

Origine, costituzione e struttura della nozione di servizio pubblico

di Giuseppe Di Gaspare

16 gennaio 2018

SOMMARIO: 1. Il servizio pubblico nella costituzione economica dello Stato liberale. – 2. Presupposti e requisiti del servizio pubblico nella costituzione economica dello Stato liberale: l'interesse generale, il fallimento del mercato, l'equilibrio finanziario. – 3. Il servizio pubblico locale. – 4. Il Servizio pubblico e le finalità sociali. – 5. Il servizio pubblico nella costituzione italiana e nell'esperienza repubblicana. – 6. Il servizio pubblico nell'integrazione comunitaria.

1. Il servizio pubblico nella costituzione economica dello Stato liberale

Il servizio pubblico come attività economica. Il servizio pubblico viene alla luce nello Stato liberale di diritto, subisce una repentina espansione ed una definizione come categoria giuridica con l'avvento dello Stato democratico di diritto (o per meglio dire dello Stato a diritto amministrativo, quanto meno nei paesi dell'Europa continentale). Attualmente si assiste ad un fenomeno di segno contrario che porta verso un'interpretazione in senso restrittivo della nozione di servizio pubblico o, più precisamente, verso un restringimento del suo campo di applicazione.

Prima di ripercorrerne la parabola è necessaria una delimitazione di campo. La nozione ha in sé un contenuto intrinsecamente ambiguo, che inoltre varia nei differenti paesi europei. In questa sede si farà riferimento al servizio pubblico quale attività economica (produzione di beni e servizi) svolta per il soddisfacimento di interessi della collettività con modalità (diritti esclusivi) e finalità diversa (non necessariamente lucrativa) da quelle tipiche del mercato. In tal modo si opera una prima distinzione con la concezione più ampia, di derivazione francese, che ricomprende anche la funzione pubblica intesa come attività autoritativa dei pubblici poteri. Con il riferimento al contenuto intrinseco dell'attività economica distinguiamo inoltre il servizio pubblico da quelle attività a contenuto sociale che, svolte dalle amministrazioni od organismi pubblici, hanno di mira finalità esclusivamente sociali e non comportano l'erogazione di un corrispettivo, anche se in termini di tariffa piuttosto che di prezzo, da parte della utenza. Tali attività sono in genere svolte a titolo gratuito, ma l'accesso per i fruitori può in alcuni casi essere subordinato ad una compartecipazione ai costi (tasse di iscrizione, pagamento di ticket).

Questa delimitazione di campo consente di circoscrivere l'oggetto delle presenti riflessioni ai fini della ricostruzione della sua evoluzione storica nel nostro ordinamento. Possiamo distinguere, infatti, il servizio pubblico (inteso come attività economica) dalle altre attività dello Stato o dei pubblici poteri che non sono economiche (pur valutabili in termini di costi) e, al contempo, permette di operare una

netta separazione con le attività economiche (pubbliche e private) che si svolgono nel mercato e per il mercato.

Il servizio pubblico come attività economica destinata a soddisfare la domanda del pubblico degli utenti. Ai fini della ricostruzione storica, per comprendere il significato iniziale della nozione è necessario sgombrare il campo dalle sedimentazioni del dibattito dottrinario che ha avuto il suo culmine negli anni '60 del secolo scorso e si è polarizzato intorno alle due costruzioni teoriche del servizio pubblico in senso soggettivo ed in senso oggettivo. La prima, come è noto, volta a qualificare in termini di servizio pubblico tutte le attività economiche comunque svolte dai pubblici poteri, la seconda volta, invece, a fornire del servizio pubblico una definizione oggettiva attraverso l'enucleazione delle sue caratteristiche obiettive in termini di essenzialità del servizio. Le due teoriche – rimproverandosi giustamente e reciprocamente da un lato la vaghezza della nozione – stante l'arbitrarietà dell'assunzione di un'attività economica quale servizio pubblico, trattandosi di una scelta rimessa *ad libitum* al legislatore ordinario – dall'altro la relatività del carattere della essenzialità, stante la obiettiva mutabilità di significato in termini storici, culturali e geografici – hanno finito per lasciare nei cultori della materia, negli studiosi più recenti e soprattutto negli operatori, la impressione dell'inutilità della nozione – o l'idea di un generico contenitore – un senso comunque di insoddisfazione nei risultati raggiunti e, al fondo, la convinzione che della definizione in termini generali fosse possibile fare a meno, limitandosi ad un approccio pragmatico e puntuale ai singoli "servizi pubblici".

Entrambe le teoriche sorte negli anni '30 del XX secolo sono un prodotto di quella crisi di transizione di uno Stato che inizia, per un verso, a farsi carico di funzioni di programmazione generale e settoriale dell'economia e, per altro verso, ad entrare in modo consistente e stabile in campi di attività, come l'attività sociale e quella economico imprenditoriale, dai quali in precedenza era rimasto assente. In questo contesto si opera una rottura con l'iniziale formula del servizio pubblico concepita all'interno dello Stato liberale. Il dibattito successivo ha finito per fare da velo alla comprensione del suo originale significato. La contrapposizione "soggettivo-oggettivo", infatti, acquista rilievo nella ricerca del fondamento e delle finalità dei pubblici poteri nel campo dell'economia e l'interesse pubblico cui ci si riferisce, assume un contenuto essenzialmente "politico" che deriva direttamente dalla scelta operata dal legislatore. Conseguentemente anche il confronto teorico e dottrinario sul servizio pubblico si sposta su questo nuovo terreno della normazione dell'indirizzo politico amministrativo nel campo dell'economia.

Il confronto tra la concezione soggettiva e oggettiva del servizio pubblico ha trovato un nuovo terreno e ripreso slancio dopo l'entrata in vigore della Costituzione fino all'approdo degli anni '60 quando le due impostazioni tendono di fatto a convergere, in particolare ad opera della concezione oggettiva del servizio pubblico, venendosi a riconoscere il carattere oggettivo ed essenziale del servizio pubblico come il predicato di una valutazione altamente discrezionale del legislatore nell'esercizio delle funzioni di direzione dell'economia riconosciute al legislatore e al governo secondo un'interpretazione degli artt. 41 e seguenti della Costituzione che allora si consolidò. In questa accezione il combinato disposto degli artt. 41, comma 2, e 43 conferiscono al legislatore una discrezionalità così ampia che di fatto coincide con l'ambito soggettivo di scelta dei pubblici poteri.

Anche per questo rimase completamente velata, di fatto oggetto di inavvertita rimozione, la precedente identità tra “interesse pubblico” e “interesse generale” che fondava invece l’originaria formula del servizio pubblico nella costituzione economica liberale: un interesse per essere pubblico doveva necessariamente essere riconducibile alla generalità dei cittadini. L’idea di fondo è che un’attività economica potesse essere qualificata come servizio pubblico e assunta direttamente dai pubblici poteri solo se rivolta alla generalità dei cittadini in quanto utenti: una offerta al pubblico degli utenti di un servizio assunto in regime di monopolio da parte dell’Ente locale: una accezione del termine “pubblico” nella sostanza assimilabile all’uso che ne fa il diritto commerciale come massa indifferenziata di potenziali acquirenti: “pubblici incanti” vendita tramite “offerta al pubblico”, “offerta pubblica di acquisto”.

2. Presupposti e requisiti del servizio pubblico nella costituzione economica dello Stato liberale: l’interesse generale, il fallimento del mercato, l’equilibrio finanziario

Conviene ripercorrere brevemente nei suoi tratti essenziali quell’originaria concezione che sta rivelando un’insospettata vitalità tanto che, da un punto di vista teorico, sembra si stia andando verso una riscoperta di quella formulazione.

Per rendersi conto di quale fosse il significato iniziale della nozione di servizio pubblico nello Stato liberale, conviene prendere le mosse dalla legge n.103 del 29 marzo 1903 sulla municipalizzazione.

Può sorprendere che il legislatore liberale avesse definito la categoria dei servizi pubblici in termini pienamente esemplificativi e non avesse, invece, fornito un’indicazione tassativa dalle attività economiche suscettibili di essere assunte, in via esclusiva, da parte dei Comuni. Uno spazio di azione apparentemente troppo esteso, una potestà altamente discrezionale di esclusione dell’iniziativa economica privata e del mercato, valori invece fondamentali delle costituzioni economiche liberali. Questa esemplificazione, infatti, letta con il filtro teorico della concezione oggettiva e soggettiva del servizio pubblico finora dominante, finisce per apparire come una sua aprioristica conferma mentre se ne pone agli antipodi.

Se si riconduce la legge sulla municipalizzazione alla costituzione economica dello Stato liberale, questo ambito potenzialmente dilatabile tende immediatamente a restringersi e ad ordinarsi secondo canoni precisi. Da questo punto di vista è facile avvedersi come la formulazione del legislatore del 1903 più che un’anticipazione di teoriche successive costituisce invece un’applicazione di diversi principi e fosse pienamente in linea con la costituzione economica dello Stato liberale. Principi che operano come presupposti di fatto ancor prima che di diritto per l’assunzione dell’attività economica quale servizio pubblico e limitano in concreto la deroga al regime di mercato e di libera iniziativa economica.

L’interesse pubblico come “interesse generale”. È la concezione liberale dell’interesse pubblico come necessariamente generale che strutturalmente costituisce un limite per l’estensione della nozione. Ed in effetti è suscettibile di essere qualificata come di interesse pubblico solo quell’attività economica (di produzione di beni e servizi) destinata alla fruizione collettiva (da parte, cioè, di tutti i membri della

collettività). Solo di fronte ad un'attività economica che presenta tali requisiti è possibile pensare alla riserva di attività a favore delle collettività locali. È necessario, in altri termini, che la municipalizzazione si risolva in un vantaggio di tutta la collettività. È la stessa idea della necessaria generalità ed astrattezza della norma: l'idea che "chiunque" sia potenziale destinatario al contempo del comando legislativo e della prestazione economica dei pubblici poteri.

Questa concezione dell'interesse generale è riconoscibile nella disamina delle singole ipotesi di municipalizzazione. Esso costituisce un limite oggettivo all'introduzione nell'attività di servizio pubblico di "finalità sociali" che non abbiano portata generale: non è possibile in altri termini considerare il soddisfacimento di interessi di gruppi o di categorie ristrette come presupposto per lo svolgimento in esclusiva di un'attività economica da parte del Comune solo a vantaggio di una parte della collettività locale.

Il fallimento del mercato. Altro presupposto per la municipalizzazione di attività economiche è il fallimento del mercato, come si deduce agevolmente dall'esame delle ipotesi contenute nella legge n. 103 del 1903. In altri termini, la constatazione dell'impossibilità per l'impresa privata di assolvere, in regime concorrenziale di efficienza economica, il suo compito di migliore veicolo di allocazione delle risorse. In questo senso, il "fallimento", indipendentemente dalle ragioni che ne sono alla base (dal monopolio di fatto, alla tecnologica di produzione del servizio), rappresenta un dato di fatto preesistente all'apposizione della riserva. Le centrali del latte, la produzione del ghiaccio, gli orti botanici sono tutti esempi di fallimenti del mercato, se si vuole variegati, ma chiaramente dipendenti da quel livello di sviluppo tecnologico.

Il principio dell'equilibrio finanziario. Un altro limite di costituzione economica materiale, anch'esso tipico della Costituzione economica liberale, è il principio dell'obbligatorietà del pareggio di bilancio. Si tratta di una regola fondamentale – si può richiamare alla memoria Quintino Sella – ma soprattutto va ricordato quel sistema di finanza pubblica che non conosceva trasferimenti finanziari dallo Stato. Gli Enti locali erano autonomamente responsabili del reperimento delle risorse con cui finanziare i servizi prestati. In definitiva, vigeva il principio materiale del "fai da te" e, pertanto, i ricavi derivanti dall'esercizio dei servizi pubblici municipalizzati dovevano essere in grado di assicurare la copertura dei costi di gestione. Stesso discorso vale per i servizi gestiti direttamente dallo Stato, il quale assicurava la copertura delle spese di sviluppo della rete – ad esempio, ferroviaria – ma richiedeva l'equilibrio di gestione tra costi e ricavi di esercizio.

3. Il servizio pubblico locale

La formula organizzativa dell'azienda municipalizzata. A questo regime giuridico corrisponde un modello organizzativo di impresa che ne assicura funzionalità, nel senso che con essa si risolvono radicalmente ed efficacemente quei conflitti di interesse che determinano il fallimento del mercato: situazioni di monopolio, costi di fruizione elevati per assenza di economie di scala. La legge sulle municipalizzazioni del 1903 nasce, infatti, dall'esplicita constatazione del fallimento del modello precedente che era costituito dalla concessione di opera e di gestione, oppure

dall'affidamento del servizio in base a contratti di appalto ad imprese private. In particolare, si era evidenziato un conflitto di interesse tra la massimizzazione degli utili da parte dell'impresa privata concessionaria e le esigenze di qualità del servizio, l'efficienza della manutenzione delle infrastrutture e in termini di accesso a basso costo da parte degli utenti.

L'impresa pubblica nel mercato come impresa di diritto comune. In Europa, a differenza degli Stati Uniti ove ha attecchito il modello della *public company*, si è rimasti a lungo fedeli all'equazione impresa di diritto pubblico/monopolio legale, impresa di diritto comune/mercato concorrenziale.

Nella nostra esperienza storica, a partire dagli anni '30 del Novecento, si vedono operare, accanto alle aziende pubbliche locali e statali (ad esempio, FF.SS. e ANAS,) attive nei settori riservati, imprese in mano pubblica ma di diritto comune che agiscono sul mercato in regime di concorrenza. Queste ultime assumono la veste di s.p.a. di diritto comune e, a nulla rilevando la proprietà pubblica, si comportano come imprese private. Al contrario, le attività economiche destinate a svolgersi sul mercato anche se in mano pubblica, come quelle che lo Stato si è trovato a gestire a seguito della crisi del 1929 tramite l'IRI e l'IMI, si esercitano tramite imprese di diritto comune strutturate in forma di s.p.a. senza alcun privilegio nei confronti delle imprese operanti sul mercato: sono esposte, alla stregua delle imprese private, alla competizione e possono essere sottoposte a procedure fallimentari.

Ancora nel codice civile del 1942 è presente il significato dell'originaria distinzione. L'assunzione delle attività economiche quali pubblici servizi da parte degli Enti territoriali si realizza con una sottrazione al mercato di tali attività. Gli enti che l'assumono hanno quindi necessariamente veste giuridica di diritto pubblico, enti pubblici economici o imprese organo, e per questa ragione godono di un regime speciale di esenzioni tributarie; in caso di dissesto non sono assoggettate al fallimento e usufruiscono di una garanzia pubblica nei confronti dei terzi.

Il senso di questa corrispondenza univoca tra regime dell'attività e forma giuridica dell'impresa pubblica, ancora chiara nella logica del codice civile, si perderà progressivamente a causa dell'involuzione del sistema delle Partecipazioni statali a partire dalla metà degli anni '60. Le "finalità sociali" diverranno nel periodo successivo una giustificazione "*bonne a tout faire*", per la sopravvivenza di imprese non più competitive e la creazione di quel sistema imprenditoriale protetto che solo molto tempo dopo – inizio anni '90 – e con enormi perdite, si pensi ad IRI ed EFIM, si è progressivamente riusciti a trasferire nuovamente al mercato.

4. Il servizio pubblico e le finalità sociali

Attività sociale e prestazioni amministrative. In una prospettiva storica, anche il concetto di attività sociale ha subito dallo Stato liberale ad oggi un sostanziale mutamento. Nell'accezione originaria – è il caso di sottolinearlo – un'attività economica è sociale, in contrapposizione a quella imprenditoriale, poiché non produce beni o servizi commercialmente appetibili.

L'attività sociale è un'attività al di sotto della soglia di attenzione del mercato e priva pertanto di rilevanza imprenditoriale. È un'attività economica nel senso che

comporta l'impiego di risorse, ma per la quale c'è una domanda sociale che non è però una domanda solvibile: una domanda sociale che si traduce in una richiesta di spesa per la finanza pubblica, in senso generico una domanda di assistenza e beneficenza. In questo settore l'intervento pubblico non è in alternativa all'iniziativa economica privata, non si trova a fronteggiare fallimenti del mercato; pertanto non c'è necessità del riconoscimento di una riserva di attività e il suo svolgimento non comporta l'attribuzione di diritti esclusivi a favore dell'organismo che ne è incaricato. Dunque non c'è riserva di attività economica per i pubblici poteri perché non c'è limite o sottrazione alcuna di attività alla iniziativa dei privati. Nel caso sussista, la presenza privata assume le forme non dell'attività imprenditoriale bensì della solidarietà sociale e della carità privata: un'attività senza finalità di lucro.

Ne consegue che la presenza pubblica nel settore non dà luogo ad una gestione imprenditoriale e non costituisce servizio pubblico: siamo di fronte all'erogazione di beni e servizi sotto forma di prestazioni amministrative a favore di determinate categorie di utenti. Non c'è, come nel caso dei servizi pubblici imprenditoriali, un'attività commerciale, una vendita a fronte di un corrispettivo a carico di una clientela vincolata.

La genesi dell'istruzione obbligatoria attesta questa diversità: è obbligatoria in quanto "gratuita" proprio perché non c'è una domanda solvibile. Solo ristrette fasce sociali possono infatti pagarsi l'accesso all'istruzione e per queste ultime, anche all'epoca, il mercato ovviamente esiste.

Anche in questo caso emerge chiaramente la corrispondenza tra contenuto dell'attività e sua forma organizzativa e la netta differenza con le attività economiche svolte in regime di mercato tramite il riconoscimento di diritti esclusivi alle aziende che le esercitano. L'attività sociale, non essendo attività di impresa, è svolta da istituzioni pubbliche in forma amministrativa ed il rapporto di lavoro è in genere di diritto pubblico, a differenza delle attività imprenditoriali ove è invece di diritto comune.

Questa originaria differenza è palese nella distinzione tradizionale del diritto amministrativo francese tra servizi pubblici in forma amministrativa e servizi pubblici in forma industriale e commerciale.

Il logico corollario è che, qualora la domanda sociale diventi una domanda solvibile direttamente o indirettamente, si supera la soglia di rilevanza per il mercato e ci si trova potenzialmente di fronte ad una offerta economico-imprenditoriale. Non è detto che questa offerta debba essere organizzata necessariamente sotto forma di servizio pubblico, anzi in genere può essere svolta in regime di concorrenza, ad esempio, nel caso di una domanda solo indirettamente solvibile, con l'attribuzione di un *bonus* al potenziale acquirente.

In conclusione, nella costituzione economica dello Stato liberale, si può riscontrare una chiara correlazione tra contenuto dell'attività, forma di organizzazione soggettiva della stessa, regime giuridico di esercizio dell'attività economica da parte dei pubblici poteri e corrispettivo richiesto per la relativa prestazione.

Tale correlazione può essere sinteticamente descritta nel modo seguente:

- A) contenuto: attività economica in situazione di fallimento di mercato;
- forma giuridica: azienda o ente pubblico economico;
- regime giuridico: servizio pubblico con rapporti giuridici di diritto privato, attribuzione di diritti esclusivi;

- corrispettivo richiesto: tariffa.
- B) contenuto: attività sociale priva di rilevanza commerciale;
- forma organizzativa: ente pubblico istituzionale;
- regime giuridico: servizio pubblico con rapporti giuridici di diritto amministrativo;
- corrispettivo richiesto: gratuità della prestazione.
- C) contenuto: attività economica in regime di concorrenza;
- forma organizzativa: impresa di diritto comune (s.p.a.);
- regime giuridico: mercato;
- corrispettivo richiesto: prezzo.

5. Il servizio pubblico nella costituzione italiana e nell'esperienza repubblicana

Il dissolvimento dei precedenti requisiti. Gli originari requisiti strutturali che conformano la legislazione del 1903 e costituiscono i limiti della concezione originaria del servizio pubblico vengono progressivamente rimossi con l'avvento dell'ordinamento repubblicano. Una lettura esplicativa a livello teorico è fornita dallo schema dello "Stato pluriclasse"; è in questo contesto che avviene la rottura della precedente identità tra "interesse generale" ed "interesse pubblico" che non è più quello della generalità dei cittadini, ma quello scelto dalle maggioranze politiche. Si tratta di interessi di una categoria o di più gruppi sociali che vengono selezionati e ipostatizzati come pubblici in norme di legge.

Questa più estesa concezione apre la porta del regime del servizio pubblico ad attività precedentemente qualificate come "sociali" o "economiche" di spettanza del mercato. Il riferimento alle "finalità sociali" presenti nella Costituzione repubblicana, ma già anticipate negli anni '30, allarga il campo di applicazione del servizio pubblico in senso sostanziale: anche attività economiche di interesse settoriale, e non solo relative a settori ove non si registrano fallimenti di mercato, possono essere ricondotte alla gestione indiretta da parte dello Stato ed organizzate con il meccanismo tipico dell'attività economica di servizio pubblico, e cioè il diritto di esclusiva e il prezzo amministrato.

L'ampliamento del servizio pubblico opera dunque in entrambe le direzioni: nel campo dell'economia ed in quello delle attività sociali. Nel primo, attraverso l'estensione dell'impresa pubblica nei settori concorrenziali a partire dall'industria bellica e dall'industria di base con riferimento all'"interesse strategico della Nazione"; questi mercati settoriali vengono poi protetti e "recintati" attraverso il riconoscimento di diritti di esclusiva.

Nel campo delle attività sociali, invece, l'estensione della categoria si realizza attraverso la riconduzione al novero dei servizi pubblici delle attività assistenziali come la previdenza e la sanità.

La progressiva commistione tra attività economiche riservate, attività economiche in mano pubblica (ma protette) e attività sociali assunte come pubblici servizi è un risultato che si raggiunge pienamente solo negli anni '70 del XX secolo.

Alla base di tale perdita di senso della originaria distinzione, oltre al venire meno del limite del fallimento del mercato, si registra l'abbandono del più generale principio

dell'obbligo del pareggio del bilancio pubblico che la Costituzione repubblicana peraltro aveva espressamente ribadito nell'articolo 81.

In tal modo si perde anche il senso della distinzione tra imprese pubbliche che agiscono fuori dal mercato ed imprese pubbliche che invece vi operano: le prime necessariamente costituite come enti pubblici o sotto forma di aziende (statali e locali), le seconde come imprese di diritto comune.

Delineato il senso dell'evoluzione del servizio pubblico, non è possibile in questa sede ripercorrerne il movimento di espansione, anche se forse è utile cercare di indicarne i punti di snodo più significativi tenendo distinte le attività sociali da quelle economiche.

L'abbandono della concezione mutualistica dell'attività sociale e l'affermazione dei diritti sociali come "interessi legittimi universali". L'assunzione dell'attività sociale (assistenza sociale, previdenza, assistenza sanitaria) nell'ambito del servizio pubblico è dunque una vicenda tutto sommato recente: il punto di passaggio significativo è costituito dall'abbandono della concezione mutualistica secondo la quale l'assistenza sociale è frutto della autorganizzazione dei gruppi sociali più che dell'intervento pubblico. All'inizio degli anni '60 vige ancora, e in qualche misura viene portata a compimento, una visione di sviluppo mutualistico delle attività previdenziali e di assistenza sociale, in seguito rapidamente abbandonata per l'affermarsi di una concezione universale dei diritti sociali come diritti dei cittadini verso lo Stato, con la conseguente nazionalizzazione delle strutture mutualistiche e la loro trasformazione in servizi pubblici nazionali di previdenza sociale e di assistenza sanitaria (INPS e SSN).

Un mutamento radicale di impostazione, stante che la logica costitutiva della mutualità è quella della cooperazione sociale, della volontaria partecipazione dei membri di un gruppo sociale ad una iniziativa comune per assicurare una relativa sicurezza contro i rischi della categoria: dalla disoccupazione, alla vecchiaia alla malattia. La logica della compartecipazione è quindi quella del gruppo sociale che si auto-organizza con un ausilio più o meno consistente, ma strutturalmente secondario, dei pubblici poteri.

La logica del servizio pubblico sanitario e della previdenza pubblica è, invece, quella dello Stato che corrisponde a tutti, in uguale misura, le prestazioni necessarie per far fronte ai rischi. Non c'è più corrispondenza tra partecipazione e qualità della prestazione, né correlazione tra la prestazione e la contribuzione personale, ma un'aspettativa ad una prestazione sulla base del riconoscimento di un diritto legislativamente garantito.

Di questo più ampio fenomeno interessa richiamare l'attenzione sulla sostituzione nell'imputazione soggettiva dell'attività sociale che esso determina: dal gruppo sociale autorganizzato allo Stato.

Non si vuole entrare nel merito di questa evoluzione, né cimentarsi in giudizi antistorici sulle scelte compiute dal legislatore nazionale con la statalizzazione della previdenza e dell'assistenza sanitaria. Interessa, invece, sottolinearne l'ingresso nel campo dei servizi pubblici tramite la progressiva estensione del modello aziendale e l'introduzione di un sistema di pagamento a tariffa per le prestazioni rese. Una concezione che avvicina queste attività sociali alle attività economiche in una trasformazione che appare tuttora non conclusa, nella quale il modello del servizio pubblico finisce per apparire in uno sguardo retrospettivo, più che un esito finale, una

fase di transizione verso il mercato. Non tanto un ritorno ad un precedente regime quanto piuttosto, tramite il servizio pubblico, una specie di annessione di un settore in precedenza non suscettibile di costituirsi in mercato.

L'abbandono del principio di economicità e l'affermazione della teoria degli oneri impropri nell'attività economica pubblica. Anche l'evoluzione dell'attività economica in mano pubblica appare oggi descrivibile come una parabola che parte da una concezione dilatata del servizio pubblico per tornare a logiche di mercato.

L'attività economica privata in regime di concorrenza, a partire dalla Prima Guerra Mondiale e con la ristrutturazione della industria bellica, viene attratta progressivamente e in modo spesso casuale nell'area di azione dei pubblici poteri. La crisi economico-finanziaria del '29 provoca il passaggio di mano di pacchetti azionari di controllo da imprenditori industriali al sistema finanziario prima e successivamente allo Stato. Ancora, in questa originaria visione, IRI ed IMI costituiscono gli strumenti congiunturali per il "salvataggio" di un sistema industriale che, "passata la tempesta", si vuole restituire al mercato.

Questa originaria filosofia, appannatasi già con il regime fascista, è stata decisamente abbandonata alla fine degli anni '50. IRI, IMI e le imprese industriali che ad esse facevano capo si sono dapprima "stabilizzate" come enti di gestione (enti pubblici economici) e poi, con la costituzione del Ministero nel 1956, organizzate in sistema.

Il sistema delle Partecipazioni statali (PP.SS.) rimane ancora, nel corso degli anni '50 e per buona parte degli anni '60, improntato ad una logica di efficienza economica. La stessa istituzione del Ministero, al termine di un processo contrastato e travagliato, sta a sottolineare, con la riaffermazione del principio di economicità, come il sistema delle PP.SS. debba rispondere a logiche di efficienza economica anche se non di profitto. Le PP.SS. si avvicinano alla logica di impresa delle aziende pubbliche, che devono anch'esse fare quadrare i conti senza contribuzioni esterne. Il principio di economicità e di autonomia finanziaria costituisce un limite all'ingerenza politica: qualunque siano i fini che la programmazione economica intenda affidare alle partecipazioni statali, questi debbono essere perseguiti attraverso il rispetto dell'equilibrio economico e finanziario dell'impresa, pena l'espulsione della stessa dal mercato.

Ancora, in questa chiave permane netta la distinzione tra società per azioni di diritto comune delle PP.SS. – che gestiscono le attività industriali – e gli enti pubblici economici che gestiscono servizi pubblici in riserva o in esclusiva.

Ma uno sguardo retrospettivo dà anche ragione del progressivo e rapido affievolirsi della distinzione a partire dagli anni '70. Sono essenzialmente due gli aspetti sui quali conviene soffermare l'attenzione in questa ricostruzione di lungo periodo:

- il consolidarsi del sistema delle Partecipazioni statali come insieme di "concessionari" di attività o di beni pubblici a fruizione imprenditoriale, con lo svilupparsi di fatto di mercati protetti o recintati per le imprese a partecipazione statale;
- l'abbandono del principio di economicità e la sua sostituzione con il principio degli "oneri impropri". Principio secondo il quale per finalità sociali è possibile sottrarre queste imprese alla liquidazione o al fallimento mantenendole in attività anche se non economiche purché questi interventi

“sociali” – salvataggi o quant’altro – essendo “oneri impropri” per le imprese e per i loro gruppi siano posti a carico della finanza statale.

Questo combinato ordine di fenomeni allontana sempre più il sistema delle PP.SS. dal mercato concorrenziale e finisce per farlo ricadere in una dilatata formulazione del servizio pubblico in senso oggettivo ad opera di una dottrina tanto autorevole quanto ignara dei negativi risvolti di tale ricostruzione teorica.

L’introduzione degli oneri impropri nel conto economico non è altro che la contabilizzazione delle “perdite sociali” a carico della collettività. Sono gli oneri che il sistema delle Partecipazioni statali richiede allo Stato per corrispondere ad indirizzi politici volti a salvaguardare finalità sociali attraverso il mantenimento di imprese, stabilimenti, linee di produzione, partecipazioni finanziarie che altrimenti si sarebbero dovute abbandonare. Una contabilizzazione che – vale la pena di ribadirlo – offre sin dall’inizio una contabilità poco trasparente, stante che destinatario degli interventi non è tanto la singola impresa o questa o quella concreta iniziativa, eventualmente raggiungibile attraverso i meccanismi della sovvenzione, ma il sistema delle PP.SS. in quanto tale. In questo modo gli “oneri impropri”, sempre più fermamente invocati, servono a ripianare le perdite finanziarie in genere tramite il finanziamento dei fondi di dotazione degli enti di gestione, a prescindere da una chiara destinazione delle risorse a specifiche ed individuate esigenze o finalità sociali.

È in questo modo, quindi, che progressivamente le attività economiche in concessione vengono svolte, di fatto o di diritto, in situazione di monopolio, con contribuzioni pubbliche di diversa entità in ragione della presenza di finalità sociali. Tale sistema tende ad assumere la forma del servizio pubblico, rendendo sempre più incerto il significato di quelle distinzioni soggettive tra enti pubblici economici e s.p.a. in mano pubblica. Il punto di approdo della commistione teorico e pratica delle due categorie di impresa pubblica viene raggiunto con l’assunzione in via ordinaria e generale della garanzia fideiussoria da parte dello Stato nei riguardi delle obbligazioni assunte dagli enti di gestione: il caso emblematico è costituito dalla liquidazione di EFIM. La garanzia fideiussoria sottrae definitivamente le imprese in mano pubblica ai rischi del fallimento e alla logica economica della competizione, al confronto sul mercato, provocando situazioni di abuso nei confronti delle imprese che di simili prerogative non usufruiscono e che sarà compito del diritto comunitario iniziare a rimuovere agli inizi degli anni ’80, incidendosi così, anche per questa via, sulla riduzione dell’area di applicazione del servizio pubblico. Un’inversione di rotta con il ritorno alla separazione di regime giuridico tra attività economiche svolte in regime di concorrenza e quelle svolte in regime di esclusiva.

6. Il servizio pubblico nell’integrazione comunitaria

L’equilibrio vizioso degli anni ’70 - ’80. La tendenza espansiva del servizio pubblico nel suo significato oppositivo alla logica di mercato, disancorato da qualsiasi nozione contenutistica e formale, arriva a inglobare l’attività socio-assistenziale e la stessa attività economica svolta dalle imprese in mano pubblica. Essa non ha trovato nel corso degli anni ’70 e degli anni ’80 una qualche forma di resistenza interna per l’abbandono di una logica di equilibrio macro-sistemica dovuta alla elusione del vincolo costituzionale posto dall’art. 81 della Costituzione comportante la copertura

delle spese tramite entrate reali e non con ulteriori spese come è avvenuto, dagli anni '70 in poi, con il ricorso all'indebitamento.

Rotto l'argine esterno, gli "oneri sociali" hanno preso il sopravvento e il sistema è progressivamente degenerato, passando dalla declamazione delle finalità sociali, sempre più predicate e sempre meno perseguite, alla chiusura in una logica autoreferenziale, con l'apparire di un modello neo-feudale in cui l'attività oggetto di preminente interesse pubblico è diventata più che l'obiettivo da perseguire, un territorio recintato, una riserva di competenza esclusiva, in fondo la ricostituzione di una specie di "dominio eminente" che la impresa pubblica ha utilizzato nell'interesse degli *interna corporis*.

In questo quadro, il finanziamento pubblico dei deficit è servito essenzialmente a contenere le – altrimenti inevitabili – reazioni dei clienti obbligati che un aumento delle tariffe proporzionale ai costi avrebbe prodotto. Esso appare sufficiente a garantire uno standard minimo di erogazione del servizio correlato ad un prezzo di accesso contenuto a carico degli utenti. Un equilibrio catastrofico che si è retto sulla crescita non controllata del debito pubblico ed è entrato in crisi per ragioni esterne: in primo luogo, il completamento del mercato interno europeo ed in secondo luogo per gli effetti indotti dall'esplosione del deficit pubblico sull'inflazione, in particolare la fuoriuscita, all'inizio degli anni '90, della lira dallo SME che ha spinto l'economia nazionale fuori dalla nicchia protettiva (e peraltro alla lunga asfissiante) della parità forzosa con monete di sistemi economici più virtuosi. In breve, il costo del deficit, l'aumento inflazionistico, la perdita di parità nei cambi hanno innescato una dinamica di necessario contenimento della spesa, pena l'emarginazione totale del sistema economico nazionale avviando un processo di riduzione dell'area del servizio pubblico.

La contro tendenza comunitaria al recupero della concezione originaria del servizio pubblico. Gli "oneri impropri", oltre che gravare sul bilancio pubblico in modo non più sopportabile, appaiono come limite al completamento del mercato intero sub specie di aiuti di Stato incompatibili con il funzionamento del mercato comunitario.

Una data può simboleggiare il punto di collisione, il momento in cui il movimento di estensione dell'area di "servizio pubblico" si è scontrato con l'opposto movimento in direzione del completamento del mercato interno: è l'emanazione della Direttiva 25 giugno 1980, n.723 sulla trasparenza delle relazioni finanziarie tra Stato e imprese nazionali. Nell'ottica comunitaria la falsificazione della competizione che si determina attraverso ausili finanziari pubblici alle imprese nazionali (non necessariamente pubbliche) mina la parità di concorrenza tra imprese comunitarie e deve, dunque, essere progressivamente eliminata, favorendo un processo di riconversione al mercato delle imprese che godono di particolari situazioni di privilegio non giustificate o giustificabili sulla base del perseguimento di un servizio di interesse economico generale.

Riappare, nel momento del conflitto, proprio all'interno del sistema giuridico della Comunità, quella originaria concezione del servizio pubblico collegata alla "generalità dell'interesse pubblico" e avente come presupposto (lo si vedrà meglio nelle direttive e nella giurisprudenza comunitaria degli anni '80) il fallimento del mercato. A questa lettura del Trattato CE è riconducibile anche l'interpretazione letterale dell'art. 43 della Costituzione italiana che, in effetti, esclude le "finalità sociali" dai presupposti oggettivi di assunzione del servizio pubblico. Questo ritorno all'art. 43 della Costituzione, tramite il passaggio per il secondo paragrafo dell'art. 86 del Trattato CE

che considera “i servizi di interesse economico generale” come attività economiche, rivolte alla generalità dei cittadini come potenziali utenti, apre la via ad un definitivo ritorno all’esatta interpretazione del nostro dettato costituzionale al quale – proprio in materia di servizi pubblici locali – anche il legislatore nazionale finirà con l’adeguarsi accogliendo, con l’articolo 14 del d.l. 269/2003, conv. in legge 326/2003, la distinzione tra servizi a “rilevanza economica” e servizi privi di tale rilevanza.