblico, dettando specifiche procedure per prevenire l'aggravamento della crisi stessa, correggerne gli effetti ed eliminarne le cause. In accoglimento della condizione n. 18 della Commissione V Bilancio della Camera è stata modificata la rubrica. Non si è, invece, ritenuto di accogliere le osservazioni del Consiglio di Stato e della Commissione V Bilancio della Camera (osservazione n. 14) che mirano a differenziare la disciplina delle crisi aziendali rispetto a diverse tipologie di società (in house e strumentali): si tratta di una soluzione contraria all'impostazione privatistica della disciplina delle crisi ravvisabile nel testo unico in esame".

⁵⁴⁶ Il T.U.S.P.P. dedica un'intero articolo all'istituto (art. 16).

⁵⁴⁷ In questo caso con il rinvio espresso all'art. 5 comma 5 dei Contratti Pubblici - D.Lgs. n. 50/2016.

⁵⁴⁸ Con richiamo espresso all'art. 5, comma 1 del Codice dei Contratti Pubblici.

⁵⁴⁹ La Corte d'Appello dell'Aquila rileva come l'art. 4, laddove indica le finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche, con una finalità generale o "vincolo di scopo pubblico" ("le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali") e le attività

Il controllo è indicato come "*la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile. Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo*".

È evidente come la definizione di società a partecipazione pubblica sia ampia e comprenda *sia* le società a controllo pubblico, *sia* le società *in house*. Non vi è alcuna differenza tipologica.

La giurisprudenza interna Sezioni Unite ha adottato l'impostazione comunitaria in tema di gestione *in house providing*, al fine di riconoscere la giurisdizione della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità agli organi sociali⁵⁵⁰.

Invero, il modello gestorio "in house", come noto, è stato introdotto nel nostro ordinamento proprio in seguito ad una *rivisitazione strumentale* fatta dal legislatore italiano della giurisprudenza comunitaria.

In particolare la famosa sentenza *Teckal* aveva escluso l'applicabilità delle norme sull'individuazione concorrenziale del concessionario qualora l'ente "*eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano*"⁵⁵¹.

Si noti che si tratta, e non a caso, proprio delle medesime espressioni "mutuate" poi dal nostro legislatore per legittimare l'affidamento diretto.

La qualificazione della società *in house providing* come *modulo* organizzativo dell'ente⁵⁵² (e non come soggetto giuridico autonomo) è da ritenersi una mera

specificamente elencate nelle lettere da a) ad e), inserisce anche le società *in house* (comma 4 "Le società *in house* hanno come oggetto sociale esclusivo una o più delle attività di cui alle lettere a), b), d) ed e) del comma 2"). Pertanto, trova conferma l'opzione panprivatistica verso una nozione di società a partecipazione pubblica ad ampio raggio.

⁵⁵⁰ Cass., SS.UU., 25 novembre 2013, n. 26283, cit.

⁵⁵¹ Corte di Giustizia 18 novembre 1999, in causa C-107/98 *Teckal s.r.l. contro Comune di Aviano* in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1393 s. In modo più o meno conforme: Corte di Giustizia 10 novembre 1998, *BHI Holding contro G. Arnhem - G. Rheden*; Corte di Giustizia 9 settembre 1999, *RI.SAN S.r.l. contro Comune di Ischia*; Corte di Giustizia 15 giugno 2000, *ARGE Gewasserschutz contro Bundersministerium fur Land und Forstwirtschaft*.

⁵⁵² Al riguardo si rinvia a FIMMANÒ F., "*Le società pubbliche in house providing tra disciplina del soggetto e disciplina dell'attività*", *Giust. civ.*, 2014.

" *fictio* " finalizzata alla mera affermazione della giurisdizione contabile, in accordo con quanto descritto nel TU in oggetto⁵⁵³.

Dopo l’emanazione del T.U.S.P.P. in commento, la nota sentenza Rordorf⁵⁵⁴ è intervenuta in materia e, specificatamente, in merito ai principi di diritto societario applicabili, al regime di responsabilità concorrente (civilistico e contabile) e all’applicazione dello statuto dell’imprenditore commerciale rispetto al modello “società *in house*⁵⁵⁵”.

Nello specifico, la Corte di Cassazione, SS.UU. con sentenza del 13 settembre 2018, n. 22406 ha riconosciuto⁵⁵⁶ la possibilità che coesistano la giurisdizione ordinaria e contabile

⁵⁵³ MIELE T., “*La responsabilità amministrativa e contabile dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo delle società partecipate pubbliche*”, in in FIMMANÒ F., CATRICALÀ A. (a cura di), *Le società pubbliche*, Roma, Giapeto, 2016, pp. 541 ss.

⁵⁵⁴ Corte di Cassazione, SS.UU., 13/9/2018 n. 22406. Reperibile in : http://www.francocrisafi.it/web_secondario/sentenze%202018/cassazione%20civile%20ss%20u%20ordinanza%2022406%2018.pdf

⁵⁵⁵ D’altra parte, proprio il Presidente Rordorf ha avuto modo di evidenziare a proposito delle società pubbliche che non possiamo dimenticare “*come certe affermazioni, magari anche molto suggestive su questo specifico terreno, hanno molteplici riflessi - per esempio nella materia del diritto concorsuale ed in quella del diritto del lavoro - dei quali è doveroso farsi carico. Pur se si voglia predicare un approccio eclettico, o meramente funzionale, non si può ignorare che con larghissima probabilità l’affermazione di un determinato principio ad opera delle sezioni unite della Cassazione, benché magari formulata solo per decidere un regolamento di giurisdizione, è suscettibile di avere un’eco in ambiti diversi, se in quegli ambiti ugualmente ci si trovi poi a discutere della natura giuridica di tali società ed argomentare sull’applicabilità a dette società or di questa or di quella disciplina giuridica generale o di settore*” (RORDORF R., “*Le società partecipate fra pubblico e privato*”, *Società*, 2013, p. 1327).

⁵⁵⁶ A favore della giurisdizione del giudice ordinario, la Suprema Corte, richiamando la nota decisione n. 26806 del 19 dicembre 2009, ha ribadito che “*spetta al giudice ordinario la giurisdizione in ordine all’azione di risarcimento dei danni subiti da una società a partecipazione pubblica per effetto di condotte illecite degli amministratori o dei dipendenti, non essendo in tal caso configurabile, avuto riguardo all’autonoma personalità giuridica della società, né un rapporto di servizio tra l’agente e l’ente pubblico titolare della partecipazione, né un danno direttamente arrecato allo Stato o ad altro ente pubblico, idonei a radicare la giurisdizione della Corte dei conti.*”

A favore della giurisdizione della Corte dei conti, in quella medesima sentenza, le Sezioni unite ebbero a confermare che la magistratura contabile interviene qualora “*l’azione di responsabilità trovi fondamento nel comportamento di chi, quale rappresentante dell’ente*

nell'ambito delle società in house providing, “*stante la compatibilità dell'azione erariale con le azioni previste dall'articolo 2395 c.c., e articolo 2476 c.c., comma 6⁵⁵⁷” e considerato l'art. articolo 1, comma 3 del d. lgs. n. 175 del 2016, già analizzato.*

Tale pronuncia ha generato all'inizio incertezza⁵⁵⁸.

In seguito, si è opportunamente attribuita una valenza meramente settoriale a tale classificazione, limitatamente quanto attiene ai profili di giurisdizione. In tal modo gli interpreti⁵⁵⁹ hanno decisamente negato la validità di ricostruzioni *pan-pubblicistiche* riqualificatorie della natura giuridica, attesa la mancanza di base normativa ed il contrasto coi principi costituzionali di cui all'art. 101, comma 2, Cost. ed all'art. 97 Cost.

partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, in tal modo pregiudicando il valore della partecipazione, ovvero in comportamenti degli amministratori o dei sindaci tali da compromettere la ragione stessa della partecipazione sociale dell'ente pubblico, strumentale al perseguimento di finalità pubbliche ed implicante l'impiego di risorse pubbliche, o da arrecare direttamente pregiudizio al suo patrimonio.”

⁵⁵⁷ E' il caso di ricordare che nelle società in house la “dimensione” privata è già stata accertata dalla medesima Corte di Cassazione (cfr. Cass., 1 dicembre 2016, n. 24591; Cass., Sez. U., 27 marzo 2017, n. 7759). In quelle occasioni, infatti, la Suprema Corte ha avuto di sottolineare che “*le azioni concernenti la nomina o la revoca di amministratori e sindaci, ai sensi dell'articolo 2449 cod. civ., spettano alla giurisdizione del giudice ordinario, non di quello amministrativo, perché investono atti compiuti dall'ente pubblico uti socius, non jure imperii, e posti in essere a valle della scelta di fondo per l'impiego del modello societario (...)*”.

⁵⁵⁸ Trib. Verona 19 dicembre 2013, in *www.ilcaso.it*; Trib. Nola 30 gennaio 2014 - Pres. Tedesco - Est. Savarese, in *www.ilcaso.it*, 2014; Trib. Napoli 9 gennaio 2014, Pres. Di Nosse - Est. Grimaldi, in *www.ilcaso.it*, 2014. Nello stesso senso Trib. Napoli 29 maggio 2014 - Pres. Di Nosse - Est. Graziano che nel caso di Bagnoli Futura S.p.a. dopo un'ampia ricostruzione del fenomeno della società *in house*, ne ha dichiarato il fallimento sul presupposto dell'assenza dei requisiti individuati dalle Sezioni Unite.

⁵⁵⁹ Trib. Modena 10 gennaio 2014, Pres. ed Est. Zanichelli, in *www.ilcaso.it*, 2014, (i giudici modenesi hanno correttamente rilevato che anche la circostanza che siano stati conferiti nella società gli impianti necessari per l'erogazione dei servizi, utilizzando una opportunità prevista dall'art. 113, D.Lgs. n. 267/2000, rileva in relazione ai limiti ed alle modalità dell'eventuale liquidazione ma non incide sulla natura della società).

La Cassazione ha confermato tale assunto *ratione materiae* con riferimento, ad esempio, al settore previdenziale⁵⁶⁰.

Al contrario, chi volesse sostenere - contrariamente al dato normativo - che vi sia l'esenzione dalla disciplina fallimentare per il sol fatto della mancanza di alterità soggettiva ne dovrebbe dedurre parimenti che la responsabilità delle obbligazioni sociali sia dell'ente pubblico, almeno in via sussidiaria.

La conseguenza inevitabile di tale ragionamento, particolarmente dannosa per la finanza pubblica, attiene alla possibilità per i creditori della società di agire *direttamente* nei confronti dell'ente pubblico.

È possibile, dunque, affermare che attualmente il legislatore ha sancito, senza alcun dubbio residuo, *che tutte* le società a partecipazione pubblica siano soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi.

Possibili scenari futuri: il ricorso pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea

Considerato il percorso delineato nel presente capitolo, possiamo intuire come il modello della società partecipata pubblica, ed addirittura della società in house, stia progressivamente convergendo verso un'equiparazione sempre più consistente rispetto alla disciplina privatistica, seppur con le peculiarità più volte ricordate.

Pertanto, risulta ancora più evidente la necessità di superare l'anacronistica presa di posizione in merito alla subordinazione del modello in house rispetto all'esternalizzazione dei servizi.

⁵⁶⁰ La S.C. ha evidenziato che la finalizzazione della società di capitali alla gestione *in house di un servizio pubblico*, cioè allorché la pubblica amministrazione provvede in proprio al perseguimento di scopi pubblici attribuendo l'appalto o il servizio di cui trattasi ad altra entità mediante il sistema dell'affidamento diretto, c.d. *in house providing*, non muta la natura giuridica privata della società con riguardo alle ricadute previdenziali dei rapporti di lavoro, ma assume rilievo nell'ordinamento nazionale e comunitario con riguardo al mercato e alla tutela della concorrenza. Vigè, pertanto, anche per le società con partecipazione maggioritaria di enti locali, che gestiscono servizi pubblici *in house*, l'obbligo di corresponsione dei c.d. contributi minori e cioè malattia, maternità, assegni familiari, Tfr e Cuaf (Cass., Sez. lav., 23 aprile 2014, n. 9204, in *D&G* 2014, 24 aprile).

Sul punto, il Consiglio di Stato⁵⁶¹ ha sollevato una questione di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE)⁵⁶².

561 Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo- Sede staccata di Pescara e con successivi motivi aggiunti l'odierna appellante Rieco s.p.a., premesso di essere un'impresa operante nel settore dell'igiene urbana e di essere interessata ad acquisire con gara la gestione del servizio di igiene urbana nel Comune di Lanciano, chiedeva l'annullamento degli atti del 2017 con cui quel Comune, in quanto socio di minoranza – come molti altri comuni di quel territorio - della Ecolan s.p.a. (e a seguito di un contenzioso giudiziario che qui non risulta necessario richiamare), aveva approvato l'adeguamento dello statuto di tale società e i relativi patti parasociali, in tal modo rendendo possibile l'affidamento diretto del servizio in favore della stessa Ecolan in quanto società in house pluripartecipata (anche) dal Comune di Lanciano e in regime di controllo analogo congiunto. La Ecolan s.p.a. è una società in house a capitale interamente pubblico, partecipata al 21,69% dal Comune di Lanciano insieme ad altri cinquantadue comuni della Provincia di Chieti, che svolge attività di smaltimento di rifiuti urbani.

Ai fini che qui interessano la Rieco lamentava che l'affidamento diretto del servizio di igiene urbana nel Comune di Lanciano alla Ecolan comportasse numerose violazioni della normativa eurounitaria in materia di affidamenti in house (con particolare riferimento alla forma dell'in house pluripartecipato o in regime di controllo analogo congiunto).

Con la sentenza n. 33/2018 il Tribunale amministrativo regionale dell'Abruzzo ha respinto il ricorso e i motivi aggiunti, dichiarandoli infondati.

La sentenza è stata impugnata in appello dalla Rieco la quale ne ha lamentato l'erroneità e ne ha chiesto la riforma articolando dodici motivi di censura.

Il quesito posto dalla Corte di Giustizia è del seguente tenore: *“se il diritto dell'Unione europea (e segnatamente il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche e il principio di sostanziale equivalenza fra le diverse modalità di affidamento e di gestione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche) osti a una normativa nazionale (come quella dell'articolo 192, comma 2, del 'Codice dei contratti pubblici, decreto legislativo n. 50 del 2016) il quale colloca gli affidamenti in house su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto: i) consentendo tali affidamenti soltanto in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante, nonché ii) imponendo comunque all'amministrazione che intenda operare un affidamento in regime di delegazione interorganica di fornire una specifica motivazione circa i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento”*.

Per quanto concerne il presente scritto, in particolare, risulta di interesse la prima delle due questioni sollevate dalla Corte.

Nello specifico l'istanza promossa verte sull'interpretazione dell'articolo 192 (Regime speciale degli affidamenti in house), comma II del d.lgs. n. 50 del 2016, c.d. Codice degli appalti pubblici.

Come osservato in precedenza, tale normativa prevede che l'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto forniture, lavori e servizi *disponibili sul mercato in regime di concorrenza* obblighi le stazioni appaltanti ad effettuare una preventiva valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione e dev'essere dato conto *“nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche”*.

Con maggior sforzo esplicativo, l'articolo 192, comma 2, del Codice degli appalti pubblici (D.lgs. n. 50 del 2016) impone due condizioni che non sono riscontrabili né per le esternalizzazioni, né per le forme di parternariato:

i) in primo luogo, è obbligatorio – quando si procede ad un affidamento diretto in house – motivare le condizioni che hanno comportato l'esclusione del ricorso al mercato. La preconditione per il ricorso al modello dell'auto-produzione attiene alla dimostrazione del fallimento del mercato⁵⁶³.

Com'è intuibile, l'ampia definizione del concetto di *“disponibilità sul mercato”*, riportata dalla norma in esame, comporta un'importante contrazione del ricorso al modello in house.

⁵⁶² Ha potuto sollevare la questione di pregiudizialità in quanto organo giurisdizionale avverso le cui decisioni non può proporsi un ricorso di diritto interno – se non in ipotesi eccezionali, inerenti al riparto interno di giurisdizione

⁵⁶³ Il Consiglio di Stato con la pronuncia n. 6456/18 specifica che nell'ottemperare all'obbligo di motivazione *“è onere dell'autorità amministrativa affidante quello di rendere comunque comparabili i dati su cui il confronto viene reso con necessaria allegazione dei dati di dettaglio”*.

E ancora, i giudici di Palazzo Spadaricordano che *“l'affidamento diretto di attività remunerate da parte della p.a. in favore di soggetti privati in house, non può giustificarsi solo in forza di una valutazione giuridico – formale, ma deve essere sorretto dalla dimostrazione della ragionevolezza economica della scelta compiuta”*

ii) In secondo luogo, vige l'obbligo di evidenziare i benefici specifici per la collettività di riferimento.

Del resto, tale orientamento restrittivo si pone in continuità con un orientamento consolidato nel nostro ordinamento almeno dal 2008⁵⁶⁴.

In materia, è intervenuta più volte la Corte costituzionale⁵⁶⁵.

In attesa della pronuncia della Corte di Giustizia, a parere della scrivente, l'alternativa tra autoproduzione e ricorso al mercato dev'essere liberamente percorribile dalle Pubbliche Amministrazioni *purchè* siano *contestualmente* applicati i principi di neutralità e di separazione, illustrati nel corso del presente lavoro, nel pieno rispetto dunque del diritto della concorrenza dell'Unione Europea.

Rientra, infatti, nella discrezionalità amministrativa, la facoltà in capo alle PA–tramite ragioni di opportunità, di merito – di autodeterminare le modalità organizzative dei propri servizi.

CONCLUSIONI

Il confronto tra le nozioni elaborate a livello europeo e a livello nazionale, in ambito portuale, ha fatto emergere la sostanziale ed ineliminabile dose di politicità presente nel processo definitorio dei servizi di interesse economico generale.

Tale situazione, invero fisiologica, è stata mitigata attraverso la formulazione, a livello europeo, di definizioni "*orientate allo scopo*" (impresa, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico etc) e tramite la regolamentazione per principi.

⁵⁶⁴ I.e. sin dall'articolo 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008.

⁵⁶⁵ Nella sentenza 17 novembre 2010, n. 325, la Consulta ha riconosciuto alla legge di poter prevedere "*limitazioni dell'affidamento diretto più estese di quelle comunitarie*", nell'ottica di restringere la portata delle deroghe alla regola dell'evidenza pubblica.

Parimenti, la Corte cost., 20 marzo 2013, n. 46 ha ribadito che l'affidamento in regime di delegazione interorganica costituisce "*un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica*".

Del resto, in senso conforme, Consiglio di Stato sezione V, 25 luglio 2011, n. 4455: "*le disposizioni che derogano alla regola della procedura di evidenza pubblica, in quanto eccezionali rispetto ai principi che informano la materia, sono di stretta interpretazione*".

Tuttavia, il tramonto delle tradizionali categorie giuridiche soggettive ha influenzato anche la struttura, ormai eterarchica, delle norme applicabili alle Amministrazioni Pubbliche.

In altri termini, si è osservato come la disciplina applicabile ai singoli casi concreti non operi più sulla base della semplice identificazione del soggetto agente, ma mediante complesse ricostruzioni, orientate agli interessi, di volta in volta, protetti.

L'autopoiesi delle Amministrazioni pubbliche – sempre più nei prossimi anni - si dovrà confrontare con la *modernità liquida*⁵⁶⁶.

⁵⁶⁶ Bauman Z., “*La modernità liquida*”, Laterza 2011.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXIS A., “Compensation of charges of a service of general economic interest : The CFI holds that a company operating in the field of public services is not necessarily entrusted with public service obligations within the meaning of Community legislation (TV2Denmark)”, *Concurrences*, 2004
- ALPA G., CARULLO A. e CLARIZIA A., *Le spa comunali per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 1998
- AMMANNATI L. (a cura di), *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche in Italia*, Milano, Giuffrè, 1995
- AMORELLI G., “La nozione di impresa ed i poteri dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato nei confronti delle funzioni pubbliche economiche (gestionali, normative e provvedimenti)”, *Concorrenza e mercato*, 1993
- ANGLANI F., “Teorie economiche della concorrenza (Capitolo II)”, in CASSANO G., CATRICALA’ A. E CLARIZIA R. (a cura di), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, UTET Giuridica, Maggio 2018
- ANTONIOLI M., *Comunicazioni della Commissione europea e atti amministrativi nazionali*, Milano, Giuffrè, 2000
- APRILE F., *il governo dei porti italiani*, Roma, 1997
- ARENA A., “Spunti sulle società commerciali pubbliche, sugli enti pubblici imprenditori a struttura istituzionale, sulle società per azioni in mano pubblica e sugli enti pubblici non imprenditori sotto l'aspetto della privatizzazione. In parte disposta, in parte disponendo, in parte attuata ed in parte attuanda”, *D. fall.*, I, 1994
- ASTEGIANO G., *Società pubbliche - Insolvenza e responsabilità*, Wolters Kluwer, 2015
- AUBY G.B., *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, 2010
- AUTIN J.L., RIBOT C., *Droit Administratif général*, LexisNexis, Litec, 2007

- BAGAROTTO L., RAZZINI A., “Società dei porti e privatizzazioni”, Riv. Dir. Priv., 2002
- BAIRD A. J., Port Privatisation, Objectives, Extent, Process, and the United Kingdom Experience, Napier University, Edinburgh, 4th World Port Privatisation Conference, London, 22–24 September 1999.
- BALDANZA A., “Difesa”, in S. CASSESE (a cura di), Trattato di diritto amministrativo, vol. I, Giuffrè, Milano, 2003
- BARTHEZ A.-S., Les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes, in CAPITANT H., Le droit souple, Journées nationales, vol. XIII, Boulogne-sur-Mer, Dalloz, 2009
- BARTON R., “Social services of general interest: the case for greater harmonization of the competition and public procurement rules”, European Law Review, 2012
- BATTAGLIA R., “Il problema della inapplicabilità agli enti pubblici della disciplina sul sovraindebitamento: il caso degli IPAB”, Dir. Fall., n.1, 2017
- BAZEX M., “Règles de concurrence opposables aux autorités publiques”, JCL Europe, fasc. 1500, 1992
- BEHRENS P., The Ordoliberal Concept of ‘Abuse’ of a Dominant Position and its Impact on Article 102 TFEU, <https://papers.ssrn.com/>
- BELLOUBET-FRIER N., “Les différentes conceptions du service public dans les pays de l’Union européen”, in H. PAULIAT, “L’avenir des missions de service public en Europe”, in PULIM, 1999
- BENVENUTI F., “Appunti di diritto amministrativo”, IV ed., Padova, 1959
- BIGOT G., Les Mythes fondateurs du droit administratif, RDFA, 2000
- BONELLI F., “La nozione di impresa nelle regole di concorrenza del Trattato C.E.E.”, in VERRUCOLI P. (a cura di), La nozione d’impresa nell’ordinamento comunitario, Milano, Giuffrè, 1977
- BONELLI F., La privatizzazione delle imprese pubbliche, Giuffrè, Milano, 1996

- BOVIS C., “How should services of general interest be financed: Does the relation between state aids and market forces reveal a link with Public Private Partnerships?”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2007
- BRACQ S., *Quelles bases juridiques pour la régulation des services d'intérêt économique général ?*, *RTD eur*, 2011
- BRAIBANT G., STIRN B., *Le droit administratif français*, IV ed Paris, 1997
- BRIGNARDELLO M., “Sicurezza della navigazione e servizi tecnico-nautici”, in RIZZO M.P., INGRATOCCI C. (a cura di), *Sicurezza e libertà nell'esercizio della navigazione*, Messina, Giuffrè, 2014
- BUNIET C., voce “Port”, *Guide Juridique*, Dalloz
- CAFAGGIO F., “Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte speciale”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008
- CASANOVA M., “Problematiche giuridiche relative alla sicurezza in ambito portuale”, in TRANQUILLI-LEALI R., ROSAFIO E.G. (a cura di), *Sicurezza, Navigazione e Trasporto*, Milano, 2008
- CAIA G., “La disciplina dei servizi pubblici”, MAZZAROLLI L. e altri (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998
- CAIA G., “Ordine e sicurezza pubblica”, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2003
- CAIA G., “Organizzazione dei servizi pubblici locali, regime e caratteristiche”, *Foro amm.*, 1991
- CAMMELLI M., *Le società a partecipazione pubblica: Comuni, Province e Regioni*, Rimini, Maggioli, 1989
- CAMMELLI M., ZIROLDI A., *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Maggioli, Rimini, 1997
- CAMPAILLA M., *Le operazioni portuali*, Bologna, Bonomo, 2004
- CAMPOBASSO G.F., in CAMPOBASSO M. (a cura di), *Diritto commerciale*, I, *Diritto dell'impresa*, Torino, Utet, 2013

- CAPITANT H., La notion juridique de l'entreprise, Trav. Assoc., t. 3, Journées de Luxembourg, 1948
- CAPUTI G., Servizi pubblici e monopoli nella giurisprudenza comunitaria, Giappichelli, Torino, 2002
- CAPUTI JAMBRENGHI V., “Azione ordinaria di responsabilità ed azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. L'esigenza di tutela degli interessi pubblici, in Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile ad un decennio dalle riforme”, Atti del LI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Milano, 2006
- CAPUTI JAMBRENGHI V., “L'organismo di diritto pubblico”, D.Amm, vol. I, 2000
- CAPUTI JAMBRENGHI V., “L'organismo di diritto pubblico”, Dir, amm., n. 13, 2000
- CAPUTO O. M., “Linee guida, attribuzioni precontenzione e potere sanzionatorio dell'Anac”, Urbanistica e appalti, 2018
- CARANTA R., “L'organismo di diritto pubblico questo sconosciuto”, Giur. it., 2003
- CARANTA R., “Organismo di diritto pubblico e impresa pubblica”, Giurisprudenza Italiana, n. 12, 2004
- CARANTA R., I contratti pubblici, II ed., Torino, Giappichelli 2012
- CARBONE L., VICARIO R., “Natura giuridica delle Autorità portuali e giurisdizione”, Giorn. Dir. Amm., n. 12, 2012
- CARBONE S. M., La c.d. privatizzazione dei porti e delle attività portuali in Italia tra disciplina nazionale e diritto comunitario, Dir. UE, 2000, pp. 1 ss.
- CARBONE S. M., Lezioni, casi e modelli contrattuali di diritto marittimo, Torino, Giappichelli, 1997
- CARBONE S. M., MARESCA D., “Prospettive di riforma della legislazione in materia portuale”, Quaderni regionali, vol XXVIII, 2009
- CARBONE S. M., MUNARI F., “Gli effetti del diritto comunitario sulla riforma portuale in Italia. Risultati e prospettive”, Dir. Maritt., 1994

- CARBONE S. M., MUNARI F., La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno, Milano, Giuffrè, 2006
- CARBONE S.M., “La c.d. privatizzazione dei porti e delle attività portuali in Italia tra disciplina nazionale e diritto comunitario”, Dir. mar., 2000
- CARBONNIER J. , Droit et non-droit, in Flexible droit, LGDJ, 10a ed., 2001
- CARCATERRA G., “Analogia - Teoria generale”, Enc. giur., vol. II, Roma, 1988
- CARLUCCI F., SIVIERO L., “La governance dei sistemi infrastrutturali tra centralizzazione e decentramento: il caso della riforma portuale in Italia”, Rivista di Economia e Politica dei trasporti, vol. I, 2016
- CARLUCCIO P., “Amministrazione della giustizia”, in S. CASSESE (a cura di), Trattato di diritto amministrativo, vol. I, Giuffrè, Milano, 2003
- CARNEVALE P., “La costituzione europea come costituzione”, Giur. It., 2005
- CASALINI D., “L'organismo di diritto pubblico, l'impresa pubblica e la delimitazione soggettiva della disciplina sugli appalti pubblici ”, Foro Amm. , vol. 12, Milano, Giuffrè, 2003
- CASALINI D., L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house, Napoli, Jovene, 2003
- CASANOVA M., “Inquadramento del tema: la normativa italiana fino agli anni '80 e le procedure amministrative tradizionali per i servizi portuali”, E. FANARA (a cura di), Autorità Antitrust e Commissione europea UE versus società italiane di gestione dei servizi portuali ed aeroportuali (la liberalizzazione dei servizi), Messina, 1995
- CASANOVA M., “Inquadramento del tema: La normativa italiana sino agli anni '80 e le procedure amministrative per i servizi portuali”, Atti del Convegno Autorità Antitrust e Commissione U.E. versus Società italiane di gestione dei servizi portuali ed aeroportuali, tenutosi a Giardini di Naxos il 4-7 settembre 1994, Messina, 1995
- CASSESE S., “Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali,” in CHITI M.P., GRECO G. (a cura di), Trattato di diritto amministrativo europeo, Milano, 1997

- CASSESE S., “Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato”, riv. it. dir. pub com., 1996
- CASSESE S., “Legge di riserva e art. 43 della Costituzione”, Giur. cost. 1960
- CASSESE S., “Stato e mercato, dopo privatizzazione e deregulation”, riv. trim. dir. pubbl., 1991
- CASSESE S., *La nuova Costituzione economica*, Bari, Laterza, 2005
- CASSESE S., *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza, 2007
- CASSESE S., voce “Ente pubblico economico”, *Nov. D.*, vol. VI, Torino 1960
- CATTANEO S., voce “Servizi pubblici”, *Enc. Dir.*, vol. XLII, Milano, Giuffrè, 1990
- CELIER V., “Quelques données historiques du problème des nationalisations”, *Droit social*, 1945
- CERRAI A., “I gruppi di società nel diritto comunitario”, in PAVONE LA ROSA A. (a cura di), *I gruppi di società*, Bologna, Il mulino, 1982
- CERULLI IRELLI V., “Atti amministrativi di soggetti privati e tutela giurisdizionale a proposito della legge Merloni”, *Giorn. dir. amm.* 1999
- CERULLI IRELLI V., “Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale”, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006
- CERULLI IRELLI V., “Impresa pubblica, Servizi sociali, Servizi di interesse generale”, *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, vol. 6, 2006
- CERVellini C. (a cura di), *Dalla municipalizzata alla società per azioni. Aspetti normativi ed operativi della trasformazione*, Maggioli, Rimini, 1994
- CHEROT J.-Y., “L'article 90§1 du traité CEE lu en combinaison avec l'article 86 in L'entreprise dans le marché unique européen”, *La documentation française, travaux de la CEDECE*, 1995
- CHEVALLIER J., “Le service public”, *Presse universitaires de France*, Paris, 1997
- CHIELI E., “Orientamenti della giurisprudenza costituzionale in tema di monopoli pubblici”, *Scritti in onore di C. Mortati*, Milano, 1977
- CHITI E., “Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di Stato e Corte di Giustizia”, *Urb. e app.*, 1999

- CHITI M.P., L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione, Bologna, Clueb, 2000
- CHLOMOUIDIS C. I., PALLIS A. A.: "European Union Port Policy - The movement towards a long term strategy", Atene, 2002
- CIRENEI M. T., Le società per azioni a partecipazione pubblica, in COLOMBO G. E., PORTALE G.B. (a cura di), Tratt. delle s.p.a., vol. VIII, Torino, Giappichelli, 1999
- CIRENEI M.T., "La società per azioni a partecipazione pubblica tra legislazione speciale e diritto comune", in COLOMBO G.E., PORTALE G.B. (a cura di), Trattato delle società per azioni, vol. VIII, Utet, Torino. 1996
- CIRIELLO P., voce "Servizi pubblici", Enc. Dir. Treccani, vol. XXVIII, Roma, 1990
- CITRIGNO A. M., "Autorità portuale: Authority o ente pubblico economico? Nota a Cass. Sez. un. Civ. 28 ottobre 1998, n. 10729", Nuove Autonomie, vol. 1, 2000
- CITRIGNO A.M., Autorità portuale, profili organizzativi e gestionali, Milano, Giuffré, 2003
- CLARICH M., "Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana", Dir. amm., vol. IV, 1995
- CLARICH M., "Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto", Riv. trim. dir. pubbl., 2003
- CLARICH M., "Società di mercato e quasi amministrazioni", in Dir. amm, n. 3, 2009
- CLARICH M., voce "Privatizzazioni", Dig. disc. pubbl., vol. XI, 1996
- CLARICH M., "Società di mercato e quasi-amministrazioni", in www.giustiziaamministrativa.it
- CLARONI A., "Sul servizio di gestione dei porti turistici quale servizio pubblico locale di rilevanza economica [Nota a sentenza: Cons. Stato, sez. VI, 18 maggio 2012, n. 6488]", Riv. Dir. Nav., vol. XLII, 2013
- COLABRESE N., L'autonomia portuale, Roma, 1967
- COLOMBARI S., "Organismo di diritto pubblico, delegazione interorganica e diritto della concorrenza. Flessibilità dell'ordinamento comunitario e rigidità del diritto interno", RiDPC, 2004

- COPPI L., “SGEI Compensation in the Almunia Package - An Economics View“, European State Aid Law Quarterly, 2012
- CORSO G., “I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità”, Titolarità pubblica e regolazione dei beni, Annuario Aipda 2003, Milano, 2004
- CORSO G., “I servizi pubblici nel diritto comunitario”, Riv. giur. quadr. dei pubbl. serv., 1999
- COSMAI P., IOVINO R., Riforma delle società partecipate - Guida operativa al D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175, Wolters Kluwer, 2016
- COSTA P., CASAGRANDE M. (a cura di), Dalla concorrenza nei porti alla concorrenza tra i porti. Il caso dei servizi tecnico-nautici in Italia, Venezia, Marsilio, 2011
- COSTI R., MESSORI M. (a cura di), Per lo sviluppo. Un capitalismo senza rendite e con capitale, Bologna, Il Mulino, 2005
- D'ATTORRE G., “Gli enti di natura pubblica”, in M. SANDULLI (a cura di), I soggetti esclusi dal fallimento, Milano, IPSOA, 2007
- D'ATTORRE G., “La fallibilità delle società in mano pubblica”, Fallimento, 2014, pp. 493 ss.
- D'ATTORRE G., “Le società in mano pubblica possono fallire? ”, Fallimento, 2009
- D'ATTORRE G., “Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile”, Fallimento, vol XXXII, 2010
- D'ATTORRE G., “Società in mano pubblica e procedure concorsuali”, in FIMMANÒ F. (a cura di), Le società pubbliche: Ordinamento, crisi ed insolvenza, Milano, Giuffré, 2011
- D'ATTORRE G., “Società in mano pubblica e procedure concorsuali”, in FIMMANÒ F. (a cura di), Le società pubbliche: Ordinamento, crisi ed insolvenza, Milano, Giuffré, 2011, p. 340
- DE ANGELIS L., L'oggetto sociale, in AA. VV., in F. PREITE - C.A. BUSI (a cura di), Trattato Società di Persone, I, Assago, 2015

- DE BURCA G., “The principle of Proportionality and its application in Community Law”, Y.E.L., 1993
- DE LAUBADÈRE A., *Réflexions sur la crise du droit administratif français*, 1952
- DE VALLES V.; ORLANDO V.E. (a cura di), “I servizi pubblici” in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1923
- DELFINO B., “Soggetti privati, amministrazioni aggiudicatrici e pubbliche amministrazioni”, *Cons. Stato*, 2003, II
- DELLA CANANEA G., “Privatizzazioni senza autorità di regolazione?”, *Gior. dir. amm.*, 1997
- DELLA CANANEA G., FRANCHINI C., *I principi dell’amministrazione europea*, Torino, Giappichelli
- DENIZEAU C., *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2004
- DENIZEAU C., *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, Thèse, Université Paris II, Panthéon-Assas, Paris, LGDJ, 2004
- DESPAX M., *L'entreprise et le droit*, 1957, coll. *Bibl. dr. privé*, LGDJ
- DI GASPARE G., “La trasformazione degli enti pubblici economici e la dismissione delle partecipazioni statali verso un nuovo ibrido: la s.p.a. di diritto pubblico”, *Nomos, le attualità del diritto*, 1992
- DI MARZIO F., “Insolvenza di società pubbliche e responsabilità degli amministratori. Qualche nota preliminare”, in FIMMANÒ F. (a cura di), *Le società pubbliche: Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, Giuffrè, 2011
- DI PLINIO G., “L'impresa pubblica”, *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1998
- DI RUSSO D., G. NARDELLI, “Le società partecipate dagli Enti Locali”, in ASTEGIANO G. (a cura di), *Ordinamento e gestione contabile-finanziaria degli Enti Locali*, IPSOA, 2012, pp. 123 ss.
- DI VIA L., “Brevi note sul criterio di economicità e l'impresa rilevante per il diritto della concorrenza nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia”, *Foro italiano*, vol. IV, 1994

- DI VIA L., “Brevi note sul criterio di economicità e l'impresa rilevante per il diritto della concorrenza nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia”, *Foro italiano*, 1994
- DIDIER P., *Esquisse de la notion d'entreprise*, Mél. Voirin, 1967, LGDJ
- DONATIVI V., “La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società per azioni”, in COSTI R. (a cura di), *Tratt. dir. comm., sez. IV, vol. IV*, Torino, 2010
- DONATIVI V., *Impresa e gruppo nella legge antitrust*, Milano, 1996, pp. 297 ss.
- DONATIVI V., *Le società a partecipazione pubblica*, IPSOA, 2016
- DUCHANGE G., *Le concept d'entreprise en droit du travail*, Diffusion LexisNexis – Planète Social, 2014.
- DUGUIT L., *De la situation des particuliers à l'égard des services publics*, *RD publ.*, 1907
- DUGUIT L., *Souveraineté et liberté: leçon faites à l'Université Columbia (New York) en 1920-1921*, Paris, Félix Alcan, 1922
- EBERLE C., *Le società pubbliche ed il testo unico sulle partecipate*, Padova, Cedam, 2017
- EGGER A., “The principle of Proportionality in Community Anti-Dumping Law “, *E.L.R.*, 1993
- EISENMANN C., *Cours de droit administratif*, LGDJ, vol. I, 2013
- EMILIOU N., *The principle of Proportionality in European Law*, London, 1996
- FALZEA G., *Porto e funzione portuale*, Milano 1988
- FARES G., “Il collegamento societario nelle gare di appalto, fra tutela della concorrenza ed esercizio della libertà della iniziativa economica”, *Servizi pubblici e appalti*, 2006
- FEDI L., RÉZENTHEL R., *La fourniture de service portuaires et la transparence financière des autorités portuaires; “Le droit portuaire”*, *Droit maritimes*, 2015/2016
- FERRAJOLI L. , *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza, Bari, 2016

- FERRARI C., TEI A., “La riforma dei porti italiani: innovazioni e questioni irrisolte”, *Rivista di Economia e Politica dei trasporti*, n. 1, 2016
- FERRARI E., “La disciplina dei servizi a rete e la dissoluzione della figura dei servizi pubblici”, in FERRARI E. (a cura di), *I servizi pubblici a rete*, Europa, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2000
- FERRI G., “Delle società, Art. 2247-2324”, in SCIALOJA A. - BRANCA G. (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, 1981
- FERRO-LUZZI P., “La trasformazione degli enti pubblici in spa e la ‘speciale riserva’”, *Giur. comm.*, vol. I, 1995
- FIEDZIUK N.A., “Services of General Economic Interest and the Treaty of Lisbon: opening doors to a whole new approach or maintaining the ‘status quo’”, *European Law Review*, 2011
- FILICE M., “Il sindacato giurisdizionale sull’attività delle autorità indipendenti”, *Giornale Dir. Amm.*, n. 4, 2015
- FIMMANÒ F. (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, Giuffré, 2011
- FIMMANÒ F. “L’insolvenza delle società pubbliche alla luce del Testo Unico”, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 2, 2017, pp. 172-183
- FIMMANÒ F., “L’ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell’attività”, in FIMMANÒ F. (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza, Ricerche di Law & Economics*, Milano, 2011
- FIMMANÒ F., CATRICALÀ A., “Introduzione, Profili generali della riforma”, in FIMMANÒ F., CATRICALÀ A. (a cura di), *Le società pubbliche*, Roma, Giapeto, 2016
- FIMMANÒ F., OCCORSO V., “Atti e statuti delle società pubbliche alla luce della riforma corretta”, *Notariato*, vol. IV, 2017
- FIMMANÒ F., “Il macroproblema irrisolto della responsabilità dell’ente pubblico-socio per abuso del dominio della società partecipata”, in FIMMANÒ F., CATRICALÀ A. (a cura di), *Le società pubbliche*, Roma, Giapeto, 2016

- FIMMANÒ F., “La responsabilità da abuso del dominio dell'ente pubblico in caso di insolvenza della società controllata”, *Dir. fall.*, 2010
- FIMMANÒ F., “Le società di gestione dei servizi pubblici locali”, *Riv. not.*, 2009
- FIMMANÒ F., “Le società pubbliche in house providing tra disciplina del soggetto e disciplina dell'attività”, *Giust. civ.*, 2014
- FOIS S., “Servizi e interessi tra privatizzazioni e regolazione pubblica”, *Dir. e soc.*, 2000
- FOIS S., “Servizi e interessi tra privatizzazioni e regolazione pubblica”, *Dir. e soc.*, 2000
- FRANCESCHELLI R., “Nozione di servizio di interesse economico generale di cui al 2 comma dell'art. 90 del Trattato Istitutivo del Mercato Comune Europeo”, *Riv. dir. ind.*, Giuffrè, Milano, 1963
- FRIGNANI A.; PARDOLESI R. (a cura di), *La concorrenza*, Giappichelli 2006.
- FRISON- ROCHE M.A. (a cura di), *L'idée de service public est-elle encore soutenable?*, Paris, Puf, 1999
- ASTEGIANO G., “Le linee guida della riforma”, *Azienditalia*, n. 10, 2016
- GAIA G., “Funzione pubblica e servizio pubblico”, in MAZZAROLLI L. (a cura di), *Diritto amministrativo I ed.*, vol. I, Monduzzi, Bologna, 1993
- GALGANO F., BONSIGNORI A., “Il fallimento delle società”, *Tratt. Galgano*, Padova, 1988
- GALLI D., “Brevi considerazioni sulla nozione di organismo di diritto pubblico nella normativa comunitaria e nazionale”, *Contr. Stato e Enti pubbl.*, 1999
- GAMPAGLIA G., “La riforma dell'azienda speciale: le novità societarie riguardanti le aziende municipalizzate locali”, *Impresa*, n. 4, 2002
- GAROFOLI R., “L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del Giudice comunitario e dei Giudici italiani a confronto”, *Foro it.*, vol. IV, 1998
- GAROFOLI R., “Organismo di diritto pubblico, criteri di identificazione e problemi di giurisdizione”, *Urb. e app.*, 1997

- GASPARE G., “Privatizzazioni (privatizzazioni delle imprese pubbliche)”, Enc. giur., vol. XXIV, 1995
- GAUDEMET Y., “Regolazione e servizi pubblici: l’esperienza continentale”, in TESAURO G., D’ALBERTI M. (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2000
- GAUDEMET Y., *Regolazione e servizi pubblici: l’esperienza continentale*, in TESAURO G., D’ALBERTI M. (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, Il mulino, 2000
- GEFFROY J.B., “Service public et prérogatives de puissance publique. Réflexions sur le déboires d’un couple célèbre”, in *Rev. Dir. Pub.*, 1987
- GERADIN D., “Public Compensation for Services of General Economic Interest: An Analysis of the 2011 European Commission Framework”, *European State Aid Law Quarterly*, 2012
- GERSEN J., POSNER E.A., *Soft Law: Lessons from Congressional Practice*, 61 *Stanford Law Review* 573, 2008
- GHELARDUCCI F., “Privatizzazioni e servizi pubblici locali”, *Foro amm.*, n. 5, 1996
- GHEZZI F., *Commento all'art. 101 TFUE*, in UBERTAZZI L.C., *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2012
- GIANNINI M.S., *Brevi considerazioni sul Trattato per la Comunità europea di difesa, 1954*, ora in *Scritti 1949-1954*, Milano, 2004
- GIANNINI M.S., *Diritto pubblico dell’economia*, Il Mulino, Bologna, 1997
- GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993
- GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 114
- GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950
- GIARDINI A., “I porti e i servizi portuali”, ZUNARELLI S. (a cura di), *Il Diritto del Mercato del Trasporto*, Padova, Cedam, 2008
- GIGLIONI F., “L’integrazione per differenziazione dei servizi di interesse generale”, *Giornale Dir. Amm.*, n. 5, 2012

- GIORNO E., “Linee guida Anac su incarichi professionali: inquadramento teorico e sistematico”, *Azienditalia*, 2019
- GIUNTA L. “L’autoproduzione dei servizi tecnico nautici”, tesi di dottorato discussa presso l’Università Ca’ Foscari
- GOSSET-GRAINVILLE A., “The EC Commission adopts a new Transparency Directive aimed at clarifying compensations of costs of service of general economic interest”, in *Concurrences*, 2005
- GOZI S., *Prospettive dei servizi pubblici nell’Unione Europea*, Bologna, Clueb, 1998
- GOZI S., *Prospettive dei servizi pubblici nell’Unione Europea*, Clueb, Bologna, 1998
- GRAZIANI A., MINERVINI G., BELVISO U., *Manuale di diritto commerciale*, Padova, Cedam, 2007
- GRECO G., “Efficacia della normativa comunitaria nei confronti degli atti amministrativi nazionali”, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2010
- GRECO G., “Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico”, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000
- GRIGOLI M., “Pubblico e privato nella nuova realtà portuale”, *Dir. Maritt.*, 1998
- GRISOLI A., “Impresa comunitaria”, voce dell’*Enc. giur. Treccani*, Roma;
- GRISOLI A., voce “Impresa comunitaria”, *Enc. giur. Treccani*, Roma. 1986
- GRISOLI A., voce “Impresa comunitaria”, *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVI, 1989
- GRÜNER G., “Enti pubblici a struttura di s.p.a. Contributo allo studio delle società ‘legali’ ”, *Mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, Giappichelli, 2009
- GUALTIERI F., “Limiti all’intervento pubblico in economia: squilibri e allineamenti tra gli ordinamenti italiano e francese”, *Servizi e appalti*, 2006
- GUARINO A., “Verso una concezione più ampia della nozione di impresa in diritto antitrust europeo”, *Giur. comm.*, 1995
- GUASTINI R., “Interpretare e argomentare”, *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2011

- GUERRERA F. (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2010
- GUIZZI G., “Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile”, *Riv. dir. comm.*, 1993
- GUIZZI G., “Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile”, *Riv. dir. comm.*, 1993, vol. I
- HABERMAS, J. *Staatsbürgerschaft und nationale Identität*, St. Gallen, Erker, 1991, ora in *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1992
- HANCHER L., P. LAROUCHE, “The coming of age of EU regulation of network industries and services of general economic interest”, in CRAIG P., DE BURCA G. (a cura di), *The evolution of EU law*, Oxford, OUP, 2011
- HATZOPOULOS V., “Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne”, *Common Market Law Review*, 2008
- HÉBRAUD P., *L'entreprise et le droit civil*, Ann. Fac. Toulouse, t. XII, fasc. II
- HOLOCHER, K. H., *Port Management Textbook*, vol. 1, Bremen, 1990
- HOUIN R., *La gestion des entreprises publiques et les méthodes de droit commercial*, *Archives de philosophie du droit*, 1952
- IBBA C., “ ‘Generale’ e ‘speciale’ nel diritto dell'iniziativa economica, nel pensiero di Giorgio Oppo”, *Riv. Dir. Civ.*, n. 1, 2010
- IBBA C., “Gli statuti singolari”, in COLOMBO G. E., PORTALE G.B. (a cura di), *Tratt. delle s.p.a.*, vol. VIII, Società di diritto speciale, Torino, Giappichelli, 1992
- IBBA C., “L'impresa pubblica in forma societaria fra diritto privato e diritto pubblico”, in BRESCIA MORRA C., MEO G., NUZZO A. (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 2, 2015
- IBBA C., “La tipologia delle privatizzazioni”, *G. comm.*, n. 1, 2001, pp. 484 s.
- IBBA C., “Le società a partecipazione pubblica: tipologie e discipline”, in IBBA C., MALAGUTI M. C., MAZZONI A. (a cura di), *Le società “pubbliche”*, Torino, Giappichelli, 2011
- IBBA C., “Le società in house: nozione e rilevanza applicativa”, in *Munus*, n. 1, 2015

- IBBA C., “Società pubbliche e riforma del diritto societario”, Riv. soc., 2005
- IBBA C., Le società “legali”, Torino, 1992
- IBBA C., MALAGUTI M. C., MAZZONI A. (a cura di), Le società “pubbliche”, Torino, Giappichelli, 2011
- JACOBS F. G., “Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law”, in ELLIS E.(a cura di), The principle of Proportionality in the Law of Europe, Oxford, 1999
- JAEGER P., “Privatizzazioni (profili generali)”, Enc. giur., vol. XXIV, 1995
- JÈZE V. G., “Les principes généraux du droit administratif, I”, La technique juridique du droit public français, 3 éd., Paris, Giard, 1925
- KAMARIS G., “The reform of EU state aid rules for services of general economic interest in times of austerity”, European Competition Law Review, 2012
- KARAYIGIT M., “Under the triangle rules of competition, State aid and public procurement: public undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest”, European Competition Law Review, 2009
- KELSEN H., Lineamenti di dottrina pura del diritto, Torino, Einaudi, 1970
- KOHLER M., “New Trends Concerning the Application of the Private Investor Test”, European State Aid Law Quarterly, 2011
- KUTUFA I., “Gestione strategica e responsabilità deliberativa nelle società “pubbliche”: statuto singolare o portata espansiva della disciplina speciale”, Nuove Leggi Civ. Comm. , n. 2, 2019
- LAGARD G., “De la société anonyme à l'entreprise publique”, in Le droit privé français au milieu du XX siècle, Études offertes à G. Ripert, 1950
- LAMBERT G., Introduction à l'examen de la notion juridique d'entreprise, Mém. Kayser, t. II, 1979, PUAM
- LANE R., “European Competition Law”, European Law Series, Longman, 2001
- LANGROD G., “L'entreprise publique en droit administratif comparé”, Revue internationale de droit comparé, 1956

- LAVRIJSSEN S., “What role for national competition authorities in protecting non-competition interests after Lisbon?”, *European Law Review*, 2010
- LEFEBVRE D’OVIDIO A., PESCATORE G., TULLIO L., *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, Giuffré
- LE MESTRE R., “La notion de service public dans les systèmes juridiques des états membres de l’Union européenne”, L’Harmattan, 2001
- LIBERTINI M., “Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell’attività ed autonomia statutaria”, *federalismi.it*, fasc. 8, 2010
- LOMBARD M., “Mot et valeurs du service public”, *AJDA*, 2008
- LOPEZ DE GONZALO M., “La «regola della separazione» nella disciplina dei servizi portuali ed aeroportuali”, *Dir. mar.*, 2005
- LUCARELLI A., *Il modello sociale ed economico europeo*, in LUCARELLI A., PATRONI GRIFFI A. (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona*, Napoli, ESI, 2009
- LUCHAIRE F., “Le statut des entreprises publiques”, *Droit social*, 1947, n. 7
- LYNSKEY O., “The Application of Article 86(2) EC to Measures Which do Not Fulfil the Altmark Criteria; Institutionalising Incoherence in the Legal Framework Governing State Compensation of Public Service Obligations”, *World Competition*, 2007
- MACRÌ F., “Diritto di autoproduzione e servizi tecnico-nautici ancillari alla navigazione: alcune riflessioni ricostruttive”, *Dir. comm. int.*, n. 3, 2002
- MADDALON P., “La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes”, *Thèse, Université de Picardie Jules Verne (1998)*, LGDJ, 2007
- MAILLO J., “Service of general interest and competition law”, in AMATO G., EHLERMANN C.D., *EC competition law*, Oxford and Portland, Oregon, 2007

- MALARET GARCIA E., “Public services, Public Functions and Guarantees of the Rights of Citizens: Unchanging Needs in a Changed Context”, *Public Services and Citizenship in European Law*, Clarendon Press, Oxford, 1998
- MALTONI A., “Considerazioni sulle Autorità portuali ai sensi della legge 84/94”, *Studi in onore di Romanelli G.*, Giuffrè, Milano, 1997
- MALTONI A., “Le società in house nel TU sulle partecipate pubbliche”, *Urbanistica e appalti*, n. 1, 2017
- MAMELI B., “Gli enti fieristici e le procedure dell'evidenza amministrativa”, *Giur. It.*, vol. III, 1995
- MAMELI B., “Un possibile ridimensionamento della nozione di organismo di diritto pubblico”, *Urb. e app.*, 2002
- MAMELI B., *Servizio pubblico e concessione. L'influenza del mercato unico sui servizi protezionistici e regolamentati*, Giuffrè, Milano, 1998
- MANZINI P., “L'intervento pubblico nell'economia alla luce dell'art. 90 del Trattato CE”, *Riv. dir. Int.*, 1995
- MARASÀ G., *Le "società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984
- MARASÀ G., *Le società. Società in generale*, in G. IUDICA - P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2000
- MARCHETTI P.G. (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia*, Giuffrè, Milano, 1995
- MARCHIANO G., “Occorre cambiare tutto perché nulla cambi: la tormentata vicenda dei SIEG”, *Riv. It. di Dir. Pubbl. Com.*, fasc.5-6, 2013
- MARCOU G., *Maintenir l'expression et la notion de “service public”*, AJDA, 2008
- MARESCA M. (a cura di), *Lo spazio mediterraneo della mobilità, Assetti organizzativi, concorrenza e regolazione delle infrastrutture strategiche*, Udine, Forum, 2010
- MARESCA M., “Ancora di miti e di vecchie tradizioni che impediscono una politica dei trasporti di segno europeo”, *Quaderni regionali*, vol XXVIII, 2009
- MARESCA M., *La disciplina giuridica delle infrastrutture portuali*, Torino, Giappichelli, 2012

- MARESCA M., *La governance dei sistemi portuali: linee di una riforma di dimensione europea*, Bologna, Il Mulino, 2006
- MARESCA M., *la regolazione dei porti fra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 2001
- MARINO I.M., *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1987
- MARONE F., “L’atipicità dei poteri di regolazione dell’Anac nelle linee guida sugli obblighi di trasparenza della PA”, *Giornale Dir. Amm.*, n. 6, 2017
- MARRAMA D., “Contributo sull’interpretazione della nozione di organismo di diritto pubblico”, *Dir. amm.*, 2000
- MASCOLINI A., “Sull’esclusione degli enti fieristici dalla normativa in materia di appalti: l’approccio sostanziale del Consiglio di Stato alla nozione di organismo di diritto pubblico”, *Riv. amm. App.*, 1998
- MASSERA A., “Il paternariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti”, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005
- MATTARELLA B. G., “La riforma della pubblica amministrazione - il contesto e gli obiettivi della riforma”, *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5., 2015
- MAZZAMUTO M., “L’apparente neutralità comunitaria sull’autoproduzione pubblica: dall’in house al Partenariato "Pubblico-Pubblico"”, *Giur. it.*, 2013
- MAZZONI P., *L’imprenditorialità dell’ente portuale*, Milano, 1979
- MC CORMICK N., *Legal rights and social democracy*, Oxford, 1982
- MELLERAY V. F. *L’exorbitance du droit administratif en question*, Paris, LGDJ, Coll. De la Faculté de droit de Poitiers, 2004
- MELLERAY V. F., “Ecole de Bordeaux, école du service public et école duguiste”, *RD public*, 2001
- MEROLA M., UBALDI T., “The 2011 Almunia Package and the Challenges Ahead: Are the New Rules Flexible Enough to Fit the Wide Variety of SGEI ? ”, *European State Aid Law Quarterly*, 2012
- MERUSI F. *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, Il Mulino, 2012

- MERUSI F., “Dalla capacità di diritto privato generale alla capacità speciale nella legge sulle società a partecipazione pubblica”, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Liber amicorum Guido Alpa*, Padova, Cedam, 2019
- MERUSI F., “L’ integrazione fra la legalità comunitaria della legittimità amministrativa nazionale”, *Dir. Am.*, 2009
- MERUSI F., “La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti”, *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 1997
- MERUSI F., “La nuova disciplina dei servizi pubblici”, *Ass. prof. dir. amm.*, “Ann. 2001”, Milano, 2002
- MERUSI F., “La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato”, *Dir. Amm.*, 2004
- MERUSI F., *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1977
- MIELE G., “Pubblica funzione e pubblico servizio”, *Archivio giuridico “A. Serafini”*, vol. XXVI, 1933
- MIELE T., “La responsabilità amministrativa e contabile dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo delle società partecipate pubbliche”, in FIMMANÒ F., CATRICALÀ A. (a cura di), *Le società pubbliche*, Roma, Giapeto, 2016
- MOAVERO MILANESI E., “Diritto della concorrenza nell’Unione europea”, Napoli, 2004
- MOAVERO MILANESI E., “Les ‘services d’interet economique general’, les entreprises publiques et les privatisations”, *Revue du Droit de L’union Européenne*, 2000
- MOAVERO MILANESI E., *Diritto della concorrenza nell’Unione europea*, Napoli, 2004
- MONTEDORO G., “Servizi pubblici e riparto di giurisdizione dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale”, *Dir. proc. amm.*, 2005
- MONTGAILHARD J., “Les caractères de l’entreprise publique”, *Droit social*, 1949

- MORETTI F. “Il TU partecipa alla luce delle novità recate dal decreto correttivo”, *Azienditalia*, n. 8-9, 2017
- MUNARI F., “Il riordino della legislazione portuale e la disciplina dei servizi funzionali alla sicurezza nelle acque portuali. Appunti per una discussione”, *Dir. mar.*, 1996
- MUNARI F., “Regole di concorrenza nel settore portuale: principi e cenni ricostruttivi”, *Dir. Comm. Int.*, 1999
- MUNOZ DE JUAN M., “Some Legal Reflections on the Almunia Package”, *European State Aid Law Quarterly*, 2012
- MURGIA C., *L'ordinamento giuridico dei porti*, Milano, Giuffrè, 1988
- NAPOLITANO G., “Soggetti privati "enti pubblici"?", *D. amm.*, 2003
- NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003
- NAPOLITANO G., *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001, p. 116
- NERI S., “Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour relative au droit communautaire”, *R.T.D.E.*, 1981
- NICODEMO F., “Responsabilità per danno al patrimonio di S.p.a. pubbliche”, *Giur. It.*, n. 1, 2016, p. 166
- NISIO A., *Le Autorità portuali. Il passaggio dalla gestione alla regolazione dei porti*, Bari, Cacucci, 2004
- NOTARI M., *La nozione di controllo nella disciplina antitrust*, Milano, Giuffrè, 1996
- NOTARI M., in *Diritto fallimentare - Manuale breve*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 104 ss.
- NOTTEBOOM T., *Container Shipping and Ports: an Overview, Review of network Economics*, 2004
- NOTTEBOOM T., *The Interdependence Between Liner Shipping Networks and Intermodal Networks*, *Proceedings of the IAME 2002 Conference*, International Association of Maritime economists, Panama City, 2002

- NOUSSIA K., “The port policy of the Europa Union: current status and future prospect”, *Dir. Mar.*, 2009
- NUNZIATA F., “Natura giuridica dell’Autorità Portuale”, *Stud. Mar.*, n. 47, 1995
- ODUDU O., “Are state owned healthcare providers that are funded by general taxation undertakings subject to competition law?”, *European Competition Law Review*, 2011
- OPPO G., “La privatizzazione dell’impresa pubblica: profili societari”, in *Riv. dir. civ.*, 1994
- OPPO G., “Realtà giuridica globale dell’impresa nell’ordinamento italiano”, *Riv. dir. civ.*, 1976
- OPPO G., “Impresa e imprenditore”, *Scritti giuridici*, I, *Diritto dell’impresa*, Padova, Cedam, 1992
- ORLANDO V.E., “Introduzione al diritto amministrativo”, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Milano 1900-1973
- ORRÙ E., “Servizi di interesse generale, in *Impresa e lavoro nei servizi portuali*”, in A. XERRI (a cura di), *L’ordinamento giuridico dei porti italiani*, Milano, Giuffré, 1998
- ORRÙ E., *La disciplina dei servizi portuali negli stati membri dell’Unione europea: un’analisi comparativa*, Bologna, Libreria Bonomo, 2005
- PAJNO A., “Servizi pubblici e tutela giurisdizionale”, *Dir. amm.*, 1995
- PALLOTTINO D., “Appalti sotto soglia, imprese pubbliche e organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria e nazionale (nota a T.A.R. Campania, Napoli, I sez., 20 maggio 2003, n. 5868)”, *Foro amm. - Tar*, 2003
- PATRONI GRIFFI F., “Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house”, *Serv. pubbl e app.*, 2006
- PAVONE LA ROSA A., “Partecipazioni statali e gruppi di imprese”, in PAVONE LA ROSA A. (a cura di), *I gruppi di società*, Bologna, Il Mulino, 1982
- PERFETTI L.R., “Pubblico servizio, capacità di diritto privato e tutela della concorrenza. Il caso del facility management”, *Riv. it. dir. com.*, 2002

- PERFETTI L.R., DE CHIARA A., “Organismo di diritto pubblico, capitale pubblico e rischio di impresa”, Dir. amm., 2004
- PERICU G., “Porto (navigazione interna)”, Enc. del dir., Milano, 1985
- PERIN R.C., “L'in house providing: un'impresa dimezzata”, Dir. amm., 2000, p. 51
- PERNA R., “Privatizzazione formale/sostanziale e controllo della Corte dei Conti”, Foro Italiano., 1993
- PERRINO M., “Inammissibilità della nomina giudiziale di un esperto per la valutazione della partecipazione pubblica oggetto di dismissione forzata”, Società, n. 6, 2019
- PIELOW J. C., Il service public e l'art. 16 del Trattato da un punto di vista tedesco in Servizi a rete in Europa, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2000
- PIRAS P., “I servizi pubblici tra efficienza e fini sociali”, Dir. amm., 1996
- PIZZA P., “Partecipazioni pubbliche locali e regionali e art. 13 del D.l. n. 223/2006 (c.d. Decreto Bersani)”, in IBBA C., MALAGUTI M. C., MAZZONI A. (a cura di), Le società “pubbliche”, Torino, Giappichelli, 2011
- PIZZA P., Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi, Milano, Giuffrè, 2007
- POTITO L., SANDULLI M., “Imprese soggette al fallimento e al concordato preventivo”, in NIGRO A., SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), La legge fallimentare dopo la riforma, Torino, Giappichelli, 2010
- POTOTSCHNIG U., I pubblici servizi, Padova, 1964
- PREDIERI A., “Collettivizzazione”, Enc. dir., vol. VII, Milano, 1960
- RACCA G. M., “I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario”, Dir. amm., 1994
- RACUGNO G., “Sub Art. 14”, in MEO G., NUZZO A. (a cura di), Commentario al Testo Unico, Bari, Cacuci, 2016
- RAINAUD J.M., La crise du service public français, Paris, Puf, 1999
- RANGONE N., “I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario”, Giornale dir. amm, n.4, 2005
- RAZ J. , Practical reason and norms, Hutchinson, 1975

- RAZ J. , *The authority of law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979
- RÉZENTHEL R., “Le service public portuaire”, *Annuaire de droit maritime*, vol. XIII, 1995
- RÉZENTHEL R., *Le service public portuaire dans une économie de marché*, Neptunus E-revue
- RIGHINI E., “The Reform of the State Aid Rules on Financing of Public Services”, *European State Aid Law Quarterly*, 2012
- RODRIGUES S., “Services of general (economic) interest: The European Commission publishes a Guide concerning the application to services of general economic interest, notably to social services of general interest, of the European Union rules”, *Concurrences*, 2011
- RODRIGUES S., “Services of General Economic Interest: EC Report on the evaluation of the performance of network industries providing SGEI”, *Concurrences*, 2006
- RODRIGUES S., “SGEI : The GCEU tackles the sensitive issue of using the EU concept of service of general economic interest to qualify the broadcasting public service (M6 and TF1)”, *Concurrences*, 2010, n. 4, pp. 226-228
- RODRIGUES S., “Vers un nouveau droit européen des services d'intérêt (économique) général?”, *Concurrences*, 2011
- RODRIGUES S., LOUIS J.V., “Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne”, *Concurrences*, 2007
- ROMAGNOLI A., *L'Autorità portuale: profili strutturali e funzionali*, Bologna, Bonomo, 2003
- RORDORF R., “Le società partecipate fra pubblico e privato”, *Società*, 2013, p. 1327
- ROSS M., “A healthy approach to services of general economic interest? The BUPA judgment of the Court of First Instance”, *European Law Review*, 2009
- ROSS M., “Promoting solidarity: From public services to a European model of competition?”, *Common Market Law Review*, 2007

- ROVERSI MONACO F., “La direzione e il controllo delle imprese pubbliche”, in GALGANO F. (a cura di), Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'econ., vol. I, La costituzione economica, Padova, 1977
- ROVERSI MONACO F., “La direzione e il controllo delle imprese pubbliche”, in GALGANO F.(a cura di), Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'econ., vol. I, La costituzione economica, Padova, 1977
- ROVERSI MONACO F., Gli enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti, Padova, 1967
- RUBECCHINI P., “Critica della ragion portuale: una prima analisi del d.lgs. n. 169/2016”, Giorn. dir. amm., 2017
- RUBECCHINI P. “Critica della ragion portuale: una prima analisi del D.Lgs. n. 169/2016”, Giornale di diritto amministrativo, vol. I, 2017
- SABEL C. F., ZEITLIN J., “Learning From Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the EU”, in SABEL C. F., ZEITLIN J. (a cura di), Experimentalist Governance in the European Union. Towards a New Architecture, Oxford, OUP, 2010
- SABINO C., “L'autorità garante della concorrenza e del mercato nel “sistema” delle autorità indipendenti”, Giornale Dir. Amm., n.1, 2011
- SANINO M., Le privatizzazioni degli enti dell'economia, Giuffrè, Milano, 1998
- SANTONASTASO F., “Dalla “golden share” alla “poison pill”: evoluzione o involuzione del sistema? Da una prima lettura del 381°-384° comma dell'art. 1 l. 23 dicembre 2005, n. 266”, Giur. comm., n. 1, 2006
- SANTONASTASO F., “Le società di diritto speciale”, in BUONOCORE V. (a cura di), Tratt. di dir. comm., sez. IV, vol. X, Torino, 2009
- SANTUARI A., “Le società in house: disciplina normativa natura giuridica e crisi d'impresa”, Corriere Giur. , n. 4, 2018
- SATANOWSKY M., Nature juridique de l'entreprise et du fonds de commerce, RID comp., 1955

- SAUNDRY, RICHARD e TURNBULL, Private profit, public loss: The Financial and economic performance of U.K. ports. *Maritime Policy Management* 24(4), 1997
- SAUTER W., SCHEPEL H., State and Market in European Union Law. The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts, Cambridge University Press, 2009
- SAVATIER J., Du domaine patriarcal à l'entreprise socialisée, *Mél. Savatier*, 1965, Dalloz
- SCHLESINGER P., “La legge sulle privatizzazioni degli enti pubblici economici”, in *Riv. soc.*, 1992
- SCHWEITZER H., “The History, Interpretation and Underlying Principles of Section 2 Sherman Act and Article 82 EC”, in EHLERMANN C, MARQUIS M. (a cura di), *European Competition Law Annual 2007: A reformed approach to Article 82 EC*, Oxford, Hart, 2008
- SCITTI E., “Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e paternariato pubblico privato”, *Dir. amm.*, 2005
- SCOTTI E., *Il servizio pubblico: tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, Cedam, 2003
- SCREPANTI S., “Crisi e insolvenza delle società pubbliche”, *Giornale Dir. Amm.*, n. 5, 2017
- SCUDIERO L., “La nozione di impresa nella giurisprudenza della Corte di giustizia”, *Foro italiano*, 1994
- SCUDIERO L., “La nozione di impresa nella giurisprudenza della Corte di giustizia”, *Foro italiano*, vol. IV, 1994
- SHAW, WILLIAM, and THOMPSON, “Concessions in Transport.” *TWU Papers*, Discussion Paper, World Bank, Washington DC, 1996
- SIBONY A., “Incremental costs : The Paris Court of appeal rules that notions of incremental costs and stand alone costs have no meaning in the case of an undertaking operating a service of general economic interest (*Vedettes inter-îles vendéennes*)”, *Concurrences*, 2009

- SIBONY A., “What's New in SGEI in 2012 ? An Overview of the Commission's SGEI Package”, *European State Aid Law Quarterly*, 2012
- SIRIANNI G., *L'ordinamento portuale*, Milano, Giuffré, 198
- SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2000
- SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2012
- SPADAFORA A., “La nozione di impresa nel diritto comunitario”, *Giust. civ.*, 1990
- SPADAFORA A., “La nozione di impresa nel diritto comunitario”, *Giust. civ.*, 1990, vol. II
- SPADAFORA A., “La nozione di impresa nel diritto comunitario”, *Giust.amm.*, vol. II, 1990, p. 283
- SPASIANO M. R., “Spunti di riflessione in ordine alla natura giuridica e all'autonomia dell'Autorità portuale”, *Foro amm. - Tar*, vol. VI, 2007
- STAGNO D'ALCONTRES A., DE LUCA N., “Le società in generale. Le società di persone”, *Le società I*, Torino, 2015, p. 65
- STEVENS H., *The institutional position of seaports. An international comparison*, Kluwer Academic Publishers, 1999
- SZYDLO M., “The Limits of Competition Law. Markets and Public Services”, *Common Market Law Review*, 2008
- TACCOGNA G., *Le operazioni portuali nel nuovo diritto pubblico dell'economia*, Milano, Giuffré, 2000
- TARULLO S., “Giustizia amministrativa ed appalti pubblici: influssi comunitari e linee di tendenza”, *Cons. Stato*, 2000, II
- TELESE G., “Servizio di interesse economico generale e servizio universale nella giurisprudenza e nella normativa comunitaria”, in *Jus*, 1999
- TELESE G., “Servizio di interesse economico generale e servizio universale nella giurisprudenza e nella normativa comunitaria”, *Jus*, 1999
- TONOLETTI B., “Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete”, *Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, *Annuario Aipda 2003*, Milano, 2004

- TORCHIA L., *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, Il Mulino, 2006
- TRABUCCHI P., "Il codice civile di fronte alla normativa comunitaria", in *Riv. dir. civ.*, 1993, vol. I, p. 714.
- TRAVERSA E., "Sanzioni amministrative, il potere sanzionatorio dell'anac alla prova del principio di legalità", *Giur. It.*, n. 3, 2019
- TRIANTAFYLLOU D., "Les mutations de la notion de service public en droit comparé", in KOVAR R., SIMMON D., "Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt circonscrit général et le marché", in *La Documentation française*, 1998, t. 1, p. 33.
- TRIANTAFYLLOU D., *Les règles de la concurrence et l'activité étatique*, RTD eur. 32 (1), janv.-mars 1996
- TRIMARCHI BANFI F., "Considerazioni sui "nuovi" servizi pubblici", *Riv. it. dir. pubbl. CE*, 2002
- TULLIO L., "Ruoli e funzioni delle Autorità portuali", *La riforma dell'ordinamento portuale italiano*, Bologna, Bonomo, 2006
- URBANO G., "I nuovi poteri processuali delle autorità indipendenti", *Giornale Dir. Amm.*, n. 10, 2012
- VAN BAEL I., BELLIS J.-F., *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2009
- VAN DE GRONDEN J., "State aid, services of general economic interest and universal service in healthcare", *European Competition Law Review*, 2011
- VAN HOOYDONK E., (a cura di), *European Seaports Law, EuLaw of Ports and Ports Services and the Port Package*, Anversa, 2003
- VAN MIERT K., "La mission d'intérêt économique général et l'article 90, 2° comma, du traité Ce : dans la politique de la Commission", *Diritto dell'economia*, 1997
- VASSEUR M., *L'entreprise et l'argent*, 1982, Chron. 11
- VERMEULE A., "Many minds Arguments in Legal Theory", *The Journal of Legal Analysis*, vol. I, n. 1, 2009

- VERRUCOLI P., “La nozione di impresa nell'ordinamento comunitario e nel diritto italiano: evoluzione e prospettive”, in VERRUCOLI P. (a cura di), *La nozione di impresa nell'ordinamento comunitario*, Milano, 1977
- VESPASIANI T., *Glossario dei termini economici e giuridici dei porti, dei trasporti marittimi e della logistica portuale*, Milano, FrancoAngeli, 2009
- VEZZOSO G., “Le occasioni mancate di una proposta di riforma dell’organizzazione portuale”, *Dir. Mar.*, 2010
- VEZZOSO G., “Politica portuale europea e riforma dei porti in Italia” *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, vol. XII, Palermo, Giureta, 2014
- VEZZOSO G., “Prospettive di riforma della portualità italiana”, *Dir. Mar.*, 2007, pp. 626–648
- VIDOTTI G., “Il contenuto del requisito negativo nella nozione di organismo di diritto pubblico,” *Contr. Stato e Enti pubbl.*, 2001
- VILLATA R. - BERTONAZZI L., "Servizi di interesse economico generale", in M.P.G. GRECO (a cura di), *Trattati di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2007
- VILLATA R., “Pubblica amministrazione e servizi pubblici”, *Dir. amm.*, 2003, p. 493
- VILLATA R., *Pubblici servizi*, Giuffrè, Milano, 2006
- VILLATA R., *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2006
- VISENTINI G., *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979
- VIVANI C., “Gli organismi di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e dei giudici italiani a confronti”, *Foro it.*, vol. IV, 1998
- VOLPE C., “Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi”, *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2015
- VOLPE C., “Le società miste nei servizi pubblici locali, evoluzione o introduzione di un modello”, *Urb. e app.*, 2003

- XERRI SALAMONE A., *L'ordinamento giuridico dei porti italiani*, Milano, Giuffrè, 1998
- ZANGHÌ C., *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2000
- ZOPPINI A., “La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici”, in ZOPPINI A. (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, Laterza, 2004
- ZUNARELLI S., “I servizi portuali di interesse generale nella disciplina della l. 28 gennaio 1994, n. 84”, *Dir. trasp.*, 1995
- ZUNARELLI S., “I servizi portuali di interesse generale nella disciplina della legge 28 gennaio 1994”, *Dir. Trasp.*, 1995