



# Università degli Studi di Ferrara

DOTTORATO DI RICERCA IN  
COMPARAZIONE GIURIDICA E STORICO GIURIDICA  
Diritto comunitario e comparato del lavoro

CICLOXXII

COORDINATORE Prof. Arrigo Manfredini

## **SERVIZI , SOLIDARIETÀ E MERCATO IN EUROPA**

Settore Scientifico Disciplinare IUSS/07

**Dottoranda**

Dott.ssa Sarah Barutti

**Tutore**

Ch.mo Prof. Gian Guido Balandi

**Referee**

Prof. Juan Pablo Landa Zapirain  
Prof. Pascale Vielle

Anni 2007/2010

**Your E-Mail Address**

brtsrh@unife.it

**Subject**

dichiarazione di conformità

**Io sottoscritto Dott. (Cognome e Nome)**

Barutti Sarah

**nato a**

Ferrara

**Provincia**

Ferrara

**il giorno**

25/10/1981

**avendo frequentato il corso di Dottorato di Ricerca in:**

Comparazione giuridica e storico giuridica, curriculum diritto comunitario e comparato del lavoro

**Ciclo di Dottorato**

XXII

**Titolo della tesi in Italiano**

SERVIZI, SOLIDARIETA' E MERCATO IN EUROPA

**Titolo della tesi in Inglese**

SERVICES, WELFARE AND COMPETITION LAW IN EU

**Titolo della tesi in altra Lingua Straniera****Tutore - Prof:**

Gian Guido Balandi

**Settore Scientifico Disciplinare (SSD)**

Diritto del lavoro

**Parole chiave (max 10)**

servizi interesse generale welfare circolazione

**Consapevole - Dichiaro**

CONSAPEVOLE --- 1) del fatto che in caso di dichiarazioni mendaci, oltre alle sanzioni previste dal codice penale e dalle Leggi speciali per l'ipotesi di falsità in atti ed uso di atti falsi, decade fin dall'inizio e senza necessità di alcuna formalità dai benefici conseguenti al provvedimento emanato sulla base di tali dichiarazioni; -- 2) dell'obbligo per l'Università di provvedere al deposito di legge delle tesi di dottorato al fine di assicurarne la conservazione e la consultabilità da parte di terzi; -- 3) della procedura adottata dall'Università di Ferrara ove si richiede che la tesi sia consegnata dal dottorando in 4 copie di cui una in formato cartaceo e tre in formato .pdf, non modificabile su idonei supporti (CD-ROM, DVD) secondo le istruzioni pubblicate sul sito :

<http://www.unife.it/dottorati/dottorati.htm> alla voce ESAME FINALE – disposizioni e modulistica;  
-- 4) del fatto che l'Università sulla base dei dati forniti, archiverà e renderà consultabile in rete il testo completo della tesi di dottorato di cui alla presente dichiarazione attraverso l'Archivio istituzionale ad accesso aperto "EPRINTS.unife.it" oltre che attraverso i Cataloghi delle Biblioteche Nazionali Centrali di Roma e Firenze. --- DICHIARO SOTTO LA MIA RESPONSABILITA' --- 1) che la copia della tesi depositata presso l'Università di Ferrara in formato cartaceo, è del tutto identica a quelle presentate in formato elettronico (CD-ROM, DVD), a quelle da inviare ai Commissari di esame finale e alla copia che produrrò in seduta d'esame finale. Di conseguenza va esclusa qualsiasi responsabilità dell'Ateneo stesso per quanto riguarda eventuali errori, imprecisioni o omissioni nei contenuti della tesi; -- 2) di prendere atto che la tesi in formato cartaceo è l'unica alla quale farà riferimento l'Università per rilasciare, a mia richiesta, la dichiarazione di conformità di eventuali copie; -- 3) che il contenuto e l'organizzazione della tesi è opera originale da me realizzata e non compromette in alcun modo i diritti di terzi, ivi compresi quelli relativi alla sicurezza dei dati personali; che pertanto l'Università è in ogni caso esente da responsabilità di qualsivoglia natura civile, amministrativa o penale e sarà da me tenuta indenne da qualsiasi richiesta o rivendicazione da parte di terzi; -- 4) che la tesi di dottorato non è il risultato di attività rientranti nella normativa sulla proprietà industriale, non è stata prodotta nell'ambito di progetti finanziati da soggetti pubblici o privati con vincoli alla divulgazione dei risultati, non è oggetto di eventuali registrazioni di tipo brevettale o di tutela. --- PER ACCETTAZIONE DI QUANTO SOPRA RIPORTATO

**Firma Dottorando**

Ferrara, li 02.02.2011

Firma del Dottorando Sarah Barutti

**Firma Tutore**

Visto: Il Tutore Si approva Firma del Tutore Gian Guido Balandi

## Indice

Introduzione p. 1

### Capitolo I

#### **LA POLIEDRICA NOZIONE DI “SERVIZIO” NELL’ORDINAMENTO EUROPEO**

1. Analisi dell’evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia di libera prestazione di servizi dal punto di vista dei diritti sociali p. 10
- 1.1. Principio del Paese d’origine e mutuo riconoscimento: le ricadute sulla tutela dei lavoratori p. 17
2. Il regime della circolazione dei servizi: misure discriminatorie, misure indistintamente applicabili e interesse generale p. 23
3. Libera prestazione di servizi, libertà di stabilimento e interesse generale nella direttiva 2006/123/Ce p. 32
- 3.1. Ambito applicativo della direttiva ed esclusioni: servizi sottratti alle regole del mercato p. 46
- 3.2. Il recepimento della direttiva nell’ordinamento interno: il regime delle esclusioni individuate dal d.lgs. n. 59/2010 p. 56
4. Esercizio della libera prestazione di servizi e norme imperative applicabili ai lavoratori: la direttiva 96/71 p. 62
- 4.1. I limiti al miglioramento delle condizioni lavorative. Il bilanciamento (mancato) tra diritti fondamentali e libertà economiche nella giurisprudenza europea p. 70
- 4.2. I riflessi sociali della direttiva 2006/123: la salvaguardia del diritto del lavoro del Paese ospitante p. 79

### Capitolo II

#### **SERVIZI DI INTERESSE GENERALE E CONCORRENZA: UN’AUTONOMIA DA COSTRUIRE**

1. La disciplina dei servizi di interesse generale. Una competenza condivisa tra Stati membri e Istituzioni europee, poteri pubblici e mercato p. 84
2. L’ambivalenza della nozione di servizio di interesse generale. Un tentativo di ricostruzione sulla base dei documenti delle Istituzioni europee p. 93

2.1. Servizi di interesse generale e servizio pubblico nell'ordinamento interno. Due nozioni non assimilabili	p. 96
2.2. Impresa pubblica e fini sociali nella Costituzione italiana: problemi di compatibilità con il diritto europeo	p. 108
2.3. Il concetto di servizio universale come garanzia del diritto di cittadinanza	p. 112
3. La distinzione tra servizio economico e non economico di interesse generale come criterio per individuare il diritto applicabile	p. 117
4. Le condizioni d'applicazione del regime dell'art. 106, 2 Tfu: compito pubblico ed obblighi di servizio	p. 124
4.1. Le deroghe alla concorrenza: diritti speciali e diritti esclusivi	p. 129
4.2. Quale margine di manovra per gli Stati membri nell'amministrazione dei servizi di interesse generale? Il criterio della compensazione... ( <i>segue</i> )	p. 138
4.3. ...dallo <i>State Aid approach</i> al <i>Compensation approach</i>	p. 148
5. Interesse pubblico e attività imprenditoriale: un possibile <i>trade off</i> ?	p. 154

### Capitolo III

#### I SERVIZI SOCIALI TRA SOLIDARIETÀ, CITTADINANZA E MERCATO

1. La nozione di servizio sociale di interesse generale nei documenti istituzionali...( <i>segue</i> )	p. 161
1.1. ... e nella giurisprudenza della Corte di giustizia	p. 167
2. Il difficile rapporto tra solidarietà e Unione europea	p. 178
3. Differenze terminologiche e diversi metodi di regolazione giuridica tra l'ordinamento italiano e quello europeo.	p. 191
3.1. Il <i>welfare</i> locale. Problemi di effettività tra affermazione di diritti ed esigibilità delle prestazioni.	p. 197
3.2. Due quadri assiologici distanti...ma non troppo!	p. 205
4. Accesso ai servizi d'interesse generale ed effettività della cittadinanza europea: portata ed effetti degli articoli 14 Tfu e 36 della Carta dei diritti fondamentali	p. 207
5. Alla ricerca di un bilanciamento tra cittadinanza, mercato e diritti	p. 214

## Capitolo IV

### **RIFLESSIONI CONCLUSIVE SULLE POSSIBILI TECNICHE DI REGOLAMENTAZIONE**

- |  |            |
|--|------------|
| 1. Trattato di Lisbona e nuove prospettive   | p. 222     |
| 2. La (possibile) regolazione dei servizi di interesse generale<br>attraverso il diritto secondario: un confronto ancora in corso<br>tra Istituzioni e parti sociali | p. 228     |
| <br>Bibliografia   | <br>p. 235 |

## *Introduzione*

Il tema della liberalizzazione e della privatizzazione dei servizi, della ripartizione delle competenze tra Unione europea e Stati membri in materia, dell'efficacia diretta delle disposizioni volte alla rimozione degli ostacoli e delle barriere, si manifesta ora in tutta la sua complessità.

La liberalizzazione dei servizi, in particolare, è divenuto il perno del dibattito politico europeo a partire dal Consiglio europeo di Lisbona del 2000, cui è seguito un programma di riforme economiche destinato a fare dell'Unione europea l'economia più competitiva e dinamica del mondo entro il 2010. Esortata dai capi di Stato e di governo europei, la Commissione ha abbandonato la politica delle direttive settoriali di liberalizzazione, proponendo nel 2004 l'adozione di una "direttiva sui servizi nel mercato interno", basata su un'impostazione orizzontale, che lasci da parte ogni pretesa di armonizzazione delle legislazioni nazionali (Tesauro 2008, p. 555).

La disciplina europea applicabile alla circolazione e al mercato transnazionale dei servizi interessa anche (indirettamente) il diritto del lavoro, che si pone al crocevia di complessi dibattiti politico-istituzionali e spinose vicende interpretative. In quest'intreccio tra profili lavoristici e regime generale dei servizi si possono distinguere due dimensioni: una dinamica (circolazione dei servizi e accesso ad essi) e una statica (concorrenza e regime derogatorio individuato per i servizi che perseguono un interesse generale *ex art. 106.2 Tfeue*). Alla prima appartiene la direttiva 96/71/Ce, che costituisce parte di un sistema di norme e principi ben più complesso e stratificato che, partendo dall'art. 56 Tfeue (già art. 49 Tce) arriva fino alla recente direttiva 2006/123/Ce, la cui lunga e controversa formazione è simbolo di una non ancora risolta tensione tra norme sociali e regole del mercato.

La seconda concerne la conciliazione tra le regole del Trattato volte ad assicurare l'integrazione economica - e l'eliminazione delle pratiche restrittive della concorrenza - e la preservazione di un modello sociale

europeo, la cui sopravvivenza dipende dal funzionamento di un certo numero di servizi sociali.

Partendo dal primo dei due ambiti di indagine selezionati e, *ex adverso*, dall'ultimo citato intervento del legislatore si può rilevare come questo, da strumento essenzialmente tecnico volto a facilitare la circolazione dei servizi per liberare la maggiore fonte potenziale di crescita e di occupazione dell'economia comunitaria dagli ostacoli giuridico-amministrativi esistenti, si è progressivamente trasformato tra il gennaio 2004 (quando è stato proposto dall'Esecutivo Ce) e il dicembre 2006 (allorché è stato adottato dai due co-legislatori e pubblicato), in un terreno di confronto e di scontro tra fautori della liberalizzazione economica e difensori del modello sociale europeo<sup>1</sup>.

Il dibattito era inizialmente focalizzato sul principio del Paese di origine e sulle possibili ricadute negative in termine di tutela dei cittadini e dei lavoratori europei<sup>2</sup>. In seguito alle forti proteste provenienti da ampi settori dell'opinione pubblica e alla ferma opposizione del Parlamento europeo, questo principio venne abbandonato in favore di un più rassicurante richiamo a quello della libera prestazione dei servizi già previsto dal Trattato Ce.

Venuto meno lo spettro dell'*Home state control*, il confronto non perse di intensità: vi era, infatti, chi riteneva che l'approccio adottato dalla Commissione privilegiasse eccessivamente considerazioni di matrice

---

<sup>1</sup> Autorevoli quotidiani internazionali (v. *Le Monde* del 23.04.2008) hanno addirittura parlato di una "sindrome della direttiva Bolkestein".

<sup>2</sup> Pur rinviando al capitolo primo per una più ampia trattazione, pare opportuno far cenno sin d'ora ai rischi connessi all'applicazione di tale principio: essa realizzerebbe un processo di progressiva concorrenza in senso deregolativo tra tutti gli ordinamenti nazionali, realizzando un'armonizzazione di questi, ma solo in senso negativo. In sostanza, i nuovi Stati membri sarebbero stati indotti a colmare i *gap* di competitività nel mercato unico attraendo le imprese europee con l'offerta di una regolazione di maggior favore rispetto a quella degli stati ove hanno sede, regolazione di cui tali imprese avrebbero potuto avvalersi per continuare a fornire dal nuovo Stato di stabilimento servizi sia *home base* sia ricorrendo al distacco di lavoratori negli altri Stati membri (*posting*). A loro volta, questi ultimi non avrebbero potuto trattenere le imprese nazionali se non adeguando il loro ordinamento giuridico agli standard più bassi adottati da questi Paesi. Il risultato ultimo sarebbe allora un tendenziale allineamento di tutti gli Stati membri verso livelli di protezione più bassi (*race to the bottom*).

mercantile (con conseguenze potenzialmente negative sul funzionamento e sull'organizzazione dei servizi di interesse generale), tali da ostacolare il perseguimento dei fondamentali obiettivi di politica sociale<sup>3</sup>.

Nella versione attuale, la direttiva 2006/123 contribuisce di certo a rafforzare le libertà economiche fondamentali (stabilimento e prestazione di servizi), già incardinate nella corposa giurisprudenza europea, attraverso la combinazione virtuosa (Sciarra 2007, p. 14) delle molte tecniche regolative ivi contenute<sup>4</sup>. Non va però sottovalutata la presenza di alcune disposizioni, tra cui quelle aventi ad oggetto diritti di utenti e consumatori<sup>5</sup>, che suggeriscono una possibile conciliazione tra strumenti del mercato interno (e interessi degli operatori economici) e diritti dei cittadini, tanto da immaginare una combinazione virtuosa in cui i primi, in un contesto di liberalizzazione controllata e responsabile, possano rafforzare le prerogative dei secondi, contribuendo al miglioramento dei servizi in termini di efficienza e qualità.

Nell'ottica della tutela dei diritti sociali, è di indubbio interesse l'esclusione dal campo di applicazione della direttiva 2006/123 del diritto del lavoro, sia individuale che collettivo, e dei servizi di interesse generale. Il che non significa che sia stata costruita una sorta di indistruttibile corazza protettiva attorno al diritto sociale. Al contrario, questa direttiva rimane una «fonte verso cui si nutrono ancora troppi

---

<sup>3</sup> L'istituzione che più di ogni altra si fece portatrice di queste istanze nel corso dei negoziati fu senza dubbio il Parlamento europeo. Per una ricostruzione dettagliata dei negoziati cfr. Barnard 2008, pp. 327-331.

<sup>4</sup> Tra queste la semplificazione amministrativa, che può spingersi fino all'armonizzazione dei formulari per accedere ad attività di servizi (art. 5), lo snellimento dei regimi di autorizzazione, i numerosi requisiti vietati, la clausola della libera prestazione di servizi, l'applicazione del principio di non discriminazione imposto anche agli operatori privati nei rapporti con i destinatari. Quest'ultimo principio è stato definito esempio di «alta e significativa innovazione di cultura giuridica» da Frist Bolkestein nella *Prefazione* a S. D'Acunto (2009).

<sup>5</sup> Rileva Gottardi (2010, p. 31) come spesso ci sia un uso asintomatico dei termini dei soggetti destinatari dei servizi, con una prevalenza assegnata ai consumatori o agli utenti, laddove l'interesse dovrebbe essere dei cittadini, come nei servizi di interesse generale, e una rarefazione nel ricorso al termine lavoratore. Osserva invece Nogler (2008, p. 194) che «lo spostamento d'ottica a favore del consumatore non può ... essere letto come contrapposizione ai lavoratori della nuova classe dei consumatori», dato che «la persona è sempre la stessa, solo che viene colta sulla base di una diversa circostanza di vita».

sospetti» (Sciarra 2007, p. 34), sia per l'imprecisione di alcune formulazioni in essa contenute, sia per gli orientamenti che la Commissione continua a seguire, sia, con sguardo rivolto all'ordinamento italiano, per la sua recente trasposizione ad opera del d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59. Non solo, le preoccupazioni dei giuslavoristi sono ulteriormente incrementate dalla coppia di decisioni più dirompente degli ultimi anni, che ha attratto (condizionandoli) i diritti sindacali nel sistema giuridico dell'Unione. Nel caso *Viking*<sup>6</sup> a confrontarsi con la libertà di stabilimento è stata una azione di boicottaggio volta a impedire il cambiamento di bandiera di una nave, da finlandese in estone, finalizzato ad applicare le minori condizioni normative ed economiche di protezione del lavoro di questo Paese, nel frattempo entrato nell'Unione; nel quasi coevo caso *Laval*<sup>7</sup>, a confrontarsi con la libera prestazione di servizi nel distacco transnazionale in edilizia sono stati scioperi indetti da sindacati svedesi per far aderire l'impresa lettone al contratto collettivo di settore da applicare ai lavoratori distaccati. Come osserva Gottardi (2010, p. 24) le due decisioni avrebbero dovuto portare "buone nuove" per il sindacato e per l'Europa<sup>8</sup> e invece entrambe superano l'assenza di competenze dell'Unione in materia di relazioni sindacali ritenendo che gli Stati membri, cui resta la competenza, debbano esercitarla nel rispetto del diritto europeo. In altri termini, la rinuncia all'integrazione positiva non si estende a quella negativa<sup>9</sup>.

In merito al secondo profilo da cui origina questo studio, la ricerca di un giusto equilibrio tra le libertà economiche fondamentali e la sfera sociale, o per dirla con le parole di Jacques Delors tra "la concurrence qui stimule et la solidarité qui unit", non è una sfida nuova per l'Europa.

Uno dei punti maggiormente critici è costituito dalla disciplina dei servizi d'interesse generale, collegati ad un sistema di *welfare* in decrescita, per

---

<sup>6</sup> Sentenza 11.12.2007, causa C-438/05.

<sup>7</sup> Sentenza 18.12.2007, causa C-341/05.

<sup>8</sup> Così nel comunicato stampa della Ces una volta conosciute le opinioni degli avvocati generali (*Poiars Maduro e Mengozzi*).

<sup>9</sup> Così Roccella e Izzi (2010 p. 73).

scelta o per esigenze di bilancio<sup>10</sup>, con parallelo incremento di soggetti privati - anche come gestori - i quali producono crescenti “infiltrazioni” del diritto della concorrenza, secondo la nota ricostruzione di G. Lyon Caen<sup>11</sup>.

Il dibattito sulla costruzione dello *status* giuridico di questi servizi, ed altresì dei servizi sociali di interesse generale ad essi riconducibili, rivela non solo le ambiguità del concetto di Europa sociale e la sua difficile coesistenza con le regole del mercato interiore, ma anche l’incerta ripartizione di competenze tra Istituzioni europee e Stati membri nell’individuare la disciplina applicabile.

Sin dal Trattato istitutivo, è attribuito all’Europa il ruolo di stabilire un ragionevole bilanciamento tra l’interesse degli Stati membri al mantenimento delle loro prerogative e quello dell’Unione stessa a non vedere pregiudicate da misure statali di *welfare* le libertà di circolazione e il regime della concorrenza implicati dal processo di integrazione europea<sup>12</sup>.

Tra i paladini della concorrenza, troviamo la Corte di giustizia, ma anche (e forse soprattutto) la Commissione europea<sup>13</sup>, a partire dalla compagine che vede Monti commissario competente: “un mercato interno concorrenziale ed aperto offre la migliore garanzia che le imprese europee rafforzino la loro efficacia ed il loro potenziale d’innovazione. Una concorrenza vigorosa è dunque un motore essenziale per la competitività e la crescita economica”. È questa la *Governance* dell’Unione europea: tutta economica e tutta elitaria<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> Con riferimento all’ordinamento nazionale, cfr. decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, recante misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica.

<sup>11</sup> Cfr. Lyon Caen G. 1992.

<sup>12</sup> Mengozzi (2009, p. 305).

<sup>13</sup> *Una politica della concorrenza proattiva per un’Europa competitiva* [COM (2004) 293].

<sup>14</sup> Nelle relazioni annuali sulla politica di concorrenza, si trovano affermazioni che non fanno riferimento ai divieti e ai vincoli delle politiche anti-distorsive, ma alla promozione della concorrenza in sé stessa, ritenuta stimolo all’allocazione efficiente delle risorse, allo sviluppo della ricerca, dell’innovazione e degli investimenti. In questo senso la Commissione accoglie l’idea che la concorrenza sia fondamentale per

La prassi decisionale della Commissione europea, tuttora orientata verso un approccio differenziato basato sul tipo di servizio offerto e ad un'analisi *cas par cas*, e la giurisprudenza della Corte di giustizia, incrociano il cammino dei servizi aventi un fine sociale da più di quindici anni, interrogandosi su quali regole del Trattato siano loro applicabili e fornendo interessanti indicazioni su come interpretare queste nozioni. Per contro, gli Stati membri non hanno mai smesso di sollevare, a difesa della competenza nazionale, la peculiarità e la particolarità degli obiettivi che tali servizi perseguono.

Da qui, la necessità di chiarire le nozioni fondamentali implicate in questo processo, - quale, preliminarmente, quella di "interesse generale" - e le regole applicabili.

Due approcci, potenzialmente conflittuali, caratterizzano il quadro europeo.

Da una parte, l'Unione europea continua a considerare questi servizi sottoposti al regime di una totale e libera concorrenza: l'interventismo statale, che si esplica per lo più attraverso sovvenzioni pubbliche, non potrebbe essere accettato se non fondato su una base legittima e proporzionata (Nettesheim 2008, p. 603). Dall'altra parte, le istituzioni europee hanno recentemente riconosciuto l'importanza del principio della continuità di tali servizi, propagandando politiche e misure che stabiliscano un modello paneuropeo di servizio pubblico.

Il conflitto esistente sullo statuto dei servizi di interesse generale trova pertanto le proprie radici in concezioni fondamentalmente divergenti della relazione tra Stato e mercato, del ruolo dello Stato nel mercato e della natura del rapporto tra Stati membri e Ue. I poteri pubblici nazionali risultano sostanzialmente liberi, nel rispetto della normativa concorrenziale, nella gestione e definizione di determinate attività come servizi di interesse generale.

---

realizzare il mercato comunitario, essendo "diventata centrale per la politica industriale della Comunità" (XXIII Relazione sulla politica di concorrenza 1993, p. 19). Cfr. anche Barnard, Deakin, 2002, 122.

In materia di fornitura di servizi appartiene invece alle Istituzioni europee (alla Commissione e alla Corte di Giustizia), la qualificazione di un'attività come "attività economica". In particolare, il "test di concorrenza" enucleato dalla Corte costituisce un potente (e assorbente) strumento per attirare numerose attività nel quadro d'applicazione del diritto europeo della concorrenza.

In tale contesto, si pone come fondamentale determinare la linea di demarcazione tra servizi economici e non economici di interesse generale, cercando le soluzioni più opportune per evitare il conflitto tra autorità nazionali ed europee, e scongiurare il rischio che le regole della concorrenza possano prevalere sull'interesse generale che certi servizi perseguono<sup>15</sup>.

Il secondo (e più attuale) orientamento si concretizza nella propensione del diritto europeo ad appropriarsi (ideologicamente e materialmente<sup>16</sup>) di questi servizi. Questi sforzi s'inscrivono in una tendenza generale di trasformazione dell'Europa in "Stato sociale", rafforzata con l'adozione dell'art. 14 Tfeue (già art. 16 Tce) che attribuisce alla Ue il dovere di provvedere «affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti» e introduce una specifica base giuridica che lascia sperare, in particolare parti sociali e Parlamento Europeo, nella costruzione di un quadro regolamentare preciso.

In merito al metodo, quest'indagine non sarà limitata all'analisi delle disposizioni del Trattato e del diritto secondario che interessano tale materia, ma verrà condotto uno studio trasversale con il proposito di ricostruire la poliedrica nozione di "servizio" nell'ordinamento europeo e il quadro giuridico di riferimento delle diverse categorie individuate.

Tra le diverse prospettive che possono indirizzare questo studio ("giuridico-normativa" - quali norme si applicano -, "storico-descrittiva"

---

<sup>15</sup> V. Commission pour l'occupation et les affaires sociaux du Parlement Européen, parère du 24 avril 2006 sur le Livre Blanc ( COM (2004) 374 def. du 12 mai 2004), point 8.

<sup>16</sup> Nettesheim 2008, p. 608.

- quali sono i diversi modelli sociali nazionali e quale influenza può esercitare su di essi il diritto europeo - e “politico-istituzionale” - quali sono gli obiettivi politici e come sono concretamente realizzabili), l’approccio che pare più opportuno, per le peculiarità dell’ordinamento normativo (sovranaZIONALE) che s’indaga, è pertanto quello “politico-istituzionale”.

Essenzialmente sono due le ragioni alla base di questa scelta.

In materia di servizi a livello sovranazionale (e diritti sociali a essi corrispondenti), vista l’esiguità di fonti normative, far riferimento alle Istituzioni ufficiali e alle norme da esse espresse è alquanto riduttivo.

In secondo luogo, l’Unione europea ha definito espressamente i servizi d’interesse generale quali strumenti fondamentali per la coesione sociale, li ha posti al centro della strategia di Lisbona e li ha definiti “motore” del modello sociale europeo e, in un crescendo normativo, è arrivata ora a riconoscerli come valori fondamentali<sup>17</sup>. Servizi efficaci, di alta qualità, diffusi su tutto il territorio e a prezzi abbordabili riempiono di contenuto il concetto di “cittadinanza europea”<sup>18</sup>.

Si tratta quindi di verificare il rapporto tra lo sviluppo delle libertà economiche fondamentali e l’emersione e il consolidamento del principio di solidarietà a livello europeo. In concreto, di indagare l’esistenza/adequatezza di strumenti giuridici volti a perseguire gli obiettivi che lo stesso ordinamento europeo si è prefissato, rilevando le (evidenti) contraddizioni della politica sociale europea.

Ciò non toglie che le suddette prospettive di ricerca sono l’una complementare all’altra ed è, in ogni caso, dovere del giurista determinare le fonti del diritto, cioè i criteri in base ai quali si possono distinguere le regole appartenenti al sistema (o valide), e quindi applicabili dal giudice, e quelle che non vi appartengono (Bobbio 2007, p. 37).

---

<sup>17</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 6 settembre 2006 (2005/2248 (INI)).

<sup>18</sup> Cfr. Freedland, Sciarra 1999.

In tal senso, occorrerà determinare il campo di applicazione e di esclusione del diritto europeo in materia di servizi di interesse generale, tenendo presente che la confusione esistente allo stato sulle diverse nozioni richiamate dal legislatore e dalle Istituzioni europee richiede una parallela ricostruzione delle categorie di riferimento. Anche le nozioni di diritto fondamentale, libertà economiche e interesse generale hanno bisogno di essere chiarite, sia per evitare che l'incertezza si risolva in una compressione dei diritti sociali rispetto alle esigenze del mercato, che per la tentazione di declinarle utilizzando metodi e strumenti giuridici nazionali.

L'assunto di partenza deve essere quello secondo cui il diritto dell'Unione europea è un ordinamento normativo articolato e complesso, che non può più essere letto come governato (unicamente) dalle quattro libertà di movimento. Questo non solo per effetto dell'assegnazione di valore vincolante alla Carta dei diritti fondamentali, essendo "chimerico" pensare che tale modifica possa trasformare dalle fondamenta l'ordinamento europeo «rendendolo primariamente orientato verso il perseguimento di valori sociali e di tutela ed emancipazione della persona, assegnando a quelli economici rilievo secondario» (Carabelli 2009, p. 156). Piuttosto, bisogna interrogarsi sulla possibilità di rileggere il rapporto tra interesse generale e concorrenza alla luce «del combinato disposto di modifiche rilevanti che hanno riguardato i Trattati, in tutte le forme possibili: inclusioni, esclusioni, sostituzioni, spostamenti di sede» (Gottardi 2010, p. 30).

## Capitolo I

### **LA POLIEDRICA NOZIONE DI “SERVIZIO” NELL’ORDINAMENTO EUROPEO**

*Sommario:* 1. Analisi dell’evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia di libera prestazione di servizi dal punto di vista dei diritti sociali. – 1.1. Principio del Paese d’origine e mutuo riconoscimento: le ricadute sulla tutela dei lavoratori. - 2. Il regime della circolazione dei servizi: misure discriminatorie, misure indistintamente applicabili e interesse generale. - 3. Libera prestazione di servizi, libertà di stabilimento e interesse generale nella direttiva 2006/123/Ce. - 3.1. Ambito applicativo della direttiva ed esclusioni: servizi sottratti alle regole del mercato. - 3.2. Il recepimento della direttiva nell’ordinamento interno: il regime delle esclusioni individuate dal d.lgs. n. 59/2010. - 4. Esercizio della libera prestazione di servizi e norme imperative applicabili ai lavoratori: la direttiva 96/71/Ce. - 4.1. I limiti al miglioramento delle condizioni lavorative. Il bilanciamento (mancato) tra diritti fondamentali e libertà economiche nella giurisprudenza europea.- 4.2. I riflessi sociali della direttiva 2006/123: la salvaguardia del diritto del lavoro del Paese ospitante.

*1. Analisi dell’evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia di libera prestazione di servizi dal punto di vista dei diritti sociali.*

Volgendo lo sguardo alla giurisprudenza della Corte di giustizia, i servizi (corrispondenti ai diritti sociali) non vengono presi in considerazione in quanto tali, ma in relazione a due concetti. Da un lato, il riferimento va alla nozione di “servizi” di cui all’art. 57 Tfeue quali «prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone». Dall’altro si profila la distinzione tra “attività economica” e “attività non economica” la cui linea di confine è data dalla presenza o meno di un mercato, anche solo potenziale.

Lasciando l’approfondimento di questo secondo aspetto a successiva trattazione, ci si soffermerà sul concetto di servizio nell’ordinamento sovranazionale e sul campo di attività che tale nozione comprende, ripercorrendo l’evoluzione dei Trattati e degli orientamenti

giurisprudenziali in materia di libera prestazione di servizi, con attenzione altresì alle fonti di diritto secondario che si intrecciano con tale disciplina.

La caratteristica qualificante del “servizio” di cui all’art. 57 Tfeue è la previsione di una retribuzione a fronte dell’erogazione della prestazione. Deve trattarsi di un’attività economica non salariata, ovvero sia fornita da un prestatore (che può essere una persona fisica o giuridica) al di fuori di una relazione di lavoro subordinato<sup>19</sup>, e il carattere economico deve essere valutato caso per caso in relazione a ciascuna attività. Il semplice fatto che questa venga fornita dallo Stato, da un ente statale o da un’istituzione senza scopo di lucro non significa che essa non costituisca un servizio ai sensi del Trattato<sup>20</sup> e della direttiva servizi. Come chiarito dalla Corte nella sentenza *Höfner*<sup>21</sup>, non hanno rilevanza né la natura del prestatore, sia essa pubblica o privata, né le modalità di finanziamento dell’attività.

Piuttosto, secondo la giurisprudenza della Cgue, «la caratteristica essenziale della retribuzione va rintracciata nella circostanza che essa costituisce il corrispettivo della prestazione considerata»<sup>22</sup>. Il fatto poi che la retribuzione venga elargita dal destinatario del servizio o da un terzo è irrilevante<sup>23</sup>.

La centralità della retribuzione quale criterio caratterizzante le attività che, avendo natura economica, sono sottoposte alla disciplina europea trova conferma anche nella direttiva 2006/123. In prima battuta, il *considerando* n. 17 ribadisce che «la presente direttiva si applica soltanto

---

<sup>19</sup> Sentenza 12 dicembre 1974, *Walrave*, causa C-36/74.

<sup>20</sup> Sentenza 11 aprile 2000, *Deliège*, cause riunite C-51/96 e C-191/97.

<sup>21</sup> Sentenza 23 aprile 1993, causa C-41/90, *Höfner*.

<sup>22</sup> Sentenza 27 settembre 1988, *Humbel*, causa 263/86.

<sup>23</sup> Sentenza 26 aprile 1988, *Bond van Adverteerders*, causa 352/85; sentenza del 13 maggio 2003, *Müller Fauré*, causa C-385/99; sentenza del 12 luglio 2001, *Smits e Peerbooms*, causa C-157/99. Tuttavia, vi è da notare che, nell’ambito dei servizi di istruzione forniti dal sistema di istruzione nazionale, la Cgue ha stabilito che la tassa di insegnamento o d’iscrizione che gli studenti o i loro genitori devono a volte pagare nell’ambito del sistema di istruzione nazionale per contribuire in parte alle spese di funzionamento del sistema non costituisce di per sé retribuzione qualora il sistema continui ad essere essenzialmente finanziato con fondi pubblici (cfr. Sentenza del 7 dicembre 1993, *Wirth*, causa C-109/92).

ai servizi che sono prestati dietro corrispettivo economico» e all'art. 4, par. 1, si riprende esplicitamente la definizione già contenuta nel Trattato<sup>24</sup>.

In secondo luogo, la libera circolazione dei servizi ha carattere residuale rispetto alle altre libertà garantite all'interno dell'Unione europea: gli articoli 56 e ss. si applicano solo se le prestazioni fornite «non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone» (art. 57 Tfeue). La corrispondente nozione di servizio comprende quindi ogni attività economicamente rilevante che si traduca principalmente in una prestazione e non in uno scambio di beni, come si evince dalle esemplificazioni contenute dallo stesso art. 57 riguardanti le attività industriali, commerciali e artigiane, e le libere professioni.

È altresì necessario che la prestazione abbia carattere transfrontaliero<sup>25</sup>, nel senso che il prestatore deve essere stabilito in un Paese diverso da quello in cui risiede il destinatario o che, comunque, deve trattarsi di una situazione i cui elementi non si esauriscano all'interno di un solo Stato membro. La giurisprudenza più recente<sup>26</sup>, sulla linea degli orientamenti già espressi in materia di libertà di circolazione delle merci<sup>27</sup>, pare aver

---

<sup>24</sup> Art. 4, par. 1, dir. 2006/123 «qualsiasi attività economica non salariata di cui all'articolo 50 del Trattato fornita normalmente dietro retribuzione».

<sup>25</sup> Per una ricostruzione delle varie ipotesi in cui si traduce il carattere transfrontaliero della prestazione si veda Tesauro (2008, p. 565).

<sup>26</sup> Cfr. sentenza 30 marzo 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl c. Giuseppe Calafiori*, C-451/03, in cui si chiede alla Corte di stabilire se gli articoli 43 e 49 Tce si oppongano ad una normativa nazionale che riserva esclusivamente ai CAF il diritto di esercitare talune attività di consulenza e di assistenza in materia fiscale. Il giudice europeo, nonostante il governo italiano faccia valere l'irricevibilità di tale questione «in quanto l'insieme degli elementi dell'attività di cui trattasi nella causa principale si colloca all'interno di un solo Stato membro», rileva che «una soluzione può tuttavia risultare utile al giudice del rinvio, in particolare nell'ipotesi in cui il suo diritto nazionale imponga, in un procedimento come quello in esame, di far beneficiare un cittadino italiano degli stessi diritti di cui godrebbe, in base al diritto comunitario, un cittadino di un altro Stato membro nella medesima situazione (v. ordinanza 17 febbraio 2005, causa C-250/03, *Mauri*)».

<sup>27</sup> La giurisprudenza della Corte ha progressivamente svalutato il carattere «transfrontaliero» dello scambio quale criterio di individuazione dell'ambito di operatività della libertà di circolazione delle merci. La valorizzazione anche della mera potenzialità lesiva sugli scambi intrastatali quale condizione sufficiente per il realizzarsi di un contrasto tra la norma nazionale e la tutela offerta dal Trattato a detta

attenuato la rilevanza di tale requisito, ricomprendendo altresì ipotesi di servizi prestati all'interno del medesimo Paese di stabilimento del fornitore.

Data questa nozione base, si tratta ora di individuare quali servizi vi rientrano, con particolare attenzione a quelli corrispondenti ai diritti sociali fondamentali, per individuare le regole applicabili e ricostruire, se possibile, un ordinato quadro giuridico di riferimento. Preliminarmente, è indispensabile identificare principi e norme di diritto europeo che disciplinano i “servizi”, tenendo conto degli effetti che queste esplicano nei confronti del diritto del lavoro e delle conseguenze derivanti dai frequenti intrecci tra le due discipline considerate.

Come noto, la prestazione di servizi costituisce una delle quattro libertà economiche fondamentali (unitamente alla libera circolazione di merci, lavoro, capitali), che nel sistema finalizzato alla formazione di un mercato unico si affiancano e sono associate alla tutela accordata alla libera esplicazione della concorrenza e alla libertà di stabilimento. Se all'inizio della storia comunitaria era considerata una sorta di libertà “cenerentola”<sup>28</sup> – dopo persone, merci e capitali -, la prestazione di servizi ha recentemente conosciuto un'espansione costante, fino a ricoprire un ruolo dominante nel panorama economico europeo<sup>29</sup>.

---

libertà ha legittimato l'invocazione di quest'ultima anche per la definizione di controversie relative a scambi “intrastatali”, che vedevano contrapposte imprese stabilite nello stesso Stato membro (v. in particolare sent. 09/08/1994, causa C-363/93, *Lacry*; sent. 07/05/1997, causa C-321, 322, 323, 324/94, *Pistre*, punti 43-48; sent. 06/06/2002, causa C-159/00, *Sapod Audic*).

<sup>28</sup> Così F. Bolkestein nella *Prefazione* a S. D'Acunto (2009), il quale ricorda che «quando è stato concepito il Trattato di Roma, più di mezzo secolo fa, nell'economia europea agricoltura e industria avevano ancora il sopravvento sul settore dei servizi».

<sup>29</sup> Già nella “strategia di Lisbona” (il programma di riforme economiche adottato dal Consiglio Europeo straordinario di Lisbona del 23 e 24 marzo 2000), la Comunità europea considerava la realizzazione del mercato interno dei servizi un elemento chiave. A tal fine, nel dicembre 2000 la Commissione adottava la Comunicazione *Una strategia per il mercato interno dei servizi*, volta a garantire la prestazione di servizi nel territorio dell'Unione europea con la stessa facilità con la quale i servizi erano prestati all'interno di uno Stato membro. La strategia, basata sull'approccio orizzontale (in luogo di quello settoriale), si componeva di due fasi: un'analisi delle difficoltà e, successivamente, l'adozione di un'azione - in particolare, uno strumento legislativo trasversale - adeguata a risolvere i problemi identificati. La prima fase di lavoro si è tenuta nel 2001 e nella prima metà del 2002 e si è chiusa con la Relazione sullo stato del mercato interno dei servizi in cui la Commissione analizzava le caratteristiche del mercato interno dei

La Commissione attribuisce ai servizi (70% dell'occupazione nella maggior parte degli Stati membri) il ruolo di "motore della crescita economica", individuando nelle frontiere del mercato interno un ostacolo alle loro potenzialità di crescita. In particolare, constatando un volume di scambio tra i diversi Stati membri ancora sensibilmente più contenuto di quello dei beni materiali, ravvisa nella persistenza di un'ampia differenziazione delle discipline giuridiche nazionali la principale barriera all'effettiva circolazione dei servizi nel mercato unico. Il problema viene ricondotto alla seguente considerazione: «mentre, nel caso delle merci, sono queste ultime ad essere esportate, nel caso della prestazione di servizi, sono spesso il prestatore stesso, il suo personale, le sue attrezzature e il suo materiale a dover varcare i confini nazionali. Di conseguenza, alcune fasi della prestazione di servizi (se non tutte) possono svolgersi nello Stato membro in cui vengono forniti i servizi e possono essere soggette a norme diverse da quelle dello Stato membro d'origine del prestatore»<sup>30</sup>. Secondo la Commissione le notevoli differenze normative tra Stati membri «sono la ragione principale per cui la libera circolazione dei servizi è stata finora più un concetto giuridico che una realtà concreta. A causa della natura complessa e intangibile di molti servizi - e dell'importanza del *know-how* e delle qualifiche dei fornitori - i servizi sono generalmente assoggettati a norme giuridiche di portata più ampia e più complesse di quelle che si applicano alle merci»<sup>31</sup>.

---

servizi e operava una prima valutazione (*Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sullo stato del mercato interno dei servizi*, COM (2002) 441 def del 30.07.2002; Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Una strategia per il mercato interno dei servizi*, COM (2000) 888 def, del 29-12-2000). La Relazione che ne è derivata è servita come base di partenza per la seconda fase, costituita dalle azioni che sono state avviate a partire dal 2003.

<sup>30</sup> Pag. 6 *Relazione*, cit.

<sup>31</sup> Comunicazione della Commissione *Strategia per il mercato interno - Priorità 2003-2006* del 7 maggio 2003. La Commissione ha inoltre affermato che tra le azioni volte all'integrazione del mercato dei servizi vi sono la direttiva sul riconoscimento delle qualifiche professionali - intesa a favorire la mobilità dei professionisti qualificati, anche ai fini della prestazione temporanea di servizi in uno Stato ospitante in base alla conformità con le norme dello Stato di provenienza, aumentando così la scelta dei consumatori e assicurando la concorrenza nella tariffazione dei servizi professionali - e

Alla corretta analisi condotta dall'Esecutivo europeo, si deve aggiungere che la ridotta armonizzazione delle discipline giuridiche nazionali della prestazione di servizi è altresì ascrivibile all'interpretazione restrittiva e prudente del principio di libera circolazione dei servizi adottata dalla Corte di giustizia, soprattutto rispetto al principio di libera circolazione delle merci (*ex art. 28 Tce, ora 34 Tfue*)<sup>32</sup>. Invero, i principi sanciti dai giudici di Lussemburgo contribuiscono in maniera preponderante all'individuazione regime della corretta circolazione dei servizi nello spazio europeo. E le norme lavoristiche, in quanto potenziali ostacoli alla libera prestazione di servizi, sono sottoposte allo scrutinio di legittimità della Corte di giustizia che, per l'appunto, fornisce i criteri per individuare quali restrizioni siano legittime e quali no, comprese quelle aventi carattere sociale. In sostanza, fornisce gli strumenti attraverso i quali deve avvenire il bilanciamento tra diritti sociali (nazionali) e libertà economiche (sovranaazionali).

L'art. 56 Tfue costituisce altresì la (discussa<sup>33</sup>) base giuridica della direttiva 96/71/Ce in materia di distacco transnazionale dei lavoratori nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi che, si può dire, racchiude in sé l'antinomia (e le tensioni) tra l'approccio normativo europeo e il diritto del lavoro interno: il primo, volto a rimuovere gli

---

la direttiva sui servizi nel mercato interno - che avrebbe definito un quadro giuridico chiaro ed equilibrato, inteso ad agevolare le condizioni di stabilimento e di prestazione transfrontaliera dei servizi, fondato sulla combinazione di riconoscimento reciproco, cooperazione amministrativa, armonizzazione ove assolutamente necessario e incoraggiamento dei codici di condotta e delle regole professionali europei (p. 11).

<sup>32</sup> Sin dalla metà degli anni settanta la libertà di circolazione delle merci è stata plasmata dalla Corte così da trasformarla in una misura utilizzabile per perseguire non solo l'integrazione dei mercati degli Stati membri, ma anche la "liberalizzazione" di quei settori nazionali che gli Stati intendano proteggere dal libero mercato. In quegli anni, infatti, la Corte di giustizia ha abbandonato una lettura di questa norma in senso meramente antidiscriminatorio, per adottarne una assai più ampia, capace di travolgere unitamente alle normative nazionali che discriminano in via diretta o indiretta le imprese stabilite in diversi Stati membri, anche quelle norme che comprimono il volume dei traffici e dei commerci interstatuali, pur se applicate con modalità identiche alle imprese nazionali e straniere e destinate a produrre i medesimi effetti nei confronti di quest'ultime.

<sup>33</sup> Sia il Parlamento Europeo che la Ces (Confederazione europea dei sindacati), nell'ottica di una revisione e attualizzazione del testo della direttiva 96/71/ Ce, hanno vagliato l'ipotesi di sostituire l'attuale base giuridica con l'art. 45 Tfue (già 39 Tce). V. *amplius infra*.

ostacoli all'accesso dei mercati nazionali, il secondo diretto a individuare tutele inderogabili delle condizioni di lavoro.

Il quadro del diritto europeo secondario si arricchisce con la direttiva 2006/123/Ce, il cui dichiarato obiettivo è quello di «eliminare gli ostacoli alla libertà di stabilimento dei prestatori negli Stati membri e alla libera circolazione dei servizi tra Stati membri nonché garantire ai destinatari e ai prestatori la certezza giuridica necessaria all'effettivo esercizio di queste due libertà fondamentali del Trattato» (5° *considerando*).

La direttiva fissa norme generali e non ha pretese volte all'armonizzazione completa delle legislazioni nazionali. Istituisce quindi un insieme di regole a vantaggio della libera circolazione di una varietà di servizi, pur tenendo conto della specificità di ogni tipo di attività o di professione e del loro sistema di regolamentazione.

Le suddette direttive quindi, rifacendosi entrambe (seppur con presupposti e obiettivi differenti) alla libera prestazione di servizi, presentano profili di sovrapposizione, con non pochi e ancora attuali profili di incertezza.

Per quel che riguarda la disciplina del distacco, oltrepassate le preoccupazioni relative al principio del Paese d'origine contenuto nella proposta "Bolkestein", bisogna prendere atto che il testo attuale della direttiva 2006/123 è stato costruito in maniera tale da evitare sovrapposizioni con le regole in materia di circolazione dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi.

Ciò non toglie che, anche dopo la revisione della formulazione originaria, permangono dubbi interpretativi e, soprattutto, restano aperti significativi interrogativi circa l'effettiva attitudine della direttiva 96/71 a governare in maniera socialmente equilibrata le dinamiche di sviluppo del mercato transnazionale dei servizi.

Prima di entrare in *medias res*, non pare superfluo un breve *excursus* sulla dottrina del mutuo riconoscimento e sul rapporto esistente fra tale concetto, il principio del Paese d'origine e la clausola di "libera

prestazione di servizi” di cui alla direttiva 2006/123<sup>34</sup>, per le possibili implicazioni che possono derivare dalla loro applicazione sulla tutela dei lavoratori e sulla tenuta del modello sociale europeo.

### 1.1. *Principio del Paese d’origine e mutuo riconoscimento: le ricadute sulla tutela dei lavoratori*

Il principio del Paese di origine è solo uno dei principi giurisprudenziali prodotti dalla Corte di giustizia in materia di mercato interno e non è citato espressamente nei Trattati, né costituisce un principio giuridico generale che la Ue è tenuta a rispettare<sup>35</sup>.

Tale principio rappresenta piuttosto una precisa scelta politica della Commissione: secondo un’analisi costi/benefici (cfr. Preto 2007, p. 910), è ritenuto un metodo efficace per ottenere la liberalizzazione del mercato dei servizi. Fu introdotto nel settore della libera circolazione delle merci dalla c.d. formula *Dassonville*<sup>36</sup>, elaborata dalla giurisprudenza, secondo cui «ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi comunitari va considerata come una misura di effetto equivalente a restrizioni quantitative». Ne è corollario il c.d. principio del “mutuo riconoscimento”, elaborato dalla Corte nella nota sentenza *Cassis de Dijon*<sup>37</sup> (su cui vedi *amplius infra*), secondo cui ogni prodotto legittimamente commercializzato in uno Stato membro deve poter essere liberamente commercializzato anche negli altri Stati, salvo che i diversi e ulteriori adempimenti imposti dagli ordinamenti nazionali rispondano a esigenze imperative (a garanzie dell’imposizione fiscale, della protezione della salute, dei consumatori o dell’ambiente) e non soddisfabili in altro modo parimenti efficace, ma meno restrittivo per gli scambi interstatali.

---

<sup>34</sup> Per la clausola di libera prestazione di servizi si rimanda al par. 3 del presente capitolo.

<sup>35</sup> *Contra* si veda Garabiol-Furet (2006, p. 82).

<sup>36</sup> Sentenza 11 luglio 1974, causa C-8/74, *Dassonville*.

<sup>37</sup> Sentenza 20 febbraio 1979, causa C-120/78, *Cassis de Dijon*.

Si tratta di una regola di non automatica applicazione<sup>38</sup>, che permette ad ogni Stato membro di svolgere una valutazione sulla effettiva equivalenza fra la propria legislazione e quella dello Stato membro di origine ai fini della tutela dell'interesse pubblico perseguito volta per volta. Tale discrezionalità ha indotto taluni studiosi a parlare di “parallelismo funzionale”<sup>39</sup>, piuttosto che di mutuo riconoscimento.

Se tale equivalenza non è dimostrata, lo Stato membro di destinazione può imporre il rispetto di misure nazionali, purché proporzionate allo scopo<sup>40</sup>.

La dottrina *Dassonville* ha prodotto una progressiva armonizzazione in senso deregolativo<sup>41</sup> degli ordinamenti nazionali, in quanto la libertà di circolazione delle merci, atteggiandosi quale norma immediatamente precettiva ma con efficacia soltanto demolitoria, e strutturalmente incline a operare un'armonizzazione in senso “negativo”.

Il principio del Paese di origine, infatti, è accettabile a condizione di operare in un regime di armonizzazione almeno minima. Se non vi sono standard comuni, il Paese con il livello inferiore rischia di fissare gli standard per tutti. Il risultato è l'opposto del *level playing field*: ogni prestatore di servizi si porta dietro le regole del Paese d'origine nello Stato di destinazione, il che determina concorrenza sleale tra operatori e

---

<sup>38</sup> Commissione CE, *Secondo Rapporto biennale sull'applicazione del principio del mutuo riconoscimento nel mercato unico*, COM (2002) 419 def. del 23 luglio 2002.

<sup>39</sup> Cfr. Miranda 2007, p. 925 e bibliografia ivi citata.

<sup>40</sup> Nello stesso caso *Cassis de Dijon*, la Corte, in applicazione di questo principio, ha sì statuito che il liquore francese con una gradazione alcolica inferiore a quella minima prevista dalla legislazione tedesca doveva poter essere commercializzato in Germania, ma ha contestualmente riconosciuto alle autorità tedesche la possibilità di imporre una diversa etichettatura (non prevista nel paese di provenienza del prodotto), in modo da tutelare il consumatore nazionale: solo a questa condizione, il prodotto francese diventa conforme all'obiettivo di tutela del consumatore tedesco.

<sup>41</sup> L'accertamento dell'inapplicabilità di una norma nazionale nei confronti delle imprese di altri Stati in quanto potenzialmente restrittiva delle loro esportazioni comporta in prima battuta l'inapplicabilità di tale normativa nei loro confronti, ma ne consegue in via indiretta l'inapplicabilità della stessa anche nei confronti delle imprese nazionali se non si vuole realizzare una “discriminazione a rovescio” a danno di queste ultime. Ogni pronuncia relativa alla libera circolazione dei beni si traduce indirettamente in una “abrogazione” materiale della norma nazionale operante non solo nei confronti delle imprese straniere, naturali beneficiarie di quelle libertà, ma anche nei confronti delle imprese nazionali.

incertezza giuridica nei destinatari dei servizi. Senza contare che, quando le regole nazionali non sono più applicabili ai servizi transfrontalieri, la loro applicazione solo alle situazioni di diritto interno può determinare discriminazioni a rovescio ai danni dei prestatori stabiliti nel Paese di destinazione del servizio <sup>42</sup>.

La Corte di giustizia per lungo tempo si è trattenuta dall'estendere l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento dalla libera circolazione delle merci a quella dei servizi.

Tale orientamento è stato indotto dal timore, segnalato con particolare insistenza e incisività dagli Avvocati generali Jacobs e Tesauro, che la libertà di circolazione dei servizi, se reinterpretata in modo estensivo in forza del principio del "mutuo riconoscimento", sarebbe inevitabilmente entrata in collisione con le tutele approntate dagli ordinamenti degli Stati membri ai diritti della persona considerati sia nella loro dimensione sociale, sia in quella individuale.

A differenza della circolazione delle merci, infatti, la prestazione di servizi implica in una gran quantità di casi l'effettuazione del servizio in loco con l'utilizzo diretto da parte dell'impresa erogatrice di forza lavoro all'interno del territorio dello Stato ospitante (la c.d. prestazione di lavoro in favore di terzi).

Soltanto agli inizi degli anni novanta<sup>43</sup> la Corte ha timidamente iniziato a proporre, ma mai in modo inequivoco o con un esplicito riferimento al principio del mutuo riconoscimento, una lettura "finalistica" dell'*ex art.* 49 Tce, qualificandolo come norma non solo di garanzia del diritto all'accesso nel mercato nazionale delle imprese stabilite in altri Stati membri, ma anch'essa ostativa di qualsivoglia normativa capace di produrre effetti restrittivi persino della quantità dell'offerta di servizi sul

---

<sup>42</sup> Cfr. sentenza 16 giugno 1994, causa C-132/93, *Steen II*.

<sup>43</sup> Il *leading case* dell'applicazione della dottrina *Dassonville* alla libera circolazione dei servizi è univocamente ritenuto *Säeger* (sentenza 25.07.1991, causa C-76/90. Cfr. anche sentenza 24.03.1994, causa C-275/92, *Customs e Exicse C. Schindler*; sentenza 10.05.1995, causa C-348/93, *Alpine Investments*; sentenza 12.12.1 996, causa C-3/95, *Reisebuero C. Sandker*.

mercato nazionale, salvo che siano giustificati da imprescindibili esigenze di ordine pubblico.

La Corte ha continuato comunque ad esser assai più prudente nell'utilizzare le potenzialità di questa lettura con riguardo alla libera circolazione dei servizi, rispetto a quanto avesse originariamente fatto con riguardo alle merci. I giudici di Lussemburgo hanno in concreto limitato in modo rigoroso il ricorso a questa dottrina soltanto alle ipotesi di servizi propriamente "transfrontalieri", servizi cioè prestati da imprese stabilite in uno Stato membro in favore di beneficiari residenti in un diverso Stato o servizi che richiedano l'esercizio in modo strettamente temporaneo e occasionale di un'attività operativa nello Stato membro del destinatario della prestazione<sup>44</sup>.

Di recente, sollecitata in tal senso dalla continua pressione di un Esecutivo desideroso di ampliare e rafforzare il mercato transnazionale dei servizi, la Corte è sembrata abbandonare l'atteggiamento prudente che l'ha caratterizzata nell'interpretazione dell'*ex art. 49 Tce* in tutti questi anni, sino a svalutare il requisito dell'incidenza diretta e attuale sugli scambi tra Stati membri diversi, ritenendo sufficiente per l'applicazione delle previsioni del Trattato la mera potenzialità di una restrizione di questi, così come aveva già sostenuto per la libertà di circolazione delle merci<sup>45</sup>.

L'estensione degli orientamenti elaborati dal giudice europeo sull'*ex art. 28 Tce* alla disciplina dei servizi comporta la disapplicazione di ogni misura impeditiva o limitativa della libertà di circolazione. Dal divieto di ostacoli cd indistintamente applicabili, su cui si tornerà a breve, deriva poi il principio secondo cui ogni servizio che origini legittimamente da uno Stato membro può circolare all'interno dell'Unione senza essere sottoposto ad ulteriori controlli (c.d. *home country control*)<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> Cfr. Tesauro 2008, pp. 564 e ss.

<sup>45</sup> Cfr. sentenza 11/07/2002, C-60/00, *Mary Carpenter*.

<sup>46</sup> Si deve tener presente che il c.d. principio del paese d'origine, o meglio la regola secondo cui alla prestazione di servizi transnazionale è applicabile la sola normativa dello Stato di stabilimento non è, ad oggi, stata codificata (v. *infra*).

È di tutta evidenza la potenziale deriva deregolativa che può conseguire all'applicazione del divieto di ostacoli non indistintamente applicabili alla libertà di cui all'art. 56 Tfeue in termini di tutela dei lavoratori.

I fenomeni di *regulatory competition* che possono derivarne sono inoltre resi ancora più evidenti dal recente allargamento dell'Unione europea che ha accresciuto il divario tra le condizioni di occupazione e di lavoro nei diversi paesi membri (Lyon- Caen G. 2005, p. 505). Ad amplificare gli effetti negativi del divieto di ostacoli indistintamente applicabili contribuisce altresì il venir meno della residualità delle norme sulla prestazione di servizi e dall'applicazione del divieto in esame anche alla libertà di stabilimento.

Diventa allora fondamentale tracciare una linea di demarcazione tra stabilimento e prestazione di servizi transfrontalieri, che farà da filo conduttore a questa prima parte dell'analisi, al fine di determinare quale legislazione è applicabile (paese d'origine/paese ospitante) ed evitare così fenomeni di sovrapposizione ed incertezza giuridica.

Partendo dall'esame del diritto primario, le norme del Trattato assicurano a ogni persona fisica (cittadino di uno Stato membro) o giuridica (stabilita in uno Stato membro) la facoltà di esercitare, a titolo temporaneo, un'attività economica in un altro Stato membro.

Beneficiari della disciplina sui servizi sono i cittadini aventi la nazionalità di uno Stato membro e stabiliti in un Paese Ue. Ciò vuol dire che, rispetto al diritto di stabilimento esercitato a titolo principale, si richiede una condizione ulteriore per poter usufruire del regime di liberalizzazione, a garanzia del fatto che il beneficiario abbia un legame reale e non solo formale con lo Stato ospitante.

Il primo dato ricavabile dalle succitate norme del Trattato è che le disposizioni sui servizi sono "subordinate" - sempre nel senso di "residuali" (Teasuro 2008, p. 563) - rispetto al diritto di stabilimento.

Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, lo stabilimento implica l'esercizio effettivo di un'attività economica per una durata di tempo indeterminata tramite un'infrastruttura stabile<sup>47</sup>.

La libera prestazione di servizi è caratterizzata, invece, dalla mancanza di partecipazione stabile e continuativa alla vita economica dello Stato membro ospitante<sup>48</sup>.

Come la Corte ha costantemente ritenuto, la distinzione tra stabilimento e prestazione di servizi deve essere effettuata caso per caso tenendo conto non solo della durata, ma anche della frequenza, periodicità o continuità della prestazione<sup>49</sup>. Ne consegue che non possono fissarsi dei limiti di tempo generali per distinguere tra stabilimento e prestazione di servizi, e il confine tra le due appare sempre meno netto<sup>50</sup>.

Non è neppure determinante il fatto che il prestatore utilizzi una certa infrastruttura: un prestatore di servizi può ricorrere a un determinato impianto e attrezzature nello Stato membro ospitante per la prestazione di servizi transfrontalieri, senza per questo essere stabilito in detto Stato membro<sup>51</sup>.

Nel caso *Schnitzer*, la Corte ha fornito alcuni criteri utili al fine di stabilire quando, nel caso concreto, la lunga durata dell'attività transnazionale di prestazione di servizi possa chiamare in questione non la libertà di stabilimento (con conseguente diretto assoggettamento dell'operatore medesimo all'integrale applicazione della normativa interna dello Stato di accoglienza in materia di tutela del lavoro), bensì la libera circolazione dei servizi.

Il criterio distintivo starebbe nel fatto che lo stabilimento, a differenza della libera prestazione, richiede l'integrazione nell'economia dello Stato

---

<sup>47</sup> Sentenza 25 luglio 1991, *Factortame*, causa C-221/89, punto 20. Cfr. definizione di "stabilimento" di cui all'articolo 4, paragrafo 5 della direttiva 2006/123.

<sup>48</sup> Sentenza 13 febbraio 2003, *Commissione/Italia*, causa C-131/01, punto 23.

<sup>49</sup> Sentenza 30 novembre 1995, *Gebhard*, causa C-55/94, punto 39; sentenza 11 dicembre 2003, *Schnitzer*, causa C-215/01, punto 28.

<sup>50</sup> Sentenza 11 dicembre 2003, *Schnitzer*, causa C-215/01, punto 31.

<sup>51</sup> Sentenza 30 novembre 1995, *Gebhard*, causa C-55/94, punto 27; sentenza 11 dicembre 2003, *Schnitzer*, causa C-215/01, punto 28.

membro, con l'acquisizione di clienti in quello Stato membro e con un domicilio professionale stabile come base.

Tale posizione è ora formalmente richiamata nel *considerando* n. 77 della direttiva sui servizi la quale, senza aggiungere chiarezza, lascia all'interprete il carico non indifferente di districarsi, con la invero fragile strumentazione teorica offerta dalla Corte, tra le molte incertezze pratiche che si prospettano all'orizzonte (Carabelli 2007, p. 125)<sup>52</sup>.

## *2. Il regime della circolazione dei servizi: misure discriminatorie, misure indistintamente applicabili e interesse generale*

La disciplina materiale della libera prestazione dei servizi, secondo lo schema logico di tutto il settore della circolazione delle persone e in definitiva dell'intero sistema del mercato comune, è anzitutto fondata sul divieto di discriminazione in base alla nazionalità.

Secondo la lettera dell'art. 56 Tfeue «il prestatore può, per l'esecuzione della sua prestazione, esercitare a titolo temporaneo la sua attività nel paese ove la prestazione è fornita, alle stesse condizioni imposte dal paese stesso ai propri cittadini». Sono poi vietate, più in generale, le «restrizioni alla libera prestazione di servizi all'interno dell'Unione [...] nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione». A ciò si aggiunga che, ai sensi dell'art. 61 Tfeue (già 54 Tce), fino a quando non saranno soppresse le restrizioni alla libera prestazione dei servizi, «ciascuno degli Stati membri le applica senza distinzione di nazionalità o di residenza a tutti i prestatori di servizi».

Tale libertà, stando a quanto statuito dal diritto primario, incontra esclusivamente i limiti che derivano da ragioni di «ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica» (secondo la prescrizione adoperata negli articoli 36, 45, 52 e 65 Tfeue, già artt. 30, 39, 46 e 58 Tce).

---

<sup>52</sup> Sulla distinzione tra prestazione di servizi e libertà di stabilimento contenuta nella dir. 2006/123 si veda il par. 3 del presente capitolo.

Il tenore di siffatte prescrizioni, e in particolare l'esplicito riferimento al criterio della residenza, si spiega agevolmente ove si consideri che rispetto alla liberalizzazione dei servizi il divieto di discriminazioni in base alla nazionalità non gioca un ruolo assoluto e decisivo come nel caso del diritto di stabilimento. Tenuto conto infatti della circostanza che, in tali ipotesi, l'attraversamento delle frontiere non si accompagna ad uno stabile insediamento, il principio del trattamento nazionale rischierebbe di tradursi in restrizioni ultronee rispetto a tale caratteristica della prestazione di servizi (Tesauro 2008, p. 586).

In altre parole, se fosse lecito imporre agli stranieri le stesse condizioni richieste ai cittadini per l'esercizio di determinate attività, condizioni che presuppongono uno stabile collegamento con lo Stato, la libera prestazione di servizi ne potrebbe risultare completamente vanificata, così come la sua specificità rispetto allo stabilimento.

Il primo aspetto rilevante del regime di libera prestazione dei servizi risiede proprio nel principio del trattamento nazionale, che, in ragione del suo carattere fondamentale, ha indotto la Corte ad affermare l'effetto diretto degli *ex* articoli 49 e 50 Tce, in quanto impongono un obbligo preciso ed incondizionato quale l'abolizione di tutte le discriminazioni fondate sulla nazionalità o la residenza del prestatore<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> L'efficacia diretta è ribadita anche nella nota sentenza *Laval* (sentenza 18 dicembre 2007, causa C-341/05, punto 97), ove si legge che «nella parte in cui prevede l'eliminazione delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi derivanti dal fatto che il prestatore sia stabilito in uno Stato membro diverso da quello in cui deve essere fornita la prestazione, l'art. 49 CE è divenuto direttamente applicabile negli ordinamenti giuridici degli Stati membri al termine del periodo transitorio e conferisce ai singoli diritti che gli stessi possono far valere in giudizio e che i giudici nazionali devono tutelare» (cfr. sentenze 3 dicembre 1974, causa C-33/74, *Van Binsbergen*, punto 26; 14 luglio 1976, causa 13/76, *Donà*, punto 20; 4 dicembre 1986, causa 206/84, *Commissione/Irlanda*, punto 16, e 11 gennaio 2007, causa C-208/05, *ITC*, punto 67). In particolare, già con la sentenza *Van Binsbergen* (punti 20-24) si afferma l'efficacia diretta degli articoli 49 e 50 Tce, i quali «possono venir fatti valere davanti ai giudici nazionali, almeno nella parte in cui impongono la soppressione di tutte le discriminazioni che colpiscono il prestatore di servizio a causa della sua nazionalità o della sua residenza in uno Stato diverso da quello in cui il servizio viene fornito». L'effetto diretto di tali disposizioni vale in tutta la sua ampiezza, impedendo tanto l'applicazione di misure di carattere normativo, quanto di provvedimenti amministrativi di carattere individuale (v. anche sentenza *Ciola* del 29 aprile 1999, C-224/97).

Il secondo aspetto rilevante del regime della libera prestazione di servizi è dato dalla portata sostanziale (e non solo formale) del divieto di restrizioni discriminatorie<sup>54</sup>. Nel divieto rientrano anche quelle restrizioni che, pur non direttamente discriminatorie, in quanto colpiscono anche i cittadini, in fatto si risolvono in una restrizione per gli stranieri<sup>55</sup>. Non solo le discriminazioni basate sulla cittadinanza del prestatore violano le norme europee, ma anche «qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che, sebbene basata su criteri in apparenza neutri, produca in pratica lo stesso risultato»<sup>56</sup>.

Tipico è il requisito della residenza, espressamente assimilato alla nazionalità e, come tale, già vietato dal Trattato.

Le restrizioni alla libertà di prestazione di servizi non si esauriscono, però, con le violazioni (palesi e non) del divieto di discriminazione.

Il principio di trattamento nazionale ha infatti un valore non assoluto, ma relativo per il semplice (e decisivo) motivo che, a differenza di quanto si verifica in caso di stabilimento, il contatto con il sistema dello Stato in cui è fornito il servizio è solo occasionale e, soprattutto, temporaneo.

Sia nell'ipotesi più tradizionale in cui il prestatore o il destinatario si spostano nel Paese in cui la prestazione è rispettivamente fornita o ricevuta, che, a maggior ragione, nell'ipotesi in cui non c'è spostamento fisico né del prestatore, né del destinatario, ma solo del servizio in quanto tale.

---

<sup>54</sup> Cfr. *De Coster*, C-17/00, sentenza 29 novembre 2001, punto 29 e *Mobistar e Belgacom Mobile*, cause riunite C-544 e 545/03, sentenza 8 settembre 2005, punto 29.

<sup>55</sup> La portata sostanziale del divieto di discriminazione è stata ribadita nel caso *Cipolla* (C-94 e 202/04, sentenza 5 dicembre 2006, punto 56), in cui la Corte stabilisce che l'art. 49 Tce impone non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi, stabilito in un altro Stato membro, in base alla sua cittadinanza, ma anche la soppressione di qualsiasi altra restrizione, anche qualora tale restrizione si applichi indistintamente a prestatori nazionali e non, quando sia tale da vietare o rendere più difficili le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro.

<sup>56</sup> Sentenza 3 febbraio 1982, cause 62 e 63/81, *Seco*, punto 8. Si veda altresì l'opera di ricognizione della suddetta giurisprudenza da parte della Commissione nella Comunicazione sulla libera circolazione dei servizi (Guce COM n. 334 del 9 dicembre 1993).

La conseguenza è che il trattamento nazionale è solo il parametro minimo della legittimità delle restrizioni, ma non sempre sufficiente a renderle compatibili con quanto richiesto dal diritto europeo.

Se così non fosse, un'applicazione puramente meccanica del principio del trattamento nazionale potrebbe condurre a restringere comunque in modo ultroneo la prestazione di servizi e a equiparare, in modo arbitrario, il regime della libertà di stabilimento a quello proprio dei servizi<sup>57</sup>.

Subordinare l'esercizio della libertà di prestazione dei servizi alle stesse condizioni poste per lo stabilimento priverebbe infatti la disciplina rivolta a garantire la libera prestazione di servizi del suo effetto utile<sup>58</sup>.

In generale, è ritenuto incompatibile con il diritto europeo qualsiasi restrizione imposta per il motivo che il prestatore è stabilito in uno Stato membro diverso da quello nel quale la prestazione è fornita<sup>59</sup>. Tale affermazione comporta che l'incompatibilità investe sì misure indistintamente applicabili ma di fatto discriminatorie, in quanto comportano un onere maggiore per gli operatori stabiliti in uno Stato membro diverso da quello in cui effettuano la prestazione.

In merito al contributo del diritto secondario, la direttiva 123/2006 si limita a codificare quanto statuito dalla giurisprudenza in materia di ostacoli e limiti alla libera circolazione di servizi, sancendo il pieno diritto del prestatore di fornire la propria attività economica in uno Stato membro diverso da quello in cui è stabilito, senza che tale Stato possa subordinare detta attività a requisiti che nella sostanza risultino discriminatori, ingiustificati con riferimento a ragioni di politica pubblica o di sicurezza pubblica e sproporzionati rispetto a tali esigenze di tutela.

Nondimeno, la direttiva fotografa la situazione attuale dell'Unione europea e compie un passo in avanti in materia di discriminazioni

---

<sup>57</sup> Cfr. sentenza *Saeger*, *op. cit.*

<sup>58</sup> Per completezza espositiva si segnala una (isolata) pronuncia contraria della Corte (caso *Koestler*, C-15/78, sentenza 24 ottobre 1978), secondo cui «il trattato, pur vietando le discriminazioni, non impone tuttavia alcun obbligo nel senso che al prestatore di servizi straniero debba essere concesso, in funzione della sua legge nazionale, un trattamento più favorevole di quello riservato al prestatore stabilito nello Stato in cui viene fornita la prestazione».

<sup>59</sup> Cfr. sentenza 26.02.1991, causa C-249/89, *Commissione c. Francia*.

dissimulate, imponendo ulteriori divieti per gli Stati membri (si veda il regime delle autorizzazioni, che possono subordinare l'accesso alle attività di servizio e il loro esercizio solo nel rispetto delle principio di non discriminazione e in presenza di un motivo di interesse generale e proporzionalità).

Ancora, le restrizioni che limitano la libera prestazione dei servizi, in relazione alle materie comprese nella sfera di applicazione della direttiva, potranno essere introdotte solo se giustificate da motivi di ordine pubblico, sicurezza pubblica, pubblica sanità, ambiente e condizioni di lavoro (v. *amplius* par. 3).

Ricostruito, seppur parzialmente, il quadro giuridico di riferimento, sembra utile ritornare al diritto vivente europeo ed esaminare più approfonditamente l'atteggiamento assunto dai giudici di Lussemburgo con una necessaria premessa. Lo *spill over* connesso all'integrazione negativa del mercato comune, attesa l'incidenza del dispiegamento di tali libertà economiche, ha posto (e pone) rilevanti problemi di compatibilità con altri diritti che discendono dalla normativa nazionale degli stati membri, tra cui quelli aventi contenuto sociale.

La normativa europea primaria e secondaria, tradizionalmente orientata a occuparsi di questioni mercatorie, non predetermina (sarebbe impensabile il contrario) i criteri di bilanciamento o di prevalenza con tutte le possibili aree di interferenza o limitazione delle libertà economiche suscettibili di prodursi nei Paesi membri, attese, tra l'altro, le disparate modalità con cui le tradizioni culturali nazionali articolano le proprie legislazioni e definiscono l'apparato normativo ed amministrativo.

L'onere di comporre le inevitabili frizioni generate dallo scontro tra espansione del mercato ed esigenze di protezione di altri interessi nazionali è stato assunto dalla Corte di giustizia, la quale ha svolto e continua a svolgere impegnativi compiti di bilanciamento.

Nell'esame del *corpus* giurisprudenziale elaborato in materia è fondamentale operare una distinzione fra le varie fattispecie indagate. In

particolare, occorre separare le pronunce (più risalenti) che attengono ad aspetti esogeni al diritto del lavoro da quelle inerenti ai diritti strettamente riconducibili alla sfera lavoristica.

Nell'ambito del primo gruppo, i *leading case* sono senza dubbio costituiti dalle già citate decisioni *Dassonville* e *Cassis de Dijon*, le quali con riferimento alla libertà di circolazione delle merci ed alle cosiddette "misure di effetto equivalente" (art. 34 Tfeue, ex art. 28 Tce), introducono la nozione di "interesse generale", estranea ai limiti del Trattato di "ordine pubblico", "pubblica sicurezza" e "sanità pubblica", come meccanismo di contemperamento fra i poli da bilanciare.

Questo percorso interpretativo giunge alla definizione di un vero e proprio test di proporzionalità, ripetutamente applicato nel corso degli anni e magistralmente sintetizzato nella sentenza *Gebhard* in forza del quale «i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo».

In sostanza, secondo l'argomentazione della Corte, la limitazione (illegittima) all'esercizio delle libertà economiche, diviene ammissibile se la stessa consegue a esigenze di ragionevolezza riconducibili ad istanze di carattere generale (motivi imperiosi di interesse pubblico), scevre da intenti discriminatori (non funzionali ad avvantaggiare i produttori di un Paese a discapito di un altro) e munite del carattere di efficacia non eccedente i limiti richiesti dalla finalità perseguita (che giustifica la definizione di test di proporzionalità).

Nel caso *Seco*, invece, in tema delle limitazioni alla libera esplicazione dei servizi derivanti dall'applicazione di meccanismi previdenziali

paralleli,<sup>60</sup> si procede all'applicazione in via estensiva del divieto di discriminazione fra soggetti operanti in diversi Stati membri<sup>61</sup>. Già in questa decisione, emerge una consapevole volontà di sostegno alla "sostanza sociale" protettiva dei diversi regimi previdenziali dei Paesi membri al di là del fine "economico" di prevenzione dei rischi di *dumping sociale*.

Soffermandoci sugli ostacoli discriminatori, si deve precisare che tra misure distintamente e indistintamente applicabili c'è una differenza sostanziale sul piano delle eccezioni consentite.

Come già anticipato, tra le restrizioni vietate dall'art. 56 Tfeue rientrano le condizioni imposte al prestatore in ragione della sua nazionalità (discriminazione diretta) o della residenza (discriminazione indiretta) in uno Stato membro diverso da quello in cui viene fornito il servizio.

Mentre le prime sono compatibili con il diritto europeo solo se possono farsi rientrare in una deroga espressamente prefigurata dal Trattato, per quanto riguarda le misure restrittive indistintamente applicabili, la

---

<sup>60</sup> Alla Corte si chiede di «accertare se il diritto comunitario osti a che uno stato membro obblighi un datore di lavoro, stabilito in un altro stato membro e che effettui temporaneamente, avvalendosi dell'opera di lavoratori cittadini di paesi terzi, lavori nel primo stato, a versare la quota dei contributi previdenziali dovuti dal datore di lavoro per detti lavoratori, qualora tale datore di lavoro debba già versare contributi analoghi, per gli stessi lavoratori e per gli stessi periodi di attività, in forza delle leggi dello stato in cui è stabilito e allorché i contributi versati nello stato in cui detta prestazione viene effettuata non diano diritto ad alcun vantaggio previdenziale per i lavoratori stessi. In particolare, si chiede se tale obbligo possa essere giustificato in quanto compensi i vantaggi economici che il datore di lavoro abbia potuto trarre dall'inosservanza della normativa in materia di retribuzione sociale minima vigente nello stato dove la prestazione viene effettuata» (punto 7).

<sup>61</sup> I giudici di Lussemburgo concludono affermando che «il diritto comunitario non osta a che gli stati membri estendano le loro leggi o i contratti collettivi di lavoro conclusi tra lavoratori e datori di lavoro, per quanto concerne le retribuzioni minime, a qualsiasi persona che svolga attività lavorativa subordinata, anche di carattere temporaneo, nel loro territorio, quale che sia il paese in cui è stabilito il datore di lavoro; del pari il diritto comunitario non vieta agli stati membri di imporre il rispetto di queste norme con mezzi adeguati. Non si può tuttavia definire mezzo adeguato una normativa o una prassi che impongano in modo generale un onere previdenziale o para-previdenziale, restrittivo della libera prestazione dei servizi, a tutti i prestatori stabiliti in un altro stato membro e che occupano lavoratori cittadini di paesi terzi, indipendentemente dal fatto che essi abbiano o meno rispettato la normativa in materia di retribuzione sociale minima dello stato membro in cui la prestazione viene effettuata, giacché un astratto provvedimento generale non è, per natura, idoneo a far rispettare questa normativa né ad arrecare vantaggio, in un modo qualunque, alla mano d'opera di cui si tratta» (punto 14).

giurisprudenza ha rimarcato il carattere eccezionale delle possibilità di deroga apportabili alla libera prestazione di servizi<sup>62</sup>.

Secondo quanto disposto dall'art. 62 Tfu (già 55 Tce), nella prima ipotesi, sono ammesse deroghe solo per attività che partecipino a pubblici poteri (art. 51 Tfu, già 45 Tce) e per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica (art. 52 Tfu, già 46 Tce). Come specificato dalla Corte<sup>63</sup>, trattandosi di norma derogatoria e, pertanto, di stretta interpretazione, non comprende gli scopi di natura economica di una eventuale misura restrittiva.

Per i trattamenti non fondati sulla nazionalità che producono effetti indirettamente discriminatori per i prestatori di servizi transnazionali si farà invece riferimento al summenzionato test di proporzionalità. Lo svantaggio prodottosi sarà quindi legittimo se giustificato da motivi imperativi di interesse pubblico, è idoneo a garantire lo scopo perseguito e non va oltre quanto necessario per il suo raggiungimento.

Nel caso *Säeger*<sup>64</sup> si specifica che l'art. 56 Tfu impone «la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali ed a quelli degli altri Stati membri, allorché essa sia tale da vietare o da ostacolare in altro modo le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi».

È con tale pronuncia che la Corte, per la prima volta, applica alla libera prestazione di servizi il principio secondo cui sono vietate non solo le

---

<sup>62</sup> Nel caso *Corsten*, (sentenza 3 ottobre 2000, C-58/98, punto 35) la Corte ha affermato che la libera prestazione di servizi può essere limitata unicamente: da normative giustificate dall'interesse generale e che nella misura in cui si applichino a ogni persona o impresa che eserciti un'attività nel territorio dello Stato destinatario; nella misura in cui tale interesse non sia salvaguardato da regole alle quali il prestatario è sottoposto nello Stato membro in cui si è stabilito; infine, se le normative in questione sono obiettivamente necessarie per il raggiungimento dello scopo perseguito (interesse generale) e a condizione che lo stesso risultato non possa essere raggiunto mediante regole meno restrittive. Come in seguito precisato dalla stessa Corte (caso *Alpine Investmenst*, C-384/93, sentenza 10 maggio 1995, punti 40-56), tali condizioni devono essere cumulativamente soddisfatti. I giudici di Lussemburgo hanno, in sostanza, applicato la formula *Cassis de Dijon*, coniata per la libera circolazione delle merci, alla materia dei servizi.

<sup>63</sup> Cfr. sentenza 26 aprile 1988, *Bond Van Adverteerdser*, C-352/85, punto 16.

<sup>64</sup> Sentenza 25 luglio 1991, C-76/90, *Säeger*.

discriminazioni dirette o indirette a danno del prestatore, ma altresì qualsiasi misura in grado di ostacolare o intralciare o rendere comunque meno appetibile la prestazione di un servizio transnazionale, impedendo o rendendo più gravoso l'accesso al mercato di un altro Stato membro.

Il divieto di ostacoli non discriminatori è argomentato, in questo caso, a partire dalla distinzione tra libertà di stabilimento e prestazione di servizi: se uno Stato membro subordinasse l'esecuzione della prestazione di servizi sul suo territorio all'osservanza di tutte le condizioni prescritte per lo stabilimento, priverebbe di effetto utile le norme del Trattato dirette a garantire la libera prestazione di servizi (p. 13 sentenza *Säeger*).

Come già accennato, specialmente in presenza di una prestazione solo temporanea, e quindi di un collegamento non stabile col territorio dello Stato membro di destinazione dell'attività economica, il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, benché fondamentale, non appare di per sé sufficiente a garantire un effettivo accesso al mercato dell'operatore straniero.

La sottoposizione del prestatore di servizi ai requisiti regolativi imposti dallo Stato di destinazione, oltre che a quelli previsti dal Paese d'origine, è idonea, da sola, a prescindere da qualsiasi profilo discriminatorio, ad ostacolare le effettive possibilità di accesso al mercato dello stesso e a restringere la libera circolazione della prestazione nello spazio comunitario.

L'effettiva realizzazione di un mercato europeo dei servizi richiede, perciò, secondo l'impostazione accolta dalla Corte, il superamento anche degli ostacoli frapposti dalle misure nazionali indistintamente applicabili, andando oltre il divieto di discriminazione e il principio della parità di trattamento tra gli operatori economici.

Il nuovo corso interpretativo – passando da un approccio basato sul test antidiscriminatorio ad un approccio centrato sul principio del libero accesso al mercato comune dei servizi – estende dunque il sindacato della

Corte (virtualmente) ad ogni misura nazionale in grado di ostacolare, anche solo potenzialmente, la libertà riconosciuta dall'art. 56 Tfeue<sup>65</sup>.

### *3. Libera prestazione di servizi, libertà di stabilimento e interesse generale nella direttiva 2006/123/Ce*

L'incerta delimitazione delle fattispecie regolate dagli articoli 49 e 56 Tfeue permane anche a seguito dell'adozione della direttiva sui servizi, la quale si limita a recepire quanto già statuito dalla Corte di giustizia.

Il riferimento alla *temporaneità* quale criterio di distinzione tra prestazione di servizi e stabilimento, punto fermo della giurisprudenza europea, è infatti ribadito al *considerando* n. 77.

Nell'ottica della creazione di «un quadro giuridico per assicurare la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi tra gli Stati membri» (12° *considerando*) e considerato che «gli ostacoli al mercato interno dei servizi riguardano tanto gli operatori che intendono stabilirsi in altri Stati membri quanto quelli che prestano un servizio in un altro Stato membro senza stabilirvisi», il legislatore afferma chiaramente che «i prestatori devono poter scegliere tra queste due libertà, in funzione della loro strategia di sviluppo in ciascuno Stato membro» (5° *considerando*). Mentre gli articoli da 9 a 15 riguardano lo stabilimento dei prestatori di servizi, gli articoli da 16 a 21 riguardano la prestazione di servizi transfrontalieri.

Una prima differenza formale nella disciplina delle due libertà riguarda il regime delle autorizzazioni.

Le regole previste con riferimento alla libera circolazione dei servizi sono, ovviamente, meno analitiche rispetto a quanto previsto per il diritto di stabilimento, ma comunque presenti. In questo campo, le autorizzazioni sono disciplinate “in negativo”, con il divieto di restringere la libera circolazione dei servizi forniti da un prestatore

---

<sup>65</sup> Cfr. per tutti Barnard 2004, p. 256 e ss.

stabilito in un altro Stato membro imponendo taluni requisiti, tra i quali l'obbligo per il prestatore di ottenere un'autorizzazione dalle autorità competenti, compresa l'iscrizione in un registro o a un ordine professionale sul loro territorio, salvo i casi previsti dalla direttiva o da altri strumenti di diritto comunitario (art. 16.2 lett. b).

Il motivo risiede nel fatto che in materia di libera prestazione dei servizi il principio del trattamento nazionale non gioca un ruolo assoluto e decisivo come avviene in materia di stabilimento (D'Acunto 2009, p. 71 e ss). Imporre al prestatore occasionale le stesse condizioni del prestatore stabilito rischierebbe di rendere impraticabile la libera prestazione dei servizi e svaluterebbe la differenza con il diritto di stabilimento.

La disciplina della libera prestazione dei servizi, in particolare, è stata al centro di accesi dibattiti nel corso del processo di adozione della direttiva, essendo questo l'ambito nel quale era prevista l'applicazione del tanto contestato principio del Paese di origine, successivamente abbandonato a favore di quello della libera prestazione dei servizi, già previsto nel Trattato Ce.

Nella proposta iniziale della Commissione, l'art. 16 era rubricato *Principio del paese di origine*<sup>66</sup>. Il paragrafo 1 disponeva in modo inequivocabile che i prestatori di servizi fossero soggetti soltanto alle disposizioni nazionali del proprio Stato membro d'origine. Si trattava, pertanto, di una norma sulla legge applicabile, che, salve le eccezioni di cui all'art. 17, precludeva l'applicazione, da parte di uno Stato membro diverso da quello di origine del prestatore, delle proprie disposizioni nazionali.

Le deroghe al principio contenute nell'art. 17 riguardavano, oltre a numerose esclusioni per settori già coperti da normativa europea, ed alcuni altri per i quali l'applicazione del principio del Paese d'origine è

---

<sup>66</sup> Il principio del paese d'origine, integrato dalle eccezioni cui si è fatto cenno, non rappresentava una novità nel panorama della legislazione comunitaria. In particolare, esso figura - con leggere variazioni - in alcune direttive adottate sulla medesima base giuridica della direttiva sui servizi come la direttiva 89/552/Cee "Televisione senza frontiere" (così come modificata dalla direttiva 97/36/Ce) e la direttiva 2000/31/Ce "Commercio elettronico".

stata ritenuta prematura o inopportuna, anche un'ipotesi che riprendeva direttamente le deroghe previste nel Trattato: il n. 17 dell'art. 17 prevedeva infatti che tale principio non operasse rispetto a «requisiti direttamente connessi alle caratteristiche particolari del luogo nel quale il servizio viene prestato, il rispetto dei quali è *indispensabile* per garantire il mantenimento dell'ordine pubblico o della sicurezza pubblica o la protezione della salute pubblica o dell'ambiente».

In sostanza si richiamavano i tre motivi di interesse pubblico di cui all'*ex* art. 46 Tce (ordine pubblico, sicurezza pubblica, sanità pubblica), affiancati dalla protezione dell'ambiente. Tuttavia, rispetto alla disciplina del Trattato come interpretata dalla giurisprudenza, la norma in questione conteneva un test più restrittivo, posto che tali ragioni di interesse pubblico potevano essere invocate solo laddove fossero *indispensabili* (non solo necessarie e proporzionate) alla tutela di caratteristiche particolari del luogo ove il servizio viene prestato. Quest'ultima connessione a situazioni locali è invece ignota alla teoria generale delle deroghe alle libertà fondamentali.

Da un lato, si comprendono le ragioni di chi ritiene che, malgrado l'utilizzo di un termine diverso dall'endiadi "necessarie e proporzionate", propria del linguaggio della Corte, il test introdotto dalla norma non fosse effettivamente più restrittivo, dato che il concetto di proporzionalità utilizzato dalla giurisprudenza richiede l'esistenza di una misura strettamente indispensabile al conseguimento dell'obiettivo.

Dall'altro, esclusi dalla proposta di direttiva gli "interessi generali" che stanno a fondamento delle legittime restrizioni nazionali, pur potendo gli Stati membri chiedere una deroga specifica, permane il limite dei motivi di ordine pubblico, salute e sicurezza pubblica. Principi che, è bene ricordarlo, debbono essere interpretati in modo restrittivo<sup>67</sup>.

In sostanza, per eliminare le barriere ingiustificate si eliminavano anche quelle giustificate. Il sistema si sarebbe inceppato, poiché una norma di

---

<sup>67</sup> Cfr. la più volte citata *Cassis de Dijon*.

diritto secondario avrebbe fatto da scudo alle norme di diritto primario direttamente applicabili. La giurisprudenza europea stabilisce, infatti, che la legge del Paese ospitante deve essere disapplicata rispetto alla prestazione di servizi transfrontaliera qualora la sua applicazione dia origine a una restrizione ingiustificata alla libera circolazione dei servizi<sup>68</sup>. In altre parole, il mutuo riconoscimento rappresenta un'obbligazione condizionale giustificata dal fatto che lo Stato membro ospitante potrebbe sempre essere tentato di giustificare una misura restrittiva.

Al contrario, il principio del Paese di origine avrebbe svolto una funzione di regolazione dei conflitti escludendo le regole del Paese ospitante, anche quelle conformi al Trattato e il mutuo riconoscimento sarebbe diventato un obbligo incondizionato. In questo senso la Proposta di direttiva andava molto oltre la giurisprudenza della Corte (cfr. Preto 2007, p. 91).

Il paragrafo 2 dell'art. 16 conteneva (e contiene tuttora) una lista non esaustiva di requisiti che lo Stato membro di destinazione non può imporre ai prestatori non stabiliti: si tratta di condizioni particolarmente restrittive - ad esempio l'obbligo di essere stabiliti sul territorio (art. 16, par. 2, n. 1), che si traduce nella negazione stessa della libera prestazione di servizi -, già esaminate dalla Corte e giudicate in più occasioni incompatibili con la libera prestazione di servizi.

La versione attuale dell'art. 16, in luogo di una disposizione sulla legge applicabile, si limita a prevedere genericamente l'obbligo per gli Stati di rispettare il diritto dei prestatori di fornire un servizio in un Paese diverso da quello in cui sono stabiliti, garantendo loro il libero accesso e il libero esercizio dell'attività. Specificamente, l'articolo 16, paragrafo 1, recita: «Gli Stati membri rispettano il diritto dei prestatori di fornire un servizio in uno Stato membro diverso da quello in cui sono stabiliti. Lo Stato membro in cui il servizio viene prestato assicura il libero accesso a

---

<sup>68</sup> Sentenza 13 luglio 2000, causa C-160/99, *Commissione c. Francia*.

un'attività di servizi e il libero esercizio della medesima sul proprio territorio».

Ma qual è la sostanza di tale principio? Essa non risiede tanto nei primi due commi del paragrafo 1, i quali si limitano a ribadire i precetti degli ex artt. 49 e 50 Tce, con la sola differenza di una previsione esplicita (anziché per implicito) dell'obbligo di rispettare la libertà di circolazione a carico degli Stati membri. È, invece, la disciplina delle deroghe al principio a presentare carattere innovativo.

L'art. 16 prevede che gli Stati possano restringere l'accesso o l'esercizio di un'attività di servizi sul loro territorio solo attraverso l'adozione di misure non discriminatorie, giustificate da ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica o di tutela dell'ambiente, e proporzionate rispetto all'obiettivo perseguito.

La deroga già prevista nella proposta iniziale della Commissione all'art. 17, n. 17 viene quindi fatta confluire nell'art. 16: rispetto al testo originario, scompaiono sia il requisito dell'indispensabilità, sia il necessario collegamento alle caratteristiche particolari del luogo ove viene prestato il servizio.

Resta invece limitato il novero di ragioni di interesse generale invocabili da parte dello Stato membro per la prestazione del servizio: sono le quattro già identificate nella proposta iniziale della Commissione.

In una sola disposizione normativa, si fa, dunque, riferimento sia ai requisiti previsti dal Trattato per l'adozione di misure distintamente applicabili, sia alle condizioni elaborate dalla Corte per le misure restrittive indistintamente applicabili.

Così formulata la disposizione determina, in controtendenza rispetto all'obiettivo perseguito dal Parlamento europeo, una duplice restrizione della possibilità per gli Stati di derogare al principio della libera prestazione dei servizi.

Da un lato, non appare più ammissibile il ricorso a (giustificate) misure discriminatorie, non essendo questa possibilità prevista dalla disposizione in esame. Dall'altro, viene sensibilmente ridotto il novero dei motivi

invocabili per giustificare l'adozione di misure restrittive non discriminatorie.

L'art. 16, infatti, non fa riferimento alla nozione aperta di "motivi imperativi di interesse generale", ma si limita a richiamarne alcuni in modo specifico. Tale nozione continua invece ad essere utilizzata per sindacare i requisiti nazionali non discriminatori che potrebbero ostacolare la libertà di stabilimento<sup>69</sup>.

Sul punto si tornerà più approfonditamente a breve, in sede di confronto tra la disciplina posta dalla direttiva servizi e quella prevista dal Trattato. Pare però opportuno rilevare sin d'ora come questi motivi, essendo il risultato dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia, direttamente legata all'interpretazione del Trattato ed avendo pertanto lo stesso valore della norma interpretata (di rango primario), dovrebbero trovare applicazione anche se non esplicitamente menzionati (né vietati, né ammessi) nella direttiva.

Abbandonate le tentazioni "oltranziste" (Preto 2007, p. 913) della proposta originaria della Commissione, la direttiva ritorna dunque al Trattato e alla giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale prevede, come principio generale, l'obbligo dello Stato membro di garantire al prestatore di servizi stabilito in un altro Paese di poter fornire liberamente la propria prestazione dei servizi.

Il testo definitivo risolve molte problematiche che la Proposta di direttiva invece poneva, soprattutto attraverso la sostituzione del principio del Paese di origine con il principio della libera prestazione dei servizi.

Tuttavia, l'analisi delle condizioni individuate dalla disposizione in esame dimostra che l'abbandono del principio del Paese d'origine non ha rappresentato una sostanziale alterazione del precetto normativo dell'art. 16 rispetto alla proposta originaria.

Al contrario, nel disporre che lo Stato membro ove il servizio è prestato può imporre il rispetto dei propri requisiti solo a determinate condizioni,

---

<sup>69</sup> Cfr. *considerando* n. 40 e 69; art. 4 n. 8), art. 9 par. 1 lett. b), art. 10 par. 2 lett. b) e c), art. 12 par. 3, art. 13 par. 4, art. 15 par. 3 lett. b).

restrittivamente delineate dalla norma, l'art. 16 assicura un risultato analogo a quello del principio del Paese d'origine perché, al di fuori dei casi limitati in cui gli può venire applicata la legge del paese di destinazione, il prestatore resta soggetto alla legislazione del paese ove è stabilito<sup>70</sup>.

L'idea secondo cui l'applicazione di una legge diversa da quella del Paese di stabilimento del prestatore costituisce una eccezione è confermata esplicitamente dal *considerando* n. 83, che recita: «Tali deroghe sono necessarie per tener conto del grado di integrazione del mercato interno o di talune norme comunitarie relative ai servizi che prevedono che un prestatore sia soggetto ad una legislazione diversa da quella dello Stato membro di stabilimento».

Una volta chiarito ciò, si può indagare l'effettivo valore aggiunto delle norme contenute nella direttiva sui servizi rispetto alla disciplina del Trattato.

Tra i fattori cruciali per spiegare il carattere incompiuto del mercato interno dei servizi vi è il fatto che, dal punto di vista del prestatore (già stabilito in altro Paese membro e soggetto a tutte le norme di quell'ordinamento), l'applicazione della legge locale rappresenta sempre e comunque un fattore dissuasivo, che spesso lo induce a rinunciare ad operare su mercati diversi da quello dello Stato membro d'origine<sup>71</sup>.

La direttiva si prefigge di risolvere questo problema alla radice, sostituendo alla nozione di *restrizione* quella di *requisito*<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> Pellegrino (2007, p. 14) e, nello stesso senso, anche D'Acunto (2009, p. 85).

<sup>71</sup> *Relazione sullo stato del mercato interno dei servizi*, COM (2002) 441 del 30 luglio 2002. Tale effetto è ancora più accentuato per le piccole e medie imprese, di norma sprovviste delle risorse necessarie (ad esempio, i costi di consulenza legale) per assicurare la conformità della propria attività alla legislazione dei vari paesi ove intendano operare su base temporanea: c.d. costi di adeguamento (cfr. *Relazione* cit., p. 63).

<sup>72</sup> Cfr. anche Bano (2011, p. 4) sul recepimento di questa disposizione nel d.lgs. n. 59/2010 di attuazione della direttiva servizi, ove gli ostacoli sono definiti "requisiti" e fanno riferimento a qualunque norma nazionale che «imponga un obbligo, un divieto, una condizione o un limite al quale il prestatore o il destinatario debba conformarsi ai fini dell'accesso ed esercizio della specifica attività esercitata e che abbia fonte in leggi, regolamenti, provvedimenti amministrativi ovvero in disposizioni adottate da ordini, collegi e albi professionali» (art. 8, lett. g), d.lgs. n. 59/2010). Secondo l'Autore

Ai sensi del comma 3 dell'art. 16, par. 1, lo Stato membro non può imporre, salve le eccezioni di cui si dirà, i propri *requisiti* ai prestatori non stabiliti.

Il concetto di requisito è definito dall'art. 4 in maniera assai ampia e in modo svincolato dalla nozione di restrizione. Secondo tale norma: «qualsiasi obbligo, divieto, condizione o limite stabilito dalle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative degli Stati membri o derivante dalla giurisprudenza, dalle prassi amministrative, dalle regole degli organismi e ordini professionali o dalle regole collettive di associazioni o organizzazioni professionali adottate nell'esercizio della propria autonomia giuridica; le norme stabilite dai contratti collettivi negoziati dalle parti sociali non sono considerate di per sé come requisiti ai sensi della presente direttiva».

Requisito è quindi qualsiasi *regula juris* del diritto nazionale, indipendentemente dalla fonte normativa (può trattarsi anche di norme estranee all'ordinamento statale, come quelle emanate da certe organizzazioni di diritto privato che sono vincolanti per i membri delle stesse), dal rango nella gerarchia delle fonti, e persino dalla sua formale vigenza come norma giuridica (si includono infatti nella nozione finanche le mere prassi amministrative).

Questo è un primo rilevante elemento distintivo rispetto alla disciplina del Trattato, che potremmo inquadrare come una ridefinizione in senso estensivo del divieto di cui all'art. 56 Tfu.

Quello che risulta vietato - a questo stadio - non è più (solo) la restrizione, bensì l'applicazione della regola di diritto al prestatore non stabilito: la difficoltà di provare l'esistenza di un divieto o di un ostacolo all'esercizio dell'attività di servizi viene così eliminata alla radice.

---

l'uso del termine "requisiti", anziché "ostacoli" «sposta in qualche misura la prospettiva sull'esigenza rivendicata dagli Stati membri di conservare un diretto ed autonomo controllo sulle attività economiche svolte nel proprio territorio. Un'esigenza che, d'altro canto, mostra spesso anche risvolti protezionistici, quando i requisiti divengono uno strumento per preservare il mercato domestico dalla competizione dei prestatori di servizi di altri Stati membri».

La clausola della “libera circolazione dei servizi”, a differenza del mutuo riconoscimento e al pari del principio del paese d’origine, presuppone un’accezione automatica<sup>73</sup>, e in linea di principio incondizionata, della legislazione dello Stato ove il prestatore è stabilito.

Tale principio, pur permanendo la possibilità di derogare alla regola tramite le eccezioni previste negli stessi articoli 16 e 17 della direttiva, si traduce senza dubbio, date le condizioni assai restrittive cui è subordinata la possibilità di invocare tali eccezioni, in una rinuncia da parte degli Stati membri ad esercitare, in molti settori, quel controllo sulla legislazione del Paese di origine che il principio del mutuo riconoscimento rende pur sempre possibile<sup>74</sup>.

Alla luce di tali ulteriori riflessioni, si può comprendere la fondatezza della affermazioni sopra svolte con riguardo allo “spettro” del Paese d’origine, le cui tracce, seppur non più menzionato *expressis verbis*, permangono nella difficoltà di applicare misure costrittive da parte del Paese di destinazione (a titolo di deroga e sotto rigide condizioni)<sup>75</sup>.

Interessante elemento di valore aggiunto, rispetto alla disciplina del Trattato, è riscontrabile nel modo in cui vengono delineate le deroghe nell’art. 16.

---

<sup>73</sup> D’Acunto (2004, p. 202) parla di «mutuo riconoscimento automatico».

<sup>74</sup> L’art. 20, d.lgs. n. 59/2010 volto a dare attuazione alla dir. 2006/123 per la parte che riguarda appunto la rimozione degli ostacoli allo spostamento del prestatore di servizi, riflette pienamente l’impianto di fondo delineato dall’art. 16 della direttiva. La disposizione, al comma 2, enuncia in realtà un’eccezione che non deve mettere in ombra la regola: il prestatore di servizi europeo non è in linea di principio tenuto all’osservanza dei requisiti previsti per la fornitura di servizi da parte di soggetti economici stabiliti in Italia. Come fa notare Bano (2011, p. 6) «questo rapporto regola-eccezione, consente alla norma interna di conformarsi all’orientamento della Corte di giustizia codificato nell’art. 16 della direttiva 2006/123. In effetti, l’impianto argomentativo della Corte è costruito attorno all’idea di base che il prestatore di servizi debba circolare secondo le regole fissate dallo Stato di provenienza. Mentre l’osservanza di requisiti previsti dall’ordinamento dello Stato ospite sono da valutare come deroghe, ammissibili solo a ben precise condizioni».

<sup>75</sup> Anche Bano (cit.) evidenzia come nel testo finale il legislatore europeo abbia pragmaticamente ripiegato sulla più blanda variante del mutuo riconoscimento «secondo le linee tracciate da una pluridecennale giurisprudenza che ha sapientemente inserito un proprio modello di home state control nel contesto di una valutazione più generale degli interessi in gioco».

Come noto, la disposizione in esame consente agli Stati membri di imporre ai prestatori non stabiliti i propri requisiti soltanto nella misura in cui essi siano (a) non discriminatori; (b) necessari per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza, sanità pubblica o la protezione dell'ambiente; (c) proporzionati.

Nel confronto con la situazione previgente, qui il carattere innovativo della norma si rivela sotto due profili diversi.

Il primo profilo riguarda le misure discriminatorie. La disciplina del Trattato, contenuta nell'*ex art.* 46 Tce (come noto, dettato in materia di libertà di stabilimento e reso applicabile alla libera circolazione dei servizi dalla norma-passerella dell'*ex art.* 55 Tce) consente agli Stati membri di adottare misure che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica.

La norma, in linea con l'*ex art.* 50 Tce (ora art. 57 Tfe) che definisce il contenuto della libertà di prestazione dei servizi in termini di trattamento nazionale, fa riferimento a «disposizioni [...] che prevedano un regime particolare per i cittadini stranieri», rendendo discrezionale l'adozione di misure discriminatorie o distintamente applicabili.

Per contro, la disposizione dell'art. 16 della direttiva, se da un lato riproduce i tre motivi di interesse generale di cui al Trattato (cui viene aggiunta la tutela dell'ambiente), consentendo agli Stati membri di continuare ad invocarli, essa contestualmente fa divieto di applicare requisiti che siano direttamente o indirettamente discriminatori sulla base della nazionalità (o della sede, nel caso delle persone giuridiche). Vi è quindi una sorta di tensione fra il combinato disposto degli *ex* articoli 46 e 55 Tce, e la più restrittiva disciplina contenuta nella direttiva.

Nei primi commenti della dottrina al riguardo, sono state prospettate tesi di segno diverso. Da una prima lettura, pare che la norma dell'art. 16 disciplini le sole misure indistintamente applicabili: quelle distintamente

applicabili continuerebbero ad essere legittime purché conformi all' *ex* art. 46 Tce<sup>76</sup>.

Solo a questa condizione, infatti, la norma di diritto derivato eviterebbe di porsi in contrasto con una fonte di rango superiore, il Trattato.

Per quanto sia vero che, secondo giurisprudenza costante<sup>77</sup>, le norme di diritto derivato debbano interpretarsi in maniera conforme al diritto primario, la tesi non pare però convincente, già sulla base di una lettura testuale dell'art. 16, par. 1. Secondo il comma 3 della norma infatti «gli Stati membri non possono subordinare l'accesso a un'attività di servizi o l'esercizio della medesima sul proprio territorio a requisiti che non rispettino i seguenti principi».

L'applicazione dei requisiti nazionali a prestatori di servizi non stabiliti è soggetta al rispetto (fra gli altri) del principio di non discriminazione.

Appare dunque evidente che la non discriminazione appartiene alla disciplina, e non già alla fattispecie della disposizione; o, in altre parole, alla sua parte prescrittiva. Qualora il legislatore avesse inteso dettare una regola valida per le sole misure indistintamente applicabili, la norma sarebbe stata redatta in modo diverso, mediante un riferimento a “requisiti non discriminatori”, o “indistintamente applicabili”.

Una tesi più estrema<sup>78</sup> ritiene invece che la norma dell'art. 16, par. 1, si ponga in contrasto con le previsioni del Trattato, e sia pertanto inficiata da nullità parziale. Secondo questa lettura, in pratica, le facoltà riconosciute dal Trattato agli Stati membri non potrebbero essere rimosse dal legislatore ordinario.

Teoricamente, uno Stato membro avrebbe dunque potuto esperire un ricorso in annullamento contro la norma in questione, in via principale o incidentale nel corso di altro procedimento. Invero, la limitazione posta dal legislatore alla possibilità di invocare ragioni di interesse pubblico

---

<sup>76</sup> Cfr. Mastroianni 2007.

<sup>77</sup> Si veda sentenza del 29 giugno 1995, causa C-135/93, *Spagna C. Commissione*: «quando una norma di diritto derivato comunitario ammetta più di un'interpretazione, si [deve] dare la preferenza a quella che rende la norma stessa conforme al Trattato rispetto a quella che conduce ad una conclusione incompatibile col Trattato stesso».

<sup>78</sup> Cfr. Miranda 2007, p. 927 e bibliografia ivi citata.

per giustificare misure discriminatorie pare operazione ammissibile. Le deroghe rispetto all'esercizio di libertà fondamentali costituiscono infatti una facoltà degli Stati membri, mai un obbligo.

Sembra quindi del tutto legittimo che in una fase ulteriore di evoluzione del diritto europeo, caratterizzato da una maggiore compenetrazione degli ordinamenti nazionali e da una accresciuta fiducia reciproca fra Stati membri, gli stessi Stati membri decidano (in seno al Consiglio, e con il consenso dell'organo rappresentativo dei popoli, il Parlamento) di rinunciare a fare uso di misure discriminatorie (Miranda 2007, p. 927 e ss).

Del resto, il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità è principio fondatore della costruzione europea, sancito in termini generali già dall'art. 12 Tce (di cui le norme relative alle singole libertà fondamentali non sono altro che specifiche applicazioni) e nell'art. 21 della Carta dei Diritti fondamentali.

Inoltre, questi motivi, essendo il risultato dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia, direttamente legata all'interpretazione del Trattato ed avendo pertanto lo stesso valore (di rango primario) della norma interpretata, dovrebbero trovare applicazione anche se non esplicitamente menzionati (né vietati, né ammessi) nella direttiva (cfr. anche Preto 2007, p. 913).

Il secondo aspetto rilevante (o valore aggiunto) risiede invece nel novero delle ragioni di interesse pubblico (motivi imperativi di interesse generale, nel linguaggio della direttiva) che gli Stati membri possono invocare a giustificazione di una misura che sia considerata come una violazione.

Il Trattato si limita a prevederne tre: ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica. Come noto, la Corte di giustizia, che utilizza termini diversi per indicare il medesimo concetto – a volte ragioni imperative di interesse generale, altre volte motivi imperativi di interesse generale, altre volte ancora considerazioni obiettive, o questioni di imperativo

interesse generale<sup>79</sup> - ha progressivamente riconosciuto l'ammissibilità di altri motivi imperativi di interesse generale, partendo dalla già menzionata decisione *Cassis de Dijon*.

I motivi imperativi costituiscono una lista aperta, e la Corte si è mostrata propensa ad ampliarne il novero, salvo adottare un approccio assai più restrittivo nel test di proporzionalità (cfr. *supra*), alla stregua del quale ha giudicato ingiustificate la maggior parte delle restrizioni sottoposte al suo esame.

Come anticipato nel precedente paragrafo, l'unica preclusione netta individuata dalla Corte riguarda gli obiettivi di natura economica, mai considerate quali ragioni imperiose di interesse generale<sup>80</sup>. La direttiva sui servizi codifica proprio questa giurisprudenza, fornendo una precisa definizione di "motivi imperativi di interesse generale" (art. 4, n. 8).

In relazione a questo concetto si coglie ancor più l'importanza di distinguere tra libertà di stabilimento e prestazione di servizi. Con riguardo alla prima, i motivi imperativi di interesse generale sono un presupposto necessario per l'imposizione di un regime di autorizzazione (art. 9.1), costituiscono la giustificazione dei criteri per l'esercizio del potere discrezionale delle autorità competenti al rilascio delle autorizzazioni (art. 10.2), a fronte del diritto generale di esercitare i servizi mediante un solo stabilimento consentono di richiedere autorizzazioni specifiche e di imporre limitazioni territoriali (art. 10.3), consentono di limitare il numero delle autorizzazioni, normalmente libero, o la loro durata, di regola illimitata (art. 11.1), salvo che per la

---

<sup>79</sup> La nozione di interesse generale è stata utilizzata dalla Corte, fin dall'inizio, in relazione alle (e tenuto conto delle) speciali caratteristiche di talune prestazioni di servizi. Nella già citata sentenza *Van Binsbergen* (sentenza 3 dicembre 1974, C-33/74, punto 12), ad esempio, il rispetto da parte degli ausiliari di giustizia delle regole professionali di organizzazione, di qualifiche, di deontologia, di controllo e di responsabilità è stato ritenuto corrispondere ad un imperativo di interesse generale. Ancora, nel caso *Webb* (sentenza 28 marzo 1996, C-272/94, punto 18), si è affermato che l'attività di collocamento costituisce un settore particolarmente sensibile in quanto incide sia sul mercato del lavoro che sugli interessi dei lavoratori. In *Guiot* (sentenza 28 marzo 1996, C-272/94) la Corte ha ritenuto che l'interesse alla protezione sociale dei lavoratori nel settore edile, considerate le specificità di tale settore, può, in via di principio, giustificare una restrizione alla libertà di prestazione dei servizi.

<sup>80</sup> *Ex multis*, sentenza 5 giugno 1997, C-398/95, *SETTG*.

scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili il numero delle autorizzazioni sia limitato, nel qual caso i motivi imperativi guidano gli Stati membri nella conformazione delle procedure di selezione (art. 12.3). I motivi imperativi consentono di adottare un regime diverso dal silenzio-assenso per la conclusione delle procedure di autorizzazione (art. 13.4). Infine, in merito ai requisiti vietati, i motivi imperativi consentono di imporre requisiti di programmazione che non perseguono obiettivi economici, di regola invece vietati (art. 14.1 n. S), mentre in merito ai requisiti da valutare i motivi imperativi costituiscono uno dei parametri di valutazione da parte degli Stati membri.

In tema di libera circolazione dei servizi, invece, si prescinde da tale nozione (art. 16, par. 1): necessità significa, appunto, che i requisiti devono essere giustificati da ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica o di tutela dell'ambiente.

Tutti gli altri motivi imperativi di interesse generale non possono pertanto essere invocati per giustificare l'applicazione delle norme nazionali ai prestatori non stabiliti. Ancora una volta, pertanto, la ridefinizione della regola d'eccezione produce un risultato innovativo rispetto alla disciplina del Trattato.

Anche con riguardo a tale opera di ridefinizione, si è dibattuto (già in sede di negoziazione della direttiva) e si continua a dibattere sulla legittimità di una norma di diritto derivato che riduce le facoltà concesse agli Stati membri dalle norme del Trattato (la giurisprudenza sui motivi imperativi di interesse generale è direttamente basata sulle norme del Trattato), in modo invero non dissimile da quanto si fa sulla questione già esaminata delle misure discriminatorie.

Non è necessario riproporre in questa sede gli argomenti (già esposti) a supporto della legittimità di una scelta del legislatore, che - alla luce dell'evoluzione del diritto europeo e del processo di integrazione - riduca l'ambito delle deroghe ammissibili rispetto all'esercizio di libertà fondamentali. È noto che il criterio di interpretazione teleologica delle norme del Trattato ha da sempre giocato un ruolo predominante nella

giurisprudenza comunitaria, sin dalle risalenti decisioni sul primato del diritto comunitario e sull'effetto diretto. È lecito ritenere che la Corte, qualora fosse chiamata a giudicare della conformità delle norme della direttiva sui servizi rispetto al diritto primario, riconoscerebbe come legittima l'opera del legislatore europeo, finalizzata a promuovere un maggior grado di integrazione e la piena realizzazione del mercato interno.

D'altra parte, se è vero che la scelta di disciplinare l'esercizio del potere di deroga da parte degli Stati in modo più severo rispetto a quanto previsto dal Trattato non costituisce affatto una novità nel processo di integrazione europea e non pone problemi di compatibilità tra la norma della direttiva e una fonte di rango superiore, dall'altro, a seguito del recepimento solo parziale del test di proporzionalità elaborato dalla Corte, sarà ancora più arduo giustificare l'applicazione di misure che nello *Sato* ospitante regolano l'accesso ai servizi (D'Acunto 2007, p.302).

### *3.1. Ambito applicativo della direttiva 2006/123/Ce ed esclusioni: i servizi sottratti alle regole del mercato.*

L'esame dell'ambito di applicazione della direttiva 2006/123/Ce offre l'occasione per riflettere sulla tecnica legislativa utilizzata dalle Istituzioni europee nella redazione di questo atto che, con riferimento alla lista negativa delle esclusioni, ha fatto parlare alcuni autori di "antilegislazione"<sup>81</sup>.

Se, da un lato, come alcuni autori sostengono (D'Acunto 2009, p. 3), tale tecnica di normazione è la sola che può contribuire a delineare un campo di applicazione indefinito, aperto ed evolutivo, in piena sintonia con la vocazione orizzontale della direttiva e adattabile alla realtà economica in

---

<sup>81</sup> Manin 2006, p. 29. Altri autori parlano di tecnica dell'*opt-out* (cfr. D'Acunto 2009, p. 16).

continua evoluzione, dall'altro, è sicuro che il testo in esame non rappresenta un prototipo di certezza giuridica.

I *considerando* incorrono spesso in retorica ripetitività, se non in contraddizioni, e la dichiarazione con cui si è sbloccata la seconda votazione del Parlamento europeo è ambigua.

Si può affermare che si tratti di uno degli esempi più significativi delle ricadute che possono avere i compromessi raggiunti, tra la prima e la seconda lettura e nel corso di tutte le attività di confronto tra i codecisori, sulla tenuta tecnico-giuridica dell'insieme delle disposizioni adottate.

L'azione del Parlamento europeo, istituzione che si è fatta garante della tutela dell'interesse generale a fronte delle istanze di matrice mercantilistica provenienti da altre parti, si è tradotta soprattutto in una lunga serie di eccezioni, restrizioni, deroghe o altri tipi di clausole con l'obiettivo di circoscrivere l'impatto delle norme della direttiva sulla disciplina dei servizi di interesse generale. Questo modo di procedere si riflette in alcuni passaggi del testo con la netta prevalenza di disposizioni che si preoccupano di chiarire quello che la direttiva *non* intende fare.

È proprio in riferimento alle attività in esame che questo tipo di approccio assume una particolare intensità, come risulta evidente fin dall'art. 1, il cui secondo comma si premura di precisare che l'atto «non riguarda la liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale».

Il terzo comma del medesimo articolo chiarisce, inoltre, che la direttiva non intende in alcun modo incidere sul riparto di competenze tra l'Unione e gli Stati membri, lasciando impregiudicata la libertà di questi ultimi nel definire quali siano i servizi di interesse economico generale, gli obblighi specifici ai quali tali attività debbano essere soggette e le loro modalità di organizzazione e finanziamento<sup>82</sup>.

---

<sup>82</sup>Tali questioni saranno oggetto di specifica analisi nel capitolo successivo. Si può per ora anticipare che il problema del riparto di competenze tra l'Unione e gli Stati membri in materia di servizi di interesse generale, a seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, è oggetto di rinnovato interesse. L'art. 14 Tfeue (ex art. 16 Tcee) prevede la possibilità che l'Ue intervenga a fissare i principi e le condizioni che consentano ai servizi di interesse economico generale di assolvere i loro compiti.

Un'impostazione del tutto analoga caratterizza anche i numerosi *considerando* che affrontano il tema del rapporto tra le norme della direttiva e la disciplina dei servizi di interesse economico generale. Cifra comune a questi riferimenti è, infatti, l'ampio utilizzo di formulazioni "in negativo", le quali paiono rispondere più ad esigenze di carattere politico che non ad effettive necessità di ordine sistematico.

Come emerge dai precedenti paragrafi, l'attenzione degli interpreti si è finora concentrata sulla *ratio* sottesa alla proposta iniziale della Commissione, sul contrasto di posizioni assunte tra i codecisori e sul superamento, per volontà del Parlamento europeo, del contestato principio del Paese d'origine.

Più sottotraccia, ma determinante, vi è quello delle esclusioni dal campo di applicazione: esclusioni di determinati ambiti, a partire dai servizi di interesse generale, ed esclusioni *ratione materiae*, come il diritto di negoziare e stipulare contratti collettivi, la compatibilità con altre politiche, come le iniziative comunitarie in ambito sociale, e il rispetto dei diritti fondamentali, tra cui, espressamente, il diritto di sciopero (su cui *infra*).

L'analisi degli effetti della direttiva 2006/123 sulla disciplina dei servizi di interesse generale impone, prima di tutto, di determinare quali di questi rientrino nel suo ambito applicativo.

I servizi regolati dalla direttiva sono quelli riconducibili alla nozione di cui all'art. 56 Tfeue, ma non tutti rientrano nel campo di applicazione della direttiva<sup>83</sup>. Non vi rientrano, in base all'art. 2, i servizi d'interesse generale<sup>84</sup>, espressione non presente nel Trattato ma derivata, nella prassi, comunitaria dall'espressione «servizi di interesse economico generale» (dicitura invece presente negli artt. 16 e 86 del Tce, ora artt. 14

---

<sup>83</sup> Non vi rientrano neppure i servizi per i quali già esistono organiche discipline di settore (*considerando* n. 25). Si tratta dei servizi finanziari, servizi di comunicazione elettronica, servizi di trasporto, servizi sanitari, i servizi audiovisivi, le scommesse ed i giochi. Queste esclusioni sono legate alla natura specifica di tali attività, la quale comporta, da parte degli Stati membri, l'attuazione di politiche di ordine pubblico e di tutela dei consumatori. È escluso anche il settore fiscale (*considerando* n. 29).

<sup>84</sup> Sulla ricostruzione delle nozioni di "servizi di interesse generale" e "servizi sociali di interesse generale" v. *amplius* capitoli II e III.

e 106), cioè i servizi che le autorità pubbliche considerano di interesse generale e assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico, ma che non sono prestati dietro corrispettivo economico. Rientrano invece nell'ambito di applicazione della direttiva, salvo che non siano dichiarati esclusi, i servizi di interesse economico generale.

È importante precisare che l'elenco di servizi e attività contenuto nella direttiva ha carattere meramente esemplificativo e non esaustivo: l'utilizzo della locuzione "fra cui", introdotta per iniziativa del Parlamento, non lascia dubbi a questo proposito. Non può, perciò, condividersi quanto sostenuto da alcuni autori, i quali hanno proposto di limitare la portata applicativa della clausola di deroga ai soli settori esplicitamente previsti nell'elenco, in modo da ridurre al minimo il *vulnus* inferto ad un principio fondamentale del Trattato. Tale proposta, per quanto sorretta da motivazioni comprensibili, non è ricevibile, concretandosi in una lettura *contra legem* della disposizione.

L'elenco prende in considerazione attività eterogenee non solo dal punto di vista strutturale, ma anche per quanto riguarda la loro regolamentazione nell'ordinamento comunitario. Da un lato, le lett. a, b, c dell'art. 17 fanno riferimento ai servizi di interesse economico generale forniti dalle grandi industrie di rete, i quali sono oggetto di specifica disciplina a livello europeo, in ragione della loro (chiara) dimensione sovranazionale. La loro esclusione dall'ambito applicativo dell'art. 16 costituisce, perciò, una mera ripetizione di quanto previsto dall'art. 3, par. 1, della direttiva, ai sensi del quale le disposizioni degli atti settoriali sono destinati a prevalere su quelle della direttiva. Le ultime due lettere fanno, invece, riferimento alla distribuzione e alla fornitura idrica, alla gestione delle acque reflue e al trattamento dei rifiuti, ambiti per i quali non è prevista una disciplina specifica a livello europeo con evidenti ripercussioni in termini di coerenza sistematica.

Sembra difficile non trarre alcuna conseguenza dall'impianto delineato dal legislatore europeo<sup>85</sup>. E altrettanto difficile (ma imprescindibile) pare individuare la linea di demarcazione tra i servizi non economici di interesse generale, ritenuti di importanza strategica per gli Stati membri, e i servizi economici di interesse generale, i soli ad essere nominati dai Trattati.

I Trattati (anche nella versione riformata) non offrono nessuna distinzione tra servizi economici e non economici, creando così un contesto d'incertezza giuridica e delegando al giudice la funzione di arbitro. L'unica significativa modifica è la menzione ai servizi di interesse generale nel Protocollo n. 26, allegato al Trattato di Lisbona.

La proposta originaria della Commissione prevedeva una lista decisamente più limitata di settori esclusi e non faceva alcun riferimento ai servizi non economici di interesse generale<sup>86</sup>. Come precisato nella Relazione esplicativa, infatti, era fuori discussione che la proposta coprisse solo «i servizi che costituiscono un'attività economica a termini della giurisprudenza della Corte relativa all'art. 49 del Trattato (*Tce*)», escludendo, quindi, le attività di interesse generale non aventi carattere economico. Il Parlamento, non condividendo l'approccio della Commissione, pretese l'ampliamento del numero di settori esclusi e, soprattutto, l'inserimento nell'art. 2 di una specifica eccezione per i «servizi di interesse generale quali definiti dagli Stati membri». La versione votata in prima lettura venne, però, successivamente modificata dal Consiglio, il quale, per timore che l'utilizzo della nozione di «servizi di interesse generale» potesse generare confusione, ritenne necessario specificare che la clausola di esclusione doveva ritenersi operativa solo per le attività non aventi carattere economico.

---

<sup>85</sup> Diversamente da quanto fa Menichetti (2007, p. 132), secondo il quale la distinzione tra servizi economici e non economici di interesse generale «non risulta incisa dalla recente approvazione della c.d. Direttiva servizi».

<sup>86</sup> L'art. 2 della Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno, Com (2004) 2 def. del 25 febbraio 2004 prevedeva che la direttiva non si applicasse a: i servizi finanziari; i servizi e le reti di comunicazione elettronica nonché le risorse e i servizi associati; i servizi di trasporto qualora disciplinati da altre norme comunitarie fondate sugli *ex* articoli 71 e 80 Tce.

Il riferimento ai «servizi non economici di interesse generale» si giustifica solo quale risposta ad esigenze di natura politica (vista l'estrema sensibilità della materia), risultando scarsamente significativo dal punto di vista giuridico<sup>87</sup>: il fatto che le norme europee in materia di libera circolazione dei servizi e libertà di stabilimento si applichino solo nei confronti di attività aventi carattere economico è ormai un dato certo<sup>88</sup>.

Punto nodale per determinare l'ambito applicativo della direttiva e la distinzione tra i servizi di interesse economico generale e le attività non economiche di interesse generale è la già ricostruita nozione di "servizio" ai sensi dell'art. 57 Tfeue.

Muovendo dalle indicazioni contenute in questa disposizione, il *considerando* n. 34 esclude dall'ambito applicativo della direttiva le «attività svolte dallo Stato o per conto dello Stato senza corrispettivo economico nel quadro dei suoi doveri in ambito sociale, culturale, educativo e giudiziario», non potendo in questi casi ravvisarsi la caratteristica della retribuzione.

Si fa dunque riferimento sia ad attività connesse all'esercizio dei pubblici poteri, quali quelle in ambito giudiziario, sia ad attività rientranti nel settore dei c.d. servizi sociali di interesse generale.

Per quanto riguarda le prime, la loro esclusione non solleva particolari problemi ed è sancita in modo netto anche dalla lett. i. dell'art. 2, par. 2, della direttiva. Viceversa, la qualificazione dei servizi sociali di interesse generale rappresenta uno degli aspetti attualmente più controversi della distinzione tra attività non aventi carattere economico e servizi rilevanti ai fini delle norme sul mercato interno. Tale categoria, di particolare interesse *rationae materiae* e per i suddetti profili problematici, sarà oggetto di specifica indagine nel capitolo terzo, cui si rinvia per ogni approfondimento.

---

<sup>87</sup> Cfr. Caggiano 2008, pp. 14-15. Nello stesso senso si è espressa la Commissione nella relazione allegata alla versione originale della Proposta di direttiva.

<sup>88</sup> Il principio è stato ribadito a più riprese dalla Corte. Per una ricostruzione della copiosa giurisprudenza sul punto cfr. Barnard 2007, p. 360-367.

In generale, i servizi sociali non rientrano nel campo di applicazione della direttiva, in quanto essenziali per garantire i diritti fondamentali alla dignità e all'integrità umana e costituiscono una manifestazione dei principi, di coesione e solidarietà sociale (*considerando* n. 27). Va precisato che non sono esclusi tutti i servizi sociali, ma solo quelli nel settore degli alloggi, dell'assistenza all'infanzia e del sostegno alle famiglie e alle persone bisognose, forniti dallo Stato a livello nazionale, regionale o locale da prestatori incaricati dallo Stato o da associazioni caritative riconosciute come tali dallo Stato per sostenere persone che si trovano in condizione di particolare bisogno a titolo permanente o temporaneo, perché hanno un reddito familiare insufficiente o sono totalmente o parzialmente dipendenti e rischiano di essere emarginate.

Benché il fatto che il confine tra attività economiche e non economiche non sia fisso nel tempo, ma destinato a mutare con l'evoluzione economica, sociale, tecnologica, non costituisca una prerogativa dei servizi sociali, il continuo cambiamento che caratterizza l'essenza di tali servizi, nel loro costante adeguamento ai bisogni dell'utente/cittadino, incide inevitabilmente sulla distinzione in esame, imponendo la revisione dei confini tradizionali<sup>89</sup>. Il *considerando* n. 34 specifica inoltre che «la gestione di regimi di sicurezza sociale che non svolgono un'attività economica» deve anch'essa ritenersi esclusa dall'ambito applicativo della direttiva, non potendola considerare un "servizio" ai sensi dell'art. 56 T.fue.

In merito alle conseguenze delle suddette esclusioni, se, come osservato da alcuni, l'inapplicabilità dell'art. 16 nei confronti dei servizi di interesse economico generale forniti in taluni settori specifici era già prevista nella Proposta originaria di direttiva, in quel caso, però, l'esclusione non operava nei confronti di un principio previsto dal Trattato, ma intendeva proteggere talune categorie di servizi, tra i quali i

---

<sup>89</sup> Cfr. sul tema il par. 3.2 del capitolo III.

servizi di interesse economico generale, dagli effetti di un principio innovativo, vale a dire quello del Paese di origine.

La clausola di deroga è stata mantenuta (e ampliata), anche dopo la sostituzione di tale principio con quello della libera prestazione dei servizi.

L'obiettivo, ancora una volta, era quello di offrire una risposta alle preoccupazioni relative alla possibilità che l'applicazione della direttiva potesse incidere negativamente sul funzionamento dei servizi di interesse economico generale.

La disciplina dei servizi di interesse economico generale prevista dal Trattato, (cui rimanda la direttiva in commento), e il difficile rapporto tra interesse generale e libera concorrenza, saranno oggetto di specifica indagine nel capitolo secondo di questo scritto. Non si può, però, prescindere da muovere alcune critiche all'impostazione assunta dal legislatore secondario con riferimento ai suddetti servizi, fatto salvo il proposito di sviluppare in maniera più esaustiva queste prime riflessioni nel prosieguo della trattazione.

Già il Trattato di Roma del 1957 prevedeva che tutte le norme di diritto primario, ivi comprese quelle in materia di mercato interno, trovassero applicazione anche nei confronti dei servizi in esame, nella misura in cui non ostassero all'adempimento dei compiti di interesse generale perseguiti attraverso la fornitura di tali servizi.

Il modello delineato dal legislatore sovranazionale si fonda sul tentativo di conciliare interessi potenzialmente contrastanti, quali la tutela dell'integrità del mercato interno e la possibilità per gli Stati membri di perseguire obiettivi di politica economica e sociale non necessariamente soddisfatti dall'azione delle forze di mercato, affidando all'interprete la ricerca di un punto di equilibrio tra i diversi interessi in gioco<sup>90</sup>. Tale esercizio di bilanciamento, infatti, deve necessariamente essere svolto

---

<sup>90</sup> Si veda la Comunicazione della Commissione *I servizi di interesse generale in Europa*, nota 74, par. 14-36.

caso per caso, valutando in concreto la sussistenza delle condizioni necessarie per giustificare una deroga alle norme del Trattato<sup>91</sup>.

L'incoerenza della soluzione adottata dalla direttiva in materia di prestazione dei servizi trova ulteriore conferma nel raffronto con la disciplina della libertà di stabilimento, ambito nel quale la direttiva riprende il modello codificato dall' *ex* art. 86, par. 2, Tce (ora art. 106 Tfue). L'art. 15, par. 4, prevede, infatti, la possibilità per gli Stati di derogare all'applicazione delle norme che regolano l'utilizzo di requisiti restrittivi non discriminatori nel caso in cui sia necessario per garantire l'assolvimento della missione specifica affidata ai servizi di interesse economico generale. La scelta di non seguire la stessa impostazione in materia di libera prestazione di servizi fa sì che si abbia un diverso trattamento normativo per una questione, vale a dire il rapporto tra la tutela della missione di interesse generale e l'applicazione delle regole sul mercato interno, tradizionalmente regolata in modo uniforme nel diritto comunitario.

La soluzione dell'art. 17 della direttiva risulta ancor più incomprensibile se valutata dal punto di vista dei suoi effetti pratici. L'esclusione dei servizi di interesse economico generale dall'ambito applicativo dell'art. 16 non incide, infatti, sul quadro normativo vigente prima dell'adozione della direttiva.

I servizi di interesse economico generale continuano ad essere soggetti al regime codificato dall'attuale art. 106, par. 2 Tfue, il quale prevede l'applicabilità nei loro confronti di tutte le norme del Trattato, ivi compreso il principio della libera prestazione dei servizi, fatti salvi i casi in cui questo osti all'adempimento della loro missione specifica.

L'eventuale esercizio della facoltà di deroga da parte degli Stati membri resta, dunque, soggetto al vaglio di legittimità realizzato dalle istituzioni comunitarie alle luce delle condizioni previste dallo stesso Trattato.

---

<sup>91</sup> Come fa notare Caggiano (2008, p. 31), il bilanciamento caso per caso è necessario solo per i settori non armonizzati.

Da ultimo, occorre osservare che, così formulata, la clausola di deroga prevista dall'art. 17 potrebbe prestarsi ad abusi da parte degli Stati membri.

La norma, infatti, esclude dall'ambito applicativo dell'art. 16 tutti i servizi di interesse economico generale, posto che l'elenco del comma 1 ha, come già rilevato, carattere meramente esemplificativo.

L'applicabilità della deroga dipende, dunque, dalla qualificazione dell'attività come servizio di interesse economico generale, un compito tradizionalmente considerato rientrare nella discrezionalità degli Stati membri.

Il controllo a livello sovranazionale tende a concentrarsi sul rapporto tra la misura adottata e l'obiettivo perseguito, limitandosi, per quanto riguarda la qualificazione dell'attività, ai soli casi di errore manifesto. Se questo modo di procedere dovesse trovare applicazione anche rispetto all'art. 17, gli Stati membri si vedrebbero attribuita la possibilità di ridurre ulteriormente la portata applicativa dell'art. 16, ampliando il novero delle attività considerate di interesse generale.

Inoltre, l'adozione di una diversa impostazione è giustificata dal diverso ruolo che gioca il controllo sulla qualificazione dell'attività nei due ambiti.

Mentre l'art. 106, par. 2 TFEU rappresenta solo la prima delle diverse fasi in cui si articola il controllo del giudice, l'art. 17 della direttiva costituisce, invece, l'unico momento in cui è possibile determinare se la decisione di escludere alcune tipologie di servizi dal regime dell'art. 16 possa considerarsi legittima ai sensi del diritto europeo.

Sembrerebbe, però, esserci un ostacolo all'adozione di un approccio meno deferente da parte delle istituzioni comunitarie sul punto.

L'art. 1, par. 3, della direttiva si cura, infatti, di precisare come l'atto in esame lasci impregiudicata «la libertà, per gli Stati membri, di definire [...] quali essi ritengano essere servizi di interesse economico generale». Tuttavia, il medesimo comma conferma che la qualificazione dei servizi debba sempre avvenire in conformità del diritto europeo, ammettendo,

perciò, che le decisioni assunte dalle autorità nazionali possano comunque essere sottoposte ad un controllo di legittimità a livello europeo e non ponendo alcun limite in termini di intensità dello scrutinio della Corte di giustizia.

### *3.2. Il recepimento della direttiva nell'ordinamento interno: il regime delle esclusioni individuate dal d.lgs. n. 59/2010*

L'esame del d.lgs. n. 59/2010, che ha dato attuazione alla direttiva sui servizi, sarà limitata agli aspetti che qui maggiormente interessano, connessi alla ricostruzione delle nozioni di riferimento e all'individuazione delle regole applicabili. Verranno pertanto indagati il campo di applicazione e il regime delle esclusioni individuati dal decreto di recepimento.

I servizi regolati dal d.lgs. 59/2010 sono quelli riconducibili alla nozione di cui all'art. 57 Tfeue secondo la nozione ricostruita nei precedenti paragrafi.

La centralità del requisito economico trova conferma anche nell'art. 1, comma 1, del d.lgs. 59/2010 secondo il quale le disposizioni ivi contenute «si applicano a qualunque attività economica, di carattere imprenditoriale o professionale, svolta senza vincolo di subordinazione, diretta allo scambio di beni o alla fornitura di altra prestazione anche a carattere intellettuale» (cfr. anche art. 8, comma 1°, lett. a). Non tutte le attività riconducibili alla nozione di servizio rientrano però nel campo di applicazione.

Nel decreto attuativo occorre preliminarmente distinguere il generale campo di applicazione (di cui agli articoli 2-7 del d.lgs. 59/2010), riguardante le disposizioni sulla semplificazione amministrativa e sulla libertà di stabilimento, dal campo di applicazione (ancor più ristretto, in

quanto oggetto di ulteriori esclusioni contenute nell'art. 22) relativo alle sole previsioni in materia di libera circolazione di servizi<sup>92</sup>.

L'art. 2 individua le attività nei confronti delle quali il decreto non si applica: a) attività connesse con l'esercizio di pubblici poteri, quando le stesse implicino una partecipazione diretta e specifica all'esercizio del potere pubblico e alle funzioni che hanno per oggetto la salvaguardia degli interessi generali dello Stato e delle altre collettività pubbliche; b) disciplina fiscale delle attività di servizi; c) servizi di interesse economico generale assicurati alla collettività in regime di esclusiva da soggetti pubblici o da soggetti privati, ancorché scelti con procedura ad evidenza pubblica, che operino in luogo e sotto il controllo di un soggetto pubblico. Sono altresì esclusi dal generale campo di applicazione del decreto i servizi sociali (art. 3) e i servizi sanitari e quelli farmaceutici forniti direttamente a scopo terapeutico nell'esercizio delle professioni sanitarie, indipendentemente dal fatto che vengano prestati in una struttura sanitaria e a prescindere dalle loro modalità di organizzazione, di finanziamento e dalla loro natura pubblica o privata (art. 7).

Secondo gli articoli da 4 a 7 del d.lgs. 59/2010 (cfr. *considerando* n. 25 e 29 della dir. 2006/123), non rientrano neppure i servizi per i quali già esistono organiche discipline di settore. Si tratta dei servizi finanziari (art. 4), servizi di comunicazione (art. 5), i servizi di trasporto (art. 6), i servizi di somministrazione di lavoratori forniti dalle agenzie per il lavoro, autorizzate ai sensi del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, i servizi audiovisivi (ivi compresi quelli cinematografici, a prescindere dal modo di produzione, distribuzione e trasmissione), e i servizi radiofonici (art. 7) ed altri la cui analisi esula dall'oggetto di questo contributo. Queste esclusioni sono legate alla natura specifica di tali attività, la quale comporta, da parte degli Stati membri, l'attuazione di politiche di ordine pubblico e di tutela di consumatori e lavoratori. Infine, alle esclusioni espresse si affiancano le esclusioni derivanti dalla c. d. "clausola di

---

<sup>92</sup> V. *funditus* Bano 2011.

specialità” (art. 9), che prevede la prevalenza delle norme di applicazione di altre direttive comunitarie.

Breve riflessione richiede altresì l’inapplicabilità, ai sensi dell’art. 22 d.lgs. 59/2010, della disciplina della libera circolazione di servizi stabilita dal precedente art. 20 ai servizi di interesse economico generale forniti in taluni settori specifici<sup>93</sup>.

Come fa notare Bano (2011) «ciò che viene in evidenza è il ricorso al criterio di specialità, atteso che nella maggior parte dei casi si fa riferimento a materie già regolate da provvedimenti normativi settoriali, ai quali dunque si rinvia, senza che questo implichi necessariamente una deviazione, sul piano sostanziale, dai principi generali di libera circolazione dei servizi». La normativa sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale è esemplare in questo senso: essa prevede, in deroga al principio di territorialità dei sistemi nazionali, che il lavoratore temporaneamente distaccato sul territorio di un altro Stato membro sia assoggettato alla legislazione previdenziale dello Stato di origine (art. 14.1, lett. a, regolamento Cee n. 1408/71). In tal caso, il rinvio alla disciplina settoriale comporta addirittura un rafforzamento dei tratti tipici e fondanti del regime di circolazione dei servizi, «nel senso che si segue il modello *home state control*<sup>94</sup> senza i temperamenti derivanti dal riconoscimento dei motivi imperativi di interesse generale» (Bano 2011).

In pratica, ai servizi ricompresi nell’ambito delle discipline settoriali richiamate, non viene riconosciuta ai prestatori europei, cittadini o

---

<sup>93</sup> Nel nostro ordinamento sono espressamente inclusi i servizi postali, i servizi di gestione dell’energia elettrica, del gas naturale e delle acque reflue, i servizi di trattamento dei rifiuti.

<sup>94</sup> L’art. 23 compie invece un richiamo al criterio dell’*host state control*, nel senso che i “requisiti” previsti in Italia per le attività ivi elencate possono essere richiesti indistintamente ai prestatori di servizi stabiliti in Italia e a quelli che vi soggiornano in via temporanea e occasionale, senza che sia necessario dimostrare le ragioni sottese a detti requisiti. Precisa Bano (2011) che l’inclusione nell’elenco delle deroghe in parola non significa necessariamente l’applicazione di tutte le norme italiane ai relativi servizi: tali servizi sono in ogni caso soggetti all’art. 56 Tfu e l’applicazione di certi requisiti potrebbe comunque non essere giustificata.

imprese, la facoltà di accedere e circolare sul territorio dello Stato italiano in forma temporanea ed occasionale, senza incontrare ostacoli<sup>95</sup>.

Il legislatore italiano, consapevole della complessità del sistema di esclusioni delineato dalla direttiva, ha previsto l'emanazione di decreti interministeriali che effettueranno, come previsto dall'art. 2, la ricognizione dei servizi esclusi dalle disposizioni del decreto di attuazione. In taluni casi, e con scelte opinabili, si è discostato dalle indicazioni della dir. 2006/123, come nel caso dei servizi e reti di comunicazione, ai quali si applicheranno, ai sensi della disciplina nazionale, le sole previsioni relative alla semplificazione amministrativa, mentre il testo europeo li esclude interamente dalla sua disciplina.

Il decreto 59/2010 non recepisce la previsione di cui al *considerando* n. 17, che esclude i servizi di interesse generale e non fa menzione alcuna a questi servizi (come categoria generale), risolvendo attraverso il silenzio il dibattito che anima il contesto europeo sui confini incerti di tale nozione. Ci si limita ad escludere i servizi non economici, in quanto «non costituiscono servizi ai sensi del presente decreto» (art. 8, comma 1, lett. a). Coerentemente, rientrano nell'ambito di applicazione del decreto attuativo, salvo che non siano dichiarati esclusi i servizi di interesse economico generale, espressamente richiamati alla lett. c dell'art. 2.

Neppure i servizi sociali sono soggetti alla disciplina del d.lgs. 59/2010 (art. 3), in quanto essenziali per garantire i diritti fondamentali alla dignità e all'integrità umana e costituiscono una manifestazione dei principi di coesione e solidarietà sociale (*considerando* n. 27 dir. 2006/123).

È bene anticipare che questa esclusione non è però sufficiente alla luce delle interpretazioni fornite dalla Corte e dalla Commissione sulla nozione di attività economica<sup>96</sup> e di impresa. Questi servizi, nonostante i fini sociali che perseguono, rischiano di rientrare nell'ambito di applicazione delle regole del mercato.

---

<sup>95</sup> Per l'individuazione degli "ostacoli" cfr. art. 8 d.lgs. 59/2010.

<sup>96</sup> Cfr. par. 3.1 del cap. II e par. 1.1 del cap. III.

In particolare, si rileva la difficoltà di individuare, specie a livello locale, quei servizi a carattere sociale che, in base alle determinazioni europee vigenti, hanno carattere economico, tenuto conto che «la distinzione fra attività economiche e non economiche ha nel tempo dimostrato un carattere dinamico ed evolutivo, tanto da divenire talora addirittura superflua per un crescente numero di servizi»<sup>97</sup>. La valenza sociale dell'attività richiede, quindi, una particolare attenzione poiché, in alcuni ambiti, la rilevanza economica o meno del servizio stesso, «può determinare una sua differente qualificazione»<sup>98</sup>.

All'art. 3, il decreto n. 59/2010 riporta pedissequamente le indicazioni contenute nel testo europeo (art. 2 dir. 2006/123) e non esclude tutti i servizi sociali, ma solo quelli nel settore degli alloggi, l'assistenza all'infanzia e il sostegno alle famiglie e alle persone temporaneamente o permanentemente in stato di bisogno forniti da amministrazioni pubbliche, da prestatori da esse incaricati o da associazioni che perseguono scopi caritatevoli.

Anche l'ordine sistematico con cui sono disposte le esclusioni, tra cui quelle afferenti al settore sociale, consente di muovere un'ulteriore critica al testo di recepimento, che a differenza della direttiva, utilizza ben sei articoli, prevedendo una generale clausola di esclusione all'art. 2, per poi elencare una serie di attività precise, spesso senza una chiara *ratio*. È il caso dei servizi sanitari, anch'essi strumenti di politica sociale basati sul principio di solidarietà e volti a garantire a tutti i cittadini un'assistenza di qualità, isolati dai servizi sociali (per cui è previsto un articolo specifico<sup>99</sup>) e ricompresi negli "altri servizi esclusi", tra i servizi di somministrazione e quelli audiovisivi.

Senza inoltrarsi nel merito della questione, che va ben oltre le tematiche affrontate in questo scritto, non si può tralasciare il dibattito sull'inclusione dei servizi sanitari tra i servizi sociali di interesse generale

---

<sup>97</sup> V. Relazione ai sensi dell'articolo 8 della decisione 2005/842/Ce del 22 luglio 2009, a cura della Presidenza del Consiglio, p. 5.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>99</sup> Art. 3 d.lgs. n. 59/2010.

che in ambito europeo vede contrapposte Commissione, da un lato, parti sociali e Comitato economico e sociale, dall'altro. Quest'ultimo, in particolare, sottolinea le numerose interazioni e sinergie tra i servizi sociali e servizi sanitari e rileva le contraddizioni dell'Esecutivo europeo che, nel Libro bianco sui servizi di interesse generale<sup>100</sup> ricomprende i servizi sanitari nella nozione di servizi sociali di interesse generale, per poi escluderli nella successiva Comunicazione del 2006<sup>101</sup>. Una precisazione pare comunque fondamentale: mentre i servizi sociali d'interesse generale attengono alla disciplina circolazione dei servizi, i servizi sanitari coinvolgono la problematica della circolazione dei destinatari (*rectius*, della mobilità dei pazienti). Riflessione comune a tali categorie riguarda la crescente accentuazione del carattere economico dei servizi di interesse generale da parte della Corte di giustizia e della Commissione che non è controbilanciata dal riconoscimento e dalla tutela dei compiti di interesse generale che questi assolvono<sup>102</sup>.

In conclusione, la questione attinente il campo di applicazione della disciplina dei servizi, così come delineata dalle dir. 2006/123, ampiamente dibattuta sul piano sovranazionale, non esce completamente chiarita nemmeno dal testo del decreto attuativo. E forse, tale opera di riordino di nozioni ed esclusioni, strettamente connessa e influenzata dagli orientamenti della Corte di giustizia, non sarebbe nemmeno stata esigibile da parte del legislatore nazionale.

---

<sup>100</sup> COM (2004) 374 def. del 12 maggio 2004.

<sup>101</sup> Cfr. punti 4.1 e 4.5 del Parere 15 marzo 2007 in merito alla Comunicazione della Commissione - Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea (COM (2006) 177 def). Sulla distinzione tra servizi sociali e servizi sanitari v. *amplius* parr. 1 e 2 cap. III.

<sup>102</sup> Secondo il Comitato economico e sociale (Parere del 15 marzo 2007, cit, par. 5.2.9) si passa dalla considerazione dell'interesse generale a quella dell'interesse lucrativo, tantoché ora «la distinzione da fare non è fra “economico” e “non economico”, bensì fra “lucrativo” e “non lucrativo”».

#### 4. *Esercizio della libera prestazione di servizi e norme imperative applicabili ai lavoratori: la direttiva 96/71/Ce*

Il *trade off* giurisprudenziale relativo alle limitazioni alla libera prestazione di servizi trova significativa espressione anche con riferimento al diritto del lavoro, in particolare con riguardo alle ipotesi di mobilità temporanea dei lavoratori che si realizzano nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi.

In particolare, i giuslavoristi europei<sup>103</sup> hanno da tempo consapevolezza delle potenzialità demolitorie a danno del diritto del lavoro nazionale che la libertà di circolazione dei servizi, ormai inscindibilmente intrecciata ai principi di libera concorrenza, è in grado di esprimere. A maggior ragione, in considerazione del fatto che la disciplina di tale fenomeno è stato "traslato" (Giubboni 2009, p. 171) dall'art. 39 Tce (ora 45 Tfeu), che disciplina la mobilità dei lavoratori nello spazio Ue, all'art. 49 Tce (ora 56 Tfeue).

Quale tipo di equilibrio abbia inteso realizzare il legislatore comunitario con la direttiva 96/71 e quali siano i caratteri dell'ordine pubblico che la direttiva consente agli Stati membri di preservare, tuttavia, sono interrogativi rispetto ai quali non è dato rinvenire risposte pacifiche e consolidate né nel dibattito scientifico, né tantomeno nella stessa giurisprudenza della Corte di giustizia.

Se, dunque, si considerano insoddisfacenti, o persino socialmente insostenibili, le pronunce adottate nei tempi più recenti, occorre ridiscutere e ripensare proprio le premesse sistematiche su cui queste poggiano, piuttosto che contestarne gli esiti con attestazioni di solidarietà alla autotutela sindacale e alla contrattazione collettiva, che – invariate queste premesse – sono miseramente destinate a non produrre alcun concreto effetto giuridico e a ridursi a mera propaganda politica a esclusivo uso interno degli Stati membri (Pallini, 2009, p. 2).

---

<sup>103</sup> *Ex multis*, vedi Sciarra (2000), p. 587 e ss. e Roccella (1999), p. 33 e ss.

Occorre *in incipit* chiarire che solo la libertà di circolazione *ex art. 45 Tfeue* è governata dal principio del trattamento nazionale previsto nello Stato d'accoglienza in favore del migrante: la mobilità dei lavoratori che si realizza nell'ambito d'una prestazione transnazionale di servizi resta viceversa attratta nell'art. 56 Tfeue, che esige la tendenziale applicazione della legge del paese d'origine, potendosi applicare la disciplina lavoristica protettiva dello Stato di destinazione solo nella misura individuata dalla direttiva 96/71/Ce ed entro i limiti consenti dai test di necessità e proporzionalità elaborati della Corte.

Il legislatore europeo, nel dettare la disciplina applicabile al lavoratore distaccato, si è mosso quindi lungo una sottile e scivolosa linea di compromesso tra istanze in tendenziale conflitto tra loro.

Il contemperamento tra l'esigenza di promuovere la libera prestazione dei servizi, da un lato, e quella di difendere i sistemi nazionali di diritto del lavoro dalla destabilizzazione potenzialmente derivante da forme sleali di concorrenza basate sul *dumping* sociale, dall'altro, passa proprio attraverso la determinazione della misura di protezione che deve o può essere legittimamente assicurata al lavoratore distaccato secondo la legge o la contrattazione collettiva in vigore nel paese di destinazione<sup>104</sup>.

Alla direttiva è pertanto affidato il delicato e difficile compito di concorrere ad individuare il *quantum* di protezione da assicurare, nello Stato ospitante, ai lavoratori distaccati. Essa indica lo *status* giuridico di tali lavoratori, operando per assicurare una sostanziale parificazione dei costi del lavoro, vale a dire per garantire che a tutti i lavoratori attivi all'interno di un certo mercato del lavoro nazionale sia garantito il medesimo trattamento (almeno) con riferimento ad alcune essenziali condizioni di impiego<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> Cfr. Davies P. 1997 e anche Orlandini 1999.

<sup>105</sup> L'art. 3 dir. 96/71/Ce individua tali minime condizioni nei «a) periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo; b) durata minima delle ferie annuali retribuite; c) tariffe minime salariali, comprese le tariffe maggiorate per lavoro straordinario; il presente punto non si applica ai regimi pensionistici integrativi di categoria; d) condizioni di cessione temporanea dei lavoratori, in particolare la cessione temporanea di lavoratori da parte di imprese di lavoro temporaneo; e) sicurezza, salute e igiene sul

Semplificando un discorso assai complesso, può dirsi che detta operazione si sia realizzata in due tappe successive che è bene ripercorrere, sia pur brevemente, per meglio inquadrare sul piano sistematico *ratio* e contenuti della direttiva sul distacco e gli intrecci con la libera prestazione di servizi.

Della prima, riguardante lo sviluppo dell'applicazione giurisprudenziale dell'*ex art. 49 Tce*, già si è detto.

In merito al secondo filone giurisprudenziale, è con la sentenza *Rush Portuguesa* che si gettano le basi concettuali della direttiva 96/71 ed ha inizio l'operazione di scorporo della fattispecie del distacco dall'art. 39 per essere ricondotta all'art. 49 Tce. In essa, infatti, da un lato si chiarisce definitivamente che i lavoratori distaccati, a differenza dei lavoratori migranti ai sensi dell'art. 39, non hanno accesso diretto al mercato del lavoro del paese temporaneamente ospitante, ma seguono il datore che svolge (*ex art. 49*) la prestazione transnazionale di servizi restando stabilito nel proprio Stato d'origine (v. il punto 15 della sentenza).

Dall'altro si afferma che, seppure nel rispetto della libertà di prestazione dei servizi, «il diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano l'applicazione delle loro leggi e dei contratti collettivi a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneo, nel loro territorio, indipendentemente dal paese in cui è stabilito il datore di lavoro» (punto 18).

È appunto nel tentativo di sciogliere la irriducibile ambiguità di tale ultima affermazione di principio - che portata alle estreme conseguenze sarebbe paradossalmente idonea a negare la “premessa maggiore” del rispetto della libertà di circolazione del datore di lavoro prestatore del servizio<sup>106</sup> -, che la Commissione assume l'iniziativa di proposta legislativa poi sfociata nell'adozione della direttiva 96/71.

---

lavoro; f) provvedimenti di tutela riguardo alle condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti o puerpere, bambini e giovani; g) parità di trattamento fra uomo e donna nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione».

<sup>106</sup> Cfr. Lo Faro 2008, pp. 71-72.

Le prime pronunce intervenute propriamente in tema di distacco, ovverosia successivamente all'emanazione della direttiva, sono relative ai casi *Webb*<sup>107</sup> e *Seco*<sup>108</sup>.

Nel primo caso, la Corte ha ritenuto che «la libera prestazione dei servizi, in quanto principio fondamentale sancito dal Trattato, può venire limitata solamente da norme giustificate dal pubblico interesse e obbligatorie nei confronti di tutte le persone e le imprese che esercitino la propria attività sul territorio di tale stato, nella misura in cui tale interesse non risulti garantito dalle norme alle quali il prestatore di servizi è soggetto nello stato membro in cui è stabilito» (punto 17). In questa pronuncia risalente iniziano a profilarsi, seppure in una prospettiva ancora interna al tradizionale giudizio anti-discriminatorio, anche i primi elementi del test che, in una fase giurisprudenziale più matura<sup>109</sup>, sarebbe stato perfezionato dalla Corte ai fini della verifica della conformità al Trattato dell'applicazione della normativa lavoristica del Paese di destinazione al prestatore di servizi stabilito in altro Stato membro.

Successivamente, nel già citato caso *Arblade* la Corte ribadisce che «anche in assenza di armonizzazione in materia, la libera prestazione dei servizi, in quanto principio fondamentale del Trattato, può essere limitata solo da norme giustificate da ragioni imperative d'interesse generale e applicabili a tutte le persone o imprese che esercitino un'attività nel territorio dello Stato membro ospitante, qualora tale interesse non sia tutelato dalle norme cui il prestatore è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito» (punto 34).

Sin dal concepimento della direttiva, si sono contrapposte nel dibattito europeo due diverse letture. Una più rassicurante per la sovranità regolativa degli Stati membri in materia giuslavoristica (cfr. Davies P. 1997, pag. 590), secondo cui la direttiva detterebbe un «nocciolo duro di

---

<sup>107</sup> Corte di giustizia, sentenza 17 dicembre 1981, C-279/80.

<sup>108</sup> Corte di giustizia, sentenza del 3 febbraio 1982, C-62 e 63.

<sup>109</sup> Si vedano le sentenze 25 luglio 1991, causa C-76/90, *Säeger*, punto 12; 9 agosto 1994, causa C-43/93, *Vander Elst*, punto 14; 28 marzo 1996, causa C-72/94, *Guiot*, punto 10; 12 dicembre 1996, causa C-3/95, *Reisebüro Broede*, punto 25, e 9 luglio 1997, causa C-222/95, *Parodi*, punto 18.

norme protettive» disciplinate dall'ordinamento dello Stato ospitante e dalla contrattazione collettiva con efficacia *erga omnes* che debbono essere inderogabilmente applicate anche ai lavoratori distaccati da imprese stabilite in altri Stati membri. Le norme (legali e contrattuali) nazionali vincolanti anche per le imprese straniere potrebbero però essere sempre ampliate<sup>110</sup> dallo Stato ospitante.

Una diversa interpretazione sottolinea, invece, come tale estensione della disciplina nazionale applicabile possa essere disposta dagli Stati ospitanti solo se sussistono le due condizioni dettate dall'art. 3, par. 10, della stessa Direttiva: a) che si tratti di disposizioni di «ordine pubblico»; b) che sia garantita la parità di trattamento tra imprese nazionali e imprese straniere<sup>111</sup>.

Non vi sono dubbi che la Corte abbia aderito a quest'ultima interpretazione della direttiva, considerandola «unica compatibile con il disposto dell'art. 49 Tce». I giudici di Lussemburgo, implicitamente nella pronuncia *Wolff & Müller* e successivamente, con toni più decisi, nella

---

<sup>110</sup> Mentre il par. 1 dell'art. 3 della direttiva prevede che le previsioni della contrattazione collettiva relative a materie specificamente elencate trovino applicazione esclusivamente ai lavoratori distaccati per la prestazione di servizi nel settore edilizio, il par. 10 consente, poi, agli Stati membri di estendere del tutto discrezionalmente l'obbligatorietà dell'applicazione ai lavoratori distaccati non solo delle «condizioni di lavoro e di occupazione» stabilite dai contratti collettivi nazionali, prescindendo quindi dall'indicazione delle materie di cui al par. 1, ma oltretutto per la prestazione di servizi in qualsiasi settore. Il par. 8 dello stesso art. 3 precisa che la direttiva non intende riferirsi esclusivamente alle disposizioni dei contratti collettivi con efficacia *erga omnes*; qualora infatti l'ordinamento nazionale non preveda un sistema di dichiarazione dell'applicazione generalizzata della contrattazione collettiva, gli Stati membri possono decidere di imporre ai lavoratori distaccati nel loro territorio anche l'applicazione dei contratti collettivi che sono «in genere applicabili a tutte le imprese simili nell'ambito di applicazione territoriale e nelle categorie professionali interessate e/o dei contratti collettivi conclusi tra le organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio a condizione però che la loro applicazione alle imprese «transfrontaliere» assicuri loro la parità di trattamento rispetto alle imprese nazionali che operano nel medesimo settore.

<sup>111</sup> A sostegno di quest'ultimo orientamento è stato rilevato da Davies P. (1997, p. 593) che, ove la direttiva n. 96/71 fosse interpretata nel senso di una legittimazione incondizionata degli Stati membri a comprimere discrezionalmente la libertà di circolazione dei servizi per tutelare i propri livelli e condizioni occupazionali proteggendo le imprese nazionali dalla concorrenza delle imprese degli altri Stati membri con regolazioni dei contratti di lavoro «più leggere», si porrebbe in insanabile contrasto con la libertà di circolazione garantita dal Trattato, che costituisce la base giuridica della Direttiva, cui quest'ultima, quale fonte di diritto comunitario derivato, non avrebbe potuto neppure parzialmente derogare.

sentenza *Laval*, hanno infatti chiarito che la direttiva 96/71 deve essere interpretata alla luce dell'art. 49 Tce, nel senso che l'interpretazione e applicazione della medesima deve tener conto delle esigenze del Trattato in materia di libera prestazione di servizi, i quali giustificano e impongono la "*comparaison de lois*" (Rodière 2008, p. 62) cui provvede la Corte.

Ciò ha come conseguenza, ai fini del controllo giurisdizionale di conformità al diritto europeo di una misura nazionale, effettuato nell'ambito di un procedimento per inadempimento ai sensi dell'art. 258 Tfeue, che occorre valutare nel caso specifico se la violazione contestata riguardi soltanto la direttiva 96/71 o piuttosto direttamente l'art. 56 Tfeue<sup>112</sup>.

Questa non ha riconosciuto un mandato "in bianco" agli Stati membri circa la determinazione delle disposizioni del diritto del lavoro nazionale e della contrattazione collettiva nazionale applicabili ai lavoratori distaccati nel loro territorio (Davies 1997, p. 593), ma, al contrario, ha elaborato una nozione comunitaria di "ordine pubblico" che deve rigorosamente giustificare l'esercizio di tale facoltà normativa da parte degli Stati membri ospitanti.

Seguendo gli insegnamenti di Bobbio (e non solo), secondo il quale la scienza giuridica è essenzialmente analisi del linguaggio, occorre soffermarsi sul significato da attribuire alla nozione di "ordine pubblico" per capire effettivamente quale sia la portata della previsione di cui art. 3, par. 10<sup>113</sup>.

---

<sup>112</sup> Così l'Avvocato generale Trstenjak al punto 36 delle sue conclusioni (13 settembre 2007, C-319/06, *Commissione c. Lussemburgo*), il quale specifica che «qualora una normativa nazionale in materia di prestazioni di lavoro transfrontaliere violi la direttiva, è esclusa l'applicazione del Trattato, anche se, essendo quest'ultimo il fondamento giuridico della direttiva, ogni violazione di quest'ultima implica necessariamente una violazione del Trattato medesimo. Tuttavia, qualora una normativa nazionale violi direttamente il Trattato, per il fatto che fuoriesce dalla minuziosa disciplina dettata dalla direttiva che dà ad esso esecuzione, l'unico riferimento possibile va rinvenuto nel Trattato stesso».

<sup>113</sup> È appena il caso di accennare alla controversa questione concernente la dichiarazione n. 10, adottata al momento dell'emanazione della direttiva, non pubblicata nella Gazzetta ufficiale, il cui contenuto viene però riportato nella comunicazione della

In assenza di una formulazione della nozione di ordine pubblico sia nei Trattati istitutivi sia nel diritto comunitario derivato, si assiste a una contrapposizione tra l'interpretazione che ne adottano da un lato i paesi fondatori della Comunità (in particolare Francia, Germania, Belgio e Italia) – secondo i quali tutto il diritto del lavoro sarebbe ricompreso in tale nozione – e, dall'altro lato, la Gran Bretagna e i *newcomers*, secondo cui l'estensione dell'applicazione del diritto nazionale per materie non previste dalla direttiva 96/71 risponderebbe a finalità di ordine pubblico in casi assolutamente eccezionali (cfr. Orlandini 1999, p. 465 e ss).

In un'accezione comune, “disposizioni di ordine pubblico” rinvia a quelle norme imperative o ancora a quelle disposizioni a cui la legge non permette di derogare per contratto<sup>114</sup>. Può anche rimandare a quella “*impérativité renforcée*” (Rodière 1997, p. 63) che appartiene alle leggi di polizia del diritto internazionale. In materia di circolazione delle persone, le ragioni di ordine pubblico sono quelle che le autorità nazionali possono far valere per opporsi all'esercizio di una delle libertà fondamentali riconosciute dal diritto comunitario.

Due questioni si pongono in merito. La prima concerne l'imperatività della norma di diritto interno, attribuzione che spetta all'ordine giuridico dello Stato che ha istituito quella norma. Il sindacato delle autorità europee interviene nel momento in cui la norma considerata ostacola o entra in conflitto con il diritto comunitario. La Corte di giustizia dovrà allora stabilire se lo Stato membro che reclama l'applicazione della propria legge possa avvalersi a questo fine di “ragioni imperative di

---

Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni del 25 luglio 2003, COM(2003) 458 def., pag. 13. In tale testo si specifica che il termine «disposizioni di ordine pubblico» riguarda «le disposizioni vincolanti cui non si può derogare e che, per la loro natura ed il loro obiettivo, rispondono alle esigenze imperative dell'interesse pubblico. Dette disposizioni possono comprendere, in particolare, il divieto del lavoro forzato o il coinvolgimento di autorità pubbliche nella sorveglianza del rispetto della legislazione concernente le condizioni di lavoro». Sul punto si vedano le interessanti osservazioni dell'Ag Trstenjak nelle conclusioni 13 settembre 2007, C-319/06, *Commissione c. Lussemburgo*.

<sup>114</sup> Secondo quanto stabilito dalla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni all'art 3.3 «la scelta di una legge straniera ad opera delle parti, [...] non può recare pregiudizio alle norme alle quali la legge di tale paese non consente di derogare per contratto, qui di seguito denominate *disposizioni imperative*».

interesse generale”<sup>115</sup> o ancora, possa invocare oltre alla perturbazione dell’ordine sociale insita in qualsiasi infrazione della legge, l’esistenza di una minaccia effettiva e sufficientemente grave per un interesse fondamentale della collettività<sup>116</sup>.

In secondo luogo, la nozione di ordine pubblico costituisce una nozione autonoma del diritto comunitario, la quale contribuisce a definire l’ambito di applicazione delle libertà fondamentali e va, pertanto, precisata in maniera autonoma e non ispirandosi ad uno o più ordinamenti giuridici nazionali<sup>117</sup>. Come tale, questa nozione è sottoposta all’interpretazione della Corte, di modo che è vietato agli Stati membri determinare la sua portata unilateralmente e senza il controllo delle istituzioni comunitarie. Questo però non esclude che circostanze particolari possano giustificare il richiamo all’ordine pubblico, così che, se del caso, risulti necessario riconoscere agli Stati membri un certo potere discrezionale entro i limiti imposti dal Trattato<sup>118</sup>.

A prescindere da questi principi comuni, possono però essere attribuiti al concetto di ordine pubblico significati differenti a seconda della collocazione sistematica della norma in questione nell’ordinamento giuridico comunitario e della sua funzione.

Nel caso della direttiva 96/71 la nozione di ordine pubblico, quale risultante dalla formulazione dell’art. 3, n. 10, spiega gli effetti di una clausola derogatoria, poiché essa consente solo a determinate condizioni un ampliamento del nucleo minimo di disposizioni di tutela garantito dall’art. 3, n. 1, della direttiva 96/71.

---

<sup>115</sup> Questo è lo schema d’analisi tracciato dalla sentenza *Arblade* (23 novembre 1999, C-369/96), citata anche dall’Ag Trstenjak nelle conclusioni 13 settembre 2007, C-319/06, *Commissione c. Lussemburgo*.

<sup>116</sup> Si vedano le sentenze 28 ottobre 1975, causa 36/75, *Rutili*, punto 27; 27 ottobre 1977, causa 30/77, *Bouchereau*, punto 35); 29 aprile 2004, cause riunite C-482/01 e C-493/01, *Orfanopoulos e Oliveri*, punti 66; 31 gennaio 2006, causa C-503/03, *Commissione c. Spagna*, punto 46; 27 aprile 2006, causa C-441/02, *Commissione c. Germania*, punto 35 e 7 giugno 2007, causa C-50/06, *Commissione c. Paesi Bassi*, punto 43.

<sup>117</sup> Sentenza 2 aprile 1998, causa C-296/95, *EMU Tabac e a.*, punto 30 e sentenza 23 marzo 1982, causa 53/81, *Levin*, punti 10-12.

<sup>118</sup> In tal senso si veda la sentenza 4 dicembre 1974, causa 41/74, *Van Duyn*, punti 18 e 19.

Quel che è certo è che i giudici di Lussemburgo han privato di ogni legittimazione l'idea che possa rispondere a finalità di ordine pubblico l'utilizzo del diritto del lavoro nazionale in senso protezionistico, al fine cioè di proteggere le condizioni di lavoro dei cittadini nazionali dalla concorrenza dei lavoratori stranieri senza che questi ultimi traggano alcun vantaggio effettivo dall'applicazione del diritto del lavoro dello Stato ospitante<sup>119</sup>. La Corte ha inoltre chiarito al riguardo - con evidenti riflessi sulla condizione di cui all'art. 3, par. 10, legittimante l'estensione della disciplina legale giuslavoristica alle imprese straniere - che la mera qualificazione da parte del legislatore nazionale di una norma come rispondente a finalità di ordine pubblico non la sottrae al sindacato di effettiva rispondenza alle definizioni elaborate dalla giurisprudenza europea<sup>120</sup>.

Alla soluzione delle problematiche ora esposte non offre il minimo contributo la direttiva 2006/123, secondo cui non viene pregiudicata «la legislazione del lavoro [...] che gli Stati membri applicano in conformità del diritto nazionale che rispetta il diritto comunitario» (art. 1, punto 6). Tale norma, decisamente altisonante, non rivela però alcuna utilità: il problema, infatti, è proprio segnare i limiti entro cui è conforme al diritto comunitario l'applicazione della legislazione nazionale del lavoro.

#### *4.1. I limiti al miglioramento delle condizioni lavorative. Il bilanciamento (mancato) tra diritti fondamentali e libertà economiche nella giurisprudenza europea.*

---

<sup>119</sup> Cfr. sent. 23.11.1999, C 369/96, C 366/96, *Arblade*; sent. 25.10.2001, C-493/99, *Commissione c. Repubblica Federale di Germania*; sent. 15/03/2001, C-165/98, *Mazzoleni*; sent. 25/10/2001, C-49/98, 50/98, 52/98, 54/98, 68/98, *Finalarte*; sent. 24/01/2002, C-164/99, *Portugaia Construcoes Lda*; sent. 12/10/2004, C-60/03, *Wolff & Muller GmbH & Co. Kg v. José Filipe Pereira Felix*; Cgce sent. 19/01/2006, C-244/04, *Commissione v. Germania*.

<sup>120</sup> Cfr. sentenza 23 novembre 1999, C-369/96, C-366/96, *Arblade*, punti 30 e 31; sentenza 25 ottobre 2001, C-493/99, *Commissione C. Repubblica Federale di Germania*; sentenza 25 ottobre 2001, C-49/98, 50/98, 52/98, 54/98, 68/98, *Finalarte*, punto 33; sentenza 24 gennaio 2002, C-164/99, *Portugaia Construcoes Lda*, punto 20; sentenza 12 ottobre 2004, C-60/03, *Wolff&Muller*; sentenza 31 maggio 2001, C-283/99, *Commissione v. Repubblica italiana*.

Il tema della limitazione della libertà di prestazione di servizi si è di recente arricchito di nuove ambiguità, e nonostante le pronunce in materia di distacco transnazionale di lavoratori siano indubbiamente numerose, soprattutto a partire dalla prima metà degli anni '90, è solo a partire dalle più recenti decisioni della Corte di giustizia che ci si confronta pienamente con la direttiva sul distacco e, soprattutto, coi limiti al miglioramento delle condizioni di lavoro imposti agli Stati membri in quest'ambito.

Come già anticipato, l'estensione della applicabilità della norma nazionale o della contrattazione collettiva anche ai lavoratori distaccati è condizionata dal giudice al test di proporzionalità della tutela migliorativa offerta ai lavoratori distaccati in rapporto all'entità degli effetti restrittivi alle libertà di circolazione prodotti.

Argomentando da costante giurisprudenza, il quadro di riferimento può essere così ricostruito: oltre alle cause giustificative espressamente riconosciute dal Trattato, vi sono ulteriori ragioni imperative che possono giustificare interventi nazionali che, pur creando ostacolo alla libera circolazione, corrispondono a un criterio di ragionevolezza, applicando il test di proporzionalità.

Risulta pertanto necessario effettuare una operazione di bilanciamento che, seguendo le indicazioni ricavabili da pronunce più o meno restrittive della Corte, comporta innanzitutto il dovere di accertare che il provvedimento assunto dallo Stato, limitativo di una delle libertà economiche, non sia discriminatorio. Si dovrà poi verificare che lo scopo perseguito sia legittimo, in quanto giustificato da motivi imperativi di interesse generale e, infine, che l'applicazione di questo provvedimento sia effettivamente idonea a raggiungere tale scopo e che non vada oltre quanto necessario per questo.

Le ripercussioni sull'effettività della protezione assicurabile ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi sono di tutta evidenza. Anche l'imposizione del rispetto delle norme di diritto del lavoro dello

Stato di destinazione del servizio può essere considerato, in linea di massima, un ostacolo ai sensi dell'art. 56 Tfeue: se esse sono più favorevoli per il lavoratore di quelle dello Stato dove ha sede l'impresa, la loro applicazione aumenta, infatti, i costi d'esportazione gravanti su quest'ultima.

È vero che si tratta d'un ostacolo *prima facie* legittimato dall'esigenza di garantire un'adeguata tutela del lavoratore subordinato impiegato nella prestazione transnazionale di servizi: l'applicazione delle norme lavoristiche del paese di destinazione del servizio ai lavoratori dipendenti dalle imprese straniere che li distaccano, in quanto finalizzata a uno scopo legittimo e compatibile col (o addirittura previsto dal) Trattato, rientrano tra le ragioni imperative di interesse generale.

La Corte ha infatti riconosciuto agli interessi sociali nazionali, protetti dalla normativa interna di tutela del lavoro, la qualità di motivi o ragioni imperative di interesse generale, in grado di comprimere legittimamente la libera circolazione dei servizi<sup>121</sup>.

Anche in questo caso si dovrà accertare, caso per caso, che la norma interna, che uno Stato intende applicare ai lavoratori stranieri temporaneamente distaccati, in primo luogo sia necessaria a tutelare i loro interessi (il che è da escludere nel caso in cui questi siano garantiti in maniera sostanzialmente equivalente dalla normativa dello Stato d'origine). Dovrà poi trattarsi di una restrizione proporzionata al fine perseguito, ovvero una misura che non incida oltre il dovuto sulla libertà del prestatore del servizio, come accadrebbe nell'ipotesi in cui lo stesso risultato sia conseguibile con misure meno restrittive (test, rispettivamente, di necessità e proporzionalità).

---

<sup>121</sup> La Corte ha più volte affermato che la tutela dei diritti fondamentali rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, come la libera circolazione delle merci (v. sentenza 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval*, punto 93; sentenza 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Schmidberger*, punto 74) o la libera prestazione dei servizi (v. sentenza 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*, punto 35).

La Corte, sino alle più recenti e discusse pronunce, riconosceva altresì, a fianco del nucleo di norme vincolanti come base minima (il c.d. “zoccolo duro”) dalla direttiva 96/71, la validità di un insieme di tutele provenienti dalla contrattazione collettiva.

La decisione dei casi *Laval*, *Viking* e *Rüffert* ha infranto questa tendenza ed ha ridisegnato i profili di compatibilità tra esercizio dei diritti fondamentali - diritto di sciopero e contrattazione collettiva<sup>122</sup>- e libertà economiche - libera circolazione dei servizi e libertà di stabilimento.

Posto che non è questa la sede, *ratione materiae*, per soffermarsi sulle implicazioni delle suddette decisioni nei confronti dei diritti collettivi, qualche breve osservazione sull’opera di bilanciamento tra libertà economiche e diritti fondamentali operata dalla Corte è imprescindibile<sup>123</sup>.

Questo anche perché la Corte, dopo aver riconosciuto il carattere “promozionale” del vaglio comunitario in materia di diritti collettivi con la decisione del noto caso *Albany*<sup>124</sup>, con le succitate pronunce arriva a

---

<sup>122</sup> La competenza nazionale in materia sindacale è sancita dall’art. 137, n.5, del Trattato ed è confermata dall’art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (originariamente proclamata a Nizza il 12.12.2000 e nuovamente firmata e proclamata solennemente a Strasburgo il 12.12.2007, ora formalmente riconosciuta come giuridicamente vincolante per gli Stati Membri dal Trattato di Lisbona siglato il 13 dicembre 2007) laddove riconosce il diritto di negoziare e di scioperare, rinviando le modalità (e dunque i criteri di bilanciamento con le libertà economiche) alle legislazioni e prassi nazionali. Rinvio che subisce il vaglio giudiziale comunitario nella sola ipotesi in cui un caso nazionale sia gravemente limitativo dei due diritti: l’effettività degli stessi, infatti, resta riservata alla Corte di Giustizia in virtù dello stesso art. 137, n. 5, TUE in combinato disposto con l’art. 53 della Carta (Carabelli, 2008).

<sup>123</sup> Copiosa è la letteratura formatasi in materia. Tra i tanti contributi, si vedano Andreoni A. (2006), *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico*, Torino, Giappichelli; Ballestrero M. V. (2007), *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” INT. – 55/2007; Carabelli U. (2008), *Note critiche a margine della sentenza della Corte di Giustizia nei casi Laval e Viking*, in *Giorn. Dir. lav. rel. Ind.*, 2008; Cartabia M. (2007), *L’ora dei diritti fondamentali nell’Unione Europea*, in *I diritti in azione*, a cura di M. Cartabia, Bologna, il Mulino; Caruso B. (2008), *I diritti sociali nello spazio sociale sopranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (Prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” int. n.61/2008; Gottardi D. (2008), *Diritti sindacali e libertà economiche al Parlamento europeo. I nodi del coordinamento sistematico*, in *Lav. dir.*; Pallini M. (2008), *Law shopping e autotutela sindacale nell’Unione Europea*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, II, 3; Sciarra S., *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, in *Lav. e dir.*; Veneziani B. (2008), *La Corte di Giustizia ed il trauma del cavallo di Troia*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, II, 275.

<sup>124</sup> Sentenza *Albany* (C-67/96 del 21.9.1999), punti 59-60.

smentire se stessa affermando che se l'azione sindacale può sfuggire al condizionamento derivante dal principio comunitario della libera concorrenza, non altrettanto accade per il diritto di stabilimento e per il diritto alla libera prestazione dei servizi: questi ultimi infatti possono e debbono limitare l'azione sindacale, secondo le regole dettate dalla stessa Corte (Andreoni 2008, p. 3).

Una prima critica riguarda l'applicazione del test di proporzionalità al bilanciamento dell'attività sindacale con le libertà economiche: le forme di lotta non devono essere "eccessive", né devono essere finalizzate ad obiettivi "vessatori" per la controparte. L'affermazione è discutibile sia nei presupposti che nei contenuti: il test di proporzionalità presuppone, infatti, che i diritti posti a confronto rientrino nel medesimo ordinamento<sup>125</sup>.

Lasciando in disparte le critiche ai presupposti giuridici assunti dalla Corte, ancora due osservazioni paiono opportune sui recenti orientamenti giurisprudenziali.

---

<sup>125</sup> Cfr. Bin (1992). Come fa notare Andreoni (2008, p. 5 e ss.), l'applicazione del *test* di proporzionalità presuppone che ciascun diritto in conflitto sia internamente scomponibile in un nucleo essenziale, da salvaguardare, e in porzioni secondarie, da ammettere al bilanciamento ed eventualmente sacrificare. Tale operazione è concettualmente difficile per un diritto sociale individuale ma è ancor più ardua per il diritto di sciopero. Il diritto di sciopero è inscindibilmente connesso con la garanzia della istituzione - sindacato - e dell'istituto - contratto collettivo. Tali profili «fanno corpo unitario, perché ogni componente partecipa dello scopo primario di conferire effettività all'azione di un soggetto (il sindacato) ritenuto dalla nostra Costituzione motore del pluralismo, tipico di una economia sociale di mercato». Ancora, si può notare come il bilanciamento tra sciopero e contrattazione collettiva con diritto di stabilimento e libera prestazione dei servizi in base ai canoni desunti dagli *ex artt.* 46 e 55 Tce, non sia corretto dal punto di vista giuridico. Questi ultimi sono formalmente dettati per regolare le norme, pubblicistiche e privatistiche, di condotta degli operatori economici, laddove possano limitare l'esercizio delle libertà dei soggetti concorrenti. Nei casi di specie, le due norme vengono applicate in via analogica anche alla contrattazione collettiva e, ancor prima, allo sciopero. L'autonomia collettiva, però, fa parte di un ordinamento strutturalmente e teleologicamente diverso – con un sicuro impedimento della regola analogica – posto che le modalità di lotta ed i fini della azione sindacale (sciopero e serrata) restano essenzialmente liberi da interferenze dell'ordinamento commerciale (ma non anche dei diritti costituzionali della persona). Applicare quegli artt. 46 e 55 Tce significa inserire il sindacato tra le istituzioni del mercato in violazione della clausola di sussidiarietà (v. *ex art.* 137, n. 5 Tce) e contraddire quel principio di libertà dell'ordinamento intersindacale che la Corte stessa, nel caso *Albany*, aveva affermato essere un cardine anche dello ordinamento comunitario (cfr. Veneziani 2008; Carabelli 2008).

*In primis*, la direttiva 96/71 è interpretata come una base di trattamento ad un tempo minima e massima: le materie (ed i settori) oggetto di disciplina restano quelle tipizzate dalla direttiva (art. 3, n. 1, lett. a-g); ogni deroga migliorativa può essere introdotta solo dagli Stati (e non anche dalla contrattazione collettiva) e nei limiti dell'ordine pubblico (escludendo clausole che non arrecano benefici concreti ai lavoratori distaccati, pur operando in una logica *anti-dumping*); il minimo salariale da applicare ai distaccati può essere desunto anche dal contratto collettivo, purché di chiara, semplice e generale attuazione. I contratti collettivi ad efficacia limitata devono essere recepiti da fonti legislative o regolamentari (il che in Italia non è consentito, data la mancata attuazione dello art. 39 Cost.). Tale lettura non è condivisibile. Dal testo di legge si evince che viene fatta salva ogni norma di miglior favore: l'art. 3, co. 1, impone esclusivamente l'obbligo di estendere le regole in base alle caratteristiche di ogni Stato membro (così anche Carabelli 2008).

In definitiva, anche per le condizioni di lavoro dei lavoratori distaccati in un altro Stato membro vale il principio di sussidiarietà e di rinvio alla disciplina nazionale, proprio della contrattazione collettiva e dello sciopero (art. 157, punto 5, Tfu, già art. 137 Tce) (cfr. Andreoni 2008).

In secondo luogo, aspetto di particolare interesse per le tematiche affrontate in questo studio, il ragionamento appare contraddittorio anche internamente, ovverosia rispetto alla *ratio* economica, assunta a paradigma implicito: la concorrenza leale tra imprenditori. Essa, conclamata in più punti nelle sentenze *Laval* e *Viking*, di fatto è smentita agli effetti pratici.

La discrasia dipende dalla nozione attenuata dell'obiettivo *antidumping*: quest'ultimo deve limitarsi a porre un principio di parità di trattamento (tra imprenditori e conseguentemente tra lavoratori) desunto non già in base ad un parametro di tipicità sociale e territoriale, bensì sulla base di uno standard previsto per legge, regolamento e contratto collettivo di applicazione generale. Sicché se l'applicazione di questo standard nel

paese ospitante, consente all'imprenditore che si trovi nel territorio temporaneamente, di attribuire ai propri dipendenti, assunti nel Paese d'origine, non già il trattamento tipicamente applicato in quello di destinazione ma solo lo standard nazionale (previsto per legge, regolamento o CCNL obbligatorio ed efficace per l'intera categoria), tanto basta per ritenersi conseguito l'obiettivo *antidumping* (cfr. Pallini 2008). Con l'effetto che, in mancanza di uno standard nazionale obbligatorio, gli imprenditori di uno Stato membro sono autorizzati a spostare la propria sede in altro paese Ue (o impiantare una filiale o impresa controllata); applicare ai dipendenti assunti in loco il relativo trattamento, salvo poi utilizzare il medesimo personale nel paese originario senza dover estendere al medesimo il maggior trattamento territoriale normalmente applicato.

D'altra parte se esiste uno standard nazionale obbligatorio l'imprenditore esterno può limitarsi ad applicare lo standard stesso per tutta la fase dello stabilimento o per l'intera durata della prestazione di servizi, senza che i sindacati possano richiedere alcunché di aggiuntivo, neanche per adeguare lo standard nazionale al salario di fatto erogato in loco. Il principio del paese di origine - già presente (e poi espunto) nella originaria versione della direttiva "Bolkestein" - viene dunque parzialmente reintrodotta dalle sentenze *Laval* e *Viking*. Invero, come precisa Bano (2011), i pericoli di un abbassamento del livello di tutela dei lavoratori non sono ascrivibili alla sentenza *Laval*, ma «la potenziale minaccia per il diritto del lavoro nazionale è, per così dire, iscritta nel codice genetico del regime comunitario di circolazione di servizi. *Laval* ha semmai fatto da catalizzatore, accelerando la presa di consapevolezza circa le forti implicazioni sociali della fornitura transnazionale di servizi».

Da un punto di vista di politica del diritto, pare interessante confrontare la giurisprudenza della Corte di giustizia con le linee assunte dal Parlamento europeo.

Per i giudici di Lussemburgo, il diritto di stabilimento e il diritto alla libera prestazione dei servizi sono diritti fondamentali e prioritari e, conseguentemente, i diritti sociali garantiti dalla direttiva n. 96/71 sono solo quelli minimi previsti dall'art. 3, par. 1, comma 1, della direttiva stessa, ed ogni estensione deve rimanere un caso eccezionale. I singoli Stati Membri non possono pertanto legiferare più favorevolmente se non per casi eclatanti e dimostrati di "ordine pubblico" ai sensi dell'art. 3, par. 10, dir. 96/71 (*Commissione c. Lussemburgo*, punti 50 ss.), ed i sindacati non possono scioperare e contrattare se non in presenza di gravi e documentate ragioni di sottotutela (casi *Laval* e *Viking*).

All'opposto, secondo il *Progetto di relazione Jan Andersson* del Parlamento europeo, le libertà economiche non sono sovraordinate e possono essere comprese dalle leggi nazionali per favorire i diritti sociali dei lavoratori anche oltre quanto esplicitamente previsto dalla direttiva 96/71 (art. 3, par. 1, comma 1) e dalle azioni collettive dei sindacati nazionali. E ciò anche al fine di evitare disparità di trattamento tra lavoratori e tra imprenditori. Disparità che favorirebbe il verificarsi di fenomeni di *dumping* sociale.

È evidente la completa asimmetria tra queste due linee interpretative e di certo non rassicura il prevalere della lettura "economica" della direttiva distacco.

Le recenti statuizioni del giudice europeo in commento che, per alcuni aspetti, possono essere ricomprese nel medesimo *trend* giurisprudenziale<sup>126</sup>, hanno dimostrato come la normativa attuale non sia sufficiente per creare un equilibrio tra la libertà di fornire servizi e diritti dei lavoratori.

---

<sup>126</sup> Pur rischiando di dire un'ovvietà, è opportuno specificare che, nonostante vi siano alcuni fili conduttori comuni nelle decisioni rese dalla Cgce in merito ai casi *Laval*, *Viking*, *Ruffert* e *Lussemburgo*, ormai sempre accostati soprattutto nel dibattito pubblico, questi hanno ad oggetto problematiche concrete e profili giuridici differenti.

In una recente interrogazione rivolta alla Commissione<sup>127</sup>, il Parlamento europeo ha poi ritenuto che la base giuridica limitata della libera circolazione della direttiva relativa al distacco dei lavoratori abbia indotto la Corte a interpretare la direttiva in questo senso, formulando così un invito esplicito alla concorrenza sleale e al peggioramento delle condizioni di lavoro, in evidente contraddizione con l'obiettivo dichiarato della dir. 96/71 (offrire un clima di leale concorrenza) e con l'obiettivo Ue sancito dal Trattato (migliorare le condizioni di vita e di lavoro).

La proposta avanzata da tale istituzione di estendere la base giuridica della direttiva al fine di includere un riferimento alla libera circolazione dei lavoratori (art. 39 Tce), è sicuramente fonte di non poche perplessità da un punto di vista sia della tecnica giuridica che della efficacia.

Ci si può interrogare su quanto possa essere in concreto utile un cambiamento/ampliamento della base giuridica di riferimento, posto che il semplice richiamo all'art. 39 di certo non impedirebbe l'applicazione della normativa del Trattato, fonte di diritto primario, disciplinante la libera prestazione di servizi, ambito (seppur non esclusivo) giuridico di riferimento nelle ipotesi di distacco del lavoratore individuate dalla dir. 96/71.

Al più, si può riflettere sulle opportunità concesse ai singoli Stati membri di ampliare la protezione minima garantita a livello europeo e quindi sulla effettiva portata delle cause di giustificazione che consentono una legittima deroga all'esercizio delle libertà economiche fondamentali.

L'interrogazione che il Parlamento europeo ha rivolto, successivamente alla decisione relativa al caso *Commissione c. Lussemburgo*, alla Commissione pare piuttosto eloquente e merita di essere riportata.

*«Può la Commissione indicare se il riferimento esclusivo della direttiva sul distacco dei lavoratori ai principi del mercato interno sia compatibile con le esigenze dell'UE in termini di politica sociale e se la direttiva non*

---

<sup>127</sup> Interrogazione scritta di Claude Turmes (Verts/ALE) alla Commissione, *Trasposizione della direttiva relativa al distacco dei lavoratori* del 10 luglio 2008 in <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+P-2008-3985+0+DOC+XML+V0//IT>.

*dovrebbe anche contemplare i principi della normativa sociale e del lavoro di cui all'articolo 117 del trattato UE per la salvaguardia della protezione sociale?».*

Allo stato, l'unico auspicio è quello di un intervento repentino da parte delle istituzioni europee, ma soprattutto delle parti sociali, per contrastare i possibili effetti negativi a livello politico e socio-economico delle recenti sentenze della Corte di giustizia.

Diversamente, si dovrà dare atto a quella dottrina che, sin dall'emanazione della direttiva 96/71, vedeva in tale disposizione una sconfitta dell'Europa sociale, di essere stata lungimirante.

#### *4.2. I riflessi sociali della direttiva 2006/123: la salvaguardia del diritto del lavoro del Paese ospitante.*

Le critiche mosse al principio del paese d'origine e, in particolare, al rischio paventato di *dumping* sociale hanno indotto il Parlamento ad inserire all'art. 1 della direttiva 2006/123 («Oggetto»), una specifica norma (par. 6) che così recita: «La presente direttiva non pregiudica la legislazione del lavoro, segnatamente le disposizioni giuridiche o contrattuali che disciplinano le condizioni di occupazione, le condizioni di lavoro, compresa la salute e la sicurezza sul posto di lavoro, e il rapporto tra datori di lavoro e lavoratori, che gli Stati membri applicano in conformità del diritto nazionale che rispetta il diritto comunitario. Parimenti, la presente direttiva non incide sulla normativa degli Stati membri in materia di sicurezza sociale».

Ancor prima, al *considerando* n. 86 si specifica che «La presente direttiva non concerne le condizioni di lavoro e di occupazione che, in conformità della direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, si applicano ai lavoratori distaccati per prestare un servizio nel territorio di un altro Stato membro».

Nella clausola di salvezza contenuta nell'art. 3 della direttiva servizi, intitolato *Relazione con le altre disposizioni del diritto comunitario*, il legislatore prevede poi che in caso di conflitto con disposizioni di altri atti comunitari, «che disciplinano aspetti specifici dell'accesso ad un'attività di servizi o del suo esercizio in settori specifici o per professioni specifiche», tra cui la espressamente richiamata direttiva 96/71 (v. *lett. a*), le disposizioni di questi altri atti comunitari «prevalgono e si applicano a tali settori o professioni specifiche».

L'inviolabilità del terreno occupato dalla direttiva 96/71 è frutto, appunto, del timore che il trattamento in questa previsto, collocato quanto meno ai livelli minimi del Paese ospitante, potesse essere travolto da quello del Paese d'origine. Il rischio che, sfruttando tale principio, le imprese possano stabilirsi in Paesi con *standard* di protezione dei lavoratori inferiori, e fornire servizi in tutti gli altri Stati membri con minori costi, ivi distaccando il proprio personale, era stato già preso in considerazione nella proposta originaria all'art. 17.

Malgrado ciò, il Parlamento ha preferito inserire una specifica regola d'eccezione nell'art. 16, par. 3, senza tuttavia preoccuparsi di assicurare la coerenza complessiva del testo legislativo. Infatti, la specifica deroga per la direttiva sul distacco dei lavoratori continua a figurare all'art. 17: in base a tale disposizione, gli Stati membri possono (*rectius*: devono) continuare ad applicare le proprie condizioni di lavoro ed occupazione ai lavoratori distaccati da prestatori stabiliti in altro Stato membro<sup>128</sup>.

Non è chiaro, pertanto, quale sia la reale portata precettiva dell'art. 16, par. 2, secondo periodo, e il suo valore aggiunto rispetto all'art. 17, n. 2, di cui pare una più generica enunciazione. È indubbio che, attraverso le deroghe introdotte, il legislatore europeo abbia costruito una sorta di una rete di protezione nei confronti del diritto del lavoro, delle politiche occupazionali, della sicurezza sociale, delle relazioni sindacali, delle normative nazionali di trasposizione delle direttive. L'impegno di

---

<sup>128</sup> L'art. 17, par. 2, prevede infatti che l'art. 16 non si applichi «alle materie disciplinate dalla direttiva 96/71/CE».

rispettare il diritto del lavoro del luogo della prestazione, però, viene talora declassato in legislazione del lavoro (si veda l' art. 1, par. 6, sopra riportato), declinato con riferimento a specifiche materie e subordinato alla conformità al diritto comunitario.

Il contemperamento tra libertà economiche e diritti fondamentali viene sì evocato, ma senza alcuna indicazione su come effettuare questa operazione.

Per quel che concerne poi l'esclusione delle relazioni sindacali dall'ambito di operatività della direttiva servizi, il legislatore adotta una tecnica di *drafting* infelice, perché separa l'esercizio dei diritti fondamentali da quelli di contrattazione e di sciopero, come se questi secondi non fossero tali, tanto da essere definita una norma "pleonastica e di dubbia portata precettiva" (Orlandini 2009, p. 578). Da ultimo, nella disposizione dedicata alle definizioni (art. 4, punto 7), è precisato che «le norme stabilite dai contratti collettivi negoziati dalle parti sociali non sono considerate di per sé come requisiti» e, quindi, come obblighi, divieti, ostacoli<sup>129</sup>.

La portata di tale previsione è ovviamente limitata alla direttiva 2006/123, ma la sua importanza appare comunque determinante, nonostante la resistenza che continua a permanere in alcuna dottrina, che considera questo inciso «nient'altro che l'ennesima precisazione della scelta di escludere il diritto del lavoro (e dunque anche il contenuto dei contratti collettivi) dall'ambito di applicazione della Direttiva» (Orlandini 2009, p. 578). Se le norme in commento, dunque, paiono avere una forza maggiore di quella essenzialmente programmatica, non si può dire che sia "tutto tranquillo" (Gottardi 2010, p. 30), sia per alcune

---

<sup>129</sup> Precisamente, ai sensi dell'art. 1, n. 7 della direttiva 2006/123 requisito è «qualsiasi obbligo, divieto, condizione o limite stabilito dalle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative degli Stati membri o derivante dalla giurisprudenza, dalle prassi amministrative, dalle regole degli organismi e ordini professionali o dalle regole collettive di associazioni o organizzazioni professionali adottate nell'esercizio della propria autonomia giuridica; le norme stabilite dai contratti collettivi negoziati dalle parti sociali non sono considerate di per sé come requisiti ai sensi della presente direttiva».

formulazioni imprecise che rischiano di riaprire la discussione, sia per il perseverante atteggiamento *marked-oriented* della Commissione europea. Altro aspetto di cui tener conto è la funzione di *gap-filling* che potrebbe esercitare la clausola di cui all'art. 16 par. 2, con riguardo a casi non contemplati dalla direttiva sul distacco, come l'assunzione di lavoratori locali da parte di un prestatore non stabilito. Non va sottovalutata nemmeno la concorrenza tra istituti giuridici derivante dalla possibilità di fuoriuscire dall'applicazione della normativa del paese ospitante ricorrendo ai minimi previsti dalla direttiva distacco, in assenza di indicazioni sui rispettivi campi di applicazione tra questa e la direttiva servizi (tenendo per sempre conto, però, conto della prevalenza assegnata alla prima<sup>130</sup>).

Facendo un passo indietro, se, come si diceva, l'obiettivo perseguito (o, comunque, il risultato ottenuto) dalle ultime sentenze della Corte di giustizia, in materia di distacco transnazionale dei lavoratori, è quello politico di ripristinare la versione originaria del progetto di direttiva "Bolkestein"<sup>131</sup>, (assecondando le aspirazioni prevalenti della Commissione), dal punto di vista dei rimedi a questa deriva deregolativa cui sono giunti i giudici di Lussemburgo la risposta non può che collocarsi sui "piani alti" della politica comunitaria, dell'azione sindacale e delle Corti Costituzionali nazionali.

Sia le parti sociali a livello europeo, che il Parlamento, si stanno da tempo mobilitando per riaffermare il pieno valore *anti-dumping* della direttiva 96/71, avviando proposte di modifiche che ne chiariscano i dettagli, giungendo sino ad ipotizzare una modifica della base giuridica (l'art. 45 Tfu, che garantisce piena parità di trattamento al lavoratore

---

<sup>130</sup> Merita osservare come, finora, gli stessi giuslavoristi che si sono occupati del tema abbiano privilegiato, direttamente o indirettamente, l'analisi della direttiva distacco rispetto a quella sulla liberalizzazione dei servizi. Gli esempi sono numerosissimi. Dalla affermazione di Orlandini (2009, p. 552), secondo il quale «è nella direttiva 96/71 che sono dunque contenute le regole comunitarie relative alla circolazione dei lavoratori nell'ambito del mercato interno dei servizi» all'analisi di Bano (2008), incentrata per la maggior parte proprio sulla direttiva distacco.

<sup>131</sup> In questo senso anche Andreoni 2008, p. 5.

straniero che accede ad un mercato del lavoro diverso dal proprio) per recuperare il fine (o meglio l'effetto) di tutela dei lavoratori<sup>132</sup>.

L'Unione, per ora, sembra aver scommesso sulla deregolamentazione dei modelli nazionali di Stato sociale e sulla riduzione del costo del lavoro: la versione originaria della direttiva Bolkestein ne è una prova. La seconda versione più garantista ha rappresentato un *empasse* di questo progetto liberista. La risposta deregolativa della Corte ne è una riprova ulteriore.

Occorre dunque sciogliere il nodo di fondo: qual è il modello generale di riferimento?

---

<sup>132</sup> Secondo Giubboni (2009, p. 10) è erroneo tentare di «riabilitare la piena logica paritaria dell'art. 39, quando è lo stesso legislatore sopranazionale ad averla superata basando la disciplina del distacco intracomunitario sul diverso fondamento dell'art. 49 del Trattato». Altre letture, più condivisibili, individuano tra i fini della direttiva distacco proprio la garanzia della (piena) parità di trattamento tra i lavoratori stranieri distaccati e i lavoratori (cfr. Balandi 1998), individuando tra i principali criteri guida per interpretare tale normativa quello del “divieto di discriminazione dei lavoratori” (Borelli 2008, p. 134).

## Capitolo II

### **SERVIZI DI INTERESSE GENERALE E CONCORRENZA: UN'AUTONOMIA DA COSTRUIRE**

*Sommario:* 1. La disciplina dei servizi di interesse generale. Una competenza condivisa tra Stati membri e Istituzioni europee, poteri pubblici e mercato. - 2. L'ambivalenza della nozione di servizio di interesse generale. Un tentativo di ricostruzione sulla base dei documenti delle Istituzioni europee - 2.1. Servizi di interesse generale e servizio pubblico nell'ordinamento interno. Due nozioni non assimilabili. - 2.2. Impresa pubblica e fini sociali nella Costituzione italiana: problemi di compatibilità con il diritto europeo. - 2.3. Il concetto di servizio universale come garanzia del diritto di cittadinanza. - 3. La distinzione tra servizio economico e non economico di interesse generale come criterio per individuare il diritto applicabile. - 4. Le condizioni d'applicazione del regime dell'art. 106, 2 Tfu: compito pubblico ed obblighi di servizio. - 4.1. Le deroghe alla concorrenza: diritti speciali e diritti esclusivi. - 4.2. Quale margine di manovra per gli Stati membri nell'amministrazione dei servizi di interesse generale? Il criterio della compensazione... (*segue*). - 4.3. ...dallo *State Aid approach* al *Compensation approach* - 5. Interesse pubblico e attività imprenditoriale: un possibile *trade off*?

*1. La disciplina dei servizi di interesse generale. Una competenza condivisa tra Stati membri e Istituzioni europee, poteri pubblici e mercato*

Sin dall'origine della costruzione europea, le questioni sociali sono, per eccellenza, l'ambito dell'applicazione del principio di sussidiarietà, il quale comporta che l'Unione intervenga, con mezzi proporzionati agli obiettivi da raggiungere, unicamente per questioni di interesse comune.

La nozione giuridica di servizio di interesse generale si presenta con un contenuto ogni volta diverso, tanto che i tentativi di omogeneizzazione concettuale di cui è stata oggetto, hanno condotto a parziali approssimazioni ideologiche che riflettono il confronto/scontro tra chi chiede più Stato e chi invoca più mercato; dall'altro lato, si giunge ad approssimazioni frammentarie che cercano di evitare il dibattito teorico attraverso la creazione di nuove categorie (Rincón-Salcedo 2007, p. 207).

Senza addentrarsi in considerazioni ideologiche sul ruolo che lo Stato deve giocare nel mercato, se non marginalmente, in questo studio ci si occuperà principalmente del contenuto della nozione europea di servizio di interesse generale e della sua potenzialità come concetto globale, comprensivo di servizi economici e non, cercando di delineare la distinzione tra queste due ultime categorie nella maniera più precisa che lo *status* attuale del diritto europeo permette.

Prima di entrare nel merito della questione, è fondamentale ricostruire lo schema di riferimento per vedere come si è giunti ai due approcci, potenzialmente conflittuali, descritti nella parte introduttiva di questo scritto, partendo da alcune premesse sul ruolo dei poteri pubblici (prima) e del mercato (poi) nella gestione e nella fornitura di questi servizi.

I servizi d'interesse economico generale si differenziano dai servizi ordinari per la circostanza che le autorità pubbliche possono ritenere che debbano essere offerti anche quando il mercato non sia sufficientemente incentivato a provvedervi da solo. Meglio, come specificato dalla Commissione, «se un servizio di interesse generale è di carattere economico, è assoggettato alle norme in materia di concorrenza e di mercato interno. Se, tuttavia, l'applicazione di tali norme ostacola l'adempimento della specifica missione di interesse generale loro affidata, i servizi in questione possono beneficiare di una deroga alle disposizioni del trattato, purché siano soddisfatte determinate condizioni, in particolare per quanto riguarda la proporzionalità della compensazione corrisposta alle imprese cui è affidata la gestione di tali servizi»<sup>133</sup>.

L'evoluzione delle interpretazioni, a volte contraddittorie, fornite dalle comunicazioni della Commissione e le numerose pronunce *market oriented* della Corte di giustizia<sup>134</sup>, inducono a pensare che i servizi che perseguono fini sociali siano stati (e siano tuttora) oggetto di un progressiva “comunitarizzazione”.

---

<sup>133</sup> Comunicazione del 20.11.2007, COM (2007) 725 def., punto 2.2.

<sup>134</sup> Minichetti (2006, p. 132) parla di «neutralità soltanto apparente del diritto comunitario rispetto al tema dei servizi (corrispondenti ai diritti) sociali».

Il rischio, in tale processo, è quello della loro omologazione nell'alveo dei servizi di interesse economico generale<sup>135</sup>.

Il Parlamento europeo, in un primo tempo, nella risoluzione conclusiva dell'ampia consultazione delle Istituzioni europee e delle amministrazioni interessate avviata col Libro bianco del 2004, ha affermato che «non è possibile definire in modo uniforme i servizi d'interesse generale» e, escludendo la opportunità di predisporre un quadro normativo orizzontale unico, ha invitato l'Unione europea ed in particolare la Commissione europea a «proseguire l'azione in vari campi e settori in modo da realizzare una maggiore chiarezza e coerenza delle norme Ue, rispettando allo stesso tempo integralmente il principio di sussidiarietà».

Fatte queste premesse, rimane imprescindibile in un'indagine giuridica tentare di trovare alcuni principi e regole comuni, sia tenendo conto del quadro sopra ricostruito sulla base del diritto primario e secondario, che (soprattutto) ampliando il campo d'indagine ai documenti elaborati dalle Istituzioni europee. A tal proposito, è bene sin d'ora anticipare che neppure gli atti istituzionali contengono definizioni o riferimenti assolutamente certi, univoci e omogenei.

Applicando la tecnica della ricostruzione giuridica “per principi”<sup>136</sup> e limitando l'analisi al “minimo comune denominatore” (Minichetti 2006, p. 133), si possono individuare sostanzialmente due elementi che caratterizzano trasversalmente i servizi di interesse generale, economici e non, che acquisiscono un'importanza diversa parallelamente alla costruzione in divenire dell'Europa sociale.

Il primo dato rilevante concerne il rischio di conflitto tra autorità nazionali ed europee: agli Stati membri spetta l'organizzazione (discrezionalità amministrativa) e l'assunzione (scelta politica) di

---

<sup>135</sup> Si veda il Parere del 24 aprile 2006 della *Commissione per l'occupazione e gli affari sociali* del Parlamento europeo sul Libro Bianco del 2004 in merito ai servizi di interesse generale, ove si ritiene necessario «definire a livello comunitario le caratteristiche e i principi generali dei Sig per evitare che le norme di concorrenza possano prevalere su di essi» (punto 8). Cfr. anche Enjolras (2004).

<sup>136</sup> Cavallo Perin (2000) applica tale tecnica alla materia dei servizi pubblici.

determinate attività come servizio di interesse generale, ma l'effettiva erogazione di tali servizi (e le regole ad essi applicabili) dipendono dalla qualificazione, di pertinenza delle Istituzioni UE, di una determinata attività come economica.

Il secondo elemento riguarda la qualificazione dei servizi di interesse generale quali valori fondamentali e potenti strumenti di solidarietà e coesione sociale, e pertanto potenziali strumenti per la costruzione del Modello sociale europeo e di una effettiva cittadinanza europea.

Concentrando l'attenzione sul primo profilo e rimandando l'approfondimento del secondo al successivo capitolo di questo scritto, dal diritto della concorrenza derivano alcune regole comuni ai servizi di interesse economico generale: gli Stati Membri non sono direttamente coinvolti nella prestazione dei servizi, concentrandosi esclusivamente sulla loro regolamentazione; di conseguenza, si configura una netta separazione tra l'attività di regolazione e quella imprenditoriale di prestatore dei servizi pubblici (Maresca 2005).

Il Trattato Ce, ora sostituito dal Tfu, agli articoli 16 e 86.2, menzionava i soli servizi di interesse economico generale, in quanto inerenti esigenze del mercato unico (riconosciute come prioritarie), libera concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi.

Fino al Trattato di Amsterdam, come è noto, i servizi di interesse generale non hanno costituito niente di più che un tema rilevante unicamente dal punto di vista del diritto della concorrenza.

Per gli studiosi di questa materia, la concorrenza è il "motore dello sviluppo economico", in quanto "stimola lo spirito di iniziativa, l'innovazione, il progresso tecnico ed economico", "contribuisce all'accrescimento dell'efficienza del processo economico, assicurando in modo durevole la ripartizione più razionale dei fattori di produzione" (Frignani, Waelbroeck 1996, p. 7).

Si è parlato a lungo di 'costituzionalizzazione' delle regole comunitarie sulla concorrenza (Sharpf 1999, p. 56), guardando al divieto di distorsioni come aspetto complementare al principio della libertà di

concorrenza, considerato cardine del sistema, e tacciando di protezionismo ogni tentativo di ridimensionamento o richiesta di chiarimento sul suo valore.

Nel quadro della tutela della concorrenza, il fine primo dell' *ex art. 86 Tce* è l'eliminazione di qualsiasi protezione nei confronti di società controllate dallo Stato o di qualsiasi altra società incaricata della fornitura di servizi di interesse economico generale in presenza di alcune condizioni (e precisamente quando l'esclusione della concorrenza si riveli necessaria e sia ispirata al principio di proporzionalità). In sostanza, il Trattato permette che gli Stati attribuiscano diritti esclusivi o speciali alle imprese laddove il mercato fallisce e non possano essere adottate misure alternative per proteggere e promuovere la concorrenza.

Gli studiosi e il giudice comunitario<sup>137</sup> si sono esercitati a lungo nell'approfondimento della nozione di cui all'allora articolo 90 (poi art. 86, ed ora 106 Tfe) tentando di individuare i casi in cui è ammissibile un'esclusione della concorrenza (e, in particolare, l'individuazione del servizio universale e gli strumenti di finanziamento dello stesso) e l'esenzione dalle libertà fondamentali. In questa norma possono ravvisarsi due funzioni centrali: la ripartizione verticale delle competenze tra Ue e Stati e la delimitazione orizzontale tra Stato e mercato (Hermes 2007, p. 122).

Secondo la sua posizione sistematica nel Trattato, questa disposizione si sarebbe dovuta limitare ad articolare in modo più efficiente le disposizioni della concorrenza per le imprese, ovvero a tutelare i soggetti operanti nel mercato attraverso la limitazione dei comportamenti anti-competitivi.

Meglio, far fronte ai pericoli derivanti dall'influenza dei Paesi membri sulle imprese pubbliche e speciali particolarmente vicine allo Stato (Hermes 2007, p. 123).

---

<sup>137</sup> Cfr. Corte di giustizia 19 maggio 1993, causa C-320/91, *Corbeau*; 27 aprile 1994, causa C-393/92, *Comune di Almelo*; 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark*.

Caratteristica comune a tali servizi è la doverosità, che è alla base della riserva di competenza in capo agli Stati membri e della deroga al regime della normativa concorrenziale. Il modello organizzativo che sta alla base di tali servizi si fonda, quindi, sull'esistenza di un sistema concorrenziale all'interno del quale possono essere assegnati, a *tutti* gli operatori e anche a uno solo di essi, quegli obblighi di servizio pubblico che garantiscano la solidarietà, senza tuttavia la necessità di conferire dei diritti esclusivi. Soltanto nell'ipotesi in cui sia possibile l'erogazione del servizio d'interesse economico generale in condizioni di redditività per *un solo* operatore, l'ordinamento europeo consente che siano accordati diritti esclusivi, sotto forma di concessione, con procedure ad evidenza pubblica e per un periodo limitato.

Il primo comma dell'art. 106 Tfeue, in pratica, estende efficacia vincolante delle disposizioni del Trattato concernenti le imprese agli Stati membri, colmando le lacune che potrebbero riguardare le imprese vicine allo Stato tra disposizioni rivolte agli Stati (normativa sugli aiuti di Stato) e normativa rivolta alle imprese (diritto della concorrenza). L'idea alla base di siffatta previsione è quella per cui tutte le imprese che operano per l'interesse generale, sono pubbliche o godono di diritti speciali o esclusivi. In questo modo vengono colmate le lacune che potrebbero riguardare le imprese vicine allo Stato tra disposizioni rivolte agli Stati (normativa sugli aiuti di Stato) e normativa rivolta alle imprese (diritto della concorrenza).

La disciplina europea dei servizi di interesse economico generale nasce quindi come improntata alla tutela dei principi di libera concorrenza e di accesso al mercato, senza prendere in considerazione il punto di vista dei terzi (i beneficiari dei servizi e l'accesso a questi).

I singoli, in particolare, subiscono solo indirettamente gli effetti dell'art. 90, poi art. 86 Tce, senza che sia loro garantita una specifica posizione giuridica, né le loro esigenze siano prese in considerazione in quanto tali e non, indirettamente, allo scopo di garantire un mercato competitivo e ben regolato.

In tale contesto, si è venuta gradualmente materializzando un'apprezzabile "rottura" tra il dato sociale (utenti e consumatori) e quello mercantile (liberalizzazione e privatizzazione). Ancora oggi un numero sempre crescente di cittadini lamenta di non essere adeguatamente garantito sotto il profilo dei livelli qualitativi o dell'accesso ai servizi di interesse generale e ciò malgrado la - o a causa della - liberalizzazione e privatizzazione avvenuta negli anni '90 (cfr. Maresca 2005, p. 442).

Il (parziale) fallimento degli effetti della liberalizzazione e la compressione del diritto alla mobilità dovuta all'inadeguatezza dei servizi offerti impone una riconsiderazione del punto di partenza: il solo riferimento ai servizi di interesse generale in termini di giustificazione economica e concorrenziale, ai sensi degli *ex artt.* 86 e 49, non appare più sufficiente né plausibile.

L'evidente conflitto tra interessi contrapposti (le ragioni della concorrenza e dell'economia e quelle dei beneficiari dei servizi) a ottenere un adeguato livello di efficienza e qualità doveva (e ancora deve) essere bilanciato.

Con il Trattato di Amsterdam si compie un primo passo in tal senso, attraverso l'inclusione dei servizi di interesse economico tra i diritti fondamentali di cittadinanza, proteggendoli e svincolandoli da qualsiasi interferenza di natura economica.

Oggi, l'art. 14 del Tfu introduce una nuova e autonoma base giuridica e può contribuire a rimuovere alcune delle perplessità e preoccupazioni sopra manifestate.

Questa disposizione, unitamente all'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali, va molto al di là della impostazione tradizionale a carattere mercantile. Non solo i servizi di interesse generale sono svincolati dal diritto della concorrenza, ma addirittura vengono a costituire una vera e propria "obbligazione" a carico dell'Unione e degli Stati membri, a cui si giustappone il diritto degli utilizzatori, in funzione di due distinte esigenze superiori: quella della garanzia di un livello minimo di *welfare*

per i cittadini europei e quella della coesione (cfr. Amato 1999, pag. 154).

Già l'art. 16 del Tce aveva evidenziato il ruolo che Unione e Stati svolgono al fine di assicurare un livello qualitativo ed economico coerente con le esigenze dei beneficiari. In tale disposizione si attribuisce ai singoli il diritto di esigere che Ue e Stati membri creino le condizioni necessarie affinché tali servizi siano prestati rispettando *standard* normali di efficienza, qualità e di «servizio minimo».

Si deve dar conto, però, di quella dottrina (cfr. Napoletano 2005) che, prima dell'assetto di basi giuridiche introdotte con Lisbona, esprimeva dubbi sul fatto che l'articolo 16 Tce delineasse già i contenuti di un vero e proprio diritto fondamentale. Pare comunque corretto, alla luce delle successive evoluzioni del diritto europeo (dalla Carta di Nizza a Lisbona), pensare che sin dal Trattato di Amsterdam la Ue avesse compreso l'importanza, per la costruzione di un solido modello (sociale) europeo, di fornire servizi sufficienti in termini di qualità ed efficienza (dal momento che un obbligo in tal senso grava sull'Unione stessa), piuttosto che in conformità al diritto della concorrenza.

In merito alla ripartizione di competenze tra Stati membri e Unione europea in materia di servizi di interesse generale, le poche previsioni contenute nel Trattato e nella Carta dei diritti fondamentali succitate, vanno integrate con i documenti (precedenti e successivi) elaborati dalle Istituzioni.

Dalla sua Comunicazione del 2000<sup>138</sup> e ancor più dal Libro Bianco del 2004 sino agli ultimi interventi<sup>139</sup>, la Commissione europea ha incessantemente riaffermato la piena applicazione del principio di sussidiarietà ai servizi di interesse generale. Conformemente al suddetto

---

<sup>138</sup> COM (2000) 580 def.

<sup>139</sup> «Conformemente ai principi di sussidiarietà e proporzionalità, l'Ue interviene nei limiti delle competenze conferitele dal trattato e nella misura necessaria. La sua azione rispetta la diversità delle situazioni negli Stati membri e i ruoli delle autorità nazionali, regionali e locali nel garantire il benessere dei cittadini e promuovere la coesione sociale, garantendo allo stesso tempo scelte democratiche riguardo, tra l'altro, al livello della qualità del servizio» (COM(2007) 725 def. Punto 2.1).

principio e a quello di proporzionalità, l'Ue interviene nei limiti delle competenze conferite dal Trattato e nella misura necessaria.

La sua azione rispetta la diversità delle situazioni negli Stati membri e i ruoli delle autorità nazionali, regionali e locali nel garantire il benessere dei cittadini e promuovere la coesione sociale, garantendo allo stesso tempo scelte democratiche riguardo, tra l'altro, al livello della qualità del servizio.

In particolare, l'Allegato II della Comunicazione del 2000 sopra citata (punto 21), si sofferma su due principi importanti per definire quel quadro di regole desumibile, in primo luogo, dall'ordinamento europeo. La prima regola concerne la libertà degli Stati membri di stabilire se una determinata attività debba essere considerata o meno un servizio di rilievo economico.

Nella sua Comunicazione del 2006, nel ricordare che gli Stati membri sono altresì liberi di definire cosa si debba intendere per servizio economico di interesse generale e servizio sociale di interesse generale, precisa che spetta ai poteri pubblici l'individuazione «delle obbligazioni e delle missioni di interesse generale di questi servizi e della loro organizzazione».

In secondo luogo, compete agli Stati membri determinare in che modo tali servizi debbano essere organizzati, monitorati e finanziati nel rispetto delle norme sugli aiuti di stato e a quali obblighi specifici di servizio debbano sottostare.

Tale regola, contenuta anche nel Libro verde del 2003<sup>140</sup> (cfr. punto 29) e recepita anche dall'art. 1 della direttiva sui servizi, costituisce diretta applicazione del principio di sussidiarietà verticale che nell'ordinamento europeo è principio generale di diritto, alla cui stregua la Corte di giustizia può sindacare la legittimità o meno degli atti europei.

La seconda regola è un corollario (o diretta applicazione) della prima: la proporzionalità. Il perseguimento dell'interesse generale, ai sensi dell'art.

---

<sup>140</sup> *Libro verde sui servizi di interesse generale* del 21 maggio 2003 COM (2003) 70 def.

106, 2 T fue, non deve infatti dare luogo a restrizioni della concorrenza e della libertà di mercato interno, se non nel limite dello stretto indispensabile. In sostanza, le deroghe a quelle libertà non devono eccedere «quanto strettamente necessario per garantire il buon andamento della missione».

La Commissione ha chiarito ulteriormente la portata applicativa dell'ex art. 86,2 Tce nel Libro bianco del 2004<sup>141</sup>, specificando che la previsione secondo cui i servizi di interesse economico generale non sono soggetti all'applicazione delle norme del Trattato nella misura in cui ciò risulti necessario per consentire loro di adempiere il loro compito, significa che «in base al Trattato e in presenza delle condizioni di cui all'art. 86, paragrafo 2, l'effettiva prestazione di un compito di interesse generale privata, in caso di controversia, sull'applicazione delle norme del Trattato».

Si tratta ovviamente di principi generali (o meglio, comuni) che riguardano indifferentemente ogni servizio di interesse generale, a prescindere dalla distinzione tra attività economiche e non economiche.

A tal proposito, già nella comunicazione del 2000, la Commissione esplicita che i principi comuni di ogni servizio d'interesse generale sono essenzialmente riconducibili alla tutela degli obiettivi (cioè i compiti) di interesse generale e alla missione (il fine) del servizio pubblico. Obiettivi e missione che, si ribadisce, definiscono l'elemento comune della doverosità di tali servizi (Salerno 2010, p. 114).

### *2.1. L'ambivalenza della nozione di servizio di interesse generale. Un tentativo di ricostruzione sulla base dei documenti delle Istituzioni europee*

L'esame della documentazione prodotta dalle Istituzioni consente di meglio individuare le caratteristiche dei servizi di interesse generale,

---

<sup>141</sup> COM(2004) 374 def., punto 3.2.

anche ai fini della distinzione tra servizio di interesse economico e non economico, e della individuazione di una eventuale categoria “onnicomprensiva”.

Il dibattito sul tema inizia con la comunicazione della Commissione del 1996<sup>142</sup>, in cui si definiscono i servizi di interesse generale (servizi considerati di interesse generale dei cittadini dalle autorità pubbliche), il servizio universale (insieme minimo di servizi il cui accesso deve essere garantito a tutti) e il servizio di interesse economico generale (servizio di interesse generale remunerato dagli utenti). Segue la comunicazione del 20 settembre del 2000<sup>143</sup> che, in alcuni passaggi, utilizza le nozioni di servizio di interesse generale e servizio *economico* di interesse generale come equivalenti tra loro, se non addirittura come sinonimi.

Anche nell’introduzione appaiono alcune incongruenze: prima si afferma che dall’adozione della comunicazione del 1996 «il Trattato di Amsterdam ha introdotto un riferimento al ruolo dei servizi d’interesse generale», riconoscendo «il carattere fondamentale dei valori che sottendono questi servizi», e poi nella testuale previsione dell’*ex art.* 16 Tce si considerano unicamente i servizi di interesse *economico* generale. Scorrendo il contenuto della comunicazione in commento, si ha quasi l’impressione che le due locuzioni non solo si sovrappongano, ma arrivino talvolta a coincidere l’una con l’altra.

In particolare, la Sezione 3 fornisce chiarimenti riguardo l’applicazione ai servizi di interesse generale (senza distinzione tra il carattere economico o meno) delle norme in materia di concorrenza (cfr. pag. 6 della comunicazione).

I punti 14, 15 e 19 del citato documento istituzionale, poi, nonostante il paragrafo sia intitolato *Servizi d’interesse generale e il mercato unico*, fanno riferimento esclusivamente ai servizi di rilievo economico, contemplando l’imposizione di obblighi di servizio pubblico e di servizio universale. Pari considerazioni riguardano poi i punti 22 e 23, in cui le

---

<sup>142</sup> COM (1996) 443 def. del 26 settembre 1996.

<sup>143</sup> COM (2000) 580 def. Del 20 settembre 2000.

due nozioni vengono utilizzate in modo promiscuo, confondendosi e sovrapponendosi nuovamente l'una con l'altra.

Solo nell'Allegato II a detta comunicazione, le nozioni in esame vengono distinte. Una - i servizi di interesse generale -, ritenuta comprensiva dei «servizi forniti dietro retribuzione (*rectius*, remunerazione) o meno, che sono considerati d'interesse generale dalle autorità pubbliche e soggetti quindi a specifici obblighi inerenti al pubblico». L'altra, considerata riguardante «servizi forniti dietro retribuzione<sup>144</sup>, che assolvono missioni d'interesse generale e sono quindi assoggettati dagli Stati membri a specifici obblighi di servizio pubblico».

Il discrimine tra le due categorie è, pertanto, riconducibile al solo dato economico/remunerativo del servizio prestato.

Con il Libro verde del 21 maggio del 2003<sup>145</sup> si specifica che l'espressione “servizi di interesse generale” dev'essere utilizzata unicamente nei casi in cui «il testo si riferisca anche a servizi non economici o quando non sia necessario specificare la natura economica o non economica dei servizi in oggetto» (punto 18). Già da questa sintetica ricostruzione, si può facilmente dedurre che la nozione di servizi d'interesse economico generale si presta solo con molte difficoltà a una definizione che ne contenga le caratteristiche generali.

Si deve altresì tener conto che nel diritto europeo si parla anche di “pubblico servizio” e di “servizio universale”.

Per indagare l'effettiva esistenza (e consistenza) di tali categorie a livello europeo occorre verificare la corrispondenza delle nozioni di servizio di interesse generale, servizio di interesse economico generale, servizio pubblico e servizio universale usate dal legislatore europeo con quelle “tradizionali” dei contesti giuridici nazionali. Tale simmetria, nonostante l'identità lessicale che perlopiù accomuna le suddette tipologie di servizi, è piuttosto dubbia, come dubbia risulta la portata innovativa di tali

---

<sup>144</sup> Cfr. cap. 1, par. 3.2.

<sup>145</sup> COM (2003) 270 def.

nozioni a livello europeo, non potendosi riscontrare allo stato un sufficiente grado di certezza del diritto<sup>146</sup>.

A ciò si aggiunga l'impossibilità di utilizzare un approccio ricostruttivo di tipo storico, per sanare le incertezze che stanno dietro a tali nozioni, essendo la storia delle Istituzioni europee, ancora troppo breve se paragonata a quella dei singoli ordinamenti che la costituiscono (Sorace 1999, p. 374).

Anche se, da un lato, il senso delle parole contenute nei testi delle Istituzioni si radica ancora essenzialmente nelle identità dei gruppi sociali e delle istituzioni nazionali, alle cui diverse esperienze e diversi linguaggi l'Unione europea non può che attingere per costruire la propria identità, il legislatore europeo, di fatto, ignora le categorie nazionali.

### *2.1. Servizi di interesse generale e servizio pubblico nell'ordinamento interno. Due nozioni non assimilabili.*

La formula usata dal Trattato (servizi di interesse economico generale), da una parte, non trova alcun riscontro nella terminologia legislativa degli Stati membri (almeno di quelli che diedero origine alla Comunità economica europea). Dall'altra, costruisce la propria fisionomia (e quindi la propria legittimità) proprio da concetti spesso antitetici di origine nazionale, quale quello di servizio pubblico<sup>147</sup> (cfr. Villata 2003).

Il concetto di servizio pubblico è sfuggente, mutevole, storicamente condizionato e influenzato dalle discipline economiche ed occupa una zona grigia tra diritto pubblico e diritto privato.

Per il giurista è piuttosto difficile il compito di catalogarlo, dandovi un preciso significato precettivo. Se, poi, questa nozione dev'essere posta al

---

<sup>146</sup> Tra gli obiettivi fissati dalla Commissione a seguito del dibattito avviato con Libro verde del 2003 cit. compare quello di «garantire la certezza giuridica». Alla base di tale scelta vi è la consapevolezza del fatto che l'applicazione del diritto europeo ai servizi di interesse generale potrebbe sollevare dei problemi complessi.

<sup>147</sup> Per una ricostruzione di tale nozione si rinvia, *ex multis*, a Pototschnig (1964) e, più recente, Napolitano (2005).

confronto del concetto di libera concorrenza, le difficoltà classificatorie, anziché attenuarsi, si accrescono (Cintioli 2009, p. 453).

Verificare la corrispondenza delle nozioni di servizio di interesse generale (economico e non), servizio universale e servizio pubblico usate dal legislatore europeo con quelle “tradizionali” dell’ordinamento interno rischia di essere un mero esercizio di stile. A maggior ragione in considerazione del fatto che nel diritto europeo, oltretutto, non esiste una vera e propria nozione di servizio pubblico. Pure l’accenno al pubblico servizio contenuto nell’art. 93 Tfeue ( già 73 Tce) per il settore dei trasporti «non implica l’attribuzione di un significato normativo ad una categoria giuridica propria dei diritti nazionali» (Cartei 2005 p. 258).

Nel Libro Bianco del 2004 si afferma chiaramente che le espressioni “servizio di interesse generale” e “servizio di interesse economico generale” non devono essere confuse con il termine “servizio pubblico”, «quest’ultimo ha contorni meno netti: può avere significati diversi, ingenerando quindi confusione. In alcuni casi, si riferisce al fatto che un servizio è offerto alla collettività, in altri che ad un servizio è stato attribuito un ruolo specifico nell’interesse pubblico e in altri ancora si riferisce alla proprietà o allo status dell’ente che presta il servizio»<sup>148</sup>.

Per meglio comprendere questo processo occorrerà soffermarsi brevemente su quella che abbiamo definito “europeizzazione” dei diritti nazionali in materia di servizi di interesse economico generale<sup>149</sup>.

Il diritto della concorrenza (originariamente artt. 82 e 86 Tce), ha influenzato, se non determinato, la c.d. nuova gestione dei pubblici servizi in Europa con profonde ripercussioni su contesti giuridici, quali Francia e Italia, in cui il servizio pubblico costituiva una figura chiave del sistema nazionale. Si può quasi dire che il processo di liberalizzazione che ha investito l’ordinamento degli Stati membri, a partire dagli anni ‘90 del secolo scorso è, essenzialmente, frutto della prevalenza della nozione

---

<sup>148</sup> COM (2004) 374 def., p. 23.

<sup>149</sup> Per tutti si veda Sorace 1999.

europea dei servizi di interesse economico generale sulla preesistente nozione interna di servizio pubblico.

Per quel che interessa il diritto sociale europeo, dopo le grandi privatizzazioni e liberalizzazioni nei settori delle telecomunicazioni, della posta, delle ferrovie e dell'energia, oggi l'attenzione è spostata soprattutto sui sistemi di sicurezza sociale e sulla sanità (v. *amplius* cap. III).

Occorre sgombrare subito il campo da possibili equivoci: benché sia diffusa l'idea che il diritto europeo - e l'adesione del nostro Paese all'ordinamento comunitario - abbia comportato una generale spinta verso la liberalizzazione e l'apertura concorrenziale di tutti i mercati, è necessario precisare che tale sviluppo costituisce più che altro un effetto indiretto, e neppure generalmente riscontrabile, derivante dal perseguimento di altri obiettivi Ue in senso stretto.

Infatti, un'analisi più meditata delle specifiche norme - e specialmente direttive - di diritto derivato riguardanti l'apertura di mercati nazionali precedentemente caratterizzati da monopoli, emerge che il processo di liberalizzazione ha (o per lo meno aveva) ambizioni e obiettivi in realtà piuttosto specifici, connessi del resto alle limitate competenze comunitarie, e quindi all'esistenza di una base giuridica.

L'azione della Ue in funzione della liberalizzazione dei servizi di interesse generale - e in particolare di quella parte di servizi di interesse generale che è stata catalogata sotto la definizione di "servizi essenziali" - si limita sostanzialmente a *integrare* i mercati nazionali in precedenza dominati da monopoli statali presenti in determinati settori, sviluppando le libertà fondamentali previste dal Trattato e consentendo l'applicazione delle regole di concorrenza.

In questa chiave, si spiega anche un elemento importante connesso alla dismissione da parte dello Stato della titolarità di alcune o di porzioni delle imprese erogatrici dei servizi di interesse generale. Segnatamente, la privatizzazione consegue alla liberalizzazione nella misura in cui, essendo questi servizi normalmente di proprietà pubblica, è necessario

trasferirne la proprietà a soggetti diversi (e fondamentalmente privati) al fine di favorire la pluralità di operatori necessaria allo sviluppo di mercati concorrenziali e, a monte, la trasformazione dei vecchi monopoli (pubblici e nazionali) in soggetti (e mercati) distinti.

La natura pubblica del servizio e la sua finalità essenziale di soddisfare i bisogni della collettività hanno fatto sì che le autorità pubbliche ne curassero, direttamente o indirettamente, l'erogazione secondo criteri determinati, fra cui quelli della libera accessibilità, della piena fruibilità e dell'equa distribuzione sul territorio. La convinzione che il sistema concorrenziale di mercato porti a una maggior efficienza, anche in termini di qualità, e consenta agli utenti una più ampia scelta in termini di soggetto erogatore<sup>150</sup> ha portato il servizio pubblico nell'alveo dell'iniziativa economica dei privati.

L'assimilazione della nozione di diritto interno a quella sovranazionale, già di per sé complessa per le divergenze strutturali tra i due ordinamenti, incontra plurime difficoltà. I servizi pubblici, infatti, almeno nella letteratura italiana e francese, possono essere identificati con i servizi di interesse economico generale di cui all'art. 106 Tfu solo parzialmente.

Limitando l'ambito d'indagine al sistema italiano, in estrema sintesi, si può affermare che l'attuale assetto di regolazione dei servizi pubblici è il risultato di una serie di processi di trasformazione e modifiche determinate, oltre che dall'evolversi delle condizioni di mercato nelle quali ci si è trovati a operare, anche dalle cd. privatizzazioni, dalla progressiva modifica della normativa sugli enti locali e, di conseguenza sulla gestione dei servizi pubblici locali e dalla riforma costituzionale del 2001<sup>151</sup>.

---

<sup>150</sup> Cfr. comunicazione della Commissione COM (2000) 580 def. del 20 settembre 2000, punti 17 e 18.

<sup>151</sup> Cfr. il recentissimo regolamento di attuazione dell'art. 23-bis d.l. 112/2008 del novembre 2010 concernente la riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, il quale - come si legge nel comunicato del Consiglio dei Ministri - mira ad impedire l'acquisizione di ingiustificate posizioni di vantaggio nel delicato e strategico settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, con la finalità di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi per tutti gli operatori economici interessati, nonché di garantire il

Il nostro legislatore include fra i servizi pubblici essenziali, accanto ai servizi c.d. economici (trasporti, energia, ecc.), non solo i servizi sociali (sanità, igiene pubblica, istruzione, ecc.), ma anche l'amministrazione della Giustizia, con particolare riferimento ad alcuni provvedimenti (cfr. art. 1 lett. *a-e* legge n. 146/1990 sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali).

Nel quadro europeo, al contrario, non possono essere annoverati nell'alveo dei servizi di interesse economico generale i servizi sociali, a meno che non vengano forniti, appunto, "economicamente"<sup>152</sup>.

Questa dilatazione dell'ambito del servizio pubblico nell'ordinamento nazionale italiano risente di un'impostazione originaria, affermatasi soprattutto nei servizi pubblici locali, secondo cui è servizio pubblico quello che l'ente pubblico (ente locale o Stato) decide essere tale, assumendosene la responsabilità o con la diretta erogazione, o con l'affidamento a terzi chiamati a rendere il servizio (mediante concessione o appalto).

L'identificazione tra responsabilità pubblica e pubblico servizio e, quindi, l'ancoraggio del pubblico servizio al soggetto pubblico, continua a connotare il *service public* in Francia, anche in forza di una espressa previsione costituzionale<sup>153</sup>.

In modo meno esplicito, questa identificazione perdura anche in Italia e, come in ambito europeo, dubbi e incertezze sulla effettiva portata di tale nozione si affollano. Pur non volendo riprendere il complesso dibattito interno<sup>154</sup>, noto agli studiosi di diritto amministrativo, che contrappone la

---

diritto di tutti gli utenti all'universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed ai livelli essenziali delle prestazioni, assicurando un adeguato sistema di tutela degli utenti.

<sup>152</sup> Così sentenza 16 marzo 2004, cause riunite C-264, 306, 354, 355/01, *Aok*. Sui servizi sociali di interesse generale si veda il capitolo III.

<sup>153</sup> *Alinéa* numero 9 del Preambolo della Costituzione del 1946: «Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité».

<sup>154</sup> Sulla nozione di servizio pubblico, Giannini M.S. (1995), *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna. Per un inquadramento di ordine generale dell'istituto, cfr. Caia G., *I servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo* (2005), a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, vol. II, Bologna, p. 131 e ss. Sulla classica teoria soggettiva del servizio pubblico si veda Miele G., *Pubblica*

nozione soggettiva a quella oggettiva, alcune considerazioni sulla categoria in esame si rendono necessarie per capire se, nei servizi di interesse economico generale, si possa configurare ancora un vero e proprio servizio pubblico.

Ci si chiede se nel regime giuridico di questo fenomeno vi sia spazio per l'interesse generale (pubblico), per autentici poteri pubblici o per una disciplina derogatoria del diritto comune: se la regolazione del settore sia *finalistica* - e dunque volta a perseguire un dato pubblico interesse - ovvero *condizionale* - e dunque rispettosa del nucleo principale delle libertà economiche (Cintioli 2009, p. 454).

Nonostante si sia consolidata tra gli studiosi la cosiddetta "nozione oggettiva"<sup>155</sup> di servizio pubblico, con il conseguente affrancarsi del servizio dal soggetto pubblico, l'effetto complessivo è stato quello di dilatare a dismisura l'ambito del servizio pubblico, che finisce col coincidere con l'attività economica pubblica, rientrando sotto il regime individuato dal comma terzo dell'art. 41 Cost.<sup>156</sup>. Poiché l'estensione dei programmi e dei controlli enucleati dal costituente dipende dalla volontà del legislatore, per effetto della riserva di legge prevista in materia, non c'è alcuna previa limitazione dell'area del servizio pubblico.

---

*funzione e servizio pubblico*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1987, p. 136 ss. Sulla teoria oggettiva, si rimanda al noto saggio di Pototschnig U. (1964), già citato. Sull'istituto del servizio pubblico, si riportano alcuni tra gli studi più recenti della dottrina amministrativistica: Napolitano G. (2001), *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova; Perfetti L. (2001), *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova; Digaspere G. (2001), *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova; Delucia L. (2002), *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino; Cartei G.F. (2002), *Il servizio universale*, Milano; Berlingiero G.E. (2003), *Studi sul pubblico servizio*, Milano; Scotti E. (2003), *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova. Si rinvia, altresì a *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario* (2004), a cura di A. Massera, Pisa.

<sup>155</sup> La nozione oggettiva del pubblico servizio viene delineata con precisione, nel celebre studio di Umberto Pototschnig (1964), Partendo dal dato costituzionale, l'art. 43 Cost. priverebbe di fondamento la concezione soggettiva tradizionale perché consente (ma non esige) l'avocazione al settore pubblico delle imprese che forniscono servizi pubblici, sicché detti servizi ben possono essere forniti da imprese private.

<sup>156</sup> Parte della dottrina sottolinea, però, che l'evoluzione verso «una concezione marcatamente oggettiva del servizio pubblico (...) appare oggi aver subito una battuta d'arresto». Cfr. Caia 2005, p. 144.

Pare opportuno dar conto di quella dottrina che, occupandosi dei problemi del servizio pubblico, ha ritenuto «non assurdo accogliere la prospettiva - assai poco “politicamente corretta” - che valorizza il profilo soggettivo della nozione». Secondo tale concezione (tradizionale), che permette una perimetrazione sufficientemente precisa del servizio pubblico, siffatta categoria si identifica con l’attività non autoritativa svolta dalla pubblica amministrazione. È appena il caso di precisare che la concezione soggettiva non ha mai inteso negare l’esistenza degli operatori privati nella gestione dei pubblici servizi che, al contrario, risulta del tutto compatibile con la concezione medesima (Villata 2003, p. 493).

Abbandonato l’approdo sicuro della nozione soggettiva, la dottrina non sembra ancora in grado di tratteggiare un condivisibile concetto *unitario* di pubblico servizio. A tale mancanza non sopperisce neppure la legislazione<sup>157</sup>, tantoché viene spontaneo interrogarsi su quale sia l’utilità di una definizione unitaria, almeno concettualmente, se sul piano del diritto positivo permane una accentuata frammentazione.

Senza addentrarsi ulteriormente in ricostruzioni che, *ratione materiae*, esulano da questo studio, basti qui considerare il servizio pubblico come un istituto di diritto pubblico, che corrisponde ad un regime organizzatorio tipico (Cintioli 2006, p. 454). Plurimi sono i regimi giuridici in cui può svolgersi questa attività: regolazione generale (e pertanto libera concorrenza, salvo il rispetto del limite rappresentato dalla

---

<sup>157</sup> Una solida nozione unitaria di pubblico servizio non può rinvenirsi nell’art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998, norma sostanzialmente riconducibile al parere 12 marzo 1998 dell’Adunanza generale del Consiglio di Stato, che ritenne di seguire la nozione oggettiva, accorpando però fattispecie eterogenee in un elenco scarsamente significativo, giacché ricomprendente attività regolamentate secondo modelli assai diversi l’uno dall’altro (cfr. *amplius* Cartei 2005). A fianco del riferimento a prestazioni a fruizione individuale di natura non economica (servizi sanitari e scolastici), l’art. 33 menziona infatti la vigilanza sul credito e sul mercato mobiliare (oltre che sulle assicurazioni). L’art. 33 cit. è pertanto inservibile ai fini della ricerca di una definizione unitaria del pubblico servizio. Analoghe considerazioni possono svolgersi nei confronti dei «servizi di pubblica utilità» di cui alla l. 14 novembre 1995 n. 481 e dei «servizi pubblici essenziali» (comprensivi di attività interamente private e di vere e proprie funzioni pubbliche) contemplati, ai fini della regolamentazione del diritto di sciopero, dalla l. n. 146/1990.

manca di contrasti con l'utilità sociale), regolazione specifica (che contempla misure di indirizzo) o avocazione da parte della Pubblica Amministrazione (Perfetti 2001, p. 299).

Il servizio pubblico va inquadrato nel più ampio contesto delle libertà e dei diritti sociali astrattamente previsti dalla Costituzione, dei quali garantisce l'effettività attraverso l'erogazione di prestazioni. Pubblico servizio, dunque, è l'attività economica di prestazione il cui risultato è di consentire l'effettivo godimento di libertà e diritti sociali privi di dimensione autoesecutiva (Perfetti 2001, pp. 261 e 298 ss. ).

Per chi si avvicina allo studio del diritto sociale, se il diritto a conseguire la prestazione oggetto di un servizio pubblico è qualificabile come "diritto sociale" (Cartei 2002, p. 252) il fine è capire come si vada manifestando, in concreto, l' "economia sociale di mercato" (soprattutto in ambito europeo).

Nel campo del servizio pubblico, pertanto, si dovrà accertare se il problema fondamentale, secondo gli stessi obiettivi prefissati dalle Istituzioni europee<sup>158</sup>, sia di assicurare il soddisfacimento del diritto alla prestazione o, invece, di fare in modo che la competizione economica assicuri ai cittadini quel vantaggio indiretto che consiste nel potere di fruire di servizi migliori a costi minori.

I molteplici dibattiti dottrinali sulle tesi ora (troppo) sinteticamente riassunte perdono, almeno in parte, la rilevanza passata, attesa l'incidenza sul sistema interno della disciplina di fonte europea. A ciò si aggiunga che, anche sul modello dei servizi pubblici a contenuto economico che promana dal diritto europeo, in verità, la dottrina è lontana dal traguardo di un inquadramento condiviso.

In alcuni casi, è sembrato prevalente nella costruzione l'intento di non confondere la "programmazione finalistica" dell'economia con la "regolazione". La prima, comprensiva di norme sostanziali incidenti

---

<sup>158</sup> Il richiamo va sempre al più volte citato Libro bianco del 2004 e all'individuazione di standard di qualità ed efficienza cui i servizi di interesse, anche economico, generali devono rifarsi.

sull'esercizio dell'attività economica, la seconda espressione solo di regole condizionali concernenti i rapporti tra privati per la tutela di interessi collettivi (non confondibili con gli interessi pubblici in senso stretto) in un'economia di libero mercato (cfr. Villata 2003, p. 502). Secondo tal ricostruzione, l'area dei servizi di interesse economico generale, anziché confondersi, sarebbe antitetica a quella del tradizionale servizio pubblico, perché segnerebbe il principio di apertura del mercato. Il settore apparterrebbe insomma alle comuni attività economiche e sarebbe tollerata solo una regolazione neutrale, e condizionale, riconducibile alla categoria dei limiti alla libera iniziativa di cui all'art. 41 Cost. (cfr. Napolitano 2000, p. 429 e ss.).

Le riflessioni successive hanno invece accettato l'idea che il binomio libero mercato-regolazione non bastasse sul piano qualificatorio a riassumere la complessità di un fenomeno che, nel tempo, si è rivelato multiforme.

In Europa, il connubio di liberalizzazione e regolazione ha lasciato spazio a disomogenei e incompleti processi di privatizzazione e a numerosi casi di riserva pubblica attraverso le deroghe al principio di apertura del mercato, per il tramite del servizio universale, di monopoli e obblighi di servizio pubblici.

A fronte del cambiamento della linea del libero mercato, frutto dei mutamenti delle politiche comunitarie di cui già si è detto, i contributi dottrinali hanno iniziato a separare all'interno della categoria dei servizi di interesse economico generale liberalizzati un fenomeno connesso alla permanenza dell'interesse pubblico come criterio di co-decisione, alla deroga (prevalente) al principio di apertura del mercato e alla continuità con la nozione classica di servizio pubblico. Alcuni hanno avvicinato a tale ultima nozione il servizio universale<sup>159</sup> (su cui v. paragrafo successivo). Altri hanno invece ricercato nuove, e più sottili, linee distintive, vuoi rimarcando la contiguità di certa regolazione al fenomeno

---

<sup>159</sup> Così Clarich (1998) e Cassese (1999).

della programmazione finalistica, vuoi distinguendo tra una regolazione in senso forte ed una regolazione in senso debole (cfr. De Lucia 2002, p. 153), vuoi contrapponendo servizi pubblici a servizi privati di pubblica utilità (cfr. Scotti 2003, p. 287). Altri ancora (Villata 2003, p. 495) ritengono impossibile individuare una linea di continuità tra attività economica soggetta a programmazione e attività economica soggetta a regolazione, e respingono la tesi<sup>160</sup> di chi vede nella nozione oggettiva del servizio pubblico un'anticipazione delle attuali prospettive europee, in quanto programmi e controlli che indirizzano e coordinano un'attività economica privata a fini sociali equivarrebbero alla regolazione di quella medesima attività. Secondo tale interpretazione, sussiste quindi una ben scarsa compatibilità, se non una vera antinomia tra regolazione di mercati concorrenziali e servizi pubblici in senso oggettivo, almeno se si vuole trarre conseguenze normative dalle qualificazioni proposte, sicché suscita forti dubbi richiamare la prospettiva europea per rivalutare una nozione di servizio pubblico «caratterizzata non da prestazioni amministrative fornite da un soggetto pubblico, bensì dalla disciplina pubblicistica di soggetti privati». È pur vero che dalla documentazione elaborata dalla Commissione in materia di servizi di interesse economico generale<sup>161</sup>, emergono i tratti giuridici essenziali di una nozione di pubblico servizio che fa perno non sul settore pubblico, sul soggetto pubblico o su un interesse pubblico costruito sulla figura soggettiva dell'ente (sui suoi poteri e sulla sua organizzazione gerarchica); al contrario, ruota sui bisogni oggettivi dei destinatari dei servizi e, quindi, intorno al servizio pubblico inteso come «missione volta a fornire un servizio al pubblico» (Salerno 2010, p. 110).

---

<sup>160</sup> Cfr. Sorace 2001, p. 398, richiamato criticamente da Villata. Secondo quest'ultimo «non pare proprio che programmazione e regolazione esibiscano caratteri comuni, giacché la prima comprende norme sostanziali sull'esercizio del diritto di libertà economica e costituisce uno strumento tipico dei sistemi collettivistici, mentre la seconda si risolve nella formulazione di regole condizionali concernenti rapporti interprivati a tutela di interessi (non pubblici in senso tradizionale ma) oggettivi della collettività nell'ambito di un'economia ispirata al mercato concorrenziale».

<sup>161</sup> Cfr. in particolare Allegato II della citata Comunicazione del 20 settembre 2000.

Riprendendo un'interessante ricostruzione dottrinale (Salvia, 2000, p. 550), il sistema potrebbe descriversi come imperniato su due cerchi concentrici: la parte esterna, di più ampio spessore, designa il servizio economico concorrenziale, libero, privatizzato ed interamente compenetrato nelle logiche dell'impresa; quella interna, invece, contiene il servizio universale, che conserva marcati caratteri pubblicistici.

Parte della dottrina, tende a restringere la nozione classica di servizio pubblico al cerchio minore, poiché solo il servizio universale (o comunque tutti i casi in cui vi sono puntuali obblighi di pubblico servizio) risponderebbe ai tratti pubblicistici che si sono sottolineati sia nella teoria soggettiva che in quella oggettiva del servizio pubblico (cfr. Cintioli 2006 ,p. 456).

Dando per buona questa ricostruzione, un'attenta lettura dei documenti istituzionali, per cui si rimanda all'analisi effettuata al successivo paragrafo 3.2, e l'incerta distinzione tra le due categorie che ne deriva, inducono a pensare che tra i due "cerchi" possa configurarsi una sorta di contaminazione.

Ad ogni modo, rispetto all'impostazione nazionale, è evidente la differenza di approccio del diritto europeo.

Innanzitutto, la stessa distinzione tra servizi di interesse economico e servizi di interesse non economico (la competenza sui quali è stata trattenuta dagli Stati membri ed è estranea alla perimetrazione europea). Infatti la Commissione europea esclude dall'ambito di applicazione dell'art. 106.2 Tfu, oltre alle prerogative intrinseche degli Stati, le attività non industriali o commerciali esercitate da enti con funzioni prevalentemente sociali<sup>162</sup>.

In secondo luogo, il principio secondo il quale i servizi di interesse economico generale sono prodotti in regime di concorrenza (mentre alla base della nozione continentale di servizio pubblico vi è il monopolio pubblico: con possibilità di deroga che assume appunto il valore di

---

<sup>162</sup> Comunicazione della Commissione europea, *I servizi d'interesse generale in Europa*, COM (2000) 580 def. del 20 settembre 2000.

*eccezione* ad una regola di segno contrario). Stando così le cose, appare del tutto condivisibile l'opinione secondo cui le misure di riduzione della concorrenza, ammissibili solo ove risultino indispensabili per il raggiungimento degli obiettivi della missione, non rappresentano i criteri di identificazione della nozione: i servizi di interesse economico generale restano tali pure laddove interamente affidati al mercato (Villata 2003, p. 3).

La categoria non riassume la nozione di servizio pubblico, ma refluisce nella disciplina del mercato (Cartei 2005, p. 1244). Se il servizio di interesse economico generale è, in linea di massima, prodotto da imprese sul mercato, solo quando questo sia inefficiente - inidoneo cioè a fornire prestazioni che, secondo una valutazione pubblica, devono essere fornite a tutti, a prezzi abbordabili -, i pubblici poteri sono legittimati ad intervenire anche in deroga al regime di concorrenza (perché lo richiede la specifica missione affidata alle imprese chiamate a rendere tali prestazioni). Questo limite, imposto dal rispetto del diritto (economico) europeo all'azione degli Stati membri, non è (o *ancora* non è) reperibile nell'ordinamento italiano.

In altri termini, l'art. 106.2 menziona i servizi di interesse economico generale e stabilisce che di norma la loro gestione deve rispettare le regole del mercato concorrenziale.

Di seguito, precisa che sono ammesse deroghe al principio per non pregiudicare la specifica missione affidata all'impresa che gestisce detti servizi: ciò significa che i servizi in questione, salvo ipotesi particolari, sono attività svolte appunto nel rispetto del mercato concorrenziale. Dunque siamo in presenza di mercati regolati, con la conseguenza che l'espletamento di siffatte attività da parte di imprese private è la normale condizione di tali mercati.

Se, come si è detto più volte, il regime normale dei servizi di interesse economico generale è quello dei mercati regolati, la loro identificazione con i servizi pubblici del diritto interno significherebbe ridurre questi ultimi appunto a mercati regolati, conclusione non accettabile, «almeno

per quanto attiene alle conseguenze giuridiche che dai nomi si deve trarre»<sup>163</sup>.

In un quadro sovranazionale che addirittura può aver innovato gli stessi art. 41 e 43 Cost., giacché appunto individua nella concorrenza e nel mercato valori primari meritevoli di tutela, tra tutte le varie letture prospettate, pare opportuno optare per quella che consente una maggior salvaguardia dei diritti fondamentali. Il servizio pubblico, come categoria nazionale, è allora quell'attività economica di prestazione il cui risultato è di realizzare le condizioni perché divengano effettivi diritti e libertà sociali privi di dimensione autoesecutiva.

## *2.2 Impresa pubblica e fini sociali nella Costituzione italiana: problemi di compatibilità con il diritto europeo.*

Fino alla riforma portata dalla l. cost. n. 3/2001, le disposizioni costituzionali specificamente rilevanti per l'argomento qui trattato erano contenute negli artt. 41 e 43.

L'art. 43 è quello che appare immediatamente il più pertinente rispetto al fenomeno dei servizi "soggettivamente" pubblici, visto che consente, in determinate circostanze, di riservare, anche originariamente, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti, singole imprese o intere categorie di queste. Le circostanze giustificative di simili operazioni vengono indicate, oltre che nei "fini di utilità generale", anche nel "carattere di preminente interesse generale" delle imprese in questione che possono, in alternativa, riferirsi a "servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio".

La monopolizzazione pubblica delle imprese veniva correntemente prospettata come la punta estrema dell'intervento statale (cfr. Sorace 2010), il cui fondamento, con i relativi limiti, si trovava nell'art. 41. Quest'articolo sancisce innanzitutto, in termini generali, la libertà

---

<sup>163</sup> Cfr. Villata 2003, p. 3 e bibliografia ivi citata.

d'iniziativa economica privata, la quale però è dichiarata passibile di limitazioni ove il suo esercizio risulti incompatibile con "l'utilità sociale" o possa risolversi in danni arrecati «alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana». Lo stesso articolo inoltre, contemplando anche la possibilità che l'attività economica, sia svolta tanto da soggetti privati che pubblici, ammette che essa sia «indirizzata e coordinata a fini sociali».

Fini sociali di una impresa si possono considerare gli obiettivi che l'impresa stessa si pone, o imposti dall'esterno (dalla legge o da atti dell'autorità amministrativa), diversi e ulteriori rispetto a quelli propri della attività imprenditoriale, cioè di una attività economica (intesa alla realizzazione di un profitto) esercitata professionalmente mediante la produzione o lo scambio di beni o di servizi (così Cerulli Irelli 2006, p. 752). In altre parole, fini che, secondo le esigenze proprie delle attività economiche nelle quali si realizza l'impresa, non verrebbero perseguiti. Le relative azioni non verrebbero poste in essere, perché appunto non necessarie o senz'altro superflue e finanche contrastanti con le finalità (produttive) proprie dell'impresa.

Il perseguimento di fini sociali appare proprio dell'impresa pubblica, intesa quale impresa che appartiene allo Stato, ad altro pubblico potere o ad enti pubblici (accomunati ai primi, nell'accezione dell'ordinamento europeo). Si presume che i pubblici poteri, in quanto organizzazioni serventi gli interessi della collettività, allorché creino e gestiscano un'impresa, lo facciano, appunto, al fine di servire interessi della collettività e non per meri scopi di profitto.

Di diverso tenore è l'art. 43, nel quale compaiono espressamente i servizi pubblici, quelli essenziali, che, per la loro importanza, possono essere "riservati" in favore di soggetti pubblici, i quali si configurano come imprese (pubbliche). La norma costituzionale, in questo caso, considera in qualche modo fisiologico il monopolio pubblico nell'esercizio di queste attività.

Qui l'impresa pubblica è vista come quella che "rompe il mercato", escludendo dal suo ambito di attività le altre imprese, per la realizzazione di fini ritenuti dal legislatore come di "utilità generale".

Quella costituzione economica che, imperniata sulla programmazione, avrebbe dovuto raccordare gli artt. 3, 41 e 43, cioè eguaglianza, controllo dell'economia e socializzazione, osservava Enzo Cheli già nel 1977, non è stata attuata. D'altro canto, il sindacato della Corte costituzionale sui presupposti per l'applicazione dell'art. 43 non era stato particolarmente penetrante, se è vero che dalla giurisprudenza «non emerge[va] alcun approfondimento particolare in ordine alla nozione di servizio pubblico essenziale» mentre, per quanto attiene all'«interesse generale», si «tende[va] per lo più a conservare a questa nozione la naturale carica d'indeterminatezza e di elasticità».

Analogamente, del resto, dalla ricognizione operata dalla stessa Corte (sent. n. 63/1991) della propria giurisprudenza relativa all'art. 41, emergeva che il sindacato sulla «utilità sociale alla quale la Costituzione condiziona la possibilità di incidere sui diritti dell'iniziativa economica privata concerne solo la rilevabilità di un intento legislativo di perseguire quel fine e la generica idoneità dei mezzi predisposti per raggiungerlo».

Volgendo lo sguardo al diritto europeo per indagare possibili profili di contrasto con la normativa costituzionale in commento, si può affermare che l'art. 106.2 T.fue non soltanto ammette, ma sembra esigere limitazioni alla concorrenza e deroghe ad altre norme primarie. Questo, fino al punto da consentire che siano riconosciuti alle imprese diritti speciali o esclusivi (cioè, riserve di attività) e non trovino applicazione i divieti di aiuti di Stato, purché si tratti di limitazioni, proporzionate, in mancanza delle quali non sarebbe possibile l'adempimento della missione del servizio (al quale peraltro non si richiede di essere caratterizzato da essenzialità).

I possibili profili di incompatibilità con il diritto europeo riguardano invero il solo art. 43 Cost., se si legge il suo primo comma nel senso di rendere legittima una riserva, pubblica o comunitaria, di un'impresa o di

una categoria di imprese per il solo fatto che, oltre ad avere «carattere di preminente interesse generale», svolgano un servizio pubblico essenziale o operino in relazione a fonti di energia o siano in situazioni di monopolio (e cioè senza che sia necessario dimostrare che solo con la riserva le imprese in questione possano adempiere la missione ad esse affidate).

I possibili contrasti tra i due ordinamenti vanno rivisti alla luce della riforma costituzionale del 2001. Attualmente, l'interpretazione delle disposizioni degli artt. 41 e 43 Cost. deve tener conto non soltanto della esplicita menzione costituzionale (nell'art. 117) della «tutela della concorrenza» (che non sembra incidere sulle conclusioni raggiunte semplicemente sulla base degli artt. 41 e 43, se non forse per giustificare un sindacato particolarmente incisivo delle deroghe alla libertà di iniziativa economica), ma soprattutto del principio della sussidiarietà c.d. orizzontale che ora è espressamente richiamato da una disposizione costituzionale (l'art. 118, comma 4, Cost.).

Alcuni autori (cfr. Sorace 2010) ritengono la disciplina costituzionale dell'economia dettata dagli artt. 41 e 43 Cost. non radicalmente incompatibile con quella europea dei servizi di interesse generale, tanto da affermare che l'applicazione del principio di sussidiarietà potrebbe avere effetti per la libertà d'iniziativa economica privata più favorevoli di quelli derivanti dal diritto europeo. Questo principio, rigorosamente inteso, potrebbe portare, nell'ordinamento nazionale, ad esigere una giustificazione specifica non soltanto per l'imposizione della riserva di certe attività alla mano pubblica ma anche solo per ammettere da parte di imprese pubbliche lo svolgimento di attività economiche, che potrebbe ritenersi condizionato all'ipotesi che le imprese private risultino insufficienti a soddisfare le domande (ovvero, se si preferisce dirlo così, all'ipotesi di una *market failure*)<sup>164</sup>.

---

<sup>164</sup> Cfr. par. 3 del presente capitolo.

Quel che è certo è che nella materia in esame il diritto europeo ha preso il posto del diritto interno, nel senso che con i suoi principi (alcuni chiari e altri meno), ne copre tutto l'ambito, e i principi costituzionali propri dell'ordinamento interno possono trovare applicazione solo in quanto siano conformi. Le eventuali norme difformi, come noto, non saranno abrogate, ma disapplicate dal giudice nazionale.

Infine, i principi di cui si discute (la c.d. "costituzione economica") non si ascrivono a quelli fondamentali del nostro ordinamento che, in quanto tali, non sarebbero derogabili da norme dell'ordinamento Ue (secondo la nota impostazione della Corte Costituzionale) e subiscono pertanto pienamente gli effetti del primato del diritto europeo.

### *2.3. Il concetto di "servizio universale" come garanzia del diritto di cittadinanza*

Non pare che progressi significativi si traggano spostando l'attenzione sul concetto di "servizio universale", che un cospicuo indirizzo dottrinale propende ad avvicinare alla categoria di servizio pubblico conosciuto nell'ordinamento italiano (Clarich 1998, p. 196). Il servizio universale risponde ad un'esigenza minima ed insopprimibile di garanzia del singolo e di salvaguardia del gruppo sociale nel suo insieme. Si tratta di garantire in ogni caso a tutti, secondo *standards* qualitativi accettabili e a prezzo favorevole, un servizio base, che risponde ad una missione sociale e solidaristica alla quale il diritto europeo è tutt'altro che indifferente (Cintioli 2006).

Questo obiettivo è divenuto, nei fatti, il momento di congiunzione degli opposti punti di vista che, fin dall'inizio dei lavori che portarono al Trattato di Roma, hanno animato il dibattito comunitario sui servizi pubblici: l'uno favorevole ad affermare la competizione concorrenziale nei servizi e l'altro tendenzialmente contrario<sup>165</sup>.

---

<sup>165</sup> Corso (1999, p. 7) p. 7 e ss. spiega come l'inserimento dell'originario art. 90, par. 1, del Trattato sia stato perlopiù dovuto alla richiesta dei paesi del Benelux, preoccupati di

La nozione di servizio universale<sup>166</sup> appare per la prima volta nella Comunicazione della Commissione del 1996 sui servizi di interesse generale in cui è definita come «un insieme minimo definito di servizi di determinata qualità disponibile a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e, tenuto conto delle condizioni nazionali specifiche, ad un prezzo abbordabile»<sup>167</sup>. Le imprese a cui vengono imposti obblighi di servizio universale sono, quindi, tenute ad assicurare determinate prestazioni su tutto il territorio nazionale, a prezzi accessibili e a condizioni di qualità che prescindono dalla redditività delle singole operazioni.

In altre parole, è proprio nel contesto dell'apertura dei mercati dei servizi pubblici alla libera concorrenza tra più operatori che emerge la problematica del servizio universale come garanzia da parte dei pubblici poteri della accessibilità alla fruizione di determinate prestazioni essenziali per i cittadini.

Si tratta, di uno strumento volto a garantire il rispetto del principio di solidarietà e di parità di trattamento in un sistema organizzativo fondato sulla concorrenza.

A tali obiettivi concorrono, appunto, i servizi di interesse generale, considerati «veri e propri diritti sociali in quanto contribuiscono in misura considerevole alla coesione socio economica e che danno corpo a

---

un'impari competizione tra le loro imprese, in massima parte private, ed i colossi pubblici francesi e italiani e come, d'altra parte, siano state proprio le richieste italo-francesi a favorire l'introduzione della clausola di temperamento legata alla "specifica missione".

<sup>166</sup> Per una ricostruzione più completa della nozione di servizio universale si veda Clarich 1998, p. 180 e ss.

<sup>167</sup> La nozione sarà in seguito ripresa nelle successive direttive di liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni e delle poste (direttiva 97/33/CE del 30 giugno 1997 sull'interconnessione del settore delle comunicazioni e finalizzata a garantire il servizio universale attraverso l'applicazione dei principi di fornitura di una rete aperta). La direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002, dedicata al servizio universale ed ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica ( cd. "Direttiva servizio universale"), definisce come "servizio universale" (4°considerando) «la fornitura di un insieme minimo definito di servizi a tutti gli utenti [...] a prezzo abbordabile», con l'ulteriore specificazione secondo cui gli obblighi di servizio universale «che sono definiti a livello comunitario dovrebbero essere periodicamente riesaminati al fine di modificarne o definirne la portata» (considerando n. 25).

un insieme di valori comuni a tutti i nostri Stati e che fanno l'originalità dell'Europa»<sup>168</sup>. Da qui l'insistenza sulla nozione di "servizio universale", riferibile a settori specifici quali poste, elettricità, telecomunicazioni, trasporti. Gli obblighi di servizio universale costituiscono, dunque, «una sorta di minimo comune denominatore, rispetto al quale ciascuno Stato membro è libero di aggiungere ulteriori elementi in coerenza con la propria concezione di servizi pubblici» (Clarich 1998, p. 184).

Il servizio universale viene ribadito anche nel Libro Verde sui servizi di interesse generale (COM (2003) 270, punto 50), secondo il quale «il concetto di servizio universale fa riferimento ad una serie di requisiti di interesse generale che assicurano che taluni servizi siano messi a disposizione di tutti gli utenti e consumatori finali a livello qualitativo stabilito, a prescindere dall'ubicazione geografica dei medesimi e, tenuto conto delle specifiche circostanze nazionali, ad un prezzo accessibile».

Al Libro Verde fa seguito il Libro Bianco sui servizi di interesse generale<sup>169</sup> che rileva come la Commissione, nell'ambito delle proprie politiche, sia «impegnata a promuovere e migliorare l'accesso universale effettivo ai servizi di interesse generale».

Secondo questo documento, il servizio universale rappresenta quindi un concetto chiave finalizzato a garantire l'effettiva accessibilità dei servizi essenziali che «stabilisce il diritto di ogni cittadino di accedere a taluni servizi considerati essenziali e impone l'obbligo alle industrie di fornire un servizio definito a condizioni specificate, che includono fra l'altro una copertura territoriale totale a prezzi abbordabili».

Quale utilità pratica ha dunque questo concetto ai fini della ricostruzione della nozione di servizio di interesse generale?

---

<sup>168</sup> Il fondamento del servizio universale consiste sostanzialmente in ragioni di carattere sociale: obiettivi fondamentali dell'Unione, secondo la nota Comunicazione dell'11 settembre 1996 intitolata *I servizi di interesse generale: elemento chiave del modello europeo di società*, sono la solidarietà e la parità di trattamento nel contesto di un'economia di mercato aperto e dinamico.

<sup>169</sup> COM (2004) 374, punto 3.3, relativo alla garanzia di coesione e di accesso universale.

Secondo la Commissione (Libro Bianco 2004) dovrebbe consentire la definizione di principi comuni a livello comunitario, lasciando agli Stati membri il compito di darvi attuazione in modo da tener conto delle situazioni specifiche dei singoli Paesi, in linea con il principio di sussidiarietà, al fine di evitare che i gruppi sociali o le regioni vulnerabili siano esclusi dall'accesso ai servizi essenziali.

Dai documenti istituzionali (cfr. in particolare la Comunicazione del 2000 e il Libro verde) emerge una duplice valenza del concetto di universalità del servizio. Da una parte, rappresenta uno strumento atto ad incidere sulla libertà statale di definizione degli obblighi di servizio pubblico. Dall'altra, soprattutto nell'ambito delle varie direttive di liberalizzazione, rappresenta uno strumento di garanzia nei confronti dei cittadini-utenti. Proprio in questo senso, nel Libro verde, la Commissione chiarisce che gli obblighi di servizio pubblico imposti alle imprese, con particolare riferimento ai settori delle *utilities* (trasporti, poste, energia, ecc.), non si sostanziano solo nella garanzia dell'accessibilità a tutti del servizio, ma possono comprendere una serie di altri obblighi specifici, relativi a esigenze di tutela degli utenti, di tutela ambientale, ovvero relativi a determinate esigenze di sicurezza.

In merito alla riconducibilità della nozione di servizi d'interesse generale a quella in commento, i primi rappresentano indubbiamente un concetto più esteso: rispetto al concetto di servizio universale, tali servizi non sono infatti necessariamente diretti alla totalità della popolazione.

Si coglie invero una certa sovrapposizione con la nozione di servizio di interesse generale, con l'unica peculiarità del ripetuto riferimento ai servizi di rete (definiti "essenziali"), tanto da fare dedurre che non esiste a livello sovranazionale un'autonoma definizione di servizio universale, ma al più l'universalità di accesso ai servizi di interesse generale<sup>170</sup>.

Secondo autorevole dottrina (Villata 2003, p. 499 e ss.), la nozione in esame non connota una specifica attività, ma individui un insieme di

---

<sup>170</sup> Per un più ampio approfondimento sul tema, si rimanda al capitolo III del presente elaborato.

obiettivi relativi alla qualità di prestazioni, ora fornite nell'ambito del mercato liberalizzato e, pertanto, sottoposti alla normale regolazione imposta dalla normativa economica, ma non differenti dall'erogazione in regime di monopolio pubblico.

Infine, volendo tentare una *comparaison* col servizio pubblico proprio del nostro ordinamento, considerate le diversità con il servizio universale riconducibili alla natura anfibia della regolazione (Cartei 2002, p. 283), e il rilievo secondo cui la nozione europea è uno strumento regolatorio, anzi «lo strumento regolatorio più significativo» (Cartei 2002, p. 287), si rinviene al più una conferma della circostanza che il legislatore europeo ignora le categorie nazionali e che pure il già citato accenno al pubblico servizio contenuto nell'*ex art. 73 Tce* (settore trasporti) «non implica l'attribuzione di un significato normativo ad una categoria giuridica propria dei diritti nazionali» (Cartei 2002, p. 258).

Conclusione che trova ulteriore conferma nella prospettiva adottata dalla Commissione europea, quando si è trattato di individuare l'elemento differenziale della concessione di pubblici servizi. La Comunicazione del 12 aprile 2000 ha infatti concluso che tale elemento deve essere identificato nel rischio economico della gestione posta a carico del concessionario. Tesi questa che, se pur troviamo condivisa in qualche pronuncia dei giudici nazionali<sup>171</sup>, suscita molteplici dubbi circa la sua utilizzabilità nel diritto interno per tracciare i confini del servizio pubblico come categoria nazionale (cfr. Villata 2003, p. 505).

In definitiva, la normazione europea in materia di servizio universale offre una molteplicità di spunti sui quali riflettere in tema di concorrenza, di mercati regolati, di bisogni collettivi di cui è necessario assicurare il soddisfacimento, ma non aiutano nella ricerca di una nozione attuale unitaria di servizio di interesse generale.

---

<sup>171</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, 16 maggio 2002 n. 2634, in materia di trasporti pubblici locali.

### 3. *La distinzione tra servizio economico e non economico di interesse generale come criterio per individuare il diritto applicabile*

La questione della distinzione tra servizi (d'interesse generale) di natura economica e servizi, di pari interesse, ma privi di rilievo economico, non ha natura puramente teorica, determinando al contrario precise conseguenze giuridicamente vincolanti in ordine alla disciplina applicabile, tanto a livello europeo che nazionale.

In particolare, si rileva la difficoltà di individuare, specie a livello locale, quei servizi a carattere sociale che, in base alle determinazioni europee vigenti, hanno carattere economico, tenuto conto che «la distinzione fra attività economiche e non economiche ha nel tempo dimostrato un carattere dinamico ed evolutivo, tanto da divenire talora addirittura superflua per un crescente numero di servizi» e che la valenza sociale dell'attività richiede «una particolare attenzione poiché, in alcuni ambiti, la rilevanza economica o meno del servizio stesso, può determinare una sua differente qualificazione»<sup>172</sup>.

Per stabilire se un certo servizio abbia o meno contenuto economico la Corte di giustizia utilizza criteri di natura sostanziale, i quali prescindono in tutto dalla qualificazione formale dell'atto o dell'ente e guardano alla sostanza del fenomeno, depurato da ogni sovrastruttura giuridica. Essa utilizza un'impostazione funzionale attraverso un'analisi *case by case*<sup>173</sup>, e individua una serie di indici relativi alle condizioni di funzionamento del servizio, quali l'esistenza di un mercato, prerogative statali, obblighi di solidarietà<sup>174</sup>.

---

<sup>172</sup> V. Relazione ai sensi dell'articolo 8 della decisione 2005/842/Ce del 22 luglio 2009, a cura della Presidenza del Consiglio (cfr. p. 5).

<sup>173</sup> Corte di giustizia, 16 giugno 1987, Causa C-118/85 *Commissione contro Repubblica italiana*. Cfr. inoltre le decisioni C-205/03 *P. Fenin* e Trib. Pr. Gr. T-155/04 *Selex* per una fattispecie in cui attività diverse non potevano essere analizzate separatamente.

<sup>174</sup> Un singolo soggetto può benissimo essere impegnato tanto in attività economiche quanto in attività non economiche e quindi essere assoggettato alle regole di concorrenza parzialmente. Nella causa C-82/01 *Aéroports de Paris*, la Corte ha statuito che un determinato soggetto può essere impegnato da un lato in attività amministrative che non sono economiche, quali compiti di polizia, e dall'altro in attività puramente commerciali (v. sentenza 24 ottobre 2002, causa C-82/01). Un soggetto può inoltre

In sostanza, per qualificare una determinata attività come economica ai sensi delle regole del mercato interno (libera circolazione dei servizi e libertà di stabilimento), è fondamentale che essa sia fornita dietro remunerazione, mentre non è necessario che il servizio sia pagato dai beneficiari, né rilevano *status* giuridico del prestatore (ad esempio un ente non a scopo di lucro) e natura del servizio, bensì le effettive modalità di prestazione, organizzazione e finanziamento dell'attività medesima.

Questo equivale a dire che, fatta eccezione per le attività relative all'esercizio dei pubblici poteri, escluse dall'applicazione delle regole del mercato interno ai sensi dell' art. 51 Tfeue, la maggioranza dei servizi può essere considerata "attività economica" ai sensi delle norme del Trattato<sup>175</sup>.

L'importanza di delineare i contorni delle nozioni di riferimento, si pone come fondamentale anche per determinare i compiti e i limiti dell'azione delle autorità (e del legislatore) nazionali, nell'ottica di una ripartizione di competenze sì condivisa, ma spesso resa incerta nei confini dalle pronunce della stessa Corte di giustizia.

Prescindendo da poche pronunce in senso contrario<sup>176</sup>, la Cgue (in linea, peraltro, con la posizione della Commissione)<sup>177</sup> è chiara nel rimettere agli Stati membri l'individuazione dei servizi di "interesse economico generale".

Questa libertà riconosciuta agli Stati membri viene però fortemente limitata dall'approccio particolarmente restrittivo assunto dal giudice europeo.

---

essere impegnato in attività non economiche ove si comporti come un ente di beneficenza e allo stesso tempo competere con altri operatori per un'altra parte della sua attività attraverso operazioni finanziarie, anche non a scopo di lucro (sentenza 10 gennaio 2006, causa C-222/04 *Cassa di Risparmio di Firenze*).

<sup>175</sup> Cfr. Comunicazione del 20 novembre 2007, cit., par. 2.1.5

<sup>176</sup> Cfr. causa C-179/90, 10 dicembre 1991, *Merci convenzionali*.

<sup>177</sup> Libro Verde, cit. par. 31.

Per meglio comprendere la portata di tale affermazione è necessario chiarire quali siano gli elementi che compongono la nozione di servizio di interesse economico generale.

Per qualificare un'attività come servizio di interesse economico generale, ogni Stato membro deve compiere una triplice valutazione: individua un interesse<sup>178</sup> la cui tutela è doverosa; indica un'attività<sup>179</sup> che ritiene indispensabile ai fini di tale protezione; infine, valuta il ruolo del mercato e decide gli eventuali interventi in deroga al regime concorrenziale.

Si tratta, quindi, di chiarire di quale grado di libertà godano gli Stati membri nell'esercizio di siffatte valutazioni a fronte dell'approccio particolarmente restrittivo assunto dalla Corte di giustizia. Basti ricordare le sentenze<sup>180</sup> in cui viene escluso che la libera prestazione dei servizi possa essere limitata al fine di controllare la spesa sanitaria, anche se per garantire un efficiente servizio medico-ospedaliero. In tal caso, l'interesse fatto valere dallo Stato membro<sup>181</sup>, anche se collegato a una esigenza di tutela sociale, è qualificato come economico<sup>182</sup>.

---

<sup>178</sup> Tra gli interessi che i pubblici poteri devono tutelare vanno sicuramente esclusi quelli di tipo economico, non idonei a giustificare una limitazione delle regole del mercato. La *ratio* di questo limite risiede nell'impostazione politico-economica del Trattato che vede proprio nel mercato il migliore strumento per il raggiungimento «un'economia sociale di mercato fortemente competitiva» (v. art. 3, par. 3, Tfeue).

<sup>179</sup> Affinché l'esercizio di una certa attività, che genericamente soddisfa interessi pubblici, possa considerarsi come “servizio di interesse economico generale”, ai sensi dell'art. 106.2 Tfeue, la Corte richiede proprio un'assunzione di responsabilità da parte dello Stato membro ed esclude che, ai fini dell'applicazione del regime derogatorio del mercato, un'attività possa considerarsi di “interesse generale” senza essere oggetto di uno specifico compito (cfr. sentenza 2 marzo 1983, C-7/82, *GVL*).

<sup>180</sup> Cfr. Corte di giustizia 28 aprile 1998, causa C-158/96, *Kohll*; 12 luglio 2001, causa C-157/99, *Smits and Peerbooms*; 13 maggio 2003, causa C-385/99, *Müller-Fauré*.

<sup>181</sup> È appena il caso di specificare che interessi qualificabili come rilevanti sono anche quelli che hanno un collegamento con i diritti fondamentali riconosciuti a livello comunitario (Carta europea dei diritti fondamentali) ovvero nazionale (Carte costituzionali dei singoli Stati membri), da affiancare agli interessi a soddisfazione necessaria previsti dal Trattato (ambiente, sicurezza pubblica, ordine pubblico, tutela del patrimonio artistico).

<sup>182</sup> Nel caso *Kohll*, *op. cit.*, si ammettono deroghe al mercato solo se necessarie a tutelare un interesse “fondamentale” (nel caso di specie la salute pubblica). La Corte è chiamata a verificare la compatibilità con le norme sulla libera circolazione dei servizi di una normativa statale che subordina all'autorizzazione dell'ente previdenziale il rimborso (secondo le tariffe dello Stato di iscrizione) delle cure fornite all'assicurato in un altro Stato membro. Questa previsione scoraggia gli assicurati dal rivolgersi a prestatori di servizi medici stabiliti in altri Stati membri e, pertanto, costituisce un ostacolo alla libera circolazione. In tal contesto, la deroga ai principi del mercato

Affinché l'esercizio di una certa attività, che genericamente soddisfa interessi pubblici, possa considerarsi come "servizio di interesse economico generale" ex art. 106.2 Tfeue, la Corte richiede proprio un'assunzione di responsabilità da parte dello Stato membro ed esclude che, ai fini dell'applicazione del regime derogatorio del mercato, un'attività possa considerarsi di "interesse generale" senza essere oggetto di uno specifico compito a carico dei pubblici poteri<sup>183</sup>.

Dopo aver individuato il servizio, lo Stato dovrà valutare se sia necessario, per l'adempimento della missione, introdurre delle deroghe alle regole del mercato, ovvero se esista la necessità di imporre obblighi di servizio pubblico, ossia di obbligare le imprese a garantire un insieme di prestazioni ritenute essenziali (anche in situazione di "antieconomicità").

Lo Stato potrebbe provvedere direttamente<sup>184</sup> alla fornitura di un certo servizio, ovvero imponendo obblighi di servizio pubblico, solo ove il mercato non sia palesemente in grado di provvedervi. Nell'opera di qualificazione di un servizio di interesse generale da parte dello Stato, il terzo passaggio, concernente il ruolo del mercato e dei pubblici poteri, è quello che si presenta affetto da maggior problematicità. In particolare, non è chiaro se l'autorità nazionale, individuato l'interesse pubblico e l'attività volta alla relativa soddisfazione, abbia altresì l'onere di verificare che il mercato non sia in grado di garantire le prestazioni necessarie, nemmeno attraverso dei correttivi.

Secondo l'interpretazione che traspare da alcune statuizioni della Corte, sarebbe proprio il fallimento del mercato a giustificare l'imposizione di

---

potrebbe essere consentita solo a condizione che il rischio di alterazione fosse tanto grave da poter pregiudicare *la salute* dei cittadini (nel senso che potrebbe essere tale da non assicurare il mantenimento di un determinato servizio medico indispensabile, salvo naturalmente il controllo di necessità e proporzionalità della misura statale).

<sup>183</sup> Sentenza 2 marzo 1983, C-7/82, *GVL*.

<sup>184</sup> Secondo la sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal* (v. Anche 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle*) si tratta di un affidamento diretto di attività, da parte di una Pubblica amministrazione ad un soggetto sul quale la stessa ha «un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizza la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano».

obblighi di servizio pubblico, fattore da cui non potrebbe prescindere lo Stato nella qualificazione di un servizio come di “interesse economico generale”.

L'autorità nazionale dovrebbe pertanto indicare un interesse da soddisfare e un'attività atta a soddisfarlo, ma anche rilevare che il mercato non è in grado di garantire le prestazioni ritenute essenziali. L'effetto limitativo sulla libertà statale che la necessità della verifica di siffatti presupposti determina pare evidente.

Dalla lettura dei documenti istituzionali emerge un'evoluzione nella concezione di servizio di interesse economico generale.

Nella citata comunicazione del 2000 (p. 9), i servizi di interesse economico generale sono definiti «servizi che le autorità pubbliche ritengono debbano essere garantiti anche quando il mercato non sia sufficientemente incentivato a provvedervi da solo». Sempre la stessa Commissione, tre anni più tardi (Libro Verde del 2003, par. 13, ripresa dal Libro bianco del 2004, p. 23), indica come servizio di interesse economico generale “qualsiasi attività economica soggetta ad obblighi di servizio pubblico”.

La differenza tra le due formulazioni è notevole. Nella definizione originaria si pone l'accento sulla necessità che il servizio venga prestato, a prescindere dal fatto che a garantirne l'erogazione sia il mercato o la pubblica autorità (anche quando il mercato non sia sufficientemente incentivato); di conseguenza si ammette che il pubblico potere si faccia carico di quell'erogazione anche nel caso in cui il mercato provveda (o possa provvedere) autonomamente.

Nella definizione successiva (Libro Verde) le cose cambiano. Se il servizio coincide con l'attività economica soggetta ad obblighi di servizio, ossia con l'attività economica che viene espletata in adempimento di un obbligo di servizio, si dà per scontato che, in assenza di quell'obbligo, l'attività non si svolgerebbe, ovvero sia che manchi la convenienza economica ad espletare quel servizio, tant'è che esso viene reso solo se i pubblici poteri rendono obbligatoria la sua prestazione.

L'attività economica, svolta sulla base di un obbligo di servizio, consiste nell'attività che il mercato non "fornirebbe" spontaneamente, perché manca la convenienza economica e solo l'intervento surrogatorio dei pubblici poteri potrebbe garantire a tutti gli utenti le relative prestazioni. In altre parole, la nozione risultante dal Libro Verde presuppone il *market failure*.

Il concetto indagato pare, dunque, avere due significati: uno, per così dire, "statale", in cui si sottolinea la funzione che i servizi rivestono per gli ordinamenti nazionali; l'altro, "europeo" che vede gli stessi servizi, essenzialmente, nel momento in cui si deroga alle regole di mercato, attraverso una limitazione della libertà imprenditoriale con l'imposizione di obblighi di servizio pubblico.

Posto che il passaggio dall'una all'altra concezione comporta evidenti e importanti conseguenze, si tratta di capire come far conciliare tali nozioni o, meglio, far prevalere quella che consente una miglior tutela dell'interesse generale dei cittadini europei.

Da un lato, non bisogna scordare che il concetto di servizio di interesse economico generale nella formula dell'art. 106.2, prescinde dal presupposto di un fallimento del mercato, ma è anche vero che la definizione del 2003 cristallizza un'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia di senso opposto (v. *supra*). La Corte tende a sovrapporre i due piani e a considerare elemento essenziale della nozione in oggetto l'imposizione di obblighi (anche antieconomici), anzi il servizio di interesse economico generale tende a coincidere con quell'insieme di attività (*rectius* prestazioni) che l'autorità nazionale impone come obblighi di servizio, in quanto necessarie e perché il mercato non è in grado di garantirle.

I criteri individuati dalla Corte Costituzionale<sup>185</sup> differiscono parzialmente dalle più recenti direttive della Commissione<sup>186</sup> che, riprendendo quanto statuito dai giudici di Lussemburgo, ribadisce

---

<sup>185</sup> Corte cost., 27 luglio 2004, n. 272.

<sup>186</sup> V. comunicazione del 20 novembre 2007, cit., par. 2.1, 5.

l'indifferenza del settore e dello *status* (pubblico o privato) del soggetto che svolge un servizio, o della modalità di finanziamento, rilevando solo la natura dell'attività per la qualifica della stessa come economica. La Corte nazionale, per distinguere tra servizi pubblici locali di rilevanza economica e servizi "privi di rilevanza economica", individua il criterio discrezionale nell'assenza di un mercato concorrenziale<sup>187</sup>. A tal fine, ha identificato una serie di indici: a) l'assenza di uno scopo lucrativo; b) la mancata assunzione dei rischi connessi all'attività; c) l'eventuale finanziamento pubblico dell'attività.

Per distinguere tra attività economiche e non economiche diviene rilevante la valutazione del modo di svolgimento dell'attività al fine di appurare la reale esistenza di un mercato concorrenziale e, quindi, verificare se l'esercizio di quella attività di servizio concretizzi o meno un'attività imprenditoriale in senso proprio (Salerno 2010, p. 124).

La materia dei servizi di interesse generale si presta quindi a valutazioni e impostazioni differenti, che dipendono sostanzialmente dall'importanza che si vuole assegnare ai servizi privi di carattere economico. Per ora, la Corte di giustizia rimane ferma sull'interpretazione unidirezionale che vede nel mercato e nella leale concorrenza la soluzione unica alle questioni connesse alla coesione sociale, territoriale ed economica, minimizzando il rilievo giuridico (e sociale) dei servizi non economici. Visione che dovrà prendere atto del mutamento avvenuto nel diritto positivo europeo, già percepito (e in parte anticipato) dalle sedi istituzionali, volto a far prevalere la componente sociale dei servizi di interesse generale.

---

<sup>187</sup> Il criterio individuato dalla Corte Costituzionale è coerente con la definizione di servizi di interesse generale contenuta nel Libro bianco del 2004, cit., p. 23, comprensiva sia dei servizi di mercato, che quelli non di mercato che le autorità pubbliche considerano di interesse generale e assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico.

#### *4. Le condizioni d'applicazione del regime dell'art. 106, 2 Tfeue: compito pubblico ed obblighi di servizio*

Se il primo comma dell'art. 106 Tfeue prescrive che ogni operatore economico (impresa privata, pubblica o cui è riconosciuto un diritto speciale o esclusivo) debba essere sottoposto alla normativa del mercato, il secondo comma prevede un'eccezione. Nel caso in cui le imprese (pubbliche o private) «siano incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale», le stesse sono sottoposte alle regole del Trattato (e quindi del mercato) «nei limiti in cui ciò non osti all'adempimento della specifica missione loro affidata».

Il problema dell'utilizzo dell'impresa pubblica come strumento di politica sociale si pone dunque nel contesto europeo, come quello di stabilire la compatibilità di questo strumento rispetto a tale disciplina circa il divieto di aiuti di Stato. Disciplina che non riguarda direttamente il settore delle imprese pubbliche; mentre investe incisivamente le politiche nazionali di intervento pubblico a sostegno di imprese private, mediante sovvenzioni finanziarie, sgravi fiscali o contributivi, applicazione di tassi di interesse agevolati in favore di creditori pubblici e così via.

Interventi tutti, in principio vietati, laddove in concreto incidano sul corretto svolgersi della concorrenza tra imprese operanti in un determinato settore produttivo, in misura tale da influire sugli scambi tra Stati membri. Si tratta di condizioni che devono essere valutate caso per caso dalla Commissione, salvo sempre il controllo, in caso di contestazione, da parte della Cgue.

La nozione economica d'impresa, come quella di attività economica, è di tipo sostanziale: è la fungibilità delle prestazioni sul piano economico il tratto che la identifica come tale<sup>188</sup>. Impresa incaricata della gestione di

---

<sup>188</sup> Nelle note pronunce *Höfner* (sentenza 23 aprile 1991 nella causa C-41/90, *Höfner*). Nelle sentenze 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Corbeau*; sentenza 27 aprile 1994, causa, C-393/92, *Almelo*) e *Job Centre* (sentenza 11 dicembre 1997, causa C-55/96) i giudici

servizi di interesse economico generale deve intendersi soltanto quell'impresa cui sia stato affidato l'incarico tramite un atto del potere pubblico<sup>189</sup>.

I servizi di interesse generale a contenuto economico sono soggetti al sistema di libero mercato e non possono subire, in linea di principio, condizionamenti pubblicistici, né diretti né indiretti, pena la configurazione di un aiuto di stato vietato dal diritto europeo.

Le imprese incaricate della gestione di un servizio di interesse generale, sono soggette (*ex art. 106.2*) al divieto di agire in maniera anticoncorrenziale, finché non sia provato che ciò sia incompatibile con lo svolgimento dei compiti loro affidati<sup>190</sup>. In sunto: la regola generale è l'applicazione della disciplina antitrust e l'eccezione è giustificata dalla specifica missione del servizio. L'ordinamento europeo ha pertanto identificato una serie di obblighi di pubblico servizio, i quali hanno ad oggetto prestazioni che l'impresa non svolgerebbe affatto sulla base di un calcolo economico e che, tuttavia, si rendono necessari per l'adempimento di un tale obbligo e per il soddisfacimento di interessi della collettività.

Quella parte della disciplina derogatoria della libera concorrenza, vuoi per aspetti inerenti il servizio universale, vuoi per aspetti che riguardano

---

di Lussemburgo qualificano come imprese gli uffici pubblici di collocamento tedeschi e italiani ed estendono a tal punto la categoria dell' "impresa pubblica" da farvi rientrare anche quei soggetti "amministrativi" che svolgono attività economiche, senza la necessità, ai fini della sottoposizione alla normativa concorrenziale, della sussistenza di un'autonoma personalità giuridica (Cfr. Sorace 1999, p. 371). Nella recente sentenza *Kattner* (5 marzo 2009, C-250/07), la Corte ribadisce che, nell'ambito del diritto della concorrenza, il concetto di "impresa" comprende qualsiasi ente che eserciti un'attività economica, ossia un'attività che consiste nella produzione e scambio di beni e servizi (tra cui quelli assicurativi) sul mercato. In particolare, tale pronuncia va ricordata poiché, per la prima volta (cfr. però *Freskot* 22 maggio 2003, causa C-355/00), una normativa statale di conferimento dell'esclusiva, nell'ambito di un regime di previdenza sociale, viene sottoposta a sindacato, anche se il soggetto beneficiario non è un'impresa; conseguentemente, viene operata una valutazione a monte sulla scelta nazionale relativa alle modalità di gestione del regime previdenziale di base (anche se poi questa è considerata legittima).

<sup>189</sup> L'autorità politica che ha il compito di decidere circa la gestione in modo regolare di un servizio concernente lo svolgimento di un'attività economica nell'interesse del pubblico, delibera l'affidamento, considerato dalla giurisprudenza europea come un requisito sostanziale della fattispecie dell'art. 106.2. (cfr. Cintioli 2006).

<sup>190</sup> Sentenza 30 aprile 1974, causa C-155/73, *Sacchi*.

obblighi di servizio pubblico, vuoi per profili relativi alla gestione della rete, è tale da qualificare ontologicamente la stessa nozione giuridica di servizio di interesse economico generale. Non è casuale che il Libro bianco del 2004 sottolinei l'ampio consenso sull'importanza, per le imprese europee, della presenza di servizi di interesse generale (intesi in senso ampio) di alta qualità. Il che, però, non deve in nessun caso poter smentire la premessa da cui si parte: ovverosia che le imprese incaricate ex art 106 sono sottoposte alle norme del Trattato.

L'Unione europea ha svolto una funzione di promozione del libero mercato con una serie di atti e iniziative (in particolare ad opera della Commissione e della Corte di giustizia) le quali hanno avuto il fine di dare attuazione agli *ex artt.* 86 e 87 Tce: si sono circoscritti i limiti della specifica missione e del riconoscimento dei diritti di esclusiva o diritti speciali per il soddisfacimento di obblighi di servizio pubblico; si è delimitata la portata delle deroghe alle regole generali sulla libera concorrenza nel mercato interno in nome dell'interesse pubblico.

Una volta segnati i confini della nozione di servizio di interesse economico generale, automaticamente possiamo cogliere in quali forme la promozione della concorrenza si sviluppa. Si tratta solo di ribaltare i concetti: la promozione è consiste nel circoscrivere gli obblighi di servizio pubblico (e il servizio universale) ai casi in cui una deroga alla concorrenza è effettivamente giustificata.

Nel dare concreta applicazione all'art. 106.2, le autorità europee non hanno accettato una sottovalutazione dell'eccezione al libero mercato.

Gli obblighi di servizio pubblico sono stati in molti casi mantenuti e valorizzati, ma si è inciso sulla disciplina nazionale in vista di due obiettivi principali: eliminare le riserve e gli aiuti non giustificabili in base a reali esigenze di servizio pubblico; rendere più trasparenti i conti delle imprese per accertare le condizioni economiche e finanziarie che fossero strettamente legate agli obblighi di servizio pubblico. Il principio cardine che ha seguito la giurisprudenza europea è quello della *proporzionalità*: un aiuto economico è ammissibile quando l'entità dei

vantaggi conferiti dalle autorità pubbliche non supera quella dei costi connessi agli obblighi di servizio pubblico. Riassumendo, può dirsi che la giurisprudenza della Corte di giustizia abbia prescritto la necessaria presenza dei seguenti requisiti per consentire una deroga all'art. 106: a) l'impresa deve essere investita della sua missione tramite un atto della pubblica autorità; b) il servizio per il quale viene invocata la deroga deve rientrare nella categoria dei servizi di interesse economico generale; c) l'applicazione delle regole sulla concorrenza deve in concreto esser tale da impedire l'assolvimento della missione, sicché la misura pubblica si rende necessaria per raggiungere l'obiettivo perseguito (test di necessità e proporzionalità); d) dall'attività dell'impresa non deve derivare una alterazione degli scambi contraria agli interessi della comunità.

La giurisprudenza ha poi esteso l'applicazione della deroga al mercato anche alle misure statali: gli Stati membri possono approvare misure contrarie alle norme del Trattato, nei confronti di imprese che svolgono servizi di interesse economico generale, attraverso il conferimento di diritti speciali ed esclusivi.

In una prima fase la Corte si astiene da qualunque sindacato sulla misura statale, presupponendone la legittimità<sup>191</sup>, ma ben presto, con particolare riguardo ai diritti esclusivi<sup>192</sup>, comincia ad esprimere perplessità sull'automatica compatibilità con il diritto europeo e il conferimento del monopolio viene equiparato alla costituzione *ex lege* di una posizione dominante.

Se da una parte, questa conclusione consente una legittimazione rafforzata della misura statale, poiché, come è noto, l'art. 102 Tfeue non sanziona la posizione dominante in sé ma solo il relativo abuso, dall'altra, però, la Corte si ritaglia dei margini di sindacato sulla misura, che deve essere strutturata in modo tale, appunto, da non indurre l'impresa beneficiaria ad abusare della sua posizione. Infine, in alcune

---

<sup>191</sup> Sentenza 30 aprile 1974, causa C-155/73.

<sup>192</sup> Sentenza 3 ottobre 1985, causa C-311/84, *CBEM*.

sentenze dei primi anni '90<sup>193</sup>, la misura statale viene fatta oggetto di specifica censura.

La dottrina (cfr. Berlingiero 2003, p. 375) ha più volte sottolineato che questa giurisprudenza consolidatasi a partire dagli anni '90 ha iniziato a costruire una deroga piuttosto consistente alle regole generali sulla concorrenza.

Prima delle decisioni *Corbeau* e *Almelo* (v. *infra*), la Commissione, in sintonia con la Corte di giustizia, sembrava accentuare il principio per cui il libero incontro tra domanda e offerta nel mercato potesse soddisfare nel modo migliore l'insieme dei bisogni cittadini/utenti. Con la pubblicazione di tali sentenze la protezione pubblicistica dei servizi di interesse economico generale è sembrata via via ampliarsi, in quanto è stata ammessa ogniqualvolta l'attività dell'impresa soddisfacesse l'esigenza di un servizio "di base", enfatizzando nella prima sentenza il contingente "interesse economico generale" e nella seconda l'"interesse generale". Si ricorda anche (a proposito dell'accertamento del requisito che l'applicazione delle norme del Trattato non osti all'adempimento della specifica missione) il caso *La Poste*<sup>194</sup>, nel quale la giurisprudenza ha valutato il carattere proporzionale dell'aiuto di stato ai costi addizionali del servizio di interesse economico generale in termini alquanto generici, senza soffermarsi sulla possibilità che l'impresa fosse inefficiente o sui criteri di scelta e utilizzo dei macchinari o del personale, testimoniando un *favor* verso il servizio pubblico come strumento di perseguimento dello sviluppo e della coesione sociale di valore europeo.

In breve, a partire grosso modo dalla sentenza *Corbeau*, si registra una tendenza ad accentuare il profilo sociale nell'istituto giuridico dei servizi di interesse economico generale, nel presupposto che la proporzionalità

---

<sup>193</sup> Il conferimento, in particolare di un diritto esclusivo, viene considerato una "deroga" alle regole del mercato, legittima solo se necessaria all'impresa per adempiere i propri obblighi di servizio pubblico in condizioni di "equilibrio economico" (sentenza 19 maggio 1993, causa C-320/1991).

<sup>194</sup> Trib. I grado, 27 febbraio 1997, causa T-106/95, *FFSA*.

debba esser guidata dall'esigenza di assicurare all'impresa onerata degli obblighi di servizio pubblico condizioni economiche accettabili.

#### 4.1. *Le deroghe alla concorrenza: diritti speciali e diritti esclusivi*

Il Trattato, come non fornisce un'esplicita definizione di servizio di interesse economico generale, così non dà indicazioni sulla natura delle deroghe consentite, ma si limita a chiarire che le stesse devono essere "necessarie" «all'adempimento in linea di diritto e di fatto della specifica missione affidata» all'impresa che gestisce servizi di interesse economico generale (art. 106.2 Tfu).

Nel Libro Verde del 2003 (p. 30 e ss.), la Commissione individua una variegata tipologia di deroghe: sostegno finanziario attraverso il bilancio statale, diritti di privativa, diritti speciali, contributi degli operatori di mercato (ad esempio, fondi per il servizio universale), finanziamento basato su principi di solidarietà e associazione obbligatoria (ad esempio, contributi per la previdenza sociale), ecc.

Può sorprendere che quest'elenco includa il conferimento di diritti speciali ed esclusivi, poiché il comma 1 dell'art. 106 sembra indicare tale conferimento come una legittima misura statale di politica economica.

Come già anticipato, la giurisprudenza della Corte ha teso a restringere l'ambito di operatività di questa misura.

Da strumento *ex se* legittimo, il conferimento di diritti speciali ed esclusivi, finisce con l'essere ancorato ai servizi di interesse economico generale e identificato con una delle deroghe alle regole di mercato, ammessa in quanto necessaria all'adempimento di una specifica missione (antieconomica) di servizio pubblico.

Si è detto che il Trattato non fornisce indicazioni certe su diritti speciali ed esclusivi, ma una definizione è rinvenibile in alcune direttive, soprattutto in materia di telecomunicazioni<sup>195</sup>.

---

<sup>195</sup> *Ex multis*, si vedano le direttive in materia di telecomunicazioni art. 1, nn. 5 e 6, dir. 2002/77/CE del 16 settembre 2002, *Concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di*

Nel diritto secondario, i diritti esclusivi vengono inquadrati come diritti concessi a una impresa, mediante ogni atto legislativo, regolamentare o amministrativo che riservi alla stessa la facoltà di fornire un servizio o di effettuare un'attività all'interno di una determinata area geografica. I diritti speciali, invece, sarebbero quelli concessi da uno Stato membro a un numero limitato di imprese, mediante ogni strumento legislativo, regolamentare o amministrativo che, all'interno di una determinata area geografica: limiti a due o più il numero di dette imprese, autorizzate a fornire un servizio o a svolgere un'attività, non conformandosi a criteri di obiettività, proporzionalità e non discriminazione; designi, non conformandosi a tali criteri, varie imprese concorrenti come soggetti autorizzati a fornire un servizio o a svolgere un'attività; conferisca a ciascuna impresa, non conformandosi a tali criteri, vantaggi legali o regolamentari<sup>196</sup> che influiscono sostanzialmente sulla capacità di qualsiasi altra impresa di fornire lo stesso servizio o di svolgere la stessa attività nella stessa area geografica in condizioni sostanzialmente equivalenti.

Nel primo caso si ha, quindi, un monopolio. Nel secondo caso, tutta una serie di vantaggi che possono compromettere le dinamiche concorrenziali di un determinato mercato.

Ad ogni modo, l'art. 106.1 sembra (tacitamente) legittimare la concessione di diritti speciali ed esclusivi e, interpretato alla lettera, il Trattato sembra non considerare questa misura come una deroga al mercato, ma come una scelta consentita agli Stati membri, nei limiti in cui gli stessi non emanino né mantengano, nei confronti delle imprese beneficiarie, misure contrarie al diritto europeo. Il Trattato sembra, cioè, autorizzare, una misura statale palesemente contraria al libero mercato concorrenziale.

---

*comunicazione elettronica*; dir. 97/33/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 1997 *sull'interconnessione nel settore delle telecomunicazioni e finalizzata a garantire il servizio universale e l'interoperabilità attraverso l'applicazione dei principi di fornitura di una rete aperta (ONP)* e la dir. 2000/52, del 26 luglio 2000, *Trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche*.

<sup>196</sup> Cfr. la sentenza, 23 maggio 1996, causa C-302/94, *British Telecommunication*.

La Corte di giustizia, in una prima fase, ha fatto propria questa interpretazione, ritenendo compatibile con il diritto europeo il conferimento di diritti speciali ed esclusivi. Così nella sentenza *Muller*<sup>197</sup>, ove si legittima la generica concessione di privilegi (tra cui diritti di privativa) alle imprese che gestiscono servizi di interesse economico generale.

Nelle sentenze immediatamente successive<sup>198</sup>, la Corte, però, sente l'esigenza di un inquadramento teorico più sicuro dell'istituto (in particolare, con riguardo al conferimento di diritti di esclusiva) e, soprattutto, di ritagliarsi margini di sindacato più ampi sulla misura, senza però metterne in discussione l'intrinseca legittimità.

La linea di ragionamento della Corte muove dall'assunto che il conferimento di diritti esclusivi si traduce, dal punto di vista economico, nella creazione *ex lege* di una "posizione dominante" su un certo mercato (ossia una situazione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi ed ha la possibilità di tenere comportamenti indipendenti in misura rilevante nei confronti dei suoi concorrenti, dei clienti ed, in ultima analisi, dei consumatori), posizione come tale soggetta all'art. 102 Tfeue che, come noto, presuppone la legittimità della posizione dominante e ne sanziona solo l'abuso (cfr. Tesauro 2010). Proprio in relazione all'abuso la Corte individua delle possibilità di sindacato. L'abuso può derivare anzitutto dal comportamento dell'impresa, secondo lo schema già noto. L'impresa beneficiaria deve agire sul mercato in modo tale da non violare la normativa concorrenziale. Se si tratta di impresa che gestisce servizi di interesse economico generale, alla stessa deve essere applicata la deroga *ex art. 106.2*, che legittima il comportamento anticoncorrenziale ove necessario all'adempimento della missione. In sostanza, il conferimento

---

<sup>197</sup> Sentenza 4 luglio 1971, causa C-10/71, *Muller*.

<sup>198</sup> Sentenza 3 ottobre 1985, causa C-311/84, *CBEM*.

di un diritto speciale o esclusivo è compatibile con il diritto europeo poiché si traduce in una posizione dominante costituita *ex lege*.

A partire dalla sentenza *Terminali di telecomunicazioni*<sup>199</sup>, la Corte tempera questa sua posizione, affermando che la presunzione di legittimità del conferimento dei diritti speciali ed esclusivi non può considerarsi assoluta.

Comunque, è solo con le pronunce successive che la Corte inaugura un nuovo filone giurisprudenziale, nel quale si comincia ad operare un sindacato, seppure in termini molto generici, sulla misura statale e, di conseguenza, a mettere in discussione la stessa legittimità della concessione. Tale legittimità deve essere appunto negata quando la normativa, che prevede l'attribuzione del diritto esclusivo, è tale da indurre necessariamente (o indurre con il semplice esercizio del diritto) le imprese beneficiarie a violare le regole di concorrenza, e cioè ad abusare della loro posizione dominante<sup>200</sup>.

In altre parole, la qualificazione del comportamento dell'impresa beneficiaria del diritto come abusivo, viene anticipata al momento della emanazione della norma e collegata alla norma stessa in quanto idonea ad incentivare il comportamento anticoncorrenziale dell'impresa.

In questo senso, nella sentenza *ERT*, si legge che «il diritto comunitario non osta all'attribuzione di un monopolio della televisione per considerazioni d'interesse pubblico, di carattere extraeconomico (...). Tuttavia, le modalità di organizzazione e l'esercizio di un siffatto monopolio non debbono ledere le disposizioni del Trattato (...)»<sup>201</sup>.

---

<sup>199</sup> Sentenza 19 marzo 1991, causa C-202/88. Secondo la Corte, la circostanza che l'allora art. 90, n. 1, del Trattato (ora 106 Tfeue) «presuppone l'esistenza di imprese concessionarie di diritti speciali od esclusivi non va intesa nel senso che i suddetti diritti siano necessariamente compatibili col Trattato. Essi devono essere valutati alla luce delle diverse norme del Trattato cui l'art. 90, n. 1, fa rinvio».

<sup>200</sup> Cfr. sentenza 18 giugno 1991, causa C-260/89, *ERT*, in cui la Corte è chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di una normativa statale che autorizza un unico operatore a detenere il monopolio della televisione nell'intero territorio dello Stato

<sup>201</sup> In particolare, è contraria al diritto europeo «la concessione di un diritto esclusivo di diffusione e di un diritto esclusivo di ritrasmissione di emissioni televisive ad una sola impresa, qualora questi diritti siano idonei a creare una situazione nella quale detta impresa è indotta a violare l'art. 86 (*Tce*) con una politica di emissione discriminatoria

Questo approccio che considera il conferimento dell'esclusiva, di per sé, legittimo, salvo il limite del rispetto del diritto europeo, subirà una drastica evoluzione a partire dalla sentenza *Corbeau* (v. *infra*), ma questo filone interpretativo continuerà a caratterizzare la maggior parte delle pronunce, anche in tempi recenti. Si pensi al noto caso *Job Centre*, ove si riafferma questa impostazione con riguardo all'attività di collocamento. La misura statale di conferimento del diritto esclusivo di esercitare l'attività di mediazione ed interposizione tra domanda e offerta di lavoro, viene considerata legittima, a meno che non dia origine ad una situazione in cui gli uffici (pubblici) di collocamento siano necessariamente indotti a contravvenire alle disposizioni dell'art. 102 Tfeue.

Ad ogni modo, l'applicazione pratica di questo criterio risulta particolarmente complessa, soprattutto in relazione alla definizione del legame che sussiste tra la normativa statale e il comportamento dell'impresa (Cfr. Cintioli 2006).

In alcune pronunce, la legittimità della normativa statale viene valutata *ex se* a prescindere dal comportamento dell'impresa, mentre in altre è proprio l'illegittimità del comportamento dell'impresa che travolge anche la normativa statale. In quest'ultimo caso, però, è necessario valutare fino a che punto questo comportamento sia stato conseguenza della normativa o il frutto di una libera scelta<sup>202</sup>.

Per dar conto di questa problematica, è utile il riferimento a casi in cui la normativa statale, accanto al conferimento dell'esclusiva, preveda anche un diritto speciale.

In alcune sentenze, la Corte considera il conferimento di un diritto speciale come la causa diretta dell'illegittimità della normativa statale, in quanto di per sé idonea, a causa di quest'ulteriore privilegio, ad indurre l'impresa all'abuso. In altri casi, invece il diritto speciale non è stato

---

in favore dei suoi propri programmi, salvo che l'applicazione dell'art. 86 (*Tce*) sia di impedimento alla missione particolare ad essa affidata».

<sup>202</sup> V. sentenza 5 ottobre 1994, causa C-323/93, *Crespelle*.

valutato nel momento del suo conferimento, ma nel momento del suo esercizio, e dunque in relazione al comportamento dell'impresa.

Emblematica delle pronunce del primo tipo è il caso *TNT Traco*<sup>203</sup> ove la Corte ritiene la normativa italiana è atta ad indurre Poste italiane ad abusare della sua posizione dominante (l'abuso si sostanzia nella richiesta di un corrispettivo iniquo o sproporzionato rispetto al valore economico della prestazione). Ciononostante, la stessa normativa può ritenersi giustificata, se l'introito derivante dal diritto speciale è necessario affinché Poste S.p.a. possa svolgere la propria missione di interesse pubblico in condizioni di equilibrio economico. L'onere di verificare l'operatività della deroga *ex art. 106.2*, presupponendo una valutazione *de facto*, ricade sul giudice nazionale.

Sempre in materia di servizi postali, la Corte ha ritenuto legittima l'attribuzione a *Deutsche Post*<sup>204</sup> (titolare dell'esclusiva per la raccolta, il trasporto e la distribuzione della corrispondenza in Germania) del diritto di applicare le proprie tariffe nazionali agli invii depositati, in gran quantità, presso i servizi postali di un altro Stato membro, al fine di spedirli nel primo Stato membro.

Sebbene la disciplina nazionale sia, in astratto, tale da indurre l'impresa all'abuso (che si concretizza nell'imposizione di prezzi non di mercato), la stessa può essere considerata legittima alla luce dell'art. 106.2: il conferimento del diritto speciale consente all'ente postale monopolista di adempiere gli obblighi di servizio pubblico (derivanti dall'applicazione della Convenzione postale internazionale) in condizioni di equilibrio economico<sup>205</sup>.

---

<sup>203</sup> Sentenza 17 maggio 2001, C-340/99, in cui la Corte è chiamata a valutare se la normativa che attribuisce a Poste Italiane S.p.a. il diritto esclusivo di assicurare la raccolta, il trasporto e la distribuzione della corrispondenza sul territorio statale, sia tale da indurre l'impresa a commettere abusi, a causa del diritto speciale che, contemporaneamente, le è attribuito grazie al quale ha la possibilità di esigere che tutti gli operatori economici, i quali forniscono un servizio di corriere espresso, le versino un diritto postale equivalente alla tassa di affrancatura.

<sup>204</sup> Sentenza 10 febbraio 2000, cause riunite C-270/97 e C-271/97, *Deutsche Post*.

<sup>205</sup> L'impresa postale infatti, attraverso questo espediente può contrastare la pratica del *re-mailing* (o reimpostazione), che consiste nella spedizione della corrispondenza, proveniente da un determinato Stato membro (e che verrà inoltrata proprio in questo

Può essere ricondotta, invece, al secondo tipo di pronunce (nelle quali il diritto speciale non è valutato nel momento del suo conferimento, ma nel momento del suo esercizio, ossia in relazione al comportamento dell'impresa) la causa *Corsica Ferries*<sup>206</sup>, in cui il comportamento dell'impresa monopolista, consistente nell'imporre prezzi superiori a quelli di mercato, costituisce un abuso di posizione dominante. Nel caso di specie, però, questo comportamento (e la normativa che lo legittima) è considerato una deroga alle regole del mercato, giustificata in relazione all'obbligo di garantire una prestazione universale.

Se, quindi, il conferimento di un diritto esclusivo non è di per sé illegittimo, fino a che punto può estendersi il diritto in oggetto? Quali ne sono i confini?

Nel caso *Höfner*, i relativi confini vengono tracciati attraverso l'applicazione dell'art. 106 e la fattispecie dell'abuso di posizione dominante. Il monopolio si risolve in abuso quando l'impresa monopolista non è in grado di soddisfare la domanda sul mercato e la pratica abusiva considerata (vietata ai sensi dell'ex art. 82, lett. b) consiste nel limitare la produzione, gli sbocchi, o lo sviluppo tecnico a danno dei consumatori.

Nella sentenza *Höfner*, l'abuso riguarda solo l'*estensione* del monopolio, dal collocamento in generale al collocamento anche dei dirigenti.

Il monopolio del collocamento è perfettamente legittimo; l'estensione ai dirigenti, invece, è legittima solo se necessaria all'adempimento della missione e a condizione che l'impresa beneficiaria sia in grado di soddisfare le esigenze del mercato: cosa che nella fattispecie viene esclusa non essendo gli uffici statali in grado di far fronte alla domanda delle imprese che cercano dirigenti.

---

Stato membro), attraverso l'operatore postale di un secondo Stato membro, che pratica tariffe più basse.

<sup>206</sup> In questa sentenza (18 giugno 1998, causa C-266/96), viene ritenuta legittima una normativa statale che ad una stessa impresa conferisce il diritto esclusivo di svolgere il servizio di ormeggio e il diritto speciale di richiedere un prezzo superiore al costo effettivo delle prestazioni effettuate.

Nella successiva sentenza *Job Centre*, sempre in materia di collocamento, il criterio viene invece esteso all'intero monopolio. Secondo la Corte, lo Stato membro che vieti qualunque attività di mediazione e interposizione tra domanda e offerta di lavoro, che non sia svolta dagli uffici pubblici di collocamento, viola le norme del Trattato se induce tali uffici a contravvenire alle disposizioni dell'art. 106, il che avviene quando questi non sono palesemente in grado di soddisfare, per tutti i tipi di attività, la domanda esistente sul mercato del lavoro.

Sulla stessa linea è la sentenza *Ambulanz Glöckner*<sup>207</sup> in cui la Corte è chiamata a valutare la legittimità di una normativa che estende all'impresa, che già gestisce in monopolio l'attività di trasporto urgente di malati, anche il monopolio di trasporto malati non urgenti. Questa estensione viene ritenuta compatibile con il Trattato sul presupposto che i servizi del secondo tipo sono, in realtà, inscindibili dal servizio universale<sup>208</sup>. Il monopolio in questione viene considerato legittimo in relazione all'esigenza di assicurare il servizio universale di trasporto malati. La Corte chiarisce, però, che la giustificazione summenzionata non può essere ammissibile ove si dimostri (e la relativa valutazione spetta al giudice *a quo*) che le organizzazioni sanitarie, incaricate della gestione del servizio, «non sono manifestamente in grado di soddisfare la domanda nel settore dei servizi di trasporto medico d'urgenza e di trasporto di malati».

---

<sup>207</sup> Sentenza 25 ottobre 2001, C-475/99.

<sup>208</sup> La Corte, dando segno di prestare attenzione alla funzione che entrambe le attività svolgono a favore dei loro utilizzatori, ha affermato che i due tipi di servizi di cui trattasi, assunti tradizionalmente dalle organizzazioni sanitarie, sono così strettamente collegati che i servizi di trasporto non urgente di malati sono difficilmente scindibili dal compito di interesse economico generale costituito dai servizi di trasporto d'urgenza e con il quale presentano peraltro caratteristiche comuni. Per restare coerente con la precedente sentenza *Corbeau* e per rinforzare comunque quanto ha prospettato al giudice di rinvio con riferimento al caso concreto la Corte ha, in secondo luogo, rilevato che l'estensione dei diritti esclusivi delle organizzazioni sanitarie al settore del trasporto non urgente di malati permette loro di espletare il compito di interesse generale riguardante il trasporto d'urgenza, in condizioni di equilibrio economico poiché la possibilità che avrebbero gli imprenditori privati di concentrarsi nei settori di trasporto non urgente su tragitti più redditizi potrebbe compromettere la redditività economica del servizio fornito dalle organizzazioni sanitarie e, di conseguenza, mettere in discussione la qualità e l'affidabilità del detto servizio.

L'orientamento giurisprudenziale relativo al rapporto tra conferimento di diritti speciali ed esclusivi e normativa del mercato sin qui delineato tende a rimanere costante fino agli inizi degli anni '90.

Con la sentenza *Corbeau*<sup>209</sup> si verifica una drastica inversione di tendenza, poiché la Corte ritiene di poter sindacare la legittimità della misura statale di conferimento dell'esclusiva e chiarisce che il monopolio non deve estendersi a servizi specifici e ulteriori rispetto ai servizi di interesse economico generale.

La Corte, invece di confermare la sua precedente giurisprudenza, e quindi di ritenere la misura statale *ex se* compatibile con il diritto europeo, propone un approccio innovativo che consiste nella valutazione della legittimità del monopolio, attraverso un'interpretazione congiunta dei commi 1 e 2 dell'art. 106 Tfe. Il diritto esclusivo può ritenersi legittimo solo se attribuito a un'impresa incaricata della gestione di servizi di interesse economico generale e nei limiti in cui sia necessario per garantire l'adempimento della specifica missione alla stessa attribuita.

Il monopolio è quindi legittimo (e la valutazione spetta al giudice *a quo*) se consente, nel caso di specie, alla *Régie des Postes* di esercitare la sua funzione d'interesse generale in condizioni di equilibrio economico, ossia di operare una compensazione tra i settori di attività redditizi e quelli meno redditizi, cioè se consente di evitare il c.d. *cream skinning* (Corso 1999, p. 19) limitando la concorrenza degli imprenditori privati nei settori economicamente redditizi.

Secondo i giudici di Lussemburgo, l'esclusione della concorrenza non si giustifica qualora si tratti di servizi specifici, scindibili dal servizio di interesse generale, che rispondono ad esigenze specifiche di operatori

---

<sup>209</sup> Si è già detto che la legislazione belga in materia di servizi postali attribuisce alla *Régie des Postes* il diritto esclusivo (la cui violazione può dar luogo a sanzioni penali) di raccolta, trasporto e distribuzione di tutta la posta in qualsiasi forma. Nel caso *Corbeau*, un commerciante di Liegi viene sottoposto a procedimento penale poiché esercita, nell'ambito della stessa città, un servizio consistente nella raccolta della corrispondenza a domicilio e nel recapito celere della stessa.

economici e che richiedono determinate prestazioni supplementari, ma solo nella misura in cui questi servizi, per loro natura e per le condizioni in cui sono offerti, non pregiudichino l'equilibrio economico del servizio di interesse economico generale esercitato dal titolare del diritto esclusivo.

In altre parole, il monopolio attribuito deve essere necessario affinché l'impresa possa adempiere ai propri obblighi di servizio pubblico in condizioni di equilibrio economico. Lo stesso monopolio non può estendersi a servizi specifici che sono scindibili dal servizio di interesse economico generale, e rispondono a specifiche esigenze dei beneficiari del servizio (servizi, in un certo senso, "a valore aggiunto").

La stessa linea interpretativa viene utilizzata dalla Corte nella sentenza *Almelo*<sup>210</sup>, ove si ribadisce che le limitazioni alla concorrenza (in questo caso una clausola di acquisto esclusivo) devono essere ammesse se risultano necessarie per consentire all'impresa incaricata di svolgere il suo compito di interesse generale. In pratica, il monopolio (o la concessione di diritti speciali) rappresenta uno strumento di politica economica che gli Stati membri possono utilizzare al fine di garantire una compensazione dello svantaggio imposto alle imprese che gestiscono servizi di interesse economico generale, la cui legittimità e la cui estensione deve essere valutata sulla base della necessità del perseguimento dell'obiettivo di interesse pubblico.

4.2. *Quale margine di manovra per gli Stati membri nell'amministrazione dei servizi di interesse generale? Il criterio della compensazione (segue...)*

Oltre che attraverso l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi, lo Stato membro (*rectius* il soggetto pubblico) può decidere di compensare

---

<sup>210</sup> Sentenza 27 aprile 1994, causa C-393/92.

l'impresa gravata da obblighi di servizio pubblico, attraverso il conferimento (seppure indiretto) di proprie risorse<sup>211</sup>.

Questo tipo di intervento compensativo pone un evidente problema di compatibilità con l'art. 107 Tfe che vieta agli Stati membri di favorire le proprie imprese, conferendo loro risorse pubbliche (ovvero limitando le proprie entrate)<sup>212</sup>.

A differenza dei diritti speciali ed esclusivi, il cui conferimento appare legittimo, stando alla lettera del Trattato, la misura di politica economica consistente nell'attribuzione di risorse pubbliche è, invece, espressamente vietata, quando falsi o minacci di falsare la concorrenza.

Secondo un primo filone giurisprudenziale della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado, la compensazione per mano pubblica<sup>213</sup> è legittima proprio sulla base dell'art. 106 che, come noto, consente gli interventi statali in deroga ai divieti imposti dalle regole del mercato, nella misura in cui gli stessi siano necessari all'adempimento di una specifica missione di servizio pubblico.

Nel caso *FFSA*<sup>214</sup> il Tribunale ritiene legittima l'esenzione fiscale oggetto di giudizio, seppur configurabile come aiuto di Stato (poiché colloca l'ente pubblico in una situazione finanziaria oggettivamente più favorevole rispetto a quella di altri soggetti tributari passivi), poiché necessaria all'adempimento della missione di servizio pubblico in condizioni di equilibrio economico.

---

<sup>211</sup> La compensazione può avvenire con l'erogazione di vere e proprie sovvenzioni, ma anche attraverso esenzioni fiscali (sentenza *Ferring*, 22 novembre 2001, C-53/00), agevolazioni di pagamento o rateizzazione di debiti (sentenza *Sic*, 10 maggio 2000, causa T-46/97), ecc.

<sup>212</sup> Ai sensi del comma 1 dell'art. 107 «salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza».

<sup>213</sup> Rispettivamente sentenza 15 marzo 1994, causa C-387/92, *Banco Exterior de España*, e 10 maggio 2000, causa T-46/97, *SIC*.

<sup>214</sup> Nelle sentenza 27 febbraio 1997, T-106/95, *FFSA* il Tribunale di primo grado è chiamato a valutare la legittimità della legge francese di disciplina del servizio postale, nella parte in cui prevede un'esenzione fiscale in favore dell'ente pubblico di gestione dello stesso servizio (corrispondente, in termini economici, ai costi dell'adempimento degli obblighi imposti).

Un secondo orientamento propone però una soluzione più radicale.

I giudici di Lussemburgo partono dalla definizione di aiuto di Stato *ex* art. 107, rilevando che il conferimento di risorse pubbliche si traduce in “aiuto” (come tale vietato) solo nella misura in cui lo stesso si sostanzia in un “vantaggio” per l’impresa beneficiaria, vantaggio che la stessa impresa non avrebbe ottenuto secondo le normali logiche di mercato. Sicché, l’intervento statale compensativo, nella misura in cui non ecceda il *costo effettivo* dell’assolvimento della specifica missione, in realtà, non configura un aiuto di Stato, poiché non comporta un “vantaggio” all’impresa interessata, ma serve solo a compensare lo svantaggio competitivo che la stessa sopporta a causa dell’adempimento degli obblighi imposti.

Secondo la sentenza *ADBHU*<sup>215</sup> non sono aiuti di Stato le indennità riscosse da imprese che svolgono un servizio universale di raccolta e/o di eliminazione degli olii usati, ma solo la contropartita delle prestazioni antieconomiche effettuate.

Nel caso *Ferring*<sup>216</sup>, le compensazioni (rappresentate da un’esonazione fiscale) attribuite per far fronte al costo necessario agli obblighi di servizio pubblico, non costituiscono aiuti di Stato, ma rappresentano la contropartita delle prestazioni universali effettuate. Non si sostanziano cioè in un vantaggio, ma contribuiscono a ripristinare le condizioni concorrenziali pregiudicate dall’imposizione degli obblighi di servizio pubblico.

Alla luce del primo orientamento, si assume una concezione “apparente” del vantaggio, secondo cui gli interventi finanziari delle autorità pubbliche e gli obblighi di servizio pubblico vanno valutati separatamente. Di conseguenza, l’esistenza di tali obblighi non rileva per

---

<sup>215</sup> Sentenza 7 febbraio 1985, C-240/83.

<sup>216</sup> Nel caso *Ferring* si chiede alla Cgue di pronunciarsi sulla legittimità di una normativa statale impone ai grossisti distributori di medicinali l’obbligo di disporre, in permanenza, di un assortimento sufficiente a soddisfare le esigenze di un territorio geograficamente determinato e di assicurare la consegna dei medicinali richiesti, in tempi brevissimi, su tutto il territorio in questione.

stabilire se la misura statale costituisca un aiuto, ma può essere invocata solo per l'applicazione della deroga *ex art.* 106.2.

Nel secondo caso, invece, viene utilizzata la cosiddetta teoria del vantaggio "reale" in base alla quale gli interventi delle autorità pubbliche vengono esaminati congiuntamente agli obblighi che gravano sul beneficiario e costituiscono un vantaggio solo se il loro importo supera il valore degli obblighi imposti<sup>217</sup>.

La scelta dell'uno o dell'altro criterio, ai fini dell'ammissibilità dell'intervento compensativo, non costituisce una questione di ordine puramente teorico.

Gli aiuti di stato, come noto, sono sottoposti a un meccanismo di notifica preventiva alla Commissione, che ne valuta la compatibilità con il mercato comune. Ove si consideri l'intervento statale in questione oggettivamente vantaggioso, gli Stati devono notificare i relativi progetti e sospenderne l'erogazione fino alla pronuncia positiva (autorizzazione) della Commissione.

La notifica e l'autorizzazione non sono, invece, necessarie, ove si escluda, *ex ante*, che le compensazioni relative agli obblighi di servizio pubblico (che non eccedono i costi aggiuntivi) possano essere considerate vantaggi, o meglio "aiuti".

L'obbligo di preventiva notifica della misura compensativa comporta un effetto notevole sulla libertà di scelta dello Stato membro in materia di servizi di interesse economico generale e un evidente rischio per il loro buon funzionamento (che, peraltro, è oggi riconosciuto anche come interesse primario e valore fondamentale delle Istituzioni europee dall'art. 14 Tfu).

Il *trade off* tra le ragioni del mercato e quelle della garanzia dei servizi di interesse economico generale è preso in considerazione dalla celebre sentenza *Altmark*<sup>218</sup>. La Corte cerca un punto di mediazione tra i due

---

<sup>217</sup> Così l'Avvocato generale Léger nelle conclusioni relative alla causa *Altmark*, presentate il 14 gennaio 2003.

<sup>218</sup> Sentenza 24 luglio 2003, causa C-280/00.

interessi configgenti, garantendo la libertà degli Stati membri pur sempre, però, nei limiti del rispetto dei principi fondamentali del diritto europeo (non discriminazione, trasparenza, legittimo affidamento, ecc.).

Se il beneficio attribuito dallo Stato costituisce una contropartita delle prestazioni effettuate dalle imprese beneficiarie per assolvere determinati obblighi di servizio pubblico, esso esula dall'ambito di applicazione dell'art. 107. 1 Tfu.

Affinché questo principio possa trovare applicazione devono essere rispettate una serie di condizioni. In primo luogo, gli obblighi di servizio pubblico, a compensazione dei quali la misura statale è concessa, devono essere attribuiti in maniera espressa all'impresa e devono essere definiti in modo chiaro<sup>219</sup>.

Sulla stessa linea della giurisprudenza relativa all'art. 106.2, si richiede, in pratica, un'assunzione di responsabilità politica da parte dello Stato.

La legittimità della misura compensativa richiede in primo luogo che la compensazione sia calcolata sulla base di parametri fissati *ex ante*. In secondo luogo, ne deve essere predeterminato un "valore massimo": la compensazione non deve eccedere quanto necessario per coprire i costi dell'adempimento della missione. Questa "necessità", secondo i criteri indicati nella sentenza *Altmark*, deve essere calcolata sulla base degli introiti collegati all'adempimento di tali obblighi e sulla base della garanzia di un margine di utile ragionevole.

Il criterio proposto è rappresentato da una valutazione economica complessa<sup>220</sup> che tiene conto del rapporto tra costi (fissi e variabili) e guadagni relativi all'adempimento degli obblighi.

---

<sup>219</sup> Secondo la Corte, ad esempio, un'esenzione fiscale genericamente accordata alle banche pubbliche, le quali svolgono anche servizi (latamente) di interesse economico generale, non può pretendere di sottrarsi all'applicazione dell'art. 87 (come era stato invece affermato nella causa *Banco Exterior*, 15 marzo 1994, causa C-387/92, dal Regno di Spagna, v. *supra*), poiché le stesse banche non sono state specificamente investite di un compito pubblico.

<sup>220</sup> A rendere più agevole questa valutazione economica si ricorda che, oggi, concorre l'obbligo che la dir. 2000/52 (modificando la precedente dir. 80/723 relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche) impone ad ogni impresa, la quale fruisca di diritti speciali o esclusivi, ovvero sia incaricata della gestione di servizi di interesse economico generale e riceva, in relazione

La Corte prende spunto dalle critiche mosse da alcuni studiosi (cfr. Nicolaidis 1999, p. 19) alla giurisprudenza formatasi in materia (*FSSA* e *Ferring*), che accusavano i giudici di Lussemburgo di aver avallato una valutazione troppo superficiale da parte della Commissione, senza tener conto della situazione economica complessiva dell'impresa, nonché del rapporto tra costi e guadagni relativi al servizio, ovvero degli effetti anticompetitivi che queste compensazioni potevano comportare, incidendo sulle altre attività svolte dallo stesso soggetto.

L'imposizione di obblighi di servizio pubblico comprime naturalmente la libertà di gestione imprenditoriale degli operatori economici, ma non può escluderla totalmente<sup>221</sup>.

La sentenza *Altmark* prevede, infatti, che all'impresa interessata venga garantito un "margine di utile ragionevole".

Ulteriore condizione riguarda la compensazione che non deve superare il costo dell'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, ma nemmeno può superare un "valore massimo": il costo in cui sarebbe incorsa un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi per adempiere tali obblighi<sup>222</sup>.

Tale previsione richiede particolare attenzione poiché riguarda la ripartizione di poteri e competenze tra Stati membri e Ue e, in particolare, investe la libertà di scelta politica a livello nazionale

---

a tali servizi, aiuti di Stato in qualsiasi forma, di tenere una contabilità separata, quando eserciti anche altre attività (art. 2, n. 1 lett. d).

<sup>221</sup> Uno dei più rilevanti aspetti dell'interesse dell'imprenditore è proprio quello di ottenere un profitto. In questo senso, si era già pronunciata la Corte, in materia di *essential facilities* (sentenza *Bronner*, 26 novembre 1998, causa C-7/97). La libera fissazione dei prezzi all'accesso della *facility* rappresenta un'espressione della libertà di gestione dell'impresa, ma allo stesso tempo la stessa può ostacolare l'accesso al mercato a cui le infrastrutture si riferiscono. Ad ogni modo, secondo i giudici, nell'individuazione del prezzo deve essere tenuto in considerazione non solo l'interesse delle imprese terze ad accedere al mercato, ma anche l'interesse del gestore. Dunque, il prezzo deve essere tale da remunerare i costi affrontati dal gestore nonché tale da consentirgli un margine di profitto ragionevole.

<sup>222</sup> A questo *standard*, fissato in via preventiva, può derogarsi solo nel caso in cui l'impresa sia scelta tramite una procedura di selezione concorsuale, idonea per definizione ad assicurare la scelta del candidato in grado di fornire tali servizi al costo minore per la collettività.

relativamente ai costi del servizio e, conseguentemente, incide anche sulle imprese a cui questo servizio è affidato.

Il Libro Verde sui servizi di interesse generale del 2003 ha chiarito che il soggetto pubblico può scegliere di affidare la fornitura di un servizio di interesse generale a terzi (soggetti pubblici o privati) ovvero di provvedervi *in house*.

Nel primo caso, l'atto di affidamento deve rispettare le direttive sugli appalti pubblici ovvero almeno i principi che discendono direttamente dal Trattato. Questo sia al fine di garantire gli interessi dei vari operatori economici, sia «al fine di garantire che tali servizi siano forniti alle condizioni economicamente più vantaggiose disponibili sul mercato»<sup>223</sup>.

Nel secondo caso, quella parte di amministrazione che svolge il servizio va considerata "impresa" e come tale destinataria di tutte le regole del mercato. La sentenza *Altmark* specifica che, ove la scelta non sia avvenuta attraverso una procedura concorsuale, il soggetto pubblico deve assumersi la responsabilità dell'inefficienza economica dell'impresa.

In argomento sembra necessaria, però, una precisazione. Il contratto di servizio, aggiudicato attraverso una procedura concorsuale, non è propriamente un meccanismo compensatorio dell'imposizione di obblighi di servizio pubblico; è in realtà, un contratto di appalto, attraverso cui viene fissato un insieme di prestazioni e il relativo prezzo.

La tutela della concorrenza avviene *ab origine* attraverso la procedura di selezione. Il compenso viene stabilito secondo una procedura aperta, trasparente e non discriminatoria che garantisce un'aderenza alle regole di mercato. L'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato va esclusa perché l'impresa non viene compensata per la prestazione che le è stata unilateralmente imposta, ma si limita a vendere un servizio a prezzo di mercato (cfr. Lottini 2005).

Rimane a questo punto un ultimo elemento da chiarire.

---

<sup>223</sup> Libro verde, cit., p. 24.

Nel caso in cui si debba applicare l'art 107 Tfeue (dunque, la misura costituisce un aiuto), a quali condizioni è possibile applicare la deroga ex art. 106.2?

Sulla questione aveva già avuto modo di pronunciarsi la Corte nella sentenza *Ferring*, per cui se la compensazione supera il costo aggiuntivo del servizio, per questa parte, essa deve essere considerata aiuto di Stato incompatibile con il mercato comune, non giustificabile neanche sulla base dell'art. 106.2 Tfeue, mancando il requisito della necessità all'adempimento della specifica missione.

La questione è stata oggetto di una specifica disciplina della Commissione nel 2004 (*Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico*) ove si richiede, ai fini dell'operatività della deroga ai principi della concorrenza, che le imprese interessate siano state incaricate di una specifica missione di servizio pubblico; che gli obblighi siano stati chiaramente definiti; che i parametri di calcolo di una eventuale compensazione siano stati individuati *ex ante* e che l'importo della compensazione non ecceda quanto necessario per coprire i costi determinati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico (tenendo conto degli introiti relativi agli stessi e di un margine di utile ragionevole per l'adempimento di detti obblighi).

Nei fatti, vengono indicati quegli stessi requisiti che sono stati previsti come necessari nella sentenza *Altmark*, affinché la misura possa considerarsi "non vantaggiosa". Solo l'ultimo non è considerato, ossia il requisito che riguarda la scelta delle imprese affidatarie.

Il ragionamento sembra essere questo: se è vero che gli Stati hanno piena libertà di definire le missioni di interesse generale, nonché di decidere quali imprese sono tenute a soddisfarle, nondimeno la scelta deve essere svolta secondo la logica del "normale imprenditore privato". Il normale imprenditore privato sceglie di fare effettuare la prestazione al soggetto che gli garantisce il miglior risultato al minor prezzo.

Solo ove sia rispettato questo criterio, è possibile escludere un aiuto statale, che potrebbe consistere anche nel tollerare le inefficienze economiche delle imprese.

Nonostante la puntualità delle quattro condizioni richieste dalla sentenza *Altmark* per escludere che una compensazione per i servizi di interesse economico generale potesse qualificarsi come un aiuto, i dubbi non sono affatto scomparsi. Basti richiamare, in proposito, le considerazioni svolte dalla Corte nel caso *Chronopost*<sup>224</sup>, in cui sostanzialmente si riconosce che in alcuni settori (in particolare, nell'ambito delle industrie di rete) il riferimento a condizioni di mercato è improponibile e si devono perciò elaborare criteri alternativi. Da questa motivazione può evincersi che lo schema elaborato nella sentenza *Altmark*, in verità, risulta pressoché inapplicabile proprio nei casi più rilevanti di servizio pubblico (Cintioli 2006, p. 464).

Il quadro si è così caratterizzato per due principali dati: a) la soglia di attenzione delle autorità europee a tutela della concorrenza si è sostanzialmente abbassata, o perlomeno, è stata prevalentemente incentrata in uno scrutinio di proporzionalità, il quale però difficilmente assicura una verifica specifica delle tecniche di correlazione tra misure di finanziamento ed obblighi di servizio pubblico; b) il crescere di una obiettiva complessità ed incertezza per le imprese operanti nel settore, le quali, per un verso, si sono trovate a dover rinunciare alla previa indicazione esplicita ai sensi della disciplina sugli aiuti di Stato e, per altro verso, hanno dovuto affidarsi ad un criterio empirico (del costo economico legato agli oneri di pubblico servizio) molto indefinito e troppo generico per dare risposte univoche a fronte della complessità delle fattispecie.

È per questo che è stato di recente approvato il c.d. pacchetto Monti (su cui cfr. successivo paragrafo), il quale comprende tre misure principali: a) una decisione della Commissione che definisca alcuni finanziamenti

---

<sup>224</sup> Sentenza 3 luglio 2003, cause riunite C-83/01, C-93/01, C-94/01.

“pubblici” (di portata relativamente modesta), assegnati agli operatori di servizi di interesse economico generale compatibili col mercato comune e, pertanto, esentati dalla previa notifica; la *ratio* è quella di esonerare i fornitori locali di servizi di interesse economico generale dall’obbligo della notifica preventiva; b) una disciplina che fissa i criteri di valutazione delle misure compensatorie che non ricadono nell’ambito di applicazione della sentenza *Altmark*, né in quello della decisione, e che vengono comunque sottoposte a previa notifica alla Commissione; c) una direttiva che, modificando la direttiva trasparenza 80/723/CEE del 25 giugno 1989, impone il mantenimento dell’obbligo di separazione contabile a carico delle imprese che ricevono compensazioni di oneri di servizio pubblico, a prescindere dalla qualifica delle misure come aiuti di Stato<sup>225</sup>.

In questa complessiva vicenda si può leggere ancora un (seppur lieve) “scolorirsi” dell’attività di promozione della concorrenza rispetto a quella in precedenza espletata dall’Ue in materia di servizi pubblici<sup>226</sup>.

La contaminazione dei due cerchi concentrici, cui si accennava, a vantaggio di quello pubblicistico è un fenomeno piuttosto visibile. La complessa vicenda della compensazione degli obblighi di pubblico servizio mette in luce l’esistenza di un assetto che ancora non si può dire soddisfacente e, forse, dimostra che la crescita della regolazione non sempre si accompagna ad una più efficace condizione competitiva.

---

<sup>225</sup> Come fa notare Cintioli (2006, p. 464) il fine è di evitare che la nuova definizione di aiuto di Stato contenuta nella *Altmark* possa influire sull’obbligo di contabilità separata, così esteso a tutte le imprese che ricevono una compensazione degli obblighi di servizio pubblico in qualsiasi forma, incluse quelle compensazioni che, secondo la stessa *Altmark*, non costituiscono aiuto di Stato ai sensi dell’art. 107 Tfu.

<sup>226</sup> Una tendenza inversa sembra però cogliersi in alcuni indirizzi informali enunciati dal Commissario alla concorrenza Neelie Kroes. Nella relazione dal titolo *The competition principle as a guideline for legislation and State action the responsibility of politicians and the role of competition authorities*, tenuta in occasione del 12th International Conference on Competition, Bonn, 6th June, 2005, in [www.europa.ue.int](http://www.europa.ue.int), si legge, tra l’altro, quanto segue: «the Commission's established policy is not to restrict the financing of companies in charge of public service obligations. But we do ensure that this financing is really necessary and does not lead to undue distortions of competition, notably through over-compensation. That is where the rules on transparency of financial relations between states and undertakings, to which I referred a moment ago, become important, because they allow us to identify the amounts of compensation paid».

#### 4.3. ...dallo State Aid approach al Compensation approach

Nelle posizioni della Corte di giustizia analizzate nei precedenti paragrafi non può cogliersi un'interpretazione in chiave personalistica (i.e. volta alla tutela dei singoli) della norma che il Trattato CE dedica alle imprese incaricate di servizi di interesse economico generale. Si può piuttosto scorgere una sua propensione per una lettura della norma come improntata allo spirito di sussidiarietà e all'idea di un ragionevole bilanciamento tra l'interesse degli Stati membri alla preservazione di misure di interesse generale e di tutela della sicurezza pubblica, e quello della Ue a non vedere pregiudicate da tali misure le libertà di circolazione e il regime della concorrenza implicati dal processo di integrazione europea.

Nella sentenza *Ambulanz Glockner* invero si percepisce una diversa impostazione, volta alla tutela dei cittadini. Già nei primi passaggi del suo ragionamento, riprendendo un'osservazione contenuta nelle conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs<sup>227</sup>, ha precisato che «nel caso in cui fosse dimostrato che le organizzazioni sanitarie incaricate della gestione del servizio di soccorso medico d'urgenza fossero manifestamente incapaci di soddisfare sempre la domanda di trasporto medico d'urgenza e di trasporto di malati non potrebbe essere ammessa la giustificazione dell'estensione dei loro diritti esclusivi relativa al compito di interesse generale»<sup>228</sup>. Questa precisazione è importante. L'ultima parte della sentenza *Ambulanz Glockner* si presta decisamente ad un'interpretazione dell'interesse generale quale tutela dei beneficiari del servizio considerati come singoli o nel loro insieme<sup>229</sup>.

È interessante soffermarsi sul riscontro e l'accentuazione che detta intonazione

---

<sup>227</sup> Conclusioni generali presentate il 17 maggio 2001, C-475/99.

<sup>228</sup> Sentenza *Ambulanz Glockner*, cit., punto 62.

<sup>229</sup> Interessante è il confronto con il caso *Ferries*, cit., in cui l'interesse generale è tutelato in quanto tutela della pubblica sicurezza.

ha trovato nell'evoluzione della giurisprudenza europea, sotto la progressiva influenza dell'introduzione nel sistema giuridico comunitario, prima, della cittadinanza dell'Unione e, poi, dell'art. 16 Tce, relativamente alla soluzione del problema della compatibilità con il diritto europeo dei finanziamenti pubblici erogati alle imprese con riferimento ai costi relativi all'esecuzione delle missioni loro attribuite.

Sino al 2001 (salvo l'eccezione costituita dalla pronuncia adottata nella citata causa *ADBHU*), la Corte di giustizia - con un atteggiamento qualificato come *State Aid Approach* - ha costantemente qualificato detti finanziamenti come aiuti di Stato soggetti a una notificazione preventiva che comporta un effetto sospensivo dell'erogazione dell'aiuto sino al momento del rilascio di un'autorizzazione da parte della Commissione<sup>230</sup>.

Il regime speciale per i servizi di cui all'art. 106 induceva a ritenere tale disciplina derogatoria (quindi eccezionale e da interpretare restrittivamente) applicabile necessariamente sotto il controllo diretto della Commissione, al fine di non privarlo di ogni sua utilità e di non affievolire il sistema di controllo comunitario sugli aiuti pubblici. Contro questo costante atteggiamento della giurisprudenza si sono poste le conclusioni che L'Avvocato generale Tizzano ha presentato nel caso *Ferring*<sup>231</sup>, con cui si è affrancato dalla suggestione sino ad allora esercitata sulla giurisprudenza comunitaria dalla lettera del secondo paragrafo dell'art. 106 e dall'immediato contesto in cui questo è inserito per abbracciare una posizione più aperta. Egli ha rilevato che l'erogazione di somme di denaro da parte di un ente pubblico ad un'impresa incaricata di un servizio di interesse economico generale concreta una normale operazione che, anche se può sembrare abbia quel

---

<sup>230</sup> Sul punto cfr., ad esempio, Tribunale CE, 27 febbraio 1997, *Federation Francaise des Societes d'Assurances*, causa T-106/95, punti 164-172; Tribunale CE, 10 maggio 2000, *Sociedade Independente de Comunicaçao SA (SIC) C. Commissione*, causa T-46/97p. 11-2125, nonché Corte CE, 22 giugno 2000, CELF, causa C-332/98, in cui si precisa che l'art. 86.2 Tce non consente di derogare all'applicazione dell'art. 88 Tce (vecchia numerazione) che prevede l'obbligo di notifica preventiva e che comporta un effetto sospensivo per l'erogazione dell'aiuto.

<sup>231</sup> Conclusioni dell'Ag Tizzano presentate l'8 maggio 2001, causa C-53/00, *Ferring*.

carattere selettivo che è caratteristica propria degli aiuti di Stato, in realtà non può in alcun modo essere ricondotta a tale figura, ne può interessare la regolamentazione della concorrenza nel cui ambito la relativa disciplina si colloca. Dato che presupposto dell'applicazione del regime di questa, e quindi anche degli aiuti di Stato, è la presenza, in atto o in potenza, di un'alterazione della competitività del mercato, il fatto che l'erogazione di un finanziamento sia atta solo ad evitare che un fenomeno del genere si produca, esclude che tale regime sia applicabile e che quindi si ponga il problema di una deroga alla sua applicazione.

L'Avvocato generale Tizzano, varando un approccio che è stato definito *Compensation Approach* per contrapporlo allo *State Aid Approach* della precedente giurisprudenza, ha così potuto concludere che non sussisteva alcuna ragione per applicare il secondo paragrafo dell'art. 106<sup>232</sup>.

La Corte di giustizia, con la sentenza che ha reso nel caso in questione, ha letteralmente seguito la stessa posizione, consolidando successivamente la sua scelta con la sentenza che ha reso nel caso *Altmark*. In tale contesto, le conclusioni di Tizzano possono essere considerate lo *starting point* di una progressiva acquisizione di consapevolezza dell'incidenza che sul regime europeo del servizio pubblico ha avuto l'introduzione degli artt. 16 e 17 ad opera del Trattato di Amsterdam.

Grazie a tale accresciuta consapevolezza e alle linee guida costituite dai criteri espressi nella sentenza *Altmark*, tale sviluppo induce a ritenere che il regime del servizio d'interesse economico generale (e delle sue misure compensative) debba oggi essere applicato con un rilevante margine di autonomia rispetto a quello delle libertà economiche (e, in particolare, degli aiuti di Stato) (Scotti 2003b, p. 3219). Tutto questo con la

---

<sup>232</sup> Questo tipo di analisi si è così venuto ad aggiungere ad un altro che già prima aveva portato ad escludere la necessità di applicare l'art. 106.2 ad enti che svolgono attività di interesse generale: quello che, ad esempio nelle sentenze *Eurocontrol* (causa C-364/92) e *Poucet e Pistre* (cause riunite C-364/92 e C-160/91), aveva indotto la Corte di giustizia a qualificare le attività esplicate dai soggetti interessati da tali casi come non economiche (e quindi ad escludere la qualificazione di tali soggetti come imprese «perché concluse con l'esercizio di poteri che sono tipicamente quelli di una pubblica autorità».

conseguenza che si può ritenere che tale regime non abbia quel carattere necessariamente derogatorio che gli poteva risultare da una sua stretta identificazione con quanto disposto dal secondo paragrafo dell'art. 106 Tfu (su cui v. par. successivo).

Nel recente caso *BUPA*, il Tribunale, pur avendo dichiarato espressamente di seguire la sentenza *Altmark*, ha di molto attenuato la rigidità della seconda e della quarta condizione da essa stabilite<sup>233</sup>.

Ponendo la seconda condizione, la Corte aveva indicato la necessità che i parametri per calcolare la compensazione debbano essere definiti in modo obiettivo e trasparente *ex ante*. Il Tribunale ha dichiarato soddisfatta tale condizione quando i parametri per la determinazione del compenso siano sufficientemente trasparenti e obiettivi e ha ritenuto che lo Stato membro che ha assegnato ad un'impresa un compito di interesse generale ha un certo margine discrezionale nel determinare il compenso ad essa spettante, anche *ex post*. Il giudice ha ritenuto che la discrezionalità delle autorità nazionali sia limitata solo nel senso che è loro precluso qualsiasi ricorso abusivo al servizio di interesse economico generale.

Secondo il Tribunale, nemmeno la quarta condizione, così come la seconda, dev'essere applicata rigorosamente<sup>234</sup>.

Nel confrontare il diverso tenore delle pronunce in commento, centrale è la distinzione tra il metodo utilizzato in *Altmark* e la sua applicazione nel caso concreto. Il metodo *Altmark* ha trovato la sua ragion d'essere nella

---

<sup>233</sup> Già i punti 92 e 93 della sentenza *Altmark Trans* la Corte, enunciando la terza e la quarta condizione, avevano precisato che il compenso alle imprese incaricate di servizi di interesse economico generale per l'esecuzione di loro obblighi può essere comprensivo di un margine di utile ragionevole. Al punto 105 della stessa sentenza essa, poi, ovviando alle riserve che possono essere avanzate nei confronti del *Compensation Approach* con riferimento al rischio che, seguendolo, si tolga ogni effetto utile al secondo paragrafo dell'art. 106, precisa che tale disposizione mantiene la sua applicabilità nell'ipotesi in cui le quattro indicate condizioni non sussistano.

<sup>234</sup> Passando ad applicare la quarta condizione prevista dalla sentenza *Altmark*, il Tribunale di Primo Grado doveva, per le caratteristiche del caso concreto sottoposto alla sua considerazione, concentrarsi sul criterio secondo cui quando l'individuazione di un'impresa non avvenga nell'ambito di una procedura di appalto pubblico, il livello della compensazione da attribuirle deve essere stabilito sulla base di un'analisi dei costi che per svolgere un determinato servizio di interesse economico generale avrebbe dovuto sopportare un'impresa gestita in modo efficiente.

qualificazione come “operazione sfuggente al diritto della concorrenza” di una compensazione di un servizio di interesse economico generale effettuata o da effettuarsi secondo criteri di mercato atti a conferirle il carattere di obiettivo corrispettivo per i servizi resi, nonché l’istituzione e la realizzazione di questi secondo il principio di proporzionalità e secondo un principio di trasparenza (al primo strettamente connesso). L’applicazione attuata (in linea con il margine di autonomia che a partire dalla sentenza *Ferring* la Corte ha riconosciuto al regime concernente tali servizi rispetto all’applicazione del diritto della concorrenza) che il Tribunale fa nel caso *BUPA* della seconda e della quarta condizione, anziché costituire una loro manipolazione, può essere considerata come il segno di un loro disancoramento dallo sforzo compiuto in *Altmark* per dare una certezza giuridica alla disciplina della materia e di una riconduzione di tale sforzo entro i limiti strettamente necessari per la soddisfazione degli stessi principi enunciati dalla Corte.

Questo *favor* nei confronti dei servizi di interesse generale trova riscontro in un recente atto emanato dalla Commissione, nell’ambito del potere attribuitole dal terzo paragrafo dell’art. 106 Tfeue di rivolgere agli Stati membri direttive o decisioni. La decisione 2005/842/Ce, riguardante l’applicazione dell’art. 106.2 Tfeue «agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale», parte integrante del cosiddetto “Pacchetto Monti” adottato il 29 novembre 2005, indica il modo in cui essa intende esercitare la competenza che le residua dopo l’accoglimento da parte della Corte di giustizia del *Compensation Approach*. Lo fa, innanzitutto, innovando anch’essa rispetto al metodo di penetrante e generalizzato controllo preventivo precedentemente seguito, e assicurando alle imprese e agli Stati membri uno spazio di sicurezza giuridica ulteriore rispetto a quello risultante già dal passaggio dalla sentenza *Ferring* alla *Altmark*. La

Commissione non impone un controllo preventivo e considera legittime le compensazioni effettuate in situazioni specifiche<sup>235</sup>.

D'altro lato, con la decisione del 2005 la Commissione concretizza quanto contenuto nel punto 105 della sentenza *Altmark* e precisa che il (suo) controllo preventivo continua a svolgersi con riferimento a tutte le situazioni diverse da dette quattro situazioni al fine di rimuovere le ipotesi di incompatibilità con il diritto europeo. L'Esecutivo europeo riafferma il suo potere di autorizzare l'erogazione ad un'impresa incaricata di un servizio di interesse economico generale compensi corrispondenti a suoi costi effettivi di gestione del servizio, anche se superiori a quelli previsti dalla quarta condizione *Altmark*, se strettamente necessario ai fini della soddisfazione delle esigenze a cui le si chiede di sopperire. Questa "riaffermazione" è accompagnata da alcune precisazioni che riprendono tre delle quattro condizioni che la Corte ritiene applicabili quando il compenso sia corrispondente a quello che spetterebbe ad un'impresa efficientemente gestita<sup>236</sup>.

---

<sup>235</sup> Si tratta della seguenti quattro ipotesi: 1) quando siano di importo annuo sino a 3 milioni di euro e siano concesse ad imprese con un fatturato totale annuo medio, al lordo delle imposte, inferiore a 100 milioni di euro nei due esercizi precedenti a quello del conferimento del servizio di interesse economico generale; 2) quando siano concesse ad ospedali e ad imprese aventi incarichi di edilizia popolare che svolgono attività considerate dallo Stato membro come servizio di interesse economico generale; 3) compensazioni concesse ai collegamenti aerei o marittimi verso le isole e con traffico annuale medio non superiore a 300.000 passeggeri nei due esercizi precedenti a quello del conferimento del servizio d'interesse economico generale, 4) compensazioni concesse ad aeroporti e porti con un traffico annuale medio non superiore a 1.000.000 passeggeri per gli aeroporti e a 300.000 passeggeri per i porti nei due esercizi precedenti a quello del conferimento del servizio di interesse economico generale.

<sup>236</sup> La Commissione precisa che a) l'impresa beneficiaria di una tale compensazione deve essere stata effettivamente incaricata di adempiere specifici obblighi di servizio pubblico mediante uno o più atti ufficiali, b) da tali atti devono risultare, in particolare, la natura e la durata dei suddetti obblighi ed i parametri per il calcolo della compensazione e c) l'importo della compensazione non deve eccedere quanto necessario per coprire i costi determinati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenuto conto degli introiti che il servizio eventualmente genera nonché di un margine utile ragionevole per l'impresa.

## 5. Interesse pubblico e attività imprenditoriale: verso un nuovo trade-off?

La deroga individuata all'art. 106.2 sembra inserirsi nel più vasto insieme di deroghe che il Trattato consente alla normativa del mercato, per tutelare specifici interessi pubblici.

L'art. 36 Tfeue, ad esempio, consente che gli Stati adottino misure limitative della libera circolazione delle merci, al fine di tutelare l'interesse alla pubblica sicurezza, alla promozione della salute pubblica, alla conservazione del patrimonio artistico, ecc; così come l'art. 52 Tfeue consente le stesse limitazioni in materia di libertà di stabilimento e indirettamente in materia di libera circolazione dei servizi, ecc.

Effettivamente se, ai sensi dell'art. 106.2 lo Stato individua un'attività necessaria alla soddisfazione di un certo interesse e la rende oggetto di un compito pubblico, per l'esecuzione del quale sono ammesse deroghe alle regole di mercato, le stesse deroghe operano come tutte le altre deroghe del Trattato.

L'operatività delle regole del mercato viene limitata nella misura in cui ciò sia necessario alla tutela del pubblico interesse. Se, invece, a un'impresa vengono imposti obblighi di servizio pubblico lo schema risulta profondamente diverso.

Nel primo caso l'interesse pubblico opera come limite esterno all'esercizio del diritto di libertà economica in oggetto. Nel secondo caso, la tutela dell'interesse pubblico è affidata all'attività dell'impresa, o meglio è connessa all'obbligo che grava sull'impresa di svolgere una determinata attività.

La possibilità di limitare l'applicazione delle regole del mercato assume una funzione diversa: le condizioni di equilibrio economico di un'impresa gravata da obblighi di servizio pubblico vengono ripristinate con un intervento *ad hoc*, che ricostituisce la parità di condizioni tra gli operatori, ai fini della concorrenza. In ultima analisi, la deroga alle regole di mercato vera e propria va letta attraverso il principio di sussidiarietà e

consiste nella possibilità lasciata agli Stati membri di imporre obblighi di servizio pubblico, ossia lo svolgimento di attività che possono essere anche antieconomiche.

L'attività imprenditoriale può, quindi, essere indirizzata a fini sociali, seppure nell'ambito degli stretti limiti delineati dall'art. 106 e dalla giurisprudenza. Nel caso *Albany*<sup>237</sup> la Corte chiarisce, infatti, che l'art. 106.2 mira a contemperare l'interesse degli Stati membri ad utilizzare determinate imprese, segnatamente nel settore pubblico, come strumento di politica economica o sociale, con l'interesse della Comunità all'osservanza delle regole di concorrenza e al mantenimento dell'unità del mercato comune.

La problematica dei servizi di interesse economico generale e dell'imposizione di obblighi di servizio, dunque, ha carattere particolare rispetto alle altre deroghe previste dal Trattato: tanto particolare che si è addirittura escluso che potesse trattarsi di una deroga. Si tratterebbe, in realtà, di un vero e proprio strumento di funzionamento del mercato atto a «correggere un'asimmetria del mercato rappresentata dal fatto che alcuni utenti marginali non potrebbero partecipare al contraddittorio litisconsortile» (Merusi 2002, p. 66), o più semplicemente non avrebbero accesso a quel tipo di servizio.

A questo proposito, si deve notare come sia stata la stessa Commissione europea (nel Libro Verde del 2003) a riconoscere che la fornitura efficiente e non discriminatoria dei servizi di interesse generale è, oltre che un elemento portante della cittadinanza europea, un prerequisito per il buon funzionamento del mercato unico e per l'ulteriore integrazione economica nell'Unione europea.

Del resto, che la linea del *trade off* si sia nuovamente spostata, in quest'ultimo decennio, a favore del polo del pubblico servizio e a scapito delle ragioni del mercato libero e competitivo, è confermato dalle considerazioni contenute nel Libro verde della Commissione del 2003 e

---

<sup>237</sup> Sentenza 21 settembre 1999, C-67/96.

nel già citato Libro bianco del 2004. In essi si sottolinea a più riprese l'importanza dei servizi di interesse economico generale per la soddisfazione di diritti fondamentali e l'esigenza di adottare gli strumenti indispensabili per garantire un livello adeguato di prestazioni.

In questo quadro, i servizi pubblici non sono considerati un ostacolo al mercato, ma espressione di valori e fonte di diritti da preservare anche in un ambiente concorrenziale.

In ragione di questa loro funzione, la giurisprudenza europea, con riferimento a casi in cui questi servizi non riguardino un settore oggetto di disciplina specifica ad opera di un atto di diritto comunitario derivato, ma ricadano esclusivamente nell'ambito di applicazione dell'art. 106 Tfeue, riconosce un rilevante grado di discrezionalità allo Stato che ha concesso ad un'impresa un diritto speciale o esclusivo per l'istituzione di tale servizio o ha imposto ad una impresa un obbligo per la sua realizzazione, sia per quanto concerne la definizione della missione ad essa attribuita, sia per quanto riguarda le modalità di esercizio di questa e di determinazione dei finanziamenti in relazione alla stessa erogati.

È sotto questo profilo che si spiegano le posizioni che la Corte ha preso, da un lato, affermando che in tanto si può ritenere che un'impresa sia incaricata di un servizio di interesse economico generale, in quanto un incarico di tal tipo le sia stato attribuito con un atto pubblico trasparente e chiaramente connotato in tal senso; e, dall'altro, subordinando la compatibilità con il diritto comunitario delle modalità di esercizio delle funzioni che un'impresa pretenda esercitare in quanto fornitrice dei servizi di cui all'art. 106 e del compenso al riguardo.

Il superamento del carattere eccezionale della disciplina giuridica di imprese incaricate di servizi di interesse economico generale, attestato dalle evoluzioni descritte nei paragrafi precedenti, trova, sul piano giurisprudenziale un'ulteriore conferma nella sentenza che il Tribunale di

Primo Grado ha reso nel caso *BUPA*<sup>238</sup> e in successive pronunce della Cgue<sup>239</sup>.

Nella giurisprudenza europea esaminata nei precedenti paragrafi, accompagnata dalla decisione 2005/84/Ce della Commissione si possono riscontrare tre distinti livelli di favore nei confronti dei servizi di interesse economico generale e dei beneficiari. Un primo livello di favore assoluto, inequivocabilmente legato al maturare del clima giuridico determinato dal riconoscimento del valore fondamentale di tali servizi (attuale art. 14 Tfu), che introduce nel regime della materia una presunzione *iuris et de iure* di conformità al diritto europeo di compensazioni che uno Stato membro attribuisce ad enti con caratteristiche determinate, e contenute entro certi limiti, salvo eccezioni (concernenti ospedali<sup>240</sup> ed imprese aventi incarichi di edilizia popolare). Questa previsione è connessa al carattere assolutamente essenziale che il servizio di tali enti presentano ai beneficiari, tanto che il compenso loro attribuito (entro certi limiti, escluse le suddette eccezioni) è automaticamente legittimato, e non deve corrispondere necessariamente al compenso che sarebbe dovuto ad un'impresa gestita efficientemente,

---

<sup>238</sup> Tribunale di primo grado, 12 febbraio 2008, causa T-289/03.

<sup>239</sup> La Corte di giustizia, per parte sua, si è pronunciata di nuovo in materia con la sentenza *Enirisorse* (cause riunite C-34/01 e C-38/01) il 27 novembre 2003 dichiarando di seguire i criteri *Altmark* e confermando, quindi, il metodo in essa enunciato. Tale dichiarazione di principio non si può, però, considerare espressione rilevante del grado di rigidità con cui la Corte applica detti criteri in quanto, nel caso, si poneva il problema della conformità al diritto europeo della riscossione di una tassa in alcuni porti italiani, in relazione ad operazioni di carico e scarico merci e della devoluzione di una quota di essa ad imprese pubbliche svolgenti operazioni in detti porti. Alla luce di sue precedenti prese di posizione riprendenti la sentenza *Merci Convenzionali*, era inequivoco che la prima condizione *Altmark* non era soddisfatta in quanto non risultava che tali imprese pubbliche fossero state incaricate di una missione di servizio pubblico né che questa fosse stata chiaramente definita. E altrettanto risultava per quanto riguardava la terza condizione. Stante il carattere cumulativo delle condizioni *Altmark* la Corte non ha ritenuto necessario approfondire il modo di applicazione del secondo e del quarto criterio con riferimento ai quali, invece, problemi seri si pongono come risulta dal caso *BUPA*, analizzato nel precedente paragrafo.

<sup>240</sup> La citata decisione del 2005, avendo ad oggetto la compensazione degli obblighi di servizio di "imprese incaricate della gestione di servizi di interesse generale", e ricomprendendo nel suo disposto gli ospedali, presuppone una qualificazione di questi o, quanto meno, di alcuni di essi (ad esempio ospedali non pubblici) come imprese. In proposito, è bene ricordare che la sanità è esclusa dall'ambito d'applicazione del diritto europeo della concorrenza - e quindi anche di quello dell'art. 106.

bensì ai costi effettivamente sostenuti, anche se superiori. Un secondo livello di favore riguarda l'istituzione e il funzionamento di imprese a cui un compenso - anch'esso considerato legittimo automaticamente, prescindendo dall'apertura di una procedura di autorizzazione davanti alla Commissione - per il servizio di interesse economico generale reso sulla base è attribuito sulla base di un appalto pubblico o in misura corrispondente a quella attribuibile ad un'impresa gestita efficientemente, secondo un criterio sostanzialmente coincidente con quello dell'investitore privato in un'economia di mercato. L'ultimo "livello" è quello basato sul controllo preventivo della Commissione, la quale è espressamente legittimata ad estendere l'ambito di legittimità a quei compensi che arrivano a coprire i costi della gestione dei servizi, ma che eccedano il compenso attribuibile ad imprese efficientemente gestite. La condizione è che il servizio richiesto a tali imprese risulti rilevantemente necessario e non sia in alcun modo diversamente realizzabile.

Secondo alcuni studiosi (cfr. Ceraso, p. 125), questa previsione di favore contenuta nella decisione 2005/842/CE darebbe luogo ad "un beneficio economico" per le imprese incaricate di servizi di interesse economico generale che, sia pure eccezionalmente, beneficino di un'autorizzazione ai sensi 106.2. Questo beneficio, come evidente, risulta dalla differenza tra il costo effettivamente sostenuto e il costo che sosterebbe un'impresa efficiente.

Riflettere su tale critica consente ancora una volta di evidenziare il superamento del carattere puramente economicistico, di strumento del mercato unico, dei servizi di interesse generale.

Se si contenesse il regime di della suddetta materia entro i limiti risultanti dall'art. 107, come pretende chi avanza tale critica, si priverebbe innanzitutto di effetto utile la deroga a tali disposizioni voluta dal legislatore europeo sin dalla prima istituzione della Comunità.

Inoltre, si perderebbe quella funzione di promozione della coesione sociale e territoriale e di attenzione agli interessi dei beneficiari dei servizi di interesse generale introdotta con il Trattato di Amsterdam (art.

16 Tce). Il criterio di necessità, cui è subordinato lo scattare del “terzo livello di favore” previsto dalla decisione 2005/842/CE, sia pure nei limiti contenuti in cui questa prevede possa trovare applicazione, deve considerarsi legittimo e va inteso in senso ben diverso da quello in cui lo si deve intendere in sede di applicazione dell’art. 107, parr. 2 e 3<sup>241</sup>.

In conclusione, è innegabile che il diritto vivente europeo per l’effetto incrociato dell’art. 14 Tfeue, dell’art. 36 della Carta dei diritti fondamentali e della giurisprudenza (sentenze *Ferring*, *Altmark* e *BUPA*) e delle messe a punto compiute dalle Istituzioni (decisione 2005/842/CE) abbia arricchito i suoi caratteri, ma non ha ancora acquistato quel tono fortemente personalistico, di tutela diretta (e non indiretta) dei singoli.

Manifestandosi ora più specificamente funzionale alla realizzazione della coesione sociale e territoriale e di servizi alle persone, l’atteggiamento della Ue risulta inequivocabilmente volto a conciliare la tutela delle libertà del mercato unico con quella di quegli interessi collettivi, intesi come interessi dei cittadini beneficiari di tali servizi, nel senso di non connotare la tutela di questi come eccezionale.

Ad ogni modo, si deve rilevare come la deroga dei servizi di interesse economico generale appaia oggi una deroga “rafforzata”.

Il carattere derogatorio della disciplina delle imprese in questione ha infatti subito un lento ridimensionamento - anche sulla scia dell’istituzione della cittadinanza europea ad opera del Trattato di Maastricht - attraverso il riconoscimento della funzionalità del regime dei servizi di interesse generale alla promozione della coesione sociale e territoriale, solo sottintesa nell’originario Trattato Cee ed esplicitata dall’art. 16 introdotto dal Trattato di Amsterdam. Discussa è la portata di questa modifica e del suo potenziale effetto sulla materia dei servizi di

---

<sup>241</sup> In questo senso si può ritenere che il contenuto della decisione era stato anticipato da quella dottrina che, anche prima delle sentenze *Ferring* e *Altmark*, aveva ritenuto legittima la deroga all’applicazione del diritto europeo non solo quando l’applicazione di questo renderebbe impossibile lo svolgimento dei SIEG o metta in pericolo l’equilibrio finanziario dell’impresa, ma anche sulla base di parametri qualitativi che possano riguardare l’interesse degli utenti del servizio (cfr. Munari 2002, p 61 e ss; )

interesse economico generale, soprattutto ancora dubbie sono le potenzialità della nuova base giuridica introdotta dall'art. 14 Tfeue.

Come è stato chiarito più volte (anche) dalla Commissione, la competenza a decidere quale servizio debba essere considerato di "interesse generale" (nei termini sopradescritti) e come debba essere gestito spetta ancora alle autorità locali, in attuazione del principio di sussidiarietà.

Se questo è vero, non bisogna però dimenticare l'importante ruolo svolto dall'Unione attraverso l'indicazione dei principi generali che costituiscono la cornice in cui si collocano le varie determinazioni statali, quali l'elaborazione del concetto di universalità del servizio, o l'individuazione delle esigenze di continuità e qualità delle prestazioni ovvero di tutela dei singoli cittadini beneficiari e titolari di diritti fondamentali.

Non solo: l'art. 16 Tce (ora 14 Tfeue) concretizza la filosofia che ha accompagnato l'istituzione del regime di libera circolazione e di libera concorrenza per salvaguardare attività, tradizionali o meno, degli Stati membri volte ad assicurare ai singoli, considerati nella loro individualità e come parte di una collettività, la prestazione di servizi di interesse generale (cfr. Tesauro 2009).

Vi è, forse, un dato in più. Visto che l'art. 14 Tfeue rientra tra i principi fondamentali a cui deve ispirarsi l'azione della Ue, la stessa è obbligata a tener conto delle problematiche relative ai servizi di interesse generale nell'elaborazione e nella definizione delle sue politiche. Pensiamo ad esempio, in questo senso, nell'ambito della politica di tutela della concorrenza, ai citati interventi della Commissione al fine di chiarire il rapporto tra aiuti di Stato e compensazioni<sup>242</sup>.

---

<sup>242</sup> Cfr. *Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico*, 2004, in <http://europa.eu.int>.

## Capitolo III

### I SERVIZI SOCIALI TRA SOLIDARIETÀ, CITTADINANZA E MERCATO

*Sommario:* 1. La nozione di servizio sociale di interesse generale nei documenti istituzionali (*segue*) ...- 1.1. ... e nella giurisprudenza della Corte di giustizia. - 2. Il difficile rapporto tra solidarietà e Unione europea. - 3. Differenze terminologiche e sostanziali tra l'ordinamento europeo e l'ordinamento italiano. - 3.1. Il *welfare* locale. Problemi di effettività tra affermazione di diritti ed esigibilità delle prestazioni. - 3.2. Due quadri assiologici distanti...ma non troppo! - 4. Accesso ai servizi d'interesse generale ed effettività della cittadinanza europea: portata ed effetti degli articoli 14 Tfeue e 36 della Carta dei diritti fondamentali. - 5. Alla ricerca di un bilanciamento tra cittadinanza, mercato e diritti.

#### 1. *La nozione di servizio sociale di interesse generale nei documenti istituzionali...*

Quello dei servizi sociali, ai nostri fini, costituisce l'ambito settoriale maggiormente interessante, sia per connessione di materia, sia per interessanti prese di posizione, come quella che chiede di valorizzare la sinergia e non la contrapposizione tra regole del mercato interno e della concorrenza, da un lato, e lavoro e coesione sociale, dall'altro, rovesciando la prospettiva e facendo in modo che si dipani dalla compatibilità delle prime "con gli obblighi di servizio pubblico e non il contrario"<sup>243</sup>. A titolo meramente esemplificativo, si consideri il settore all'interno del quale rientrano i servizi educativi, di assistenza alla persona e i regimi di sicurezza sociale, il quale ha subito profonde trasformazioni nel corso del tempo e vede oggi la coesistenza di diversi modelli organizzativi, alcuni preordinati al perseguimento di finalità lucrative, altri con obiettivi esclusivamente sociali<sup>244</sup>.

---

<sup>243</sup> Punto 5 della Risoluzione del Parlamento europeo sui servizi sociali di interesse generale del 14 marzo 2007 (2006/2134(INI)). In merito cfr. il parere di Menichetti (2008, p. 135), richiamato anche da Gottardi (2010, p. 32).

<sup>244</sup> Per una più ampia ricostruzione si rimanda a Croci 2008.

Il tema trattato in questo capitolo impone come prima cosa una riflessione sul seguente quesito: esiste (o meglio *può* esistere) oggi una nozione di servizio sociale a livello europeo, unitariamente considerato, che si possa dire giuridicamente rilevante? Giuridicamente rilevante nel senso che una volta ricondotta a siffatta nozione una determinata attività, ne segua l'applicabilità di una ben definita ed omogenea disciplina di diritto sostanziale con (eventuali) riflessi sul piano della azionabilità<sup>245</sup>.

Nel quadro ordinamentale europeo, caratterizzato da un approccio ancora timido al tema della politica sociale, l'impostazione seguita è quella non tanto dei "servizi sociali", quanto delle "politiche sociali" volte ad armonizzare le discipline nazionali attraverso la c.d. *cross-fertilization* tra ordinamenti, nonché attraverso strumenti di *soft law*, quali il metodo aperto di coordinamento e le *best practies*, tipici delle cosiddette "competenze complementari" (Menichetti 2006, p. 111).

La costruzione dei sistemi sociali degli Stati membri è il frutto di valori e tradizioni, propri ad ogni ordinamento giuridico, non sempre ricompresi in specifici cataloghi costituzionali e alle differenti situazioni di partenza in merito all'individuazione dei bisogni da soddisfare, segue una varietà di approcci. La nozione di servizio sociale, come quella di servizio pubblico, è assolutamente relativa e più di un Stato membro neppure l'enumera nella sua tradizione politico-istituzionale.

Nel diritto europeo, i servizi sociali non costituiscono a pieno titolo una categoria giuridica distinta: la nozione corrispondente non è definita nel Trattato, né dal diritto derivato (cfr. dir. 2006/123), ma gli stessi vengono ricompresi nella nozione di servizi di interesse generale, a fianco dei servizi aventi carattere economico. Il sistema naturale di prestazione dei servizi d'interesse generale, come visto nella ricognizione effettuata nel precedente capitolo, è il mercato, che, però, non è detto sia adatto a rispondere alle esigenze e agli obiettivi che perseguono i servizi sociali. Questi ultimi sono qualificati da particolari finalità, quali il

---

<sup>245</sup> Sulla questione dell'azionabilità v. par. 3.

soddisfacimento dei bisogni sociali di gruppi determinati, che per essere raggiunti necessitano in via strumentale della produzione di beni e servizi; conseguentemente, non possono (o non dovrebbero) essere ritenuti attività economiche, ma tutt'al più attività con un orientamento economico<sup>246</sup>.

Benché non esista alcuna precisa definizione e il dibattito tra Istituzioni e parti sociali possa considerarsi ancora in corso, la comunicazione del 2006<sup>247</sup> ha individuato grossomodo due categorie di servizi sociali: innanzitutto, i regimi legali e complementari di sicurezza sociale, organizzati in vario modo (organizzazione mutualistica o professionale), che comprendono i principali rischi della vita, quali quelli connessi alla salute, all'invecchiamento, agli infortuni sul lavoro, alla disoccupazione, alla pensionabilità e all'invalidità; in secondo luogo, altri servizi prestati direttamente alla persona quali i servizi di assistenza sociale, i servizi per l'occupazione e la formazione, l'edilizia popolare e le cure a lungo termine.

Ma procediamo con ordine: prima della comunicazione del 2006, i servizi sociali non trovavano menzione nei documenti istituzionali, questo poiché si riteneva che, a differenza dei servizi di interesse generale e dei servizi con rilievo economico, non rientrassero nell'ambito di applicazione del diritto europeo<sup>248</sup>.

L'ampiezza dell'area esclusa dipendeva dalle scelte dei pubblici poteri degli Stati membri, che, in materia di servizi sociali, potevano riservare alla loro competenza interi settori o parte di essi sulla base di un mero atto di qualificazione o assunzione del servizio stesso. In questo senso si parla di "eccezione di servizio sociale" (Menichetti 2006, p. 116).

A risultati analoghi, anche se con un'impostazione parzialmente differente, conduce la già vista comunicazione del 2000 che riconosce il

---

<sup>246</sup> Così anche Ferrari (1986, p. 140), secondo cui i servizi sociali «anche se presentano profili di carattere economico non certo secondari, non sono però innanzitutto un'attività economica».

<sup>247</sup> Comunicazione relativa a "*I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*" (COM)

<sup>248</sup> Cfr. comunicazione del 1996, cit.

ruolo fondante dei servizi privi di rilievo economico per l'affermazione del modello sociale europeo, facendo discendere da tale constatazione la conseguenza che «le norme relative al mercato interno e alla concorrenza non si applicano generalmente alle attività non economiche e non si applicano, pertanto, neppure ai servizi d'interesse generale nella misura in cui essi siano attività non economiche»<sup>249</sup>.

La distinzione compiuta tra i servizi di interesse economico generale e quelli di interesse generale<sup>250</sup> apre la strada alla rivendicazione da parte delle Istituzioni europee di nuovi spazi di intervento.

Il Libro verde sui servizi di interesse generale del 2003, dopo aver individuato le caratteristiche proprie dei servizi di interesse economico generale (universalità, continuità, qualità del servizio, accessibilità delle tariffe, tutela degli utenti e dei consumatori, in altre parole i c.d. obblighi di servizio pubblico), espressamente afferma che tali principi e regole «potrebbero anche applicarsi ai servizi sociali», individuando a tale scopo, due strumenti.

Da un lato, la «segmentazione» di una singola attività in diverse «sub-attività», cosicché in una medesima attività vi è la possibilità di rintracciare quella rilevanza economica, che, considerando unitariamente il servizio, sarebbe stata tradizionalmente esclusa. Una stessa attività potrebbe pertanto essere assoggettata alla disciplina derogatoria dei servizi di interesse economico generale solo per una parte e non per l'altra, stante la non rilevanza economica. In questo quadro si coglie l'importanza della nozione di “natura economica” del servizio, che il Libro verde individua nella “presenza di un mercato” in quel determinato settore (o segmento) di attività.

Dall'altro, la possibilità di configurare un “mercato a monte” rispetto alla fornitura di determinati servizi, ove le imprese “contrattano” con le autorità pubbliche la fornitura di tali servizi. L'interposizione di un eventuale provvedimento amministrativo di concessione o di affidamento

---

<sup>249</sup> Comunicazione del 2000, cit., p. 28.

<sup>250</sup> *Ibidem*, p. 68.

diretto del servizio a un'unica impresa erogatrice non consentirebbe più quindi di escludere, di per sé, la potenziale configurabilità di un mercato. Il Libro bianco del 12 maggio 2004 mantiene la stessa impostazione, ribadendo l'utilità di sviluppare «un approccio sistematico al fine di identificare e riconoscere le *caratteristiche specifiche* dei servizi sociali e sanitari di interesse generale e chiarire il quadro nell'ambito del quale essi possano essere gestiti e modernizzati», annunciando allo scopo l'adozione di una comunicazione sul tema.

Solo con la comunicazione del 26 aprile 2006 viene coniata la categoria dei servizi sociali di interesse generale e si riconosce il loro “valore specifico” di attività volte all'applicazione «di diritti fondamentali quali la dignità e l'integrità della persona», nonché i criteri organizzativi che li caratterizzano, tra cui i principi di solidarietà, di globalità, di personalizzazione, l'assenza dello scopo di lucro tipica della economia sociale, il volontariato, il radicamento locale e la partecipazione finanziaria di terzi.

Si assiste, pertanto, al passaggio dalla accezione residuale dei servizi sociali rispetto alla codificata categoria dei servizi di interesse economico generale, a una definizione che colloca entrambe le tipologie di servizi (sociali ed economici) nel *genus* dei servizi di interesse generale.

La ricognizione che precede fa emergere la già descritta (si veda anche il cap. II) “ambivalenza” della nozione di «servizi di interesse generale» che, da un lato, consente l'emersione ed il riconoscimento di un'area con proprie peculiarità, diversa dai servizi di interesse economico generale, sin qui unica categoria contemplata dal diritto comunitario; dall'altro, costituisce il presupposto per attrarre nell'area di applicazione del diritto comunitario ciò che per sua stessa natura sembrava escluso (servizi sociali).

Si può affermare, pertanto, che i “servizi di interesse generale” sono in realtà “servizi di interesse comunitario” - ora europeo - (Menichetti 2006, p. 131) ai quali si applica, in presenza dei requisiti richiesti dall'art. 106 Tfu, il regime giuridico dei servizi di interesse economico generale (e

perciò il diritto europeo della concorrenza), mentre, ove non sussistano i requisiti dell'art. 106 Tfeue, si applicano in ogni caso la libertà di stabilimento (art. 49 Tfeue), la libertà di prestazione dei servizi (art. 56 Tfeue), nonché i principi di trasparenza, non discriminazione e proporzione.

Il riconoscimento della “diversità” e della “specificità” dei servizi sociali di interesse generale ad opera della menzionata comunicazione del 2006, pertanto, anziché condurre all'esclusione degli stessi dall'ambito di applicazione del diritto europeo, ne profila un regime giuridico completamente incerto: ove risultino ricadute economiche dell'attività, vengono attratti dal regime giuridico dei servizi di interesse economico generale; ove non sussistano tali ricadute, si profila un regime giuridico “ristretto” di matrice europea.

L'avvenuto riconoscimento dei servizi sociali di interesse generale, tuttavia, non chiarisce del tutto i dubbi in materia, lasciando aperte (almeno) tre questioni. Innanzitutto, i contenuti della comunicazione del 2006 vanno confrontati con le pronunce della Corte di giustizia relative alla nozione di attività economica, in parte già esaminata (cap. II, par. 3), per verificarne la compatibilità.

In secondo luogo, non viene specificata l'area di collocazione di rilevanti servizi corrispondenti a diritti sociali fondamentali, non ricompresi nella definizione di servizi sociali di interesse generale, con particolare riguardo ai servizi sanitari.

In terzo luogo, posto che i «servizi sociali di interesse generale non costituiscono categoria giuridica distinta nell'ambito dei SIG»<sup>251</sup>, occorrerà trovare un parametro di raffronto diverso dai servizi di interesse economico generale, unica dimensione prevista dal Trattato, per allargare i confini del diritto di cittadinanza europeo, di cui tali servizi, e la loro corretta fruibilità, costituiscono una componente essenziale. Infine, sulla scorta della nuova base giuridica introdotta dall'art. 14 Tfeue,

---

<sup>251</sup> COM(2006) 117 def., par. 1.1; con “SIG” si intendono i servizi di interesse generale.

pare quanto mai fondamentale indagare le possibilità di costruire una categoria autonoma con principi e regole propri.

### 1.1. ... e nella giurisprudenza della Corte di giustizia

In mancanza di atti normativi *ad hoc*, riflettere sulle possibili modalità di applicazione del diritto europeo ai servizi sociali, presuppone un'approfondita analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia.

Fino ad ora non ci sono state pronunce riferibili esclusivamente alla materia assistenziale e, pertanto, i principi giuridici applicabili vanno desunti dalle sentenze che hanno ad oggetto attività previdenziali o socio-sanitarie (intese in senso ampio), settori riconducibili all'ambito dei servizi sociali secondo l'accezione esposta nella comunicazione del 2006. Alla luce delle caratteristiche enunciate dalla Commissione, i profili problematici da indagare sono due, fra loro distinti, ma spesso intrecciati: la qualificazione, come economica o non, dell'attività oggetto dei servizi sociali e la rilevanza della natura *no profit* dei soggetti che la svolgono.

Con straordinaria lungimiranza M. D'Antona (1998, p. 311) ascrive all'armonizzazione "funzionalista", in quanto rivolta non a tutelare "il lavoro ma la libera concorrenza", i fenomeni del superamento dei monopoli pubblici e privati e la liberalizzazione dei mercati protetti, volti non a generalizzare le "tutele minime", ma ad eliminare «disposizioni lavoristiche con effetti limitativi dell'accesso ai mercati» (Gottardi 2010, p. 5).

In merito a questo primo filone giurisprudenziale, la Corte è chiara nell'affermare che le casse previdenziali pubbliche non sono imprese e, quindi, gli artt. 102 e 106 Tfeue non trovano applicazione, né il diritto di esclusiva è sindacabile.

Si distinguono però due ipotesi. Se la *gestione* del sistema previdenziale è qualificata come attività *non* economica (e i soggetti gestori non-imprese), essa esula dall'ambito di applicazione della normativa

concorrenziale e il monopolio attribuito (o meglio l'obbligo di iscrizione alla cassa) viene considerato legittimo (o meglio insindacabile) *ex se*.

Questa è la posizione espressa nella sentenza *CISAL*<sup>252</sup>, concernente il regime di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, che prevede un monopolio a favore dell'Inail<sup>253</sup>, ente non considerato impresa poiché non svolge attività di natura economica.

Va da sé che se il soggetto gestore del regime previdenziale (ad esempio, un fondo pensione di categoria) svolge attività di natura economica<sup>254</sup>, deve essere qualificato come impresa. In questi casi, l'obbligo di iscrizione conferisce *ex lege* all'istituto beneficiario una posizione dominante, la cui illegittimità (valutata alla luce del combinato disposto degli articoli 102 e 106 Tfu) deriva dal fatto che il fondo sia indotto (necessariamente)<sup>255</sup> ad abusarne, poiché non manifestamente in grado di soddisfare la domanda esistente sul mercato<sup>256</sup>.

La stessa misura può comunque essere (e in linea di massima è) considerata legittima, poiché necessaria a consentire l'adempimento di

---

<sup>252</sup> Corte giust. 22 gennaio 2002, causa C-218/00.

<sup>253</sup> Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali.

<sup>254</sup> Cfr. Corte giust. 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany*; 12 settembre 2000, causa C-180/98, *Pavlov*; 21 settembre 1999, causa C-115/97, *Brentjens*.

<sup>255</sup> Nella sentenza *Pavlon*, cit., per esempio la Corte conclude che né dagli atti trasmessi dal giudice a quo, né dalle osservazioni scritte o orali presentate dal Fondo, dai governi che sono intervenuti nel procedimento e dalla Commissione, risulta che il Fondo sarebbe, col semplice esercizio del diritto esclusivo conferitogli, indotto a sfruttare la sua posizione dominante in modo abusivo o che le prestazioni di pensione offerte dal Fondo non corrisponderebbero ai bisogni dei medici specialistici (p. 128).

<sup>256</sup> Nella sentenza *Albany* la Corte, infatti, chiarisce che: «nel caso di specie, va sottolineato che il regime pensionistico integrativo proposto dal Fondo è basato sulla regola, attualmente in vigore nei Paesi Bassi, per cui tutti i lavoratori che abbiano versato contributi per la durata massima di iscrizione al suddetto regime ottengono una pensione, ivi compresa quella erogata in base alla AOW, pari al 70% dell'ultima retribuzione. Talune imprese del settore potrebbero certo voler garantire ai propri dipendenti un regime pensionistico più ampio rispetto a quello proposto dal Fondo. L'impossibilità per tali imprese di affidare la gestione di un simile regime pensionistico ad un unico assicuratore e la restrizione della concorrenza che ne risulta derivano tuttavia direttamente dal diritto esclusivo conferito al fondo pensione di categoria» (pp. 96 e 97).

una specifica missione sociale e antieconomica di interesse generale<sup>257</sup> della quale tale fondo sia stato incaricato.

Se la Corte, per le ragioni suesposte, arriva nella maggioranza dei casi ad escludere in via di principio l'applicabilità della normativa concorrenziale, a diverse conclusioni perviene con riguardo all'art. 56 Tfe.

In particolare, nella recente sentenza *Kattner*<sup>258</sup> viene valutata la legittimità della normativa tedesca che disciplina il regime di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali. Oggetto di sindacato è la compatibilità comunitaria dell'obbligo imposto a tutte le imprese di iscriversi alla specifica cassa previdenziale di categoria (ente pubblico senza scopo di lucro). In altre parole, il giudizio concerne la legittimità del regime di esclusiva, istituito a favore delle casse previdenziali pubbliche, in relazione alla normativa europea e, più nello specifico, con riguardo al combinato disposto degli *ex artt.* 82 e 86 Tce, e all'*ex art.* 49 Tce.

---

<sup>257</sup> Sempre nella sentenza *Albany* (pp. 105 e ss.), la Corte sottolinea che il regime pensionistico in oggetto adempie ad una funzione sociale fondamentale nel sistema pensionistico dei Paesi Bassi a causa dell'importo ridotto della pensione legale, calcolato sulla base del salario minimo legale. Inoltre, il fondo pensione agisce senza scopo di lucro e la relativa attività è fondato sul principio di solidarietà. Detta solidarietà si manifesta attraverso l'obbligo di accettare tutti i lavoratori senza esame medico preliminare, attraverso la continuazione della costituzione della pensione con esonero dal versamento dei contributi in caso di incapacità lavorativa, attraverso l'accollo, da parte del fondo, dei contributi arretrati dovuti dal datore di lavoro in caso di fallimento di quest'ultimo e attraverso l'indicizzazione dell'importo delle pensioni allo scopo di preservarne il valore. Il principio di solidarietà risulta altresì dalla mancanza di equivalenza a titolo individuale tra i contributi versati, che sono contributi medi e indipendenti dai rischi, e le spettanze pensionistiche, che sarebbero determinate tenendo conto di un salario medio. È proprio questa impostazione solidale che indispensabile l'iscrizione obbligatoria al regime pensionistico integrativo. Ora, nel caso in cui venga eliminato il diritto esclusivo del fondo di gestire il regime pensionistico integrativo per tutti i lavoratori di un determinato settore, le imprese aventi alle loro dipendenze personale giovane e in buona salute che svolge attività non pericolose cercherebbero condizioni di assicurazione più vantaggiose presso assicuratori privati. L'uscita progressiva dei rischi "buoni" lascerebbe al fondo pensione di categoria la gestione di una parte crescente di rischi "cattivi", provocando così un aumento del costo delle pensioni dei lavoratori, e in particolare di quelli delle piccole e medie imprese con personale anziano che svolge attività pericolose, alle quali il fondo non potrebbe più proporre pensioni a costi accettabili. In caso contrario, l'uscita dal fondo dei rischi "buoni" produrrebbe un effetto a spirale negativo che porrebbe a repentaglio l'equilibrio finanziario del regime.

<sup>258</sup> Sentenza 5 marzo 2009, causa C-250/07.

La Corte esclude che gli enti pubblici in oggetto possano considerarsi imprese, e conseguentemente esclude l'applicabilità degli artt. 82 e 86, ma prospetta una potenziale limitazione della libera prestazione dei servizi: parte dei rischi assicurati da ciascuna cassa malattia nell'ambito del regime di assicurazione legale potrebbero essere assicurati anche da compagnie private.

Gli Stati membri hanno piena competenza nell'organizzare i loro sistemi sociali, ma non possono esimersi dal rispetto del diritto europeo, compresa appunto la normativa sulla libera prestazione dei servizi, la cui applicabilità a una situazione di monopolio legale dipende dalla possibilità di individuare la sussistenza di un mercato potenziale di riferimento (mercato relativo alla prestazione appunto di determinati servizi, che possa essere potenzialmente limitata dalla misura nazionale).

In questo senso, i giudici di Lussemburgo distinguono due tipologie di rischi che vengono assicurati dalle casse.

Rischi assicurabili anche da compagnie di assicurazioni private (imprese) e rischi che solo soggetti che operano secondo il principio di solidarietà assicurerebbero. In altre parole, secondo la stessa terminologia della Corte, rischi "buoni" e rischi "cattivi": rischi che il mercato assumerebbe e rischi che il mercato non assumerebbe.

L'obbligo di assicurazione oggetto della pronuncia *Kattner* limita la libera prestazione transfrontaliera dei servizi legata all'assicurazione dei rischi del primo tipo. In altre parole, limita la possibilità per le società di assicurazione stabilite in altri Stati membri di offrire i propri servizi relativi all'assicurazione per i rischi in questione o per taluni di essi sul mercato del primo Stato membro e, dall'altro, dissuade le imprese stabilite in detto Stato membro, in qualità di destinatarie di tali servizi, dallo stipulare assicurazioni con dette società (p. 77 della sentenza).

La Corte riconosce che il regime di cui trattasi contribuisce alla garanzia di un servizio di previdenza sociale di base (universale?), basato sul principio di solidarietà. L'obbligo di iscrizione (anche se potenzialmente incidente sulla libera prestazione dei servizi transfrontalieri) è una misura

necessaria alla garanzia dell'equilibrio finanziario del sistema previdenziale. In altre parole, secondo la Corte la misura può essere giustificata perché risponde ad una ragione imperativa di interesse pubblico<sup>259</sup>.

Peraltro, la Corte si preoccupa incidentalmente (cfr. p. 89 sentenza), e forse inutilmente, di escludere anche una possibile situazione di “abuso necessario” della posizione dominante, nella misura in cui chiarisce che il regime legale considerato offre una copertura minima, sicché le imprese interessate, a dispetto dell'obbligo di iscrizione, possono integrare tale copertura minima mediante contratti assicurativi complementari.

La portata innovativa della pronuncia non va ricercata nella (ormai pacifica<sup>260</sup>) applicabilità della normativa sulla libera circolazione alla gestione dei regimi assistenziali nazionali.

---

<sup>259</sup> Infatti, il meccanismo previsto assicura il raggruppamento in comunità di rischio di tutte le imprese, consentendo un regime solidale finanziato attraverso contributi il cui importo non è strettamente proporzionale ai rischi assicurati e che garantisce l'erogazione di prestazioni il cui valore non è strettamente proporzionato ai contributi. L'estensione del monopolio, poi, non va oltre quanto necessario al raggiungimento dell'obiettivo. Se l'obbligo di iscrizione dovesse essere ristretto unicamente a determinate prestazioni (come era stato proposto dalla *Kattner*), le imprese aventi alle loro dipendenze, ad esempio, personale giovane e in buona salute che svolge attività non pericolose cercherebbero condizioni di assicurazione più vantaggiose presso assicuratori privati. L'uscita progressiva di tali rischi “buoni” potrebbe lasciare alle casse previdenziali di categoria una parte crescente di rischi “cattivi”, provocando così un aumento del costo delle prestazioni, in particolare per quelle imprese con personale anziano che svolge attività pericolose, imprese alle quali le suddette casse non potrebbero più proporre prestazioni a costi accettabili. Il monopolio è giustificato, quindi, dalla necessità di garantire l'equilibrio economico del sistema.

<sup>260</sup> Il problema si è posto ed è stato risolto in senso affermativo dalla Corte, con riguardo alle *prestazioni rimborsabili* (in particolare alle cure sanitarie prestate in un altro Stato membro) L'applicabilità della normativa del mercato è stata, poi, affermata in relazione ai meccanismi di accesso all'accreditamento pubblico (*Sodemare*, 17 giugno 1997, v. *infra*). Anche il ragionamento relativo all'applicazione dell'art. 56 Tfe sulla base della distinzione tra rischi “buoni” e rischi “cattivi” non è nuovo. In una poco nota sentenza del 2003 (*Freskot*), la Corte (con riferimento a un settore che non è, però, una componente del sistema globale di previdenza sociale) evidenzia come un regime assicurativo obbligatorio, quale quello gestito dall'Ente ellenico delle assicurazioni agricole (ELGA), possa rappresentare un ostacolo alla libera prestazione dei servizi, nonostante le prestazioni fornite abbiano natura non economica. Il sistema prevede che la vendita e l'acquisto dei prodotti greci di origine vegetale o animale sia gravato da una tassa parafiscale destinata a finanziare appunto l'ELGA, ente incaricato della prevenzione e dell'indennizzo dei danni causati da rischi naturali alle aziende agricole. Secondo la Corte, nei limiti in cui il regime assicurativo obbligatorio in questione copre anche rischi assicurabili da imprese private, lo stesso può rappresentare potenzialmente un ostacolo alla libera prestazione di servizi, che risulta comunque giustificato dalla

Con la sentenza *Kattner*, la Corte arriva al cuore dell'organizzazione del sistema previdenziale nazionale e mette in discussione la scelta statale tramite un sindacato sul diritto di esclusiva conferito alle casse malattia.

Nell'ambito della giurisprudenza precedente, come si è visto, l'obbligo di iscrizione veniva sindacato solo nella misura in cui i soggetti gestori del regime assistenziale fossero qualificati come imprese, attraverso l'applicazione del combinato disposto degli artt. 102 e 106 Tfu (Albany). Nessun sindacato veniva operato invece con riguardo all'obbligo di iscrizione previsto a favore di enti gestori non-imprenditoriali (CISAL).

Nel caso *Kattner*, il diritto di esclusiva viene sottoposto a sindacato prescindendo dalla natura (imprenditoriale) del soggetto, attraverso una particolare applicazione dell'art. 56 Tfu (forse un po' forzata, ma non nuova) che paradossalmente richiama, con i dovuti adattamenti, il sindacato sulla legittimità della misura nazionale di esclusiva proposta in pronunce relative all'applicazione dell'art. 106 Tfu (cfr. il già analizzato caso *Corbeau*<sup>261</sup>).

In quest'ultima pronuncia, l'esclusione di qualsiasi concorrenza attraverso il conferimento dell'esclusiva, si considera giustificata solo se all'impresa beneficiaria è stato affidato lo svolgimento di un compito pubblico antieconomico e la misura sia necessaria affinché la stessa possa svolgerlo in condizioni di equilibrio economico (pp. 11-14 della sentenza *Corbeau*).

In estrema sintesi, nell'ambito della giurisprudenza precedente, la scelta nazionale relativa alle modalità di gestione della previdenza sociale veniva sindacata solo a valle, ossia qualora prevedesse l'attività di imprese. È evidente che qualora delle imprese agiscano sul mercato, a prescindere dalla finalità perseguita, esse sono sottoposte alla normativa

---

necessità di perseguire un obiettivo di politica sociale (garantire una copertura assicurativa adeguata a tutte le aziende agricole).

<sup>261</sup> V. cap. II, par. 4.1 e ss.

concorrenziale e la normativa nazionale deve rispettare i limiti posti dall'art. 106 Tfu.

Viceversa, nel caso *Kattner*, anche se il sistema viene infine legittimato, si opera un sindacato sulla scelta nazionale circa l'*organizzazione* del sistema previdenziale, e in particolare la scelta di sottrarre al mercato (perché si presuppone che un mercato potenziale sussista) una quota delle attività assicurative.

Riguardo invece al secondo filone giurisprudenziale considerato, quello relativo al settore socio-sanitario, una delle decisioni più significative concerne proprio una vicenda italiana.

Nel caso *Sodemare*<sup>262</sup> si ritiene legittima la legge regionale lombarda<sup>263</sup> che limita ai soli soggetti senza fini di lucro che gestiscono “strutture protette” la possibilità di stipulare con le Usl (strutture sanitarie locali) convenzioni aventi ad oggetto prestazioni di assistenza socio-sanitaria agli anziani, affermando che le disposizioni europee poste a tutela della concorrenza «non si applicano ad una normativa nazionale che consenta ai soli operatori privati che non perseguano fini di lucro di partecipare alla realizzazione di un sistema di assistenza sociale, con la stipula di convenzioni che danno diritto al rimborso da parte dello stato dei costi di servizi socio-assistenziali a rilevanza sanitaria».

Questo caso è stato spesso considerato emblematico di quell'orientamento della Corte di giustizia favorevole all'esclusione dei soggetti senza fini di lucro dall'ambito di operatività delle norme europee, essendo la loro attività orientata a fini solidaristici e, pertanto, priva di rilevanza economica (D'Alessandro 2004, p. 167).

---

<sup>262</sup> Corte di giustizia, 17 giugno 1997, *Sodemare*, C-70/95.

<sup>263</sup> Si tratta della legge regionale Lombardia 7 gennaio 1986, n. 1, relativa alla riorganizzazione e programmazione dei servizi socio-assistenziali. In forza di questa legge, la realizzazione di tale sistema è attribuita alle strutture gestite direttamente dai comuni e dagli organismi responsabili dei servizi locali nonché alle strutture che dipendono da altri organismi pubblici convenzionati ai sensi della legge del 1980. Parimenti gli operatori privati che gestiscono strutture con i requisiti di cui all'art. 18, n. 3, della legge del 1980 concorrono alla realizzazione del sistema di assistenza sociale (v. p. 5 sentenza).

Le motivazioni addotte dalla Cgue richiamano la sua stessa giurisprudenza in materia previdenziale, per la quale è di esclusiva competenza degli Stati membri l'organizzazione dei servizi «che perseguono un fine sociale e si ispirano al principio di solidarietà»<sup>264</sup>. Secondo i giudici il sistema socio assistenziale delineato dalla legge della Lombardia è basato sul principio di solidarietà, in quanto destinato prima di tutto all'assistenza di coloro che si trovano in stato di necessità, a causa di redditi familiari insufficienti, dell'assenza totale o parziale di autonomia o del rischio di emarginazione. Pertanto, poiché è dotato di competenza interna sulla materia, uno Stato membro può considerare che un certo sistema socio-assistenziale implichi necessariamente, per raggiungere i suoi obiettivi, che l'accesso a soggetti privati (in quanto prestatori di servizi di assistenza sociale) venga subordinato alla condizione che essi non perseguano fini lucrativi.

In sostanza, quello che fanno i giudici di Lussemburgo in *Sodemare* è creare una sorta di “zona franca” dall'applicazione delle regole del mercato e, in generale, del diritto europeo, per questi servizi socio-assistenziali. La *ratio* è legata all'importanza degli obiettivi solidaristici da essi perseguiti, che vengono così debitamente valorizzati anche sul piano europeo.

È però fondamentale precisare che la Corte riferisce il principio di solidarietà (che giustifica questa esenzione) al “sistema”, ossia alle finalità complessive della regolamentazione del settore, e non a quelle proprie dei soggetti privati *no profit*.

La compatibilità della posizione preferenziale a questi accordata non è quindi collegata direttamente alle loro caratteristiche strutturali, bensì al riconoscimento di una sfera di “competenza esclusiva” dello Stato in relazione ad un settore basato sul principio di solidarietà.

Per quanto la motivazione della decisione sia piuttosto succinta e talvolta ellittica, se ne può desumere come la valutazione che colloca fuori

---

<sup>264</sup> V. *Poucet et Pistre*, cit. e analizzata nel parr. 4 e ss. del cap. II.

dall'ambito delle attività economiche (e quindi dall'ambito di applicazione delle norme sulla concorrenza) il sistema dell'assistenza socio-sanitaria agli anziani oggetto della legge regionale lombarda, sia stata operata *in concreto* e non riferita a priori e in termini generali alla materia assistenziale.

La valutazione relativa all'assenza di mercato, nella situazione prospettata, viene collegata al fatto che le convenzioni con i soggetti *no profit* «danno diritto a rimborsi dei costi connessi alle prestazioni socio sanitarie»: il che equivale a dire che le prestazioni oggetto delle convenzioni non sono svolte dietro retribuzione, e, pertanto, non sono riconducibili alla definizione comunitaria di servizio di cui all'art. 57 T.fue.

Non siamo davanti quindi a un generale riconoscimento della funzione solidaristica dei soggetti senza scopo di lucro in quanto tali: questa è strettamente connessa all'esclusione del settore socio-assistenziale, come disciplinato dalla legge regionale sottoposta a giudizio, dall'ambito di operatività del diritto europeo.

La materia socio-sanitaria e la posizione di privilegio accordata agli operatori *no profit* è al centro anche del già esaminato caso *Ambulanz Glöckner*.

La Corte, diversamente dalla pronuncia *Sodemare*, non ha ritenuto che il trasporto dei malati rientri in un settore riservato in via esclusiva allo Stato, trattandosi di un'attività economica, alla luce della definizione datane nella sua precedente giurisprudenza<sup>265</sup>. Al relativo servizio andranno pertanto applicate le norme europee sulla concorrenza, sugli aiuti di stato e sulla libertà di circolazione dei servizi e le organizzazioni non lucrative autorizzate ad effettuare il servizio di trasporto sanitario devono essere considerate imprese<sup>266</sup>.

---

<sup>265</sup> Corte di giustizia, sentenza *Pavel Pavlov*, cit., nonché sentenza 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurances*, C-244/94.

<sup>266</sup> Secondo la Corte vanno definite "imprese" «tutte le entità che esercitano un'attività economica, a prescindere dal loro status giuridico e dalle modalità del loro finanziamento».

Nella sentenza in esame si afferma in modo chiaro che la natura non lucrativa di un ente non osta alla sua qualificazione quale impresa e non vi è incompatibilità fra l'esistenza di un mercato per un certo servizio e il pagamento delle relative prestazioni da parte di soggetti (pubblici) diversi dagli utenti. Non va però dimenticato che, anche nel caso *Ambulanz*, tali argomentazioni non hanno portato la Corte a considerare l'attribuzione di diritti

esclusivi agli enti senza scopo di lucro da parte del *Land* tedesco in contrasto con il diritto europeo (di cui pur si afferma la necessaria applicazione).

Nella situazione concreta, infatti, la deroga alle disposizioni del Trattato è giustificata «dall'esistenza di un compito di gestione di un servizio di interesse economico generale». *Ambulanz* e *Sodemare* non sono così distanti: entrambe finiscono col riconoscere la compatibilità con il diritto europeo della posizione di vantaggio attribuita ad enti *no profit* dalla legislazione nazionale in materia socio-sanitaria.

Diverso però è il percorso argomentativo scelto dal giudice.

Nel caso *Sodemare* la logica seguita è quella, che potremmo definire più "tradizionale": si afferma l'estraneità dei servizi socio-assistenziali, in quanto privi di rilevanza economica, all'ambito di operatività della normativa europea. Nel caso *Ambulanz*, per contro (e in linea con alcuni orientamenti espressi in materia previdenziale<sup>267</sup>), è chiaramente affermata la natura economica dell'attività relativa al trasporto dei malati e viene anche sancita l'irrilevanza della assenza del fine di lucro degli erogatori dei servizi al fine dell'esclusione dall'applicazione delle regole del mercato.

In fin dei conti, la prospettiva indicata dalla Corte con *Ambulanz* sembra avere ispirato molto più decisamente di quanto non abbia fatto il caso *Sodemare* le riflessioni, in precedenza esaminate, contenute nella Comunicazione dell'aprile

---

<sup>267</sup> Cfr. prima parte di questo stesso paragrafo.

2006.

Rispetto al settore dei servizi sociali, pare emergere da questa pronuncia la tendenza ad adottare un approccio “pragmatico”, senza esclusioni aprioristiche nonostante il fine solidaristico perseguito da un certo ente, che porta ad esaminare ogni singola tipologia di attività secondo il criterio della sua rilevanza economica, salvo poi misurarne in concreto l’incidenza sul mercato e verificarne le eventuali peculiarità, connesse essenzialmente alla missione specifica attribuita al servizio dalla normativa dell’ordinamento nazionale.

Un altro caso interessante, sempre concernente il nostro Paese, riguarda l’affidamento da parte della Regione Toscana del servizio di trasporto sanitario a organizzazioni di volontariato, senza il previo espletamento di una gara<sup>268</sup>.

Esclusa l’applicabilità della dir. 92/50<sup>269</sup> e richiamando proprio il caso *Ambulanz*, ricorda che «entità come le organizzazioni sanitarie che garantiscono la fornitura di servizi di trasporto d’urgenza e di trasporto di malati devono essere qualificate imprese ai sensi delle norme di concorrenza previste dal Trattato» (pp. 37-38).

Sulla base di tale affermazione respinge le argomentazioni addotte dalla Repubblica Italiana, secondo cui le associazioni interessate non sono operatori commerciali ma svolgono la loro attività al di fuori del mercato e dell’ambito della concorrenza poiché non perseguono fini di lucro e

---

<sup>268</sup> Corte di giustizia, 29 novembre 2007, *Commissione c. Repubblica Italiana*, C-119/06. La questione ha avuto origine da un ricorso presentato dalla Commissione contro lo stato italiano per l’infrazione alle norme comunitarie sugli appalti (direttiva 92/50) da parte della Regione Toscana che, insieme alle Asl, ha stipulato un accordo quadro con alcune organizzazioni di volontariato per lo svolgimento di attività di trasporto sanitario. L’accordo è stato stipulato mediante trattativa diretta, quindi senza l’espletamento di gara e senza alcuna forma preventiva di pubblicità. La Regione si è attenuta alla logica della “riserva” all’ordinamento nazionale dell’organizzazione di un servizio socio-sanitario, improntato a principi solidaristici, quindi estraneo all’ambito delle attività economiche, ed ha operato pertanto sul presupposto di essere in una zona franca dal diritto comunitario.

<sup>269</sup> Secondo la Cgue, la semplice indicazione da parte della Commissione «dell’esistenza di un reclamo che le è stato rivolto in relazione all’appalto in esame non è sufficiente a dimostrare che detto appalto presentasse un interesse transfrontaliero certo e, di conseguenza, a constatare l’esistenza di un inadempimento» (p. 66).

«riuniscono persone motivate da considerazioni di solidarietà sociale» (p. 36).

La Corte non si discosta dal consueto “approccio concreto” nell’analisi del rapporto sottostante all’accordo stipulato con gli enti di volontariato, ricorrendo a una via d’uscita che non passa necessariamente soltanto attraverso la “disciplina astratta” legata alle caratteristiche del soggetto, ma anche attraverso l’esame analitico della fattispecie concreta, verificando le modalità di remunerazione delle prestazioni e dell’effettiva esistenza di un mercato attuale o potenziale nel settore<sup>270</sup> per indagare l’effettiva compatibilità col diritto europeo.

## *2. Il difficile rapporto tra solidarietà e Unione europea*

Come fa notare Gottardi (2010, p.1), parlando di mercato e concorrenza sono molti e sempre più impellenti gli interrogativi che da lungo assillano i giuristi del lavoro. Tra questi, ci si chiede se si possa parlare di modello sociale europeo, consapevoli di quanto diversi siano i percorsi dei singoli Paesi membri, anche una volta accorpati nelle quattro aree geografiche di attrazione.

Non è questa la sede per ripercorrere la storia dell’Europa sociale, su cui già esiste una copiosa letteratura. Certo è che l’attenzione alla questione sociale in Europa non si pone oggi allo stesso modo di quando, nel 1957, fu creata la Comunità economica europea e il fatto che la formulazione di un modello sociale comune non fosse ritenuta fondamentale per l’integrazione europea, non significa che non sia stata, in certi momenti, ricercata.

---

<sup>270</sup> La Cgue riconosce che il lavoro delle persone che effettuano i trasporti sanitari in parola non è retribuito, ma dagli elementi portati alla sua attenzione risulta che «i pagamenti previsti dalle pubbliche autorità interessate superano il semplice rimborso delle spese sostenute per fornire i servizi di trasporto sanitario controversi». Al punto 48 specifica che «tali importi vengono fissati preventivamente e forfettariamente, sulla base di tabelle allegate all’accordo quadro del 2004. Il sistema descritto in tali tabelle prevede il pagamento di una somma fissa per la messa a disposizione (detta *stand-by*) di un autoveicolo destinato agli interventi, di somme calcolate in funzione dei tempi di sosta segnalati nel corso delle attività di trasporto, di una somma fissa per i trasporti che non superano i 25 km e di importi addizionali per ogni chilometro supplementare».

Tenuto conto del debole volume delle migrazioni che ha caratterizzato il primo periodo della costruzione del mercato interiore, i sistemi sociali sono potuti restare autonomi e la loro diversità non è stata rimessa in causa.

In breve, la questione sociale ha continuato ad essere governata dal principio di sussidiarietà, anche se la progettazione del mercato comune nel 1958 iniziò a indebolire i confini esterni dello Stato sociale nazionale. Il successivo dispiegamento delle quattro libertà di movimento (dei lavoratori, dei capitali, delle merci e dei servizi) ha incrementato i flussi socio-economici trans-frontalieri e seriamente indebolito la capacità dei governi di mantenere il tradizionale monopolio coercitivo sulle loro risorse, cruciali per la stabilità degli istituti di redistribuzione<sup>271</sup>. Parallelamente, si assiste alla graduale emergenza di un regime sovranazionale per il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale<sup>272</sup> teso a dettare le condizioni di esportazione o conversione i diritti maturati entro un certo sistema nazionale all'interno di un altro sistema. Si tratta in altre parole di un corpo di norme volto a garantire che alle nuove opzioni di uscita aperte dal mercato comune corrispondano altrettanti opzioni di entrata in modo tale che i vari sistemi nazionali di protezione sociale possano essere incoraggiati a "fare sistema", assorbendo gli effetti di quell'integrazione "negativa" basata essenzialmente sulla

---

<sup>271</sup> Ferrera (2002).

<sup>272</sup> Come spiega Ferrera (2000, p. 404), la messa a punto del regime di coordinamento fu un processo piuttosto lungo e controverso. La Francia mirava ad una graduale, ma pervasiva armonizzazione delle norme previdenziali fra i paesi membri, mentre la Germania era a favore di un approccio più flessibile, che incoraggiasse aggiustamenti spontanei attraverso dinamiche di competizione regolativa. Il compromesso fu trovato nel Regolamento 1408, approvato dal Consiglio dei ministri nel 1971, il quale poggiava su quattro principi: 1) eguale trattamento di tutti i cittadini comunitari; 2) cumulabilità piena dei periodi contributivi maturati in qualsivoglia paese membro; 3) esportabilità delle prestazioni; 4) unicità della legislazione all'interno di ciascun paese per tutti i residenti e prevalenza della *lex loci laboris*. Dal punto di vista della dottrina, il Regolamento aprì una breccia significativa entro il "principio di territorialità", ma esso non toccò sostanzialmente la sovranità sociale dei paesi membri: i governi nazionali restarono infatti la sola autorità competente nel definire le regole di base. Ciò nondimeno, il Regolamento fornì un efficace quadro per mettere in comunicazione sistemi regolativi altrimenti incapaci di parlare l'uno con l'altro, consentendo così il superamento di un numero crescente di ostacoli pratici nei quali si imbattevano i cittadini «circolanti» nel nuovo mercato.

rimozione delle barriere alla libera circolazione e su automatismi pro-mercato, nel quadro di stabilità monetaria e fiscale su cui vigila la Banca centrale europea (Ferrera 2000, p. 404).

Se con il termine *welfare state*<sup>273</sup> si intende quell'insieme di risposte di *policy* al processo di modernizzazione, consistenti in interventi politici nel funzionamento dell'economia e nella distribuzione societaria delle *chances* di vita che mirano a promuovere la sicurezza e l'eguaglianza dei cittadini al fine di accrescere l'integrazione sociale, in accordo con la maggioranza degli studiosi, si può affermare che l'ordinamento europeo non pare attualmente favorevole allo Stato sociale, e questo per due ragioni.

Innanzitutto, il nucleo originario e fondamentale del *welfare state*, ossia la concessione o la conquista di specifici diritti di protezione sociale, ha significato e vigore solo in riferimento a un ordine territoriale circoscritto e dai confini ben definiti. Una seconda ragione sembra essere data dal fatto che, nel periodo in cui l'autonomia dell'autorità pubblica in materia economica, ma anche in materia sociale, appare diminuire, gli Stati assumono un carattere nazionalistico, poiché i singoli governi sono stati investiti dai propri cittadini della responsabilità di eliminare le difficoltà economiche, ancor più nel diffuso contesto di crisi finanziaria ed economica, scoppiata a partire soprattutto dalla seconda metà del 2008, con la messa in discussione dell'idea di mercato autoregolantesi (Gottardi 2010, p. 1).

Se ciascun Paese tende a chiudere i propri sistemi sociali custodendo gelosamente le competenze nazionali in materia, dall'altro lato, l'ormai sterminata letteratura sulla crisi del *welfare* ha messo ampiamente in luce

---

<sup>273</sup> Secondo la definizione di Asa Briggs (1961): «Welfare state is a state in which organized power is deliberately used (through politics and administration) in an effort to modify the play of market forces at least three directions – first, by guaranteeing individuals and families a minimum income irrespective of the market value of their work or their property, second by narrowing the extent of insecurity by enabling individuals and families to meet certain “social contingencies” (for example sickness, old age and unemployment) which lead otherwise to individual and family crisis; and third by ensuring that all citizens without distinction of status or class are offered the best standards available in relation to a certain agreed range of social services».

l'analogia fra le sfide cui ciascuno Stato si trova a far fronte: sfide<sup>274</sup> di carattere sia endogeno (come mutamenti demografici o del mercato del lavoro) sia esogeno (la cosiddetta globalizzazione dei mercati, come "non- negotiable external economic reality"<sup>275</sup>).

Lo sviluppo di natura esogena, che è quello che qui maggiormente interessa, è ovviamente connesso all'integrazione europea; e se le sfide sono analoghe, è lecito aspettarsi che anche le risposte di *policy* siano in larga misura analoghe.

Si badi che una tale aspettativa non deve necessariamente poggiare su assunti di natura funzionalistica (analoghe sfide di adattamento producono risposte "equivalenti"). Essa può infatti anche fondarsi sul riconoscimento l'innovazione di *policy* avviene in base a processi sempre più rapidi e intensi di diffusione e imitazione fra paesi, di vero e proprio apprendimento e *lesson drawing* su scala internazionale (Ferrera 1995)<sup>276</sup>.

---

<sup>274</sup> Secondo Hemerijck (2006) «...there are still three sets of challenges urging contemporary policy-makers to persist in their efforts to reform the welfare state, redesign institutions and elaborate new principles of social justice. First, from without, international competition is challenging the redistributive scope and decommodifying power of the national welfare state.

Many academic observers believe that the increase in cross-border competition in the markets for money, goods and services has substantially reduced the room for manoeuvre of national welfare states (Scharpf 2000). Economic internationalisation demands countercyclical macroeconomic management, while increased openness exposes generous welfare states to trade competition and permits capital to move to the lowestcost producer countries. Finally, there is the danger that tax competition will result in an underprovision of public goods. Second, from within, ageing populations, declining birth rates, changing gender roles in households as a result of the mass entry of women to the labour market, the shift from an industrial to the service economy, and new technologies in the organisation of work, are engendering suboptimal employment levels, new inequalities and skill-biased patterns of social exclusion. According to Gøsta Esping-Andersen (Esping-Andersen et al., 2002), the main reason why the existing systems of social care have become overstretched stems from the weakening of labour markets and family households as traditional Providers of welfare. In addition, new sources of immigration and segregation, also in the housing market in metropolitan areas, pose a challenge to social cohesion. And, finally, while policy-makers must find new ways to manage the adverse consequences of economic internationalization and post-industrial differentiation, their endeavours to recast the welfare state are severely constrained by long-standing social policy commitments in the areas of unemployment and pensions, which have ushered in a period of permanent austerity».

<sup>275</sup> Hay 2002.

<sup>276</sup> Ferrera (1995).

In questo senso, il modello sociale europeo può essere visto, più che come una comunione di valori<sup>277</sup>, come una condivisione di problemi e ricerca di comuni ed efficaci soluzioni (*policy paradigms*)<sup>278</sup>, in modo tale da costruire una “identità comune” fatta di «common challenges for Europe and to the building of a consensus as to how these are to be faced and tackled»<sup>279</sup>.

Nel contesto sovranazionale ora descritto, provare ad analizzare la disciplina italiana dei servizi sociali in prospettiva europea è quasi una sfida.

La normativa in materia, anche quella più organica dettata dalla l. n. 328/2000 (“legge quadro” in materia socio-assistenziale), non sembra prestare alcuna attenzione alla possibile dimensione europea dei servizi sociali, neppure quando delinea i rapporti fra i soggetti pubblici e quelli privati che operano nel settore. Proprio questa disattenzione al livello sovranazionale contribuisce a creare momenti di frizione tra il sistema delineato dal legislatore nazionale e quello (disordinato) proprio dell’ordinamento europeo.

---

<sup>277</sup> Secondo la Confederatione Europea dei Sindacati (CES) il modello sociale europeo consiste in una visione della società che combina la crescita economica sostenibile con condizioni di vita e di lavoro sempre migliori, la piena occupazione, la protezione sociale, le pari opportunità, lavori di qualità, l’inclusione sociale ed un processo decisionale aperto e democratico che prevede la totale partecipazione dei cittadini alle decisioni che li riguardano.

<sup>278</sup> Utilizzando un approccio normativo, la definizione di modello sociale europeo più comunemente riconosciuta «is that which refers to the common features shared by the European Union member states», così Jepsen, Pascual, (2005, p. 8), secondo cui «the ESM is often referred to as enshrining common views and principles applicable to different social issues. It is described as a specific common European aim geared to the achievement of full employment, adequate social protection, and equality». Gli autori, tenuto conto dei numerosi e diversi contesti in cui il termine “modello sociale” viene utilizzato, individuano quattro gruppi di definizioni. «In the first cluster of definitions the ESM is considered as the model that incorporates certain common features (institutions, values, etc.) that are inherent in the status quo of the European Union member states and are perceived as enabling a distinctive mode of regulation as well as a distinctive competition regime. The second cluster of definitions establishes the ESM as being enshrined in a variety of different national models, some of which are put forward as good examples; the ESM thus becomes an ideal model in the Weberian sense. The third way of identifying the ESM is as a European project and a tool for modernisation/adaptation to changing economic conditions. Under this mode of apprehension, the ESM is an emerging trans-national phenomenon. The fourth cluster of definitions uses the concept of ESM as an instrument for cohesiveness with a view to enlargement and predicts the emergence of various new ESMs».

<sup>279</sup> Jepsen, M., Pascual, A.S., (2005), p. 19.

A parziale giustificazione di tale carenza da parte del nostro Paese si può certamente portare la simmetrica indifferenza per i servizi sociali che ha caratterizzato per molto tempo anche il diritto europeo, fino a quando l'Unione ha iniziato a prendere più direttamente in considerazione l'ambito di attività su cui incidono questi servizi, o sarebbe meglio dire *indirettamente*, essendo l'origine di siffatto interesse riconducibile al corretto funzionamento delle regole del mercato.

Un'ulteriore ragione che rende complesso il tema del rapporto fra servizi sociali e diritto europeo deriva dall'esistenza di problemi terminologici, – o forse, più profondamente, concettuali, – nei quali ci si imbatte immediatamente e che sono fonte di notevoli incertezze.

Nell'Unione allargata, le espressioni “servizi sociali”, “bisogno” o “aiuto sociale”, “protezione sociale” e “assistenza sociale” sono adoperate spesso in modo intercambiabili, come se avessero lo stesso significato e designassero gli stessi servizi<sup>280</sup>.

La locuzione “servizi sociali”, in particolare, allude in sostanza nei due ordinamenti (italiano ed europeo) ad ambiti di attività solo parzialmente coincidenti.

Infine il dato più rilevante (e forse più foriero di difficoltà), che emerge in modo evidente e immediato dall'esame della normativa italiana, e di documenti e sentenze Ue, è che l'approccio al tema dei servizi sociali da

---

<sup>280</sup> Il Consiglio Europeo ha provato a riunire alcune delle caratteristiche fondamentali e linee comuni dei servizi sociali nei diversi Stati membri. Secondo il rapporto, «tous les services sociaux sont fournis par des organisations gouvernementales, des organisations non-gouvernementales (ONG) ou des associations à but non lucratif et par des organisations commerciales à but lucratif. Toutefois, la plupart des activités d'*aide sociale* sont encore fournies de manière informelle et gratuite par la famille, les amis, les voisins, les collègues et des personnes bénévoles». Lo studio rileva che i servizi sociali possono essere forniti in maniera indipendente o anche nel quadro di altri servizi riconducibili alla protezione sociale, o ai servizi sanitari ed educativi. Il numero e le categorie di utenti ai quali si indirizzano generalmente i servizi sociali cambiano secondo i Paesi considerati. Nella maggior parte di essi, tuttavia, tra le categorie d'utenti sono compresi: anziani, famiglia e infanzia, disabili. Il dovere di fornire certi servizi può derivare da una legislazione *ad hoc* o essere lasciata alla discrezione dell'organismo di servizi sociali, distinzione tutt'altro che irrilevante se la si guarda dal punto di vista dei diritti degli utenti. I servizi sociali individuali possono essere forniti a domicilio, nei centri diurni e nelle case di accoglienza, o negli stabilimenti ospedalieri. La tendenza generalizzata in Europa è la riduzione dei servizi di accoglienza, sia per ragioni di costi e che per le c.d. buone prassi.

parte dei due ordinamenti è decisamente differente, anche per i diversi obiettivi ad essi sottesi, o comunque per i metodi di regolazione giuridica non coincidenti anche quando gli obiettivi da raggiungere possono essere considerati comuni. L'approccio nazionale è fortemente contrassegnato dall'esistenza di diritti sociali, costituzionalmente riconosciuti, che devono essere garantiti attraverso un intervento pubblico almeno di tipo regolatorio.

Il sistema europeo muove invece essenzialmente dalla necessità di vedere applicati e salvaguardati i principi della concorrenza e della tutela del mercato, nonostante una lettura più attenta a diritti e bisogni dei singoli si stia facendo strada.

A prima vista, il raffronto tra il diritto nazionale dei servizi sociali e i principi europei sembra sottendere due visioni della società distanti e difficilmente conciliabili. Un'analisi più attenta, sulla scorta delle più recenti interpretazioni di quelle stesse Istituzioni inizialmente vicine alle sole istanze del mercato, suggerisce una non totale discrasia tra l'applicazione norme Ue, a certe condizioni, e la funzione di garanzia dei diritti sociali, assegnata ai servizi sociali nel nostro ordinamento. Alcuni studiosi hanno ritenuto addirittura il diritto europeo capace di svolgere un'utile opera di correzione delle possibili distorsioni che il sistema italiano tende a produrre (Albanese 2007, p. 138).

Partendo proprio dal dato europeo, la definizione dei servizi sociali di interesse generale proposta dalla Commissione nella Comunicazione del 2006 non sembra essere dotata di sufficiente chiarezza: si limita a fornire una descrizione non ancorata a precise basi concettuali e si basa sulla separazione tra servizi sociali di interesse generale e tutto ciò che riguarda la sanità.

Quello che manca è anzitutto una definizione "guida" di carattere generale che sottolinei come i servizi sociali di interesse generale siano quei servizi che rendono effettivo un diritto dei cittadini, si tratti o meno di un diritto esigibile ("giustiziabile").

La distinzione tra i servizi di interesse generale e i servizi attinenti la sanità, tende invece a separare i primi dalla loro relazione con i diritti (che invece, nel campo della sanità, sono in genere affermati in maniera più salda).

Questa distinzione, quando si realizza come contrapposizione tra sanità ed assistenza, può avere come conseguenza l'inefficacia operativa e l'inefficienza economica, in quanto conduce ad affrontare in maniera scoordinata problemi che sono invece solitamente connessi, e a raddoppiare le strutture di servizio<sup>281</sup>.

Meriterebbe ulteriore riflessione la divisione operata dalla Commissione tra schemi obbligatori e complementari di sicurezza sociale (il rischio coperto non è solo l'invecchiamento, ma c'è dentro anche disoccupazione, invalidità, disabilità). Inoltre, gli "altri servizi essenziali" descritti dalla Commissione sembrano essere rivolti soprattutto alle situazioni di estremo disagio. Su questa base si potrebbe delineare un welfare residuale, riservato solo alle categorie marginali.

Un "welfare dei poveri" destinato a trasformarsi in un "povero welfare", assolutamente inadatto ad un'equa ed efficace gestione dell'inserimento delle economie nazionali e dello spazio europeo in un ambiente globale. Questo inserimento comporta infatti un contemporaneo aumento delle opportunità e dei rischi, che espone alla minaccia della precarietà un ingente numero di persone.

La creazione di un *welfare* universale, aperto a tutti i cittadini (pur se in una gradazione dell'intervento in base ai redditi) sembra essere quindi non un residuo del passato, ma un momento essenziale dell'attuale fase di modernizzazione.

I servizi sociali di interesse generale dovrebbero essere definiti sulla base dei diritti di tutti i cittadini alla sicurezza e ad una vita degna. Da ciò consegue, facendo un passo indietro, che l'eventuale natura *anche*

---

<sup>281</sup> Si consideri, a titolo esemplificativo, il sovente ricorso ad operatori sociali e operatori sanitari, dove il ricorso ad operatori socio-sanitari potrebbe invece realizzare economie di scala)

economica dell'attività di erogazione dei servizi (ossia la presenza della "vendita" d'un servizio – pur se non lucrativa, e del corrispettivo acquisto – pur se a prezzo non proporzionale ai costi) non può far ricadere in nessun modo i servizi di interesse generale sotto la categoria generica di "attività economica" giacché, in questo caso, l'attività economica è subordinata e strumentale all'attuazione di un diritto.

In altri termini: in questo caso – come ritiene lo stesso Parlamento europeo – le norme in materia di concorrenza, di aiuti pubblici e di mercato interno devono essere compatibili con gli obblighi di servizio pubblico, e non viceversa.

Per una più sicura compatibilità col sistema e col quadro assiologico del nostro ordinamento, le caratteristiche dei servizi sociali di interesse generale elencate dalla Commissione nella comunicazione del 2006<sup>282</sup> devono essere rilette in maniera critica e richiedono, in alcuni punti, precisazioni non secondarie.

In particolare, la "prossimità" deve tradursi anche in forme di controllo attivo da parte della cittadinanza e la "qualità" del servizio dipende in larga misura dalla qualità del lavoro erogato: più esso sarà stabile, creativo, responsabilizzato più raggiungerà standard qualitativi elevati.

Della "personalizzazione" si potrebbe dire qualcosa in più in relazione alla necessità che essa sia determinata dalla capacità di reale "presa in carico della persona e del contesto familiare e relazionale in cui vive", che deve essere basata su una valutazione attenta ed integrata della domanda di intervento, deve avere quindi come caratteristica precipua l'appropriatezza. Tali aspetti rendono l'erogazione del servizio sociale in molti casi "unica" nella misura in cui è tagliata sulla condizione specifica e sui bisogni specifici che devono essere individuati ed a cui bisogna dare risposta.

Pertanto, la determinazione dei parametri di definizione della prestazione deve essere correlata alla capacità di rispondere adeguatamente e

---

<sup>282</sup> Cfr. pp. 4-5 della comunicazione cit.

precisamente a quella domanda, essere quindi efficace ed efficiente e non contraddistinta prevalentemente dal criterio dell'“economicità”. Un buon “servizio sociale” che presenta tutte le caratteristiche evidenziate, consente l'avvio del circolo virtuoso fra riconoscimento dei diritti e promozione dell'autonomia delle persone.

Occorre inoltre evidenziare un altro aspetto di prioritaria rilevanza che la Comunicazione sfiora appena: il tema dell'integrazione dei servizi quale condizione imprescindibile per una reale personalizzazione ed efficacia degli interventi<sup>283</sup>.

A questo si lega la preoccupazione italiana (e non solo) per aver “stralciato” il tema dei servizi sanitari che soprattutto in relazione al trattamento delle disabilità e delle non autosufficienze non sembrano in alcun modo poter essere trattati in maniera distinta.

In questi ambiti ancor più che in altri la “appropriatezza” della prestazione risiede nella possibilità di valutare in maniera multidisciplinare la condizione della persona ed i suoi specifici bisogni, ai fini della “presa in carico del caso e della definizione del progetto personalizzato.

Un'altra caratteristica che andrebbe maggiormente evidenziata riguarda l'“accessibilità”. I servizi sociali di interesse generale, in quanto finalizzati a garantire i diritti, devono essere “universalmente” accessibili, la garanzia di accesso al servizio è infatti garanzia di accesso all'esercizio del diritto.

Come già detto, i servizi sociali non soltanto sono destinati a garantire i “fondamentali diritti umani e proteggere i più vulnerabili” – non sono quindi soltanto definiti sotto il profilo della assistenza dei più “deboli” ma svolgono una funzione fondamentale di prevenzione dalla caduta in situazioni di disagio, di supporto all'inclusione sociale e di partecipazione al raggiungimento di condizioni di maggior benessere

---

<sup>283</sup> Ad esempio, si considerino gli interventi per la fuoriuscita dalla condizione di emarginazione/povertà che richiedono una pluralità di interventi di sostegno al reddito, servizi per l'inserimento lavorativo, per assicurare l'accesso ai servizi sanitari scolastici, ecc.

delle persone e degli individui e quindi complessivamente della società. Non a caso, sul piano europeo e nazionale si ritiene, sempre più determinante valutare il costo “del mancato intervento sociale” inteso come reale “perdita” di risorse e misurare, per contro, il “costo degli interventi sociali” in termini di investimento nella risorsa umana, nello sviluppo della coesione sociale, nel rafforzamento delle relazioni: l’investimento nelle politiche di inclusione sociale come fattore e preconditione per la crescita e lo sviluppo complessivo di un Paese.

In questo riposa la specificità dei servizi sociali di interesse generale: nel loro essere lo strumento che consente l’innalzamento complessivo del benessere delle persone, delle famiglie, della società attraverso l’azione preventiva e di sostegno e non soltanto di assistenza nel disagio. Da qui la considerazione che alcuni servizi non sono necessariamente erogati in relazione a condizioni di disagio o alla tutela delle persone più vulnerabili, ma sono finalizzati a partecipare complessivamente all’innalzamento delle condizioni di benessere delle persone, delle famiglie<sup>284</sup>.

Oltre alla già notata strumentalità dell’aspetto economico, va detto che (proprio alcune delle caratteristiche indicate dalla Commissione, ossia: solidarietà, assenza di scopo di lucro e irriducibilità del rapporto erogatore/beneficiario a quello fornitore/consumatore<sup>285</sup>) impediscono di ricondurre la gran parte dei servizi sociali di interesse generale all’interno della “direttiva servizi”.

Anche queste caratteristiche contribuiscono a dimostrare che la natura economica dei servizi è del tutto secondaria, ed è inserita in un contesto che privilegia i diritti sociali.

---

<sup>284</sup> Tra i servizi alla famiglia, un caso esemplare è quello dei servizi di asilo nido. Questi non soltanto sono destinati a promuovere i diritti dei bambini e delle bambine e costruire per loro precondizioni per una crescita armoniosa, libera dal rischio di caduta nella marginalità - fondata quindi sulle pari opportunità a prescindere dal loro contesto di origine - ma favoriscono anche la conciliazione dei tempi di lavoro e cura per i loro genitori consentendogli di vivere condizioni di maggior benessere ed opportunità in relazione alle loro aspettative professionali e di vita privata (sul tema si veda il par. 2.2 del presente capitolo, nonché l’intero volume della rivista *Lavoro e Diritto*, n. 2/2008).

<sup>285</sup> Cfr. pag. 5 della comunicazione.

L'inserimento dei servizi sociali di interesse generale all'interno della citata direttiva reintrodurrebbe quella mercificazione di sfere pubbliche essenziali che, prevista dalla prima versione della direttiva, è stata poi notevolmente limitata in sede parlamentare<sup>286</sup>.

Infine alcune considerazioni più generali su gli aspetti relativi alle tendenze della c.d. modernizzazione. Il decentramento e l'*outsourcing* rappresentano effettivamente, come nota la Commissione, le forme più importanti di modernizzazione dei servizi sociali di interesse generale.

Essi consentono (o possono consentire) maggiore prossimità all'utente, migliore personalizzazione della prestazione, maggiore coinvolgimento dell'utente nella gestione e nella valutazione del servizio, maggiore efficacia ed efficienza dell'intervento. La Comunicazione, al riguardo, è però imprecisa su due punti: non considera i possibili effetti negativi del decentramento che, in assenza di adeguati finanziamenti alle autorità locali e di opportuni contrappesi, può tradursi in frammentazione dell'erogazione dei servizi e/o in squilibri territoriali; identifica l'*outsourcing* con l'affidamento di servizi sociali a soggetti definiti "privati" senza altra specificazione, identificando così di fatto la competizione nell'offerta del servizio alla concorrenza che si realizza nel mercato *tout court*.

Ora, senza per questo escludere la rilevanza e l'opportunità della presenza, nell'ambito dell'erogazione dei servizi sociali di interesse generale, di vere e proprie imprese private, deve essere sottolineato che tali imprese non possono comunque agire, in questo campo, come agiscono in qualunque campo produttivo e commerciale, essendo qui vincolate da standard e obblighi ben maggiori. Al riguardo, si può osservare che nel definire l' "impresa sociale"<sup>287</sup> (ossia l'impresa specificamente concepita per l'erogazione di un servizio di interesse generale), l'ordinamento italiano, non a caso, consideri l'assenza dello

---

<sup>286</sup> Cfr. par 3.1 cap. I.

<sup>287</sup> Cfr. par 2.2 cap. II.

scopo di lucro e la presenza vincolante di meccanismi di coinvolgimento dei lavoratori nelle decisioni d'impresa veri e propri elementi costitutivi.

Ciò comporta che l'erogazione di servizi sociali di interesse generale – pur potendo, in linea di principio, essere effettuata da qualunque impresa privata – deve preferibilmente avere a protagoniste imprese che non hanno le stesse motivazioni e le stesse modalità di funzionamento di un'impresa operante sul mercato dei servizi d'altro genere.

In linea generale deve essere sottolineato, anche per valorizzare al riguardo la

specificità del *welfare* italiano, che, nel campo dei servizi sociali di interesse generale, la modernizzazione non consiste tanto nella delega di funzioni statali al *mercato*, quanto nella delega di funzioni statali alla *società*, ovvero nell'attivazione di forme di lavoro e d'impresa a forte carattere volontario, cooperativistico o comunque sociale.

Né questa modernizzazione consiste tanto nella trasformazione dell'utente in *consumatore*, quanto nella sua trasformazione, al più, in *cittadino* responsabile e partecipe. In altre parole, riprendendo il noto modello *exit-voice* delineato da Hirschmann nel 1970<sup>288</sup>, proprio delle

---

<sup>288</sup> Efficace è la sintesi che fa l'autore stesso in un'opera successiva (Hirschmann 1997, p. 4-46). «L'uscita – si tratti della decisione di cercare, e utilizzare, un più soddisfacente fornitore di beni o servizi, oppure della decisione di emigrare, di partire per un paese che si spera più soddisfacente – è essenzialmente una decisione e un'azione *privata*, e anche, di regola, silenziosa. E' possibile attuarla da soli, senza nessun bisogno di parlarne con chicchessia. L'uscita è pertanto una maniera minimalistica di esprimere il dissenso: si parte senza concertarsi con altri, senza rumore, 'col favore della notte'. D'altro canto, nessuno può uscire per me. Il fatto che altri escano può certo influenzare la mia decisione di fare lo stesso, ma non potrà mai sostituirla. L'uscita è dunque non soltanto una decisione privata, ma altresì un bene privato, nel senso che non può essere ottenuto mediante sforzi altrui, per effetto di una qualche sorta di *free ride*. Le caratteristiche della voce non potrebbero essere più diverse. [...] La voce è un caso tipico di attività pubblica, che, se non esige necessariamente l'organizzazione, su di essa però certamente fiorisce: sulla concertazione con gli altri, sulla delega e su tutte le altre forme di azione collettiva. Le attività di voce, come le petizioni e le dimostrazioni, sono di conseguenza soggette ai ben noti inconvenienti del *free riding* (anche se, come ho ampiamente argomentato altrove, questi inconvenienti possono all'occasione mutarsi in vantaggi)». Interessanti sono le riflessioni di Cella (2008, pp. 15-16) che ricorre alle parole di Hirschmann per spiegare la sovrastima delle capacità fornite dalla uscita, opzione principe degli assetti competitivi: «il mix che spesso si incontra nelle arene economiche fra assetti monopolistici e concorrenziali permette di osservare una sorta di interazione fra uscita e voce, ma in prima approssimazione la voce può essere considerata in modo residuale. [...] Le ragioni della difficoltà di combinare le due

scienze economiche e sociali, un cittadino che non si limita ad esercitare la *voice* contro la mancata attuazione di un diritto o l'*exit* nei confronti di un fornitore privato insoddisfacente, ma che è capace di contribuire, nelle forme della partecipazione democratica, alla costruzione del “piano locale” dei servizi, alla scelta dei servizi da privilegiare, alla loro valutazione rispetto alle esigenze del singolo e della comunità.

### *3. Differenze terminologiche e sostanziali tra l'ordinamento europeo e l'ordinamento italiano.*

La diversità fra il diritto interno e quello europeo si misura, innanzitutto, sulla stessa nozione di servizi sociali.

Occorre partire proprio dai concetti e dalle definizioni, senza però ripercorrere, per ovvi motivi di spazio e di opportunità, l'evoluzione storica che ha portato alla formazione della concezione dei servizi sociali oggi accolta dal nostro ordinamento.

Ai fini di questa trattazione, basta solo ricordare che l'espressione “servizi sociali” non ricorre nella Carta costituzionale, ma è entrata in uso solo a partire dalla legislazione della fine degli anni Settanta, attraverso i decreti di trasferimento delle competenze alle Regioni<sup>289</sup>.

In Italia non esiste nemmeno una definizione precisa e dettagliata di ciò che debba intendersi per “interesse generale”, ma sia la Costituzione, sia le più recenti normative in campo socio-assistenziale, tracciano un quadro sufficientemente coerente e cogente.

Il punto di partenza per individuare il quadro assiologico di riferimento può essere individuato negli articoli 2, 3 e 38 della Costituzione italiana.

---

opzioni sono innanzitutto di tipo economico, ignorate proprio per lo scarso approfondimento del ruolo della qualità». Cfr. anche le riflessioni contenute nell'ultimo paragrafo di questo capitolo.

<sup>289</sup> L'origine di tale espressione risale al d.lgs. 616/1977, nel quale essa aveva un significato molto più ampio di quello che le viene attualmente attribuito dalle norme. Secondo il decreto delegato, infatti, il settore dei servizi sociali comprendeva una molteplicità di ambiti di intervento pubblico, accomunati dallo scopo di rispondere ai bisogni «della popolazione».

Qui vengono sanciti i “doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e *sociale*” gravanti su ogni cittadino, si stabilisce la pari dignità di tutti i cittadini e si affida alla Repubblica il compito di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e *sociale*, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

Inoltre si stabilisce che «ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi

necessari per vivere *ha diritto* al mantenimento e *all’assistenza sociale*» e contemporaneamente che “i lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria”, ponendo sullo stesso piano il diritto all’assistenza e quello alla previdenza sociale.

In coerenza con quanto sopra, l’articolo 128 del d.lgs. 112/1998 definisce come servizi sociali tutte le attività relative alla predisposizione di servizi, gratuiti ed

a pagamento, destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia. Un’esclusione, questa, puramente “tecnica”, tesa a circoscrivere l’area specifica dei servizi sociali e non a definire un diverso o minore grado di protezione, che sarebbe in contrasto con le citate norme della Costituzione.

Meglio, la ragione di tale delimitazione va ricercata soprattutto nel superamento della visione dell’assistenza come attività rivolta esclusivamente a categorie marginali, ispirata ad una logica di tipo ottocentesco, ma a lungo invalsa anche dopo l’emanazione della Costituzione.

Siffatta concezione è stata progressivamente sostituita da una lettura del diritto garantito dall'art. 38 Cost., del suo contenuto e del suo ambito di applicazione, più coerente con i principi fondamentali della Carta costituzionale (tra cui i citati artt. 2 e 3 Cost.).

L'assistenza, in quanto attività finalizzata a garantire il pieno sviluppo della persona umana, viene pertanto collegata alle prestazioni e agli interventi che possono consentire agli individui di superare situazioni soggettive di bisogno<sup>290</sup>.

Nell'ambito dei servizi sociali, l'interesse generale consiste dunque nell'assicurare la dignità della vita di ogni cittadino e nella rimozione degli ostacoli che si frappongono alla piena realizzazione della libertà individuale e della democrazia.

L'assistenza sociale è chiaramente inserita in questo contesto, e, per dirla con parole diverse, i servizi nei quali essa si concretizza attuano diritti fondamentali dei cittadini costituzionalmente garantiti.

Ciò è confermato dalla "legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali" (l. n. 328/2000), che richiama esplicitamente proprio gli articoli 2, 3 e 38 della Costituzione.

La qualificazione dei servizi sociali come attività finalizzate a rimuovere i bisogni della persona per consentirle di superare situazioni di disagio, fondata sulla lettura costituzionale prospettata, porta anche ad individuare alcuni tratti tipici di tali servizi. Innanzitutto la stessa definizione delle prestazioni che devono essere erogate non può che partire dai bisogni delle persone da assistere e ciò conduce inevitabilmente ad una nozione di servizi sociali flessibile, in cui non possono (né devono) essere eccessivamente tipizzati né i destinatari delle prestazioni, né le tipologie di queste ultime: anzi è proprio la "personalizzazione" delle prestazioni,

---

<sup>290</sup> La considerazione più globale, "personalistica", dell'assistenza ha portato peraltro a distinguerla sempre più nettamente dalla previdenza, cui pure è accomunata nella nozione costituzionale di sicurezza sociale delineata dall'art. 38. La ragione fondamentale di distinzione fra i due diritti, pur riconosciuti e garantiti dalla stessa norma costituzionale, va individuata nel fatto che la titolarità del diritto all'assistenza, a differenza da quella del diritto alla previdenza, prescinde dalla qualità di lavoratore (o di *ex lavoratore*), che invece tuttora caratterizza il diritto alle prestazioni previdenziali.

cui si collega la relazione interpersonale fra chi eroga e chi riceve il servizio, a costituire una delle connotazioni principali dei servizi sociali.

Inoltre, questa legge, accogliendo il principio di sussidiarietà e stabilendo il duplice carattere (pubblico-privato) del sistema dei servizi, si inserisce pienamente nel processo di modernizzazione in atto, descritto anche nella comunicazione della Commissione dell'aprile 2006, ritenendo che l'interesse generale vada perseguito anche attraverso il decentramento e l'esternalizzazione.

Il legislatore interno, però, si premura di definire i soggetti privati dell'erogazione dei servizi in maniera precisa, da un lato, e dall'altro bilancia il decentramento riservando allo Stato centrale, oltre a compiti generali di indirizzo, coordinamento e controllo, la definizione dei "livelli essenziali di assistenza" (LIVEAS) che devono essere garantiti a tutti i cittadini, nonché la definizione del profilo professionale degli operatori sociali.

Cambiano quindi gli attori e i modi dell'erogazione dei servizi, ma essa deve pur sempre realizzare l'interesse generale rappresentato da diritti costituzionalmente garantiti: proprio per questo è riservata allo Stato la definizione di ciò che, nel campo dei servizi, è "essenziale", nonché la definizione del ruolo di coloro che sono gli agenti principali ed i principali garanti della qualità dei servizi stessi, ossia gli operatori sociali.

Tale architettura risulta peraltro confermata dall'attuale formulazione del Titolo V della Costituzione come risultante dalla l. cost. n. 3/2001 che, nel ridefinire gli ambiti di competenza tra Stato, regioni e autonomie locali assegna, come già ricordato, allo Stato la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale; la programmazione delle politiche sociali alle regioni ed infine le funzioni amministrative agli Enti locali, riconoscendo all'art 118 che «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini,

singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà».

La legge 328/00 rappresenta, da un lato, un buon esempio di come tenere congiuntamente in considerazione le esigenze della solidarietà con quelle della concorrenza e del mercato, alla luce della giurisprudenza e dell'elaborazione europea.

L'obiettivo del legislatore è di far sì che, nel momento in cui si progetta un sistema di garanzie sociali a vocazione universalistica che impegna la primaria responsabilità dei soggetti pubblici, questi cooperino con i soggetti privati, e soprattutto con gli organismi del terzo settore, nella costruzione dei servizi integrati in rete. In questo contesto, la legge attribuisce un rilievo centrale e preminente alle organizzazioni *no profit*, sia nel momento della programmazione, sia in quello della concreta realizzazione e gestione del sistema dei servizi sociali "a rete". Nei processi di esternalizzazione dei servizi sociali, soprattutto attraverso il modello contrattuale e orientati essenzialmente in favore dei soggetti del terzo settore, sono previste forme di promozione di concorrenza e trasparenza.

Ai fini della stipula delle convenzioni per la gestione dei servizi sociali e assistenziali, la legge quadro privilegia, così, il ricorso alla competizione tra i soggetti interessati, anche se questa competizione è *a priori* limitata ai soggetti che possono iscriversi nei registri dei soggetti ammessi al convenzionamento (e dunque, sostanzialmente, ai soggetti del terzo settore<sup>291</sup>). In tal modo, la necessaria apertura a elementi di concorrenzialità - indispensabili per fare dell'esternalizzazione del servizio uno strumento efficace ed efficiente di attuazione delle politiche sociali - è comunque temperata dalla restrizione delle procedure ai soli

---

<sup>291</sup> Secondo la giurisprudenza amministrativa (si veda la recente Ordinanza del Tar Catania del febbraio 2007 relativa alle procedure di appalto per l'affidamento di servizi sociali), l'affidamento di servizi alla persona di cui alla l. 328/2000 deve riguardare necessariamente «l'organizzazione complessiva del servizio e della prestazione». Il Tar ha evidenziato che le procedure di affidamento di servizi socio-assistenziali devono essere necessariamente disposte con apposite procedure ad evidenza pubblica, che abbiano come unici ed esclusivi destinatari le imprese e le cooperative del terzo settore, da scegliere secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

soggetti accreditati, ovvero, tendenzialmente, ai soli soggetti del terzo settore, secondo un criterio di selezione e di discriminazione categoriale. Dall'altro lato, ferma la competenza degli Enti locali ai sensi della l. 328/200, solo in alcune Regioni si sta procedendo a un aggiornamento e revisione della materia per l'affidamento dei servizi, con particolare attenzione a quelli socio-assistenziali per le persone anziane non autosufficienti e persone con gravi disabilità, per assicurare servizi personalizzati, basati su valutazione multidimensionali, caratterizzati da più elevati standard di qualità<sup>292</sup>. Dal punto di vista dell'offerta, la disgregazione e l'eterogeneità delle strutture addette, fanno sì che lo stesso bisogno possa essere soddisfatto in modo differente, con opzioni molto diverse sul territorio. La disomogeneità territoriale che caratterizza questa disciplina porta con sé un rilevante grado di incertezza del diritto, cui consegue con un'inevitabile lesione del principio di eguaglianza sostanziale riconosciuto dalla nostra Costituzione.

Per completezza espositiva, si ricorda che riferimenti a “servizi pubblici a rilevanza economica” e “non economica” sono contenuti nel *Testo Unico degli enti locali* (T.U.E.L.) che determina in maniera complessiva i principi e le disposizioni in materia di ordinamento degli enti locali, emanato nel 2000 e più volte emendato anche con riferimento alla normativa europea<sup>293</sup>.

In questo testo è disciplinata tra l'altro “la gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità

---

<sup>292</sup> Sulla disomogeneità dei servizi resi sul territorio si veda il par. 2.2 del presente capitolo. Per ulteriore approfondimento sia consentito il rinvio a Barutti, Cazzanti (2010).

<sup>293</sup> Da ultimo di veda il recente reg. di attuazione dell'art. 23-bis d.l. 112/2008 concernente la riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, il quale - come si legge nel comunicato del Consiglio dei Ministri - mira ad impedire l'acquisizione di ingiustificate posizioni di vantaggio nel delicato e strategico settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, con la finalità di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi per tutti gli operatori economici interessati, nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti all'universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed ai livelli essenziali delle prestazioni, assicurando un adeguato sistema di tutela degli utenti.

locali”, nell’ambito delle materie di propria competenza (v. articoli 113, 113 bis, 114).

I servizi pubblici locali di rilevanza economica e non, fermo restando quanto specificato circa l’inappropriatezza di riferirsi, a livello europeo, alla formulazione di servizio pubblico<sup>294</sup>, sono riconducibili all’ambito dei servizi sociali solo in senso lato.

In conclusione, secondo questa sommaria ricognizione, la nozione di servizi sociali propria del diritto interno, al di là dei problemi connessi all’effettività dei diritti ad essi corrispondenti legati alle suddette discrasie territoriali (su cui ci si soffermerà nel prossimo paragrafo), si riferisce essenzialmente ai molteplici modi attraverso i quali deve essere data attuazione al diritto all’assistenza, inteso in una accezione ampia e rivisitato alla luce dei principi fondamentali della Costituzione.

### *3.1. Il welfare locale. Problemi di effettività tra affermazione di diritti ed esigibilità delle prestazioni*

Se nel sistema fordista, per far fronte ai rischi sociali, si riteneva sufficiente un meccanismo di semplici trasferimenti monetari gestito centralmente dallo Stato, è ormai assodato che i *Welfare States* del XXI secolo necessitano di un insieme di servizi (di assistenza e cura, ma non solo) decentrati e diffusi sul territorio, più vicini ai cittadini e alle famiglie.

La l. 328/2000, pur avendo perso buona parte della sua forza cogente a seguito della riforma del Titolo V Cost.<sup>295</sup>, può tuttora essere considerata la normativa quadro in materia e continua a manifestare effetti che vanno oltre il profilo propriamente giuridico, rimanendo modello di riferimento per i legislatori nazionali quanto a principi e obiettivi generali. Nel

---

<sup>294</sup> Cfr. par. 2.1, cap. II.

<sup>295</sup> I servizi socio-assistenziali, con la riforma costituzionale del Titolo V, rientrano nelle materie di potestà legislativa regionale. A livello di competenze decentrate, anche grazie al federalismo introdotto con la legge Bassanini di fine anni '90 e alla l. 328/2000, si è consolidato in particolare il ruolo comunale di programmazione e gestione della rete dei servizi.

complesso di interventi e strumenti ivi delineato, tesi innanzitutto a riconoscere la rilevanza positiva delle assunzioni di responsabilità personali e familiari, la legge propone un quadro di politiche di protezione sociale co-gestito da diversi attori: le famiglie stesse - che per l'attività "economica" (così Paci 2007, p. 61) di cura ed assistenza che tuttora svolgono rappresentano un'istituzione fondamentale dei sistemi di *welfare* contemporanei<sup>296</sup>, il terzo settore, gli enti territoriali e lo Stato.

Esaminando i singoli interventi previsti a livello regionale<sup>297</sup> che, seppur indirettamente, tendono a favorire la conciliazione tra vita professionale e vita privata, si coglie immediatamente una distribuzione disomogenea tra prestazioni economiche e servizi (concreti ed effettivamente realizzati). Se da un lato, il propendere più per le prestazioni di carattere economico è indubbiamente una questione di scelta politica che caratterizza sistemi differenti<sup>298</sup>, non si può negare che l'erogazione monetaria non è sempre equivalente al servizio, che ha una portata equitativa maggiore.

Considerando l'ambito della non autosufficienza, dell'infanzia e dell'anzianità che raggruppano i maggiori destinatari della spesa pubblica, il panorama nazionale dovrebbe essere diviso in quattro grandi aree di *welfare*<sup>299</sup>.

Una prima fascia in cui rientrano le Regioni a statuto speciale, che grazie anche alla cospicua dotazione di risorse che le caratterizza, sono prodighe

---

<sup>296</sup> Questo ruolo partecipativo delle famiglie nella costruzione dei moderni sistemi di *welfare* è stato recepito anche dalle leggi regionali. Si veda l.r. Puglia, n. 12/2006, art. 20 «Il sistema integrato si fonda sul riconoscimento e sul ruolo delle persone e della famiglia, quale nucleo essenziale della società e formazione sociale indispensabile per la crescita, per lo sviluppo e la cura delle persone, per la tutela della vita umana, del diritto di tutti i cittadini all'informazione, alle prestazioni essenziali, alla flessibilità degli interventi e alla libera scelta dei servizi, nonché al perseguimento della condivisione delle responsabilità tra uomini e donne».

<sup>297</sup> Per una più dettagliata ricostruzione degli interventi dei legislatori regionali a tutela dei soggetti non autosufficienti, sia consentito il rinvio a Barutti (2008).

<sup>298</sup> Puntare sulle erogazioni monetarie o sullo sviluppo dei servizi denota diversi sistemi di stato sociale: l'uno che tende a delegare tutto al libero mercato fra portatore del bisogno e offerta (sempre più privata), l'altro che ritiene che vi sia una funzione pubblica, da svolgere con modalità realmente partecipative, di regolazione del mercato, di sostegno e accompagnamento di chi è in difficoltà, di garanzia della qualità e dell'adeguatezza dei servizi. Così Ranci Ortigosa (2007, p. 55).

<sup>299</sup> I dati sono stati reperiti, oltre che nei siti internet delle rispettive regione, dalle banche dati dell'ISTAT e da *Il sociale in cifre* (2006).

nei servizi alla persona. Vi sono poi realtà da considerare positivamente, come Emilia Romagna e Lombardia, che per ricettività si avvicinano notevolmente al primo gruppo; una terza area segnata da una forte pressione sociale dovuta all'invecchiamento della popolazione che, di riflesso, comporta un'inevitabile inadeguatezza delle risposte alle richieste di famiglie e anziani<sup>300</sup>. Infine, un ultimo gruppo di regioni, come la Calabria e la Puglia, in cui gli indicatori di spesa, come quelli dell'offerta, sono piuttosto bassi rispetto alla media. Dalla disamina delle fonti sublegislative emerge non solo una "cittadinanza differenziata", con servizi qualitativamente e quantitativamente diversi a seconda della situazione territoriale, ma uno stato sociale complessivamente fragile ed incapace di rispondere alle esigenze dei soggetti bisognosi.

Sul piano dell'effettività del diritto, l'enunciazione di un seppur cospicuo numero di servizi, spesso non è accompagnata dalla concreta esigibilità della prestazione.

La normativa regionale presenta un eccesso di produzione legislativa, caratterizzato dalla presenza preponderante di dichiarazioni programmatiche e di principio (attraverso i cd Piani Sociali Regionali e Linee Guida), cui spesso non fa seguito la creazione di strumenti effettivi di tutela.

Forse occorrerebbe il tanto atteso intervento statale di definizione dei livelli essenziali di assistenza (i c.d. LIVEAS) per garantire l'affermazione in tutto il territorio nazionale di un sistema di diritti esigibili a certi servizi e prestazioni, articolato e differenziato sulla base delle diverse esigenze territoriali, ma pur sempre legato ad una finalizzazione generale. Il potere centrale dovrebbe non solo evitare che il decentramento politico del *welfare* generi illegittime differenziazioni territoriali nell'attuazione dei diritti sociali, ma definire altresì una soglia di uniformità nell'attuazione di tali diritti su tutto il territorio nazionale,

---

<sup>300</sup> La regione Lazio, con la l.r. n. 41/2003 ha cercato di mettere in atto una serie di azioni positive volte a rivalutare le potenzialità di partecipazione attiva alla vita sociale o al mantenimento dei soggetti anziani presso la famiglia di origine (v. artt. 1, 5 e 8).

attraverso la determinazione di *standards* che ogni regione dev'essere vincolata a rispettare.

In una più ampia prospettiva, c'è un altro aspetto da tenere in considerazione.

È ormai chiaro che l'onere complessivo della diffusione delle politiche socio-assistenziali non può gravare interamente sul diritto del lavoro e, dunque, sulla relazione contrattuale tra le parti, ma richiede una politica più ampia che si basi su una rete adeguata di servizi. Se quest'affermazione è corretta, occorre però risolvere il «nodo della finanza pubblica» (Romei 2009, p. 57), su cui la costruzione di un tale assetto andrebbe a gravare. Il contenimento della spesa sociale è, d'altro canto, un percorso obbligato, solo riducendo il debito si possono liberare risorse per le politiche sociali<sup>301</sup>. Si tratta, pertanto, di ricercare, anche nel quadro delineato dalla l. n. 328/2000, eventuali istituti e strumenti alternativi al pubblico.

La prassi più diffusa in alternativa all'intervento economico statale è rimettere ai vincoli parentali la ricerca dei mezzi materiali ed economici per provvedere alle esigenze di cura dei soggetti non autosufficienti: la famiglia diventa un'istituzione dello Stato sociale. Famiglia che indubbiamente costituisce una risorsa a “costo zero” (Ballestrero 2009, p. 163) e, per la divisione dei ruoli e delle responsabilità così come tramandati dalle passate generazioni, «finisce per costituire il partner esplicito del *welfare state* italiano» (Saraceno 2003a, p. 12). L'impianto costruito con la legge quadro n. 328/2000 valorizza l'attività di aiuto svolta dai familiari di soggetti bisognosi, proprio per il ruolo essenziale e fondamentale che riveste nella cura e assistenza del soggetto non

---

<sup>301</sup> Cfr. Donati (2008, p. 357), secondo il quale «bisogna avere il coraggio di scegliere una distribuzione sufficientemente uniforme dell'onere da caricare sulle diverse generazioni. Rinviare la riduzione del debito vuol dire scegliere di fare pagare alle generazioni future sia l'onere del debito formatosi nei decenni passati, sia l'onere dell'invecchiamento dell'età pensionabile. La famiglia in tutto questo riveste un ruolo centrale: dal punto di vista demografico, ci sono le funzioni riproduttive da sostenere e conciliare con il lavoro, obiettivo parallelo con quello di favorire la crescita».

autosufficiente<sup>302</sup>, ma questa particolare forma di sussidiarietà “orizzontale”, non deve significare eventualità e residualità dell’intervento dei pubblici poteri. Al contrario, deve (*rectius*, dovrebbe) essere letta in senso positivo come riconoscimento della priorità affidata alla sfera dell’intervento sociale e individuale<sup>303</sup>.

Come fa notare Esping-Andersen nelle sue numerose indagini<sup>304</sup>, se è vero che la maggioranza dei paesi dell’Europa Continentale ha demandato alle famiglie il carico delle politiche di welfare, questa istituzione, sempre più connotata da instabilità e precarietà<sup>305</sup>, si deve confrontare oggi con nuovi e spesso più intensi rischi sociali, in un momento in cui maggiormente mancano gli strumenti per affrontarli e lo stato sociale (nazionale e locale) presenta notevoli vuoti di tutela<sup>306</sup>.

Prendendo come parametro di riferimento il dato costituzionale, la garanzia contenuta nell’art. 32 Cost., secondo cui gli abbienti accedono alle cure sul mercato, mentre tale accesso è garantito agli indigenti dalla Repubblica, può concretizzarsi fondamentalmente secondo due modalità: «organizzando un servizio di cure appositamente per gli indigenti, ovvero

---

<sup>302</sup> V. a titolo esemplificativo Corte Cost. 18 aprile 2007, n. 158 e Corte Cost. 16 giugno 2005, n. 233.

<sup>303</sup> È il caso dell’assegno di cura, contributo economico che molti Comuni hanno stabilito di erogare a favore dei familiari che si prendono cura dei non autosufficienti. Nonostante la modesta entità di tali contributi, questi rappresentano una forma di valorizzazione del ruolo dei privati impegnati in un servizio di cui, altrimenti, dovrebbe farsi carico l’ente locale (attraverso l’assistenza domiciliare integrata) con costi largamente superiori. La l.r. Emilia-Romagna n. 2/2003, ad esempio, prevede l’assegno di cura a favore di soggetti affetti da handicap grave e di anziani non autosufficienti, individuando come beneficiari sia i soggetti non autosufficienti che, in alternativa, coloro che svolgono lavoro di cura.

<sup>304</sup> In particolare, nella più ampia letteratura, si vedano gli scritti del 2000 e 2005 citati in bibliografia.

<sup>305</sup> Per una più approfondita analisi delle problematiche riguardanti l’istituzione famiglia si rimanda a *La cura della famiglia e il mondo del lavoro* (2008) e a Spallarossa M. R. (2007).

<sup>306</sup> Precisa Esping-Andersen (2005), p. 44, che «nella società postindustriale, il familismo diviene controproducente, poiché le donne hanno ridefinito il loro modo di vivere, le famiglie sono più instabili e fragili, i nuclei familiari “atipici” diventano la norma, e il maschio *breadwinner* non rappresenta più una garanzia solida di standard di vita adeguati. La maggior ironia di tutto ciò è che il familismo rappresenta ora una minaccia per la fecondità e la formazione della famiglia».

acquistando le cure direttamente sul mercato generale, ponendone il costo a carico della Repubblica» (Balandi 1997, p. 884)<sup>307</sup>.

In merito al primo profilo, occorre chiedersi quali (ulteriori) strumenti - non gravanti (interamente) su fondi pubblici - possono sostituirsi/affiancarsi all'interventismo statale e coadiuvare le famiglie che si fanno carico dell'attività assistenziale.

È evidente che il ricorso al libero mercato per sopperire alle esigenze di cura, cui le famiglie faticano a far fronte, non può però costituire una risposta soddisfacente. Il fallimento del mercato «è la regola piuttosto che l'eccezione per quanto riguarda il welfare»<sup>308</sup> (Esping-Andersen 2005, p. 44): coloro che hanno più bisogno dei servizi sono spesso quelli che meno possono permetterseli e il costo dei servizi a pagamento è, normalmente, superiore alla capacità di spesa della maggior parte delle famiglie.

Inoltre, l'assistenza ai non autosufficienti non può essere affidata «a un meccanismo di allocazione delle risorse - che opera in modo eccellente per una grande quantità di beni - che contempla come punto di equilibrio anche la negazione del bene in questione o una sua negazione proporzionata non alle necessità - i bisogni - ma alla capacità di sollecitare la domanda da parte del soggetto» (Balandi 1997, p. 884).

A fronte del fallimento di famiglie e mercato, il legislatore nazionale ha individuato una terza via nel perseguimento di politiche integrate e trasversali volte allo sviluppo di servizi alla persona e a ricondurre fuori dal nucleo familiare alcune attività di cura - che vengono pertanto "socializzate" (Regini 2000, p. 11).

La l. 328/2000 introduce, a fianco della carta servizi<sup>309</sup>, i cd *voucher* (titoli per l'acquisto dei servizi sociali) che implicano un sistema di

---

<sup>307</sup> L'Autore evidenzia la contraddizione insita nella succitata disposizione, che riservando al mercato la salute nega sia il diritto fondamentale dell'individuo che l'interesse della collettività.

<sup>308</sup> Cfr. sui fallimenti del mercato le riflessioni contenute nell'ultimo paragrafo.

<sup>309</sup> La Carta dei Servizi come strumento di tutela dei cittadini è stata introdotta nel gennaio del 1994 con la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri (Dir. P.C.M. 27 gen. 1994) e ha trovato un'ulteriore conferma in materia di servizi sociali nella l.

“quasi mercato” fondato su scelta dell’utente (tra ricevere una prestazione economica o servizi alla persona), accreditamento da parte del soggetto pubblico e competizione tra erogatori. Si tratta di un modello diverso rispetto all’offerta istituzionale di servizi - consentendo la scelta tra più soluzioni di servizio o tra enti diversi -, diverso rispetto a un semplice trasferimento di denaro - vincolando l’importo erogato alla fruizione del servizio o di una prestazione precisa - e diverso dal rimborso spese - in quanto consegnato ai destinatari prima della scelta del servizio e della sua concreta fruizione, realizzando così «un potere di acquisto reale e vincolato» (Martignani 2008, p. 480). L’intenzione dichiarata è quella di accompagnare l’introduzione di libertà di scelta e competizione (controllata) con un intervento pubblico capace di massimizzare i benefici ed evitare le possibili storture, sempre con l’intento di limitare la spesa pubblica.

Il corretto funzionamento di questo modello implica però l’apposizione di limiti ben definiti al mercato, rimanendo in capo allo Stato – o ad altro soggetto pubblico – la piena responsabilità dell’accesso e dello standard della tutela, in modo che sia «astrattamente garantita la qualità della protezione e alla concorrenza sia riservato di esercitarsi senza conseguenze negative per il cittadino» (Balandi 1997, p. 892).

Nella pratica, i *voucher* sono stati utilizzati principalmente per fornire prestazioni di cura e assistenza (si tratta in tal caso di un *bonus* spendibile per l’accesso a servizi pubblici e privati, a scelta di chi lo richiede, che rimborsa le spese sostenute per l’assistenza di anziani e portatori di handicap<sup>310</sup>) o come strumento di reinserimento lavorativo (consistente

---

328/2000 (art.13). Si tratta di un “patto” tra la Pubblica Amministrazione e i cittadini attraverso il quale il Distretto Sociale di riferimento si impegna formalmente sui servizi erogati al cittadino e sulla loro qualità e rientra in quel meccanismo di informazione, consultazione e partecipazione degli utenti recepito da tutta la normativa regionale. Questa funzione di protezione del beneficiario si manifesta anche attraverso la possibilità di attivare procedure di ricorso in caso di mancato rispetto degli impegni assunti da parte dell’ente erogatore e di segnalare eventuali disfunzioni. Per approfondimenti si rimanda a Croci (2008), p. 133.

<sup>310</sup> Si veda a titolo esemplificativo la l.r. n. 3/2008 della regione Lombardia, il cui art. 10 prevede titoli sociali «volti a sostenere la permanenza a domicilio delle persone in

in un contributo economico per coprire le spese di assistenza, proposto a quanti sono impegnati a entrare o rientrare nel mondo del lavoro oppure seguono brevi percorsi di rafforzamento per ampliare le proprie capacità professionali<sup>311</sup>).

Un altro strumento di contenimento dei costi (*rectius* degli abusi) è il controllo *ex post* da parte del servizio pubblico, cui dovrebbe essere sottoposta l'erogazione dei benefici economici (come ad es. il succitato assegno di cura). A tal proposito, il *voucher*, proprio poiché a “destinazione vincolata”, risponde meglio alle esigenze di monitoraggio e si presenta come mezzo idoneo per la verifica dell'effettiva fruizione della prestazione cui è finalizzato: il potere di acquisto degli utenti si manifesta non in disponibilità finanziaria, ma in un titolo<sup>312</sup>. Come fa notare Borelli (2009, p. 226), le forme di controllo sull'effettività del lavoro di cura, effettuato attraverso i *voucher* - o attraverso le Corti, per quanto concerne la fruizione dei congedi, ricorrendo ai requisiti della continuità ed esclusività dell'assistenza-, «solo apparentemente urtano contro l'esigenza di tutelare la sfera familiare dall'ingerenza dello Stato<sup>313</sup>[...] il controllo non sarebbe funzionale al perseguimento di un interesse pubblico (salvo l'interesse al controllo della spesa pubblica), ma a garantire a ogni individuo parte di una comunità familiare, maggiori possibilità di vita e di lavoro».

---

condizioni di disagio e a riconoscere l'impegno diretto delle reti familiari o di solidarietà nell'assistenza continuativa».

<sup>311</sup> Il *voucher* “alla persona” è stato pensato per agevolare nuovi ingressi nel mondo del lavoro e sostenere chi si trovi ad affrontare ostacoli dovuti a esigenze di cura familiare. I destinatari sono donne e uomini disponibili a un inserimento al lavoro, ma con l'esigenza di assistere familiari non autosufficienti, e consistono in un rimborso delle spese sostenute per l'assistenza attraverso il ricorso a strutture o soggetti terzi.

<sup>312</sup> Indagini FORMEZ (2003a) svolte al riguardo rilevano che sino ad ora i *voucher* hanno incontrato un favore più dottrinario che pratico.

<sup>313</sup> Sicuramente emblematica della volontà di una minore ingerenza dello stato all'interno delle pareti domestiche è la recente interpretazione che l'Inps ha dato del requisito della cd. esclusività nelle sue numerose circolari, rimettendo l'effettiva gestione del lavoro di cura alla scelta privata dei soggetti interessati. In senso opposto vanno lette le modifiche di cui al ddl 1167-B (v. *supra*), le quali, non consentendo ai familiari lavoratori di assistere il disabile alternativamente, introducono forme di intromissione della pubblica autorità nella sfera privata che rimandano ad una logica corporativa.

### *3.2. Due quadri assiologici distanti...ma non troppo!*

Dal confronto fra le norme nazionali sui servizi sociali e quelle europee emerge come le scelte operate dai due ordinamenti appaiano ancora molto distanti, almeno nella costruzione iniziale.

Diversa, sostanzialmente, è la visione della società da cui partono i due ordinamenti, visione che si riverbera anche sulla funzione e sulla possibile disciplina dei servizi sociali.

Nel diritto interno la disciplina dei servizi sociali è conseguente con la scelta della centralità dell'intervento pubblico, da cui consegue il forte accento posto dalle norme sulla programmazione del sistema dei servizi in relazione all'individuazione dei bisogni dei cittadini, operata dagli enti pubblici territoriali. Anche le aperture alla "concorrenza regolata", attraverso l'accreditamento e al rapporto con i soggetti privati che operano nel settore secondo lo schema della l. n. 328/2000, sono commisurate a tali presupposti.

Le scelte della disciplina nazionale sono strettamente collegate al nostro impianto costituzionale, secondo il quale lo Stato sociale deve garantire l'uguaglianza e garantire diritti, se serve anche contro le regole e i rapporti di forza che disciplinano il mercato.

Obiettivo primario della Ue è invece creare un sistema di concorrenza libera e non falsata, nella convinzione (ormai sfumata) che una migliore coesione sociale discenda, come effetto virtuoso, dal maggiore benessere economico.

Questi, almeno apparentemente, i due diversi contesti, in cui si è sinora sviluppata la tematica dei servizi sociali fra diritto interno ed europeo.

In realtà, la distanza è minore di quanto non possa sembrare, se si procede ad un'analisi più puntuale, ancor più alla luce del nuovo quadro assiologico introdotto col Trattato di Lisbona.

Innanzitutto, nell'ordinamento interno è ormai venuta meno la convinzione dell'incompatibilità della funzione sociale e solidaristica dei soggetti no profit tanto con la possibilità di qualificarli come imprese,

quanto con lo svolgimento di attività economiche. Si pensi al decreto legislativo che ha disciplinato l'impresa sociale quale nuovo soggetto senza scopo di lucro<sup>314</sup>. Peraltro, un'applicazione non meccanicistica delle regole concorrenziali non è necessariamente in contrasto con le esigenze da cui muove anche la qualificazione dei servizi sociali come servizi pubblici.

Nell'ordinamento europeo, d'altra parte, il percorso parte dall'idea che i servizi sociali siano *tout court* attività prive di rilevanza economica per arrivare alla creazione di una nuova categoria, quella dei servizi sociali di interesse economico generale. Non è assente dall'orizzonte degli organi dell'Unione europea la consapevolezza della peculiarità di questi servizi, in ragione degli obiettivi di coesione sociale che tendono a garantire.

Tale consapevolezza porta (ed ha portato finora anche la Corte di giustizia) ad escludere che le regole europee, e in specie quelle poste a tutela della concorrenza, debbano essere applicate in modo meccanicistico ai servizi sociali a rilevanza economica.

Ad esempio la clausola relativa alla "missione specifica" assegnata al servizio di cui all'art. 106 Tfe fornisce agli Stati membri (nonché alla Corte di giustizia) la base per il contemperamento dell'approccio concorrenziale europeo con una visione dei servizi sociali orientata a garantire i diritti sociali anche a fasce di utenti che non possono essere considerati meri consumatori, nella logica del mercato, come del resto ha riconosciuto la Commissione nella comunicazione dell'aprile 2006.

In questo quadro si può aprire la strada per una definizione delle deroghe alle regole europee.

Essa dovrà essere condizionata ad una più chiara definizione da parte degli stati membri della "missione di servizio pubblico" delle attività che essi considerano necessarie al raggiungimento degli obiettivi sociali,

---

<sup>314</sup> D.lgs. 24 marzo 2006 n. 155, il cui art. 1 afferma che «Possono acquisire la qualifica di impresa sociale tutte le organizzazioni private, ivi compresi gli enti di cui al libro V del codice civile, che esercitano in via stabile e principale un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale». Uno dei requisiti dell'impresa sociale inoltre è che non abbia fine di lucro (art. 3).

adottando un criterio di proporzionalità, funzionale anche ad un migliore perseguimento dell'interesse pubblico. Si potrà in tal modo giustificare, alla luce della normativa Ue, l'adozione di criteri di selezione dei soggetti affidatari dei servizi sociali mediante gare che non siano improntate al massimo ribasso e che tengano conto di "parametri sociali" diversi, con la probabile conseguenza di continuare in tal modo a favorire enti *no profit*, che tali requisiti sono di solito maggiormente in grado di soddisfare.

In questa stessa direzione sembra portare la tendenza, evidente nella giurisprudenza sopra esaminata, a "frazionare" le attività di cui si compongono i servizi sociali, per isolare gli ambiti in cui si riconosce la preminenza di esigenze di tipo solidaristico.

Infine, considerando unitariamente la triplice novità introdotta dal Trattato (art. 14), il Protocollo sui servizi di interesse generale e l'art. 36 della Carta di Nizza, e tenuto conto del nuovo assetto giuridico creato a Lisbona (su cui v. *funditus* cap. IV), affermare che i due ordinamenti partano da obiettivi completamente diversi è limitante, se non in contrasto con il diritto europeo stesso.

#### *4. Accesso ai servizi d'interesse generale ed effettività della cittadinanza europea: portata ed effetti degli articoli 14 Tfue e 36 della Carta dei diritti fondamentali*

L'art 36 della Carta dei diritti fondamentali, rubricato "accesso ai servizi di interesse generale", dispone che «Al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente al trattato che istituisce la Comunità europea».

È difficile negare che questa disposizione - e così l'art. 14 Tfue - attribuiscono diritti soggettivi agli individui. Il dato testuale dell'art. 14 è chiaro e trasparente: Stati membri e Unione europea sono tenuti a rendere effettivi i servizi essenziali, e lo stesso livello di tali servizi (in termini di

qualità ed efficienza), in quanto valori comuni, è regolato a livello europeo.

Esaminando in modo coordinato i testi delle suddette disposizioni, i diritti individuali non sembrano per nulla condizionati, né tanto meno subordinati, ad ulteriori integrazioni. Quindi ritenere l'art. 14 una norma meramente programmatica pare limitativo, se non errato.

Occorre, invero, essere più precisi: si può forse ritenere che l'art. 14 Tfeue non sia produttivo di effetti diretti nel senso di costituire un diritto soggettivo dell'utente del servizio di interesse generale nei confronti del prestatore dello stesso, ma è davvero ingiustificato ritenere che tale norma non ponga in essere e configuri un vero e proprio obbligo a carico dell'Unione e/o degli Stati membri (*rectius*: dello Stato membro che sulla base della sussidiarietà è obbligato - la sussidiarietà non costituisce solo facoltà, ma è anche fonte di obblighi e responsabilità! - è tenuto a disciplinare il servizio di interesse generale) a fronte del quale si struttura il corrispondente diritto dei singoli.

Le caratteristiche delle norme in esame possono essere considerate anche alla luce del ruolo che esse svolgono nel diritto europeo di più recente generazione. È difficile, anzitutto, non riconoscere che ora - dopo i Trattati di Amsterdam e Lisbona- il diritto alla mobilità, a servizi finanziari, energetici, idrici, delle telecomunicazioni e finanche a servizi eminentemente sociali (a prescindere dalle condizioni di mercato) riflette una nuova generazione di principi generali europei che devono essere rispettati e realizzati dall'Unione e dagli Stati. Quindi, e contemporaneamente, al fine di cogliere l'importanza dell'art. 14 Tfeue, è opportuno ricordare ancora una volta che i servizi di interesse generale non sono soltanto necessari all'armonizzazione delle norme che consentono l'attuazione del mercato unico, ma rilevano anche (e soprattutto) rispetto alla promozione ed all'acceleramento dell'integrazione e coesione europee.

Il che si verifica, sia chiaro, al di là ed a prescindere della esigenza di governo del mercato, che anzi talvolta si evidenzia confliggente con

quelle sopra indicate. In conclusione, l'art. 14 contiene in sé un principio generale di diritto che appare sufficientemente chiaro ed idoneo a fondare le richieste/pretese degli individui, sulla base della regola dell'effetto diretto del diritto europeo sui singoli ordinamenti legislativi nazionali.

Appurato lo scopo concreto dell'art. 14 Tfu, si può passare all'analisi del ruolo della previsione di cui all'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali concernente l'accesso ai servizi di interesse generale.

Sembra evidente che l'accesso ai servizi di interesse generale e l'affermazione di diritti sociali debbono essere resi compatibili con tutti gli altri principi<sup>315</sup>, anche di segno opposto, e assoggettati alla consueta opera di bilanciamento.

Il testo dell'art. 14 escludendo che Stati membri e Unione abbiano la possibilità di disciplinare i servizi di interesse generale in violazione del diritto europeo della concorrenza, pare confinare notevolmente questa "circolarità": il Trattato sembra porre un limite al legislatore, che è tenuto a rispettare sempre e comunque il diritto della concorrenza.

Il motivo di tale previsione appare evidente. L'art. 14 è diretto alla disciplina di interessi generali, indipendentemente dagli obiettivi della disciplina concorrenziale, ma non si deve scordare che l'origine della norma è l'art. 106 Tfu.

Sul piano dell'effettività dei diritti, occorre soffermarsi sulle conseguenze concrete delle riflessioni sinora svolte. Se gli articoli 14 e 36 summenzionati conferiscono specifici diritti agli individui, utilizzatori dei servizi di interesse generale, questi ultimi si vedono nella condizione, in presenza di un inadempimento della Ue e degli Stati, di fare valere il danno subito nel caso ricorrano le condizioni da tempo fissate dalla giurisprudenza europea, in particolare con le note pronunce *Brasserie du Pêcheur* e *Francovich*.

A prescindere dalle varie definizioni della menzionata posizione soggettiva (emergenti dalle legislazioni continentali europee), saranno

---

<sup>315</sup> Sulla "circolarità" dei principi generali e la necessità di un'interpretazione sistematica degli stessi si veda la già citata sentenza *Albany*.

applicabili le regole riguardanti la responsabilità dell'Unione e degli Stati<sup>316</sup>.

È noto che Stati membri ed Unione debbano adottare in buona fede tutte le misure che risultino necessarie per garantire l'effettiva attuazione del diritto comunitario ai sensi dell' *ex art.* 10 Tce: ciò significa che essi sono obbligati a garantire il rafforzamento della disciplina europea, astraendo da qualsiasi comportamento che potrebbe mettere in pericolo la sua effettiva applicazione, anche nel caso in cui la disciplina comunitaria non fosse produttiva di effetti diretti. In breve, non sembra dubbio che l'inadempimento delle Istituzioni (nazionali ed europee) interessate alla attuazione dell'art. 14 configuri una responsabilità a loro carico.

Il regime legale della responsabilità dell'Unione e degli Stati di cui all'art. 340 Tfe è unitario: l'influenza della discrezionalità lasciata agli Stati, così come la limitazione alla violazione grave e manifesta dei principi di diritto - che costituiscono la cornice intorno alla quale si svolge il tema della responsabilità - ben si attagliano alla fattispecie dell'art.14. Tale disposizione prevede infatti un doppio livello di responsabilità: Ue e Stati membri sono tenuti a garantire i servizi di interesse generale. È (forse) prematuro sostenere che tale responsabilità si atteggi in termini di solidarietà dal momento che Unione e Stati dovrebbero, in linea di principio, essere responsabili sulla base del principio di sussidiarietà e delle competenze ripartite (in caso di competenze esclusive). Tuttavia è importante considerare fin d'ora che il giudice nazionale competente dovrà applicare gli stessi criteri/principi base stabiliti dal diritto europeo tutte le volte che i diritti degli utenti dei servizi pubblici siano stati violati o non siano stati adeguatamente garantiti.

La duplice responsabilità delle Istituzioni competenti (latamente intesa), è resa ancor più cogente dalla specifica base giuridica introdotta dal Trattato di Lisbona.

---

<sup>316</sup> Sulla ricostruzione delle posizioni soggettive in Italia v. *Napoletano* (2005).

A tal proposito, l’emanazione di qualunque atto in materia dovrà rispettare il combinato disposto degli articoli 14 Tfeue e 51.3 della Carta di Nizza, secondo cui i servizi di interesse generale debbono essere disciplinati secondo il livello (qualità, efficienza, sicurezza e sostenibilità) emergente dalle tradizioni degli Stati membri.

Non bisogna scordare che i giudici di Lussemburgo hanno stabilito che la responsabilità di Stati membri e Ue è direttamente funzionale al livello di “discrezionalità” consentito dalla normativa primaria. La Corte ha chiaramente riaffermato che sanzionare decisioni legislative (od omissioni) laddove il livello della discrezionalità sia elevato, comporterebbe il rischio di paralizzare l’attività normativa.

Nel caso dei servizi di interesse generale il problema non si pone: l’art. 14 va interpretato unicamente nel senso che Stati membri e Ue sono tenuti a garantire attraverso specifiche forme di regolazione i servizi essenziali, in modo da offrire uno standard minimo di qualità, efficienza e sicurezza. Standard che sono già emersi dalla pratica e dalle chiarificazioni della Commissione (Comunicazioni, Libri verdi, Libri bianchi, etc.), e, se integrati da principi e tradizioni dei singoli Stati, non possono essere considerati “indeterminati”.

Inoltre, quanti richiedono un risarcimento dei danni devono trovarsi in una posizione particolare di fronte a Stati membri e Ue verso i quali fanno valere la loro richiesta.

La Corte di giustizia seleziona questa posizione attraverso il test della causalità. Non è chiaro se la causalità sia sufficiente per fondare la pretesa degli utenti in caso di servizi di interesse generale. Pare sia necessario distinguere tra due aspetti tra loro diversi: da un lato, occorre che il richiedente si trovi, rispetto al servizio di cui trattasi, in una determinata situazione soggettiva; dall’altro, ai fini della quantificazione del danno, sarà necessario fare riferimento allo standard della causalità.

Il fondamento di una posizione soggettiva adeguata può essere determinato soltanto limitando l’azione ai soli individui che siano in una posizione qualificata. È chiaro, ad esempio, che solamente il passeggero

aereo che abbia stipulato un contratto di trasporto con una determinata società godrà di una legittima posizione nei confronti del vettore (in base al contratto). Il che non significa, però, che si debba configurare una assoluta identità di legittimazione: se non è dubbio che il danno *ex contractu* può essere fatto valere solo dal contraente, l'azione di danni ai sensi dell'art. 14 non necessita di un riferimento così preciso. Tale rapporto non è necessariamente definito o regolato da uno specifico contratto ma deve emergere dalla situazione complessiva e concreta.

Uno standard corretto di legittimazione degli individui potrebbe essere offerto dall'art. 263 Tfu. Tale norma determina la legittimazione dei singoli e delle imprese in relazione alla impugnazione degli atti europei attraverso lo standard degli "effetti immediati" sulle specifiche posizioni considerate.

Ovviamente gli utenti, salvo fornire la prova della loro posizione soggettiva rilevante, sono tenuti a provare il nesso di causalità. Nel caso di specie, devono provare gli specifici danni subiti per effetto della violazione del principio di accesso ai servizi di interesse generale.

La disciplina dei servizi di interesse generale è fissata, nei suoi principi, a livello europeo da legge e giurisprudenza, ma è integrata attraverso la legislazione nazionale in modo tale che diritto europeo e diritto nazionale possano integrarsi ai fini della regolamentazione della fattispecie. Evidentemente la legislazione nazionale non può superare i principi fondamentali di base: non deve rendere più difficile l'esercizio dei diritti fissati dalla normativa comunitaria (come il caso legislativo nato con *Francovich* e proseguito in *Brasserie du Pêcheur* etc.) e discriminare tra responsabilità domestica e responsabilità comunitaria (che in molti Stati deve essere esclusa non essendo ammessa una responsabilità dello Stato per attività normativa).

Infine, è importante soffermarsi sul soggetto nei confronti del quale può proporsi un'azione in caso di omessa - o inadeguata - disciplina.

L'art. 14 evidenzia in modo chiaro e specifico il ruolo di Unione e Stati membri operando un riferimento alle rispettive competenze. In linea di

principio, il soggetto che sia stato danneggiato in conseguenza della inesistenza di una regolamentazione specifica dei servizi di interesse generale dovrebbe individuare la responsabilità dello Stato membro interessato o della Ue sulla base del principio di sussidiarietà.

Come già detto, la disciplina che regola i servizi di interesse generale è costituita, congiuntamente, da diritto europeo e diritto nazionale ed entrambi i sistemi concorrono nella costituzione della normativa applicabile. Pur nell'ottica di una obbligazione in senso lato "solidale", gli Stati membri, in quanto competenti a definire il servizio di interesse generale e ad adottare le misure per garantirlo risultano, in linea di principio, maggiormente esposti al rischio della responsabilità.

Non è però ragionevole gravare i cittadini della scelta dell'istituzione responsabile. Sembra inappropriato chiedere a consumatori e utenti di servizi di interesse generale danneggiati di scegliere tra Ue e Stato membro, delegando ad essi, in un certo senso, la soluzione di uno degli aspetti più delicati del problema della competenza: il senso della sussidiarietà, la correttezza della base giuridica impiegata ecc.

Anche dal punto di vista giuridico non si può dimenticare che Unione europea e Stati Membri sono solidalmente tenuti, ai sensi della medesima fonte legislativa, ad adottare le misure necessarie per garantire i servizi di interesse generale, essendo specificamente tenuti a garantire l'effettività degli stessi. Sarebbe dunque contrario al diritto europeo attendersi che consumatori ed utenti accertino il ruolo delle istituzioni coinvolte nella mancata o inadeguata disciplina dei servizi di interesse generale.

Una diversa lettura del regime di responsabilità individuata dall'art. 14 Tfeue si rivelerebbe altamente pregiudizievole sotto il profilo dell'uniformità della disciplina applicabile, in un ambito in cui l'uniformità stessa è particolarmente importante (non si dimentichi che il principio di accesso ai servizi di interesse generale mira a rafforzare proprio la coesione e l'integrazione).

In questo senso l'unicità (intesa come "unitarietà") del regime di cui si è detto in precedenza e la coincidenza delle discipline applicabili si rivela utile, se non fondamentale.

##### 5. *Alla ricerca di un bilanciamento tra cittadinanza, mercato e diritti*

L'ondata delle privatizzazioni e delle liberalizzazioni che ha travolto il modello

di regolazione affermatosi nei "gloriosi trent'anni", quello che portava alcuni osservatori a dubitare persino sulla opportunità di continuare ad usare il termine di capitalismo, è giunta ai suoi effetti finali: quelli che riguardano non solo le forme di regolazione dell'economia ma anche la stessa configurazione della cittadinanza e della convivenza democratica.

Sono passati quasi tre decenni dalle affermazioni "epocali" della signora Thatcher sulla inesistenza di qualcosa assimilabile al concetto di società<sup>317</sup>.

Per le questioni trattate in questo elaborato, il paradosso di tali affermazioni sta nel proclamare il prevalere assoluto degli interessi individuali nel momento nel quale avanzano in ogni campo attori collettivi, o nel rinnovato protagonismo dei governi per promuovere e regolare le forme svariate e provocate di ricorso al privato o al mercato.

Questa ideologia si è infiltrata nel campo di intervento politico con effetti diretti sugli *status* di cittadinanza e sulle dimensioni qualitative e quantitative degli assetti democratici. Una cosa è procedere alla privatizzazione di una banca o di una compagnia aerea, altro è procedere al ritiro del pubblico dalla erogazione diretta dei servizi della protezione sociale o delle principali *public utilities*.

---

<sup>317</sup> Cfr. anche Berselli 2010, p. 6, secondo il quale esistono (o esistevano) nella nozione più provocatoria del tatcherismo, soltanto gli individui. Riprendendo le parole di Laura Pennacchi, il noto giornalista descrive la "potente ideologia ultraortodossa" che da vent'anni domina la scena politica mondiale, predicando un drastico ridimensionamento della presenza pubblica nelle attività economiche ma anche sociali., sostenendo «che l'intervento dello Stato è sempre e comunque negativo per il benessere collettivo, che i governi dilapidano risorse e che ogni tentativo di redistribuire ricchezza dà vita a forme di perseguimento delle rendite».

Le forme di questo ritiro sono sicuramente molteplici e possono essere rappresentate attraverso due modelli, a loro volta composti da diversi sottotipi: il modello guidato dalla domanda, rivolto ad aumentare la possibilità di scelta e dunque di acquisto dei cittadini-utenti da una pluralità di offerenti, e il modello guidato dall'offerta rivolto a promuovere l'acquisizione di servizi da parte del pubblico nei confronti di soggetti privati nella cornice di appositi rapporti contrattuali (cfr. Ascoli, Ranci 2002 e Bifulco 2005).

Gli effetti di queste forme molteplici sullo *status* di cittadino e sui contenuti della democrazia non sono sempre unidimensionali, ed in taluni casi possono permettere di superare alcuni fallimenti dei pubblici poteri (o della politica), ma certo tutti contribuiscono a modificare la configurazione della cittadinanza così come era stata pensata e realizzata nell'età industriale.

L'ultima fase dei processi di liberalizzazione e di privatizzazione, quella che influisce sulla cittadinanza e sui contenuti della democrazia, proprio in riferimento al ritiro del pubblico dalla erogazione dei servizi sociali ha portato all'elaborazione del termine di *postdemocrazia* (Crouch 2003).

Concetto di indubbia capacità evocativa, alla quale però non corrisponde una altrettanto rigorosa efficacia scientifica nell'ambito delle proposte avanzate dalle scienze sociali. Come efficacemente scrive Cella (2008, p. 5), «i termini *post* qualcosa evocano degli scenari, fanno intravedere dei possibili ritorni ciclici a situazioni *pre* qualcosa, ma lasciano spesso non bene definito, e determinato, proprio quel *qualcosa* di cui si afferma, o si ipotizza, l'allontanamento».

Secondo Crouch, nei nuovi scenari, è la grande impresa multinazionale a diventare il modello istituzionale di riferimento per la definizione delle regole e delle politiche. Questo spiega l'attenuarsi, se non la scomparsa, della distinzione fra servizi pubblici e fornitura commerciale degli stessi. Cade la fiducia dei cittadini nei confronti dei primi e si diffondono immagini, che poi si autoavverano, sulla incapacità dei governi, del

pubblico, a predisporre una offerta adeguata ed efficiente nel campo dei servizi e delle prestazioni sociali ( Crouch 2003, p. 53).

Dietro alla evanescente distinzione fra logica di mercato e logica della decisione politica, Crouch individua le ragioni più rilevanti (ed inattese) per l'avvento degli scenari postdemocratici. Scenari che succedono alla caduta della capacità di distinguere, e di riconoscere, le specificità del servizio pubblico.

“Commercializzazione” è il termine ricorrente negli scritti dell'autore ed è altresì il termine utilizzato per rappresentare tutto l'insieme di attività che il pubblico conduce, promuove o sovrintende, a seguito del ritiro dall'ambito della fornitura diretta dei servizi e delle prestazioni sociali. «Tale concetto è più appropriato rispetto a quello di “apertura al mercato” perché alcune delle attività introdotte ora comportano distorsioni del mercato anziché una sua maggiore limpidezza. Commercializzazione è anche più generale di “privatizzazione” che, strettamente parlando, si riferisce soltanto al trasferimento di risorse della proprietà» (Crouch 2003, p. 91)<sup>318</sup>.

La commercializzazione della cittadinanza procede con effetti di rilievo, non solo sulla natura del pubblico, ma anche sulla logica e sulla pratica di funzionamento dei mercati.

La distorsione e la residualità colpiscono la natura dei servizi pubblici. Il primo processo lo si avverte non solo nella modificazione della natura del bene nel passaggio fra una forma di allocazione e l'altra, ma anche nella individuazione di indicatori, controllabili ma non sempre opportuni, per “mimare” il funzionamento dei mercati laddove non opera il meccanismo dei prezzi.

La residualità dei servizi forniti dal pubblico, come effetto delle scelte attribuite alla fornitura privata, conduce (Hirschman insegna) al

---

<sup>318</sup> Secondo l'autore «dalla metà del XX secolo una serie di servizi di base sono stati almeno parzialmente sottratti alla sfera d'azione del capitalismo e alle logiche di mercato, perché considerati troppo importanti e universali. Come ha sostenuto T.H. Marshall (1963) in una formulazione memorabile, la gente ha acquisito il diritto a questi beni e servizi, specie questi ultimi, in virtù del proprio status di cittadini, e non perché potessero comprarli sul mercato» (2003, p. 93).

peggioramento qualitativo degli stessi. Neppure i mercati escono indenni dai processi di ritiro del pubblico, e si presentano più che mai esposti agli interventi di regolazione, e di dismissione attuati dalla politica, nonché a nuovi intrecci, raramente virtuosi, fra élites degli affari (attraverso i lobbisti) e élites politiche (tramite le forme varie di sorveglianza e regolazione). La conclusione è la perdita del concetto di ente pubblico e lo svuotamento delle capacità di influenza o di indirizzo dei cittadini.

La predicazione di un ruolo pubblico ristretto e angusto si basa su una visione altrettanto ristretta e angusta del rapporto tra individuo e collettività, volta a soffocare le istanze solidaristiche: l'individuo è un atomo, non esistono responsabilità perché, secondo la nota dottrina tatcheriana, non “non esiste la società” (Berselli 2010, p. 7).

Questi sono i tratti di fondo dello scenario post-democratico.

La commercializzazione della relazione tipica di servizio pubblico conduce, in pratica, alla commercializzazione della cittadinanza. Secondo la tripartizione proposta da Friedland (2001, p.99), che ben illustra il processo di “svuotamento” della democrazia, gli effetti possono essere riassunti attraverso la *consumerization* della relazione cittadino/terzo intermediario (l'*Intermediate public-service provider*); la *marginalization* della relazione cittadino/stato; la *economization* della relazione fra stato e intermediario<sup>319</sup>.

Dietro molte proposte ed attuazioni di privatizzazione, di liberalizzazione ed anche di commercializzazione dei diritti di cittadinanza è presente una “scommessa implicita” (Cella 2008, p. 10) che riguarda l'operare di un *trade-off* fra legittimazione democratica e qualità dei servizi.

---

<sup>319</sup> Crouch (2003, p. ) rende efficacemente il rapporto descritto da Friedland con poche parole: «il cittadino ha un legame, attraverso il sistema politico ed elettorale democratico, con il governo (nazionale o locale). Il governo ha un legame, attraverso la legge-contratto, con il privato. Ma il cittadino non ha alcun legame, né di mercato né di cittadinanza, con il fornitore, e dopo la privatizzazione non può più sollevare questioni relative all'erogazione del servizio con il governo, perché questi ha appaltato la prestazione al suo esterno. Di conseguenza il servizio pubblico è divenuto post-democratico: d'ora in avanti il governo è responsabile verso il *demos* solo per la politica generale, non per la sua attuazione nei dettagli».

Un attenuarsi della prima, potrebbe essere per alcuni aspetti accettabile se compensato dall'incremento della seconda, ma questo incremento è tutto da dimostrare. Un *trade-off* che non sembra rilevabile con sicurezza neanche sulla relazione fra legittimazione ed efficienza, come è stato osservato dagli studi più seriamente fondati sulla performance delle attività nel settore dei servizi oggetto degli interventi di privatizzazione.

In questo contesto, la questione della qualità dei servizi offerti, fulcro anche della legge quadro n. 328/2000, assume una importanza decisiva, da una parte per la presentabilità ai cittadini dei processi di ritiro del pubblico dall'offerta diretta di servizi, dall'altra per l'obiettivo influenza in settori determinanti della vita degli individui nelle società post-industriali. Coinvolge non solo la qualità della democrazia, si potrebbe facilmente dire, ma anche la qualità della vita.

La legittimazione dello Stato democratico dipende in modo cruciale dal riconoscimento collettivo dei servizi che lo Stato rende. Se, come ipotesi estrema, lo Stato si limitasse a tassare, redistribuire, regolamentare e mantenere l'ordine interno ed esterno, senza produrre nulla in proprio, la sua legittimazione democratica sarebbe debole (Florio 2004, p. 135). È per questo che l'esistenza di benefici compensativi derivanti dalla caduta di legittimazione democratica non convince.

Nell'offerta di servizi essenziali ai cittadini, operare una scelta di mercato in sostituzione di quella politica, sulla base della presunta maggior efficacia delle prestazioni rese in regimi concorrenziali, non deve portare a sottovalutare la problematica attinente la situazione di monopolio naturale in cui vengono erogati non pochi servizi (come nei trasporti), dalle asimmetrie informative che gravano sui cittadini-utenti (come nella sanità e in parte nell'istruzione), dai costi di transazione che sono connessi agli spostamenti di fornitura, laddove esiste una pluralità di offerenti (come in alcune *public utilities*).

Anche se controverso, l'elenco dei fallimenti del mercato esiste, e può essere ricondotto ad alcune categorie fondamentali (cfr. Cella 2008, p. 19).

La prima comprende l'offerta di beni pubblici o la gestione di risorse comuni, la seconda è riconducibile ai casi di monopolio naturale, la terza ricomprende gli svariati casi di esternalità, la quarta si ricollega ad un composito insieme di ragioni distributive (i *merit goods* ad esempio). Quest'ultimo pare essere l'orientamento assunto dall'attuale governo italiano, ignaro della logica fallimentare che sottende l'intero affidamento a privati di servizi (corrispondenti a diritti) fondamentali dei cittadini. Nel Libro Bianco sul futuro del modello sociale del 2009<sup>320</sup> si propone, appunto, un modello di universalismo selettivo fondato proprio sul merito e si ritiene il mercato è considerato il primo garante delle pari opportunità.

Se neanche l'argomento efficientistico funziona, sarà ancor più utile riprendere il celebre modello *exit/voice* di Hirschman del 1970 centrato sui problemi della qualità dell'offerta dei beni e soprattutto dei servizi.

Nell'elenco dei "fallimenti del pubblico", che si affianca a quello del mercato, va sottolineato innanzitutto quello che attiene alla manifestazione delle preferenze dei cittadini-utenti, che può essere letto attraverso la comparazione del "voto politico" con il "voto di mercato" e conduce in qualche modo a ridimensionare le virtù della opzione *voice* rispetto alla opzione *exit*.

Il voto politico è sempre indiretto e tranne casi d'eccezione (es. il referendum) avviene nei confronti dei decisori politici. Quello che si manifesta sul mercato, quando operano effettive possibilità di scelta, avviene direttamente, in merito alle modalità di allocazione del servizio in oggetto. Il primo è discontinuo, limitato alle scadenze elettorali. Il

---

<sup>320</sup> *Libro Bianco sul futuro del modello sociale*, maggio 2009, in [www.lavoro.gov.it](http://www.lavoro.gov.it) e [www.ministerosalute.it](http://www.ministerosalute.it). Interessante, la fine di dotare di fondamento il modello dell'universalismo selettivo, la precisazione secondo la quale "equità" non significa "egualitarismo", ma «contemporanea capacità di prevenire e sostenere i bisogni, da un lato, e di premiare i *meriti*, dall'altro. Ogni distribuzione presuppone inesorabilmente una adeguata produzione di ricchezza» (p. 46). Questo poiché «decise modalità di riconoscimento del merito incoraggiano la mobilità sociale e diffusi comportamenti responsabili. Esse vengono largamente accettate quando si definiscono in un contesto autenticamente competitivo ove è garantita la parità delle opportunità». Pare dunque che il modello sociale idealizzato dal governo sia tutto fondato sulla *exit*, con tutte le lacune che questo comporta in termini di democrazia ed effettività del diritto di cittadinanza.

secondo può aver luogo in modo continuo: se non saranno tutti i cittadini a “votare” ogni giorno, sicuramente ogni giorno un “voto di mercato” sarà espresso da cittadini con particolari esigenze di domanda. Il controllo politico, inoltre, avviene in prevalenza sugli *input* delle decisioni di allocazione, più raramente sugli *output*, ovvero sulla rispondenza delle decisioni alle finalità di allocazione<sup>321</sup>.

Un (altro) denso insieme di fallimenti riguarda l’efficienza interna delle imprese pubbliche, ed è ascrivibile per una parte alla assenza di incentivi adeguati (positivi e negativi) per gli operatori economici, dall’altra alle notevoli possibilità che l’impresa pubblica concede a comportamenti di tipo opportunistico, sia *ex ante* che *ex post*.

Cosa cambiano gli argomenti introdotti dallo scenario post-democratico nel raffronto fra i due elenchi di fallimenti?

Considerato che la semplice enumerazione dei fallimenti, pur non essendo del tutto disprezzabile come strada per decidere sulle opportunità o meno di attuare processi di ritiro del pubblico, non è certo un percorso molto raffinato, la rilevanza dello scenario post-democratico dovrebbe invitare a prendere atto delle numerose interdipendenze che sono all’opera fra le due serie di fallimenti.

Come rileva Cella (2008, p. 21), nel complesso lo scenario post-democratico, mentre lascia nella sostanza invariata la lista dei fallimenti del mercato, condurrebbe a ridimensionare il rilievo dell’altra lista, quella dei fallimenti della politica. La lista di questi ultimi rimarrebbe affollata ma più sopportabile, secondo un comprensibile *faute de mieux*.

Qualcuno potrebbe rilevare a questo punto l’avvicinarsi di una sorta di “meta preferenza” a favore, senza entusiasmi, dell’offerta pubblica, anche per impedire lo *svuotamento* dei contenuti della democrazia, sperimentati nel lungo periodo dell’età industriale.

in conclusione, se il pubblico si misurasse veramente con le diverse modalità di organizzazione della sua offerta, se la crescita dell’offerta

---

<sup>321</sup> Sulla necessità di un controllo *ex post* delle risorse allocate per fini di contenimento della spesa pubblica si veda Borelli (2009).

privata non fosse pensata e praticata con intenti *distruttivi*, se l'offerta proveniente da forme di allocazione alternativa alla tradizionale diarchia fosse più di una semplice categoria residuale, qualcosa che ha che fare con una benefica pluralità istituzionale si inizierebbe a intravedere.

## Capitolo IV

### **RIFLESSIONI CONCLUSIVE SULLE POSSIBILI TECNICHE DI REGOLAMENTAZIONE**

*Sommario: 1. Trattato di Lisbona e nuove prospettive. - 2. La (possibile) regolazione dei servizi di interesse generale attraverso il diritto secondario: un confronto ancora in corso tra Istituzioni e parti sociali*

#### *1. Trattato di Lisbona e nuove prospettive*

L'entrata in vigore, nel dicembre 2009, del Trattato di Lisbona segna una tappa storica nel processo evolutivo, in senso meno intergovernativo e più federale, meno mercantilistico e più socialmente compatibile, dell'Unione europea. Si tratta di modifiche parziali, non di rotture o di cesure nette rispetto all'impianto preesistente, ma comunque dense di significato simbolico e di proiezione applicativa. Quello che spicca agli occhi degli studiosi di diritto del lavoro è l'acquisizione formale nel corpo del Trattato dei diritti sociali fondamentali<sup>322</sup>, tasselli di una riforma non perfettamente compiuta ma perseguita a piccoli passi, che diventano immediatamente giustiziabili dinanzi agli organi giurisdizionali europei senza il tramite delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri: una dimensione autonoma e assiologicamente equiordinata ai valori del mercato. Non passa in secondo piano nemmeno il rinnovato impegno nel settore della solidarietà e coesione sociale<sup>323</sup>, anche se rimangono il principio di

---

<sup>322</sup> V. il nuovo art. 6 TUE: «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati ...».

<sup>323</sup> V. il nuovo art. 3, co. 3, secondo periodo e seguenti TUE, secondo cui l'Ue «si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente... L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociale, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del

attribuzione, l'approccio funzionalista, il mercato interno e l'integrazione economica, e le difficoltà di incentivare la sussidiarietà orizzontale a favore delle parti sociali.

Il traguardo è comunque apprezzabile solo che si consideri, da un lato, l'intervenuta espansione territoriale a 27 Stati dell'Unione europea; dall'altro il sopraggiungere, lento ma inesorabile, delle conseguenze negative sull'occupazione e sui mercati indotte dalla crisi finanziaria prima, produttiva poi; ed infine la continua tensione interna all'Unione fra paesi più ricchi, che reclamano standard sociali *antidumping* e paesi più poveri, che puntano ad ottenere aiuti economici stabili e continuativi per allinearsi nei risultati di Pil e negli indicatori di deficit e debito pubblico.

Il problema è che la crisi economico-finanziaria ha fatto esplodere e messo a nudo un mercato che si è sempre più sviluppato in maniera disequilibrata, fatta di scorciatoie (sui costi e, quindi, sulle possibilità di usufruire del *dumping* sociale esistente, come un tempo nel nostro Paese si usufruiva della svalutazione della lira) e di guadagni di carta (con la finanziarizzazione dell'economia) (cfr. Gottardi 2010, p. 11).

Che fosse così si trovano tracce nei documenti istituzionali. Emblematico un passaggio della relazione *Kok* del novembre 2004<sup>324</sup>, in sede di revisione di medio termine della "Strategia di Lisbona", in cui si declina come "lasciare che il dinamismo dei mercati finanziari si esprima liberamente": «l'esistenza di mercati finanziari dinamici e altamente competitivi è tanto più auspicabile visto il loro ruolo trainante per la crescita di tutti gli altri settori dell'economia, e deve quindi essere al centro delle iniziative volte a rilanciare l'economia dell'Unione europea» (p. 29). Rendere compatibili le norme sociali con lo sviluppo equilibrato del mercato non è più una soluzione sufficiente, ma è un punto di inizio.

---

minore. Essa promuove la coesione economica, sociale e territoriale e la solidarietà tra gli Stati membri...», confermato ed ulteriormente articolato nei nuovi artt. 5-bis e 5-ter TFUE.

<sup>324</sup> *Affrontare la sfida. Strategia di Lisbona per la crescita e l'occupazione*, relazione del gruppo ad alto livello, nel punto relativo all' 'onere normativo generale' (p. 32).

Occorre pertanto trovare soluzioni di equilibrio, con un approccio pragmatico che eviti di essere sempre in rincorsa sul pendolo<sup>325</sup>.

Negli ultimi anni, in dipendenza della crisi, quello che è cambiato è lo stesso rapporto tra Stato e mercato. Non si può affermare che i cambiamenti del Trattato siano stati influenzati dalla crisi, ma certo esiste coincidenza temporale, anche per quanto riguarda il passaggio all'economia sociale di mercato<sup>326</sup>. Nelle proposte recentemente presentate per potenziare il mercato unico<sup>327</sup>, la Commissione, ha ulteriormente ribadito che per la ricchezza e la crescita dell'Europa, oltre al buon funzionamento delle imprese, è fondamentale un sistema sociale forte e ha indirizzato il fine dell'azione europea proprio verso l'ulteriore rafforzamento dell'economia sociale di mercato, ponendovi al centro le *persone*. Le modifiche apportate al diritto primario consentono di superare la contrapposizione e di valorizzare le “sinergie”: se gli obiettivi da conseguire sono fondati sulla clausola di progresso sociale per una economia sociale di mercato, ecco che la concorrenza diventa strumento per realizzare il mercato unico/interno e per il perseguimento delle finalità sociali (cfr. Gottardi 2010, p. 57).

In sostanza, pur se gli strumenti della politica sociale paiono immutati, con una riconferma del metodo aperto di coordinamento, del dialogo sociale e della legislazione di armonizzazione, tuttavia viene meno la costruzione economico-centrica dell'ordinamento europeo: i diritti fondamentali (individuali e collettivi) vanno bilanciati (cfr. Caruso 2010) e devono rappresentare un vincolo, un limite intrinseco, all'azione liberalistica dell'Ue. L'asimmetria esistente tra la quasi completa integrazione del mercato interno e la difficile esigibilità dei diritti fondamentali da parte dei cittadini europei va riletta alla luce del nuovo ventaglio di strumenti giuridici presenti nel panorama europeo, che

---

<sup>325</sup> Segnala quanto “non si tratti di un gioco a somma zero in cui tutto quello che non è Stato è mercato”, ma di due modi profondamente diversi di concepire il funzionamento del mercato, Denozza (2009, p. 170).

<sup>326</sup> V. art. 3, par. 3, Tfe e cfr. par. 3, cap. II.

<sup>327</sup> *European Commission sets out plans to strengthen the Single Market with measures to boost growth and enhance citizens' rights*, IP/10/1390, Bruxelles 27 ottobre 2010.

dotano la Corte di nuovi strumenti interpretativi attraverso i quali si potrebbe finalmente superare la c.d. integrazione negativa dei diritti.

Rimane però lo spettro dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, alimentato dalle ultime pronunce della Cgue, e ci si chiede se i diritti sociali, per poter trovare cittadinanza, debbano essere sottoposti a questi pervasivi e limitanti controlli.

Non sorprende che la lettura dei più recenti indirizzi giurisprudenziali sulla libertà di prestazione di servizi, sugli aiuti di Stato, sull'abuso di posizione dominante e sul divieto di intese anticoncorrenziali, abbia generato una delusione crescente tra i giuslavoristi<sup>328</sup>, soprattutto negli autori che più hanno incardinato sulla Corte di giustizia il diritto comunitario<sup>329</sup>.

Si teme, a ragione, che la liberalizzazione dei servizi possa condurre ad un significativo abbassamento degli standard di tutela dei lavoratori, in quanto "ostacoli" alla piena integrazione del mercato europeo. Ulteriore fattore di preoccupazione riguarda la parità di trattamento che si ritiene «non possa allo stato attuale trovare applicazione nell'ambito della libera prestazione di servizi, con il rischio «di creare due diversi standard di protezione della mobilità interna allo spazio unico europeo, diverso a seconda che i lavoratori, individualmente/singolarmente, scelgano di spostarsi da un Paese all'altro o che questo avvenga al seguito di un'impresa» (Gottardi 2008, p. 573).

Questo sconforto, seppur comprensibile, non deve portare però a un nuovo (e miope) europessimismo o a rispolverare la nota espressione di Federico Mancini. La "frigidità sociale"<sup>330</sup> è ora bandita non solo nell'attività di diritto derivato e di *soft law*, ma anche nei fini ultimi dell'Istituzione europea, nell'assetto dei poteri esclusivi e concorrenti, nel catalogo fondamentale delle situazioni soggettive tutelate dall'ordinamento europeo, segnando la fine della stagione dell'ancillarità

---

<sup>328</sup> Parla di "organo politicamente irresponsabile" Carabelli (2009, p. 189).

<sup>329</sup> Roccella (2004, p. 11): «non può esistere diritto comunitario altro da quello interpretato dalla Corte di giustizia».

<sup>330</sup> Mancini (1988, p. 26).

del diritto sociale europeo al diritto degli scambi commerciali e la definitiva caduta della funzionalizzazione della normativa sociale alla realizzazione di un efficiente mercato delle merci, dei capitali, del lavoro che si evinceva (anche) dalla lettera del noto art. 100 del Trattato istitutivo Cee.

Sicché se è vero che il pendolo ha oscillato «più sul versante delle libertà che su quello dei diritti», è altrettanto vero che uno spazio il diritto sociale è riuscito comunque a conquistarselo, e che tale spazio può ulteriormente allargarsi o irrobustirsi per effetto della «costituzionalizzazione» dei diritti sociali scaturente dal nuovo Trattato. D'altronde «la preminenza genetica delle libertà sui diritti fondamentali, sulle tutele del lavoro e sui diritti sociali non è nella giurisprudenza della Corte giustificata sulla base di un'ontologica gerarchizzazione dei principi fondamentali del diritto comunitario. Nasce da specifici elementi di diritto positivo ed è di tipo funzionale.

Inoltre, il processo interpretativo europeo è sempre graduale e rispettoso degli assetti istituzionali dati, ora ancorati anche all'art. 6 Tue, e l'equilibrio nelle operazioni di bilanciamento tra libertà economiche e diritti fondamentali, individuato di volta in volta dalla Corte di giustizia, è sempre riferito a casi concreti: è strutturalmente mobile, dipendendo anche dai processi legislativi in atto» (Caruso 2009, p. 115).

La preminenza del mercato, pertanto, non costituisce un dato consolidato ed immanente all'ordinamento, ma è il punto provvisorio di arrivo di un processo *in fieri*. Un processo che, agli occhi delle stesse Istituzioni che per anni si sono fatte promotrici della concorrenza quale regola suprema, sta cambiando direzione. Questo è quanto induce a pensare il programma di lavoro della nuova Commissione<sup>331</sup> che indica come primo impegno l'emanazione di “misure per lottare contro la crisi e (per) sostenere l'economia sociale di mercato europea”.

---

<sup>331</sup> Comunicazione sul *Programma di lavoro per il 2010*, cit., dove il termine concorrenza compare una sola volta, come *fair competition* per lo sviluppo anche occupazionale delle zone rurali.

Le considerazioni ora svolte fanno da spunto per una ulteriore riflessione sui possibili strumenti di regolazione della convivenza animata tra sfera sociale (comprensiva di diritti individuali e collettivi) e sfera economica, anche alla luce del quadro delineato nel primo capitolo di questo scritto.

Come fa notare Bano (2011) «i principali “antidoti” che vengono proposti, seppure ispirati dalla condivisibile esigenza di fortificare la dimensione sociale nella costruzione del mercato europeo, denotano un atteggiamento prettamente difensivo, che invoca la centralità del diritto del lavoro ma in forme tali da accentuare la “sindrome nazionalistica del diritto del lavoro”. Le misure immunitarie adottate sinora rappresentano secondo l’Autore «la riaffermazione della territorialità del diritto e di un approccio teorico forse troppo autoreferenziale».

Il nuovo assetto giuridico delineato col Trattato di Lisbona dovrebbe, da un lato, incidere profondamente nella ricostruzione degli equilibri interpretativi, innescando una nuova stagione giurisprudenziale, più moderna e più rispettosa dei principio di sussidiarietà, solidarietà ed eguaglianza. Dall’altro lato, favorire un nuovo atteggiamento dell’Ue sulle materie sindacali, che non sia indifferenza o sottovalutazione, ma si configuri come un opportuno *self restraint*, che preservi ma al contempo valorizzi le esperienze di relazioni industriali nazionali<sup>332</sup>. A questo, dovrebbe accompagnarsi una rinnovata iniziativa riformatrice da parte dei sindacati europei, attraverso norme legislative, atti di indirizzo non vincolanti, protocolli sociali e intese collettive transnazionali.

La *ratio*, attraverso l’affermazione della valenza costituzionale dei diritti collettivi a livello europeo, così come forgiati e praticati nelle diverse sedi nazionali, è allontanare il rischio di «regressioni pan-pubblicistiche» dell’azione sindacale (Pizzoferrato 2010, p. 548) ed evitare la sottoposizione del diritto di sciopero ai penetranti *test* di proporzionalità ed opportunità<sup>333</sup>.

Dovrebbe trattarsi di uno sforzo condiviso di tutti gli attori (compresi gli

---

<sup>332</sup> Cfr. in particolare par. 4.1 cap. II.

<sup>333</sup> Cfr. cap. I, in particolare al par. 4.1.

organi istituzionali) operanti a livello europeo nell'implementare un nuovo assetto che ammetta cedimenti delle libertà economiche in presenza di un legittimo esercizio di diritti collettivi, tanto più quando questi ultimi risultino preordinati all'instaurazione di una *fair competition* e all'applicazione della parità di trattamento<sup>334</sup>, e che, nel contempo, rinunci a sindacare, in qualunque forma e secondo qualunque logica, la legittimità dell'azione collettiva, il cui esame deve essere demandato integralmente alle regole del diritto sindacale interno (e allo scrutinio del giudice nazionale).

La possibilità di creare un'Unione sociale "forte" è ontologicamente legata alla creazione di uno Stato europeo "forte". Occorrerebbe sciogliere due grandi nodi, emersi fin dai primi Trattati: da un lato, che il progresso sociale venga considerato come un conseguenza dello sviluppo economico prodotto dal mercato comune e, dall'altro, che le competenze sociali vengono lasciate agli Stati membri. Se in merito al primo, pare che significativi passi avanti siano stati compiuti, anche dalle Istituzioni più restie, il secondo richiede ancora notevoli sforzi.

## *2. La (possibile) regolazione dei servizi di interesse generale attraverso il diritto secondario: un confronto ancora in corso tra Istituzioni e parti sociali*

L'assetto istituzionale creato con il Trattato di Lisbona suggerisce rilevanti spunti di riflessione anche relativamente al secondo profilo (statico) di questa ricerca, concernente il rapporto tra concorrenza e servizi di interesse generale.

Il (parziale) fallimento degli effetti della liberalizzazione e la compressione del diritto alla mobilità dovuta all'inadeguatezza dei servizi offerti impone una riconsiderazione del punto di partenza: il solo riferimento ai servizi di interesse generale in termini di giustificazione

---

<sup>334</sup> Come ricorda Bano (2011) «la parità di trattamento tra lavoratori se, da un lato, consente di uniformare gli standard di tutela dei lavoratori stranieri a quelli domestici, dall'altro lato, costituisce una forma di *host state control* che offre una formidabile difesa dell'ordinamento nazionale contro la competizione regolativa al ribasso».

economica e concorrenziale, ai sensi degli *ex artt.* 86 e 49, non appare più sufficiente né plausibile. L'evidente conflitto tra interessi contrapposti (le ragioni della concorrenza e dell'economia e quelle dei beneficiari dei servizi) deve ancora essere bilanciato.

Se si accoglie la prospettiva costituzionale, l'attenzione si sposta dal regime di cui all'art. 106, 2 Tratt. FUE all'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali della UE. Si tratta quindi di verificare che il bilanciamento, in questo caso, con la normativa in materia di concorrenza, sia volto a evitare che le regole del mercato non impediscano (ma, al contrario, permettano) ai cittadini europei di godere di servizi efficienti e di alta qualità. In questo senso vanno il Protocollo sui servizi di interesse generale e il nuovo art. 14 Tfue, nonché le più recenti comunicazioni istituzionali<sup>335</sup>.

La Commissione<sup>336</sup>, riprendendo quanto già affermato nel Libro bianco del 2004, ha ribadito che «gli obiettivi di sviluppo di servizi d'interesse economico generale di elevata qualità, accessibili e a prezzi abbordabili, da un lato, e quello del mercato interno aperto e concorrenziale siano tra loro compatibili e che dovrebbero essere complementari». Secondo questa nuova impostazione, pare che il mercato, debitamente regolato e controllato, non costituisca più il fine bensì il mezzo attraverso cui realizzare, favorendo l'integrazione delle politiche, servizi efficienti e facilmente accessibili<sup>337</sup>.

---

<sup>335</sup> Cfr. Report *A new strategy for the single market. At the service of Europe's economy and society*, pubblicato il 9 maggio 2010, p. 73: «The discussion on the role assigned to public services within the Treaty should have found its solution with the Treaty of Lisbon. The Treaty's new Protocol and an amended Article 14 TFEU establish a coherent basis allowing competent authorities to ensure that citizens throughout the EU can benefit from high-quality services of general interest».

<sup>336</sup> COM (2007) 725 def. , *Un mercato unico per l'Europa del XXI secolo- I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*, p. 28.

<sup>337</sup> Di questo cambio di prospettiva dà atto anche il Commissario Monti nel succitato Report: «whilst initially the European debate focused on the macro-issue posed by the liberalisation of network industries, the focus of the debate today has shifted to social and local public services. The fundamental challenge for the provision of these services is to maintain their quality and scope in the context of increasing pressure on public finances, which sometimes requires difficult trade-offs to be made».

Anche nel d.lgs. 59/2010<sup>338</sup>, che ha dato attuazione alla dir. 2006/123 nell'ordinamento italiano, si prende atto della doppia anima (economica e sociale) che governa la circolazione e il mercato transazionale dei servizi, riconoscendo il «fine di garantire la libertà di concorrenza secondo condizioni di pari opportunità e il corretto ed uniforme funzionamento del mercato», rilevando però la necessità di «assicurare ai consumatori finali un livello minimo e uniforme di condizioni di accessibilità ai servizi sul territorio nazionale» (art. 1, comma 2).

A fronte di questi avanzamenti verso la costruzione di una più solida Europa sociale, permane il fatto che sia l'art. 14 Tfu, che l'art. 36 della Carta di Nizza<sup>339</sup>, nell'ambito dei "valori comuni", attribuiscono ai soli servizi di interesse *economico* generale un ruolo significativo nella promozione della coesione sociale e territoriale (ed ora anche economica *ex art. 36*).

È ormai innegabile che la promozione di un modello sociale europeo dipenda dal funzionamento di un certo numero di servizi sociali, essenziali per la realizzazione degli obiettivi fondamentali dell'Unione, quali la coesione sociale, economica e territoriale, un elevato livello di occupazione, l'integrazione sociale e la crescita economica.

L'oggetto della politica sociale, ovverosia l'ambito della tutela, va oltre i diritti individuali o collettivi dei lavoratori, e si estende anche al modo di organizzare, finanziare o gestire servizi da sempre considerati pilastri dello Stato sociale. Il tutto nell'ottica di una (cor)responsabilità ripartita tra Stati membri e Ue (art. 14 Tfu). Nell'ambito dei servizi sociali di

---

<sup>338</sup> Cfr. par. 3.2 cap. I.

<sup>339</sup> Non pare superfluo ricordare che nei lavori preparatori della Carta dei diritti fondamentali era stato proposto un emendamento che avrebbe inserito espressamente un *diritto a servizi di interesse generale* nell'art. 36, stabilendo che: «ogni individuo ha diritto a servizi di interesse generale che assicurino le prestazioni necessarie a garantire la qualità della vita e le possibilità di lavoro. Le prestazioni dei servizi di interesse generale si basano sui principi di uguaglianza di accesso, di universalità, di continuità, di trasparenza». Questo passaggio avrebbe avuto un significato molto importante, perché avrebbe non solo accentuato la vocazione sociale dei servizi di interesse generale, ma ne avrebbe addirittura tratto, sul piano del diritto costituzionale positivo, una conseguenza ulteriore: la configurazione di un vero e proprio diritto soggettivo.

interesse generale, sarebbe opportuna una costituzionalizzazione dei livelli essenziali di questi servizi<sup>340</sup>. Questa via sembra quella più opportuna per assicurare un bilanciamento al carattere fortemente territoriale e personale dell'intervento, che se mancante di indirizzi generali di determinazione dei criteri di efficienza ed efficacia, di qualità e monitoraggio rischia di non raggiungere l'obiettivo principale di un efficace sistema di diritti sociali: di coniugare l'uniformità e indivisibilità della cittadinanza sociale con la valorizzazione delle esperienze territoriali e di prossimità e partecipazione attiva della cittadinanza stessa.

Sarebbe auspicabile che l'Unione dotasse di effettività i principi e le norme contenute nel diritto primario, al fine di evitare future contaminazioni tra diritti sociali e mercato, anche attraverso la definizione di politiche specifiche che accompagnino le enunciazioni di principio contenute nella Carta di Nizza.

La complessa materia dei servizi sociali di interesse generale ha indotto alcuni studiosi a ritenere il metodo aperto di coordinamento l'unica tecnica di regolamentazione possibile. L'idea di ricorrere a questo strumento, di cui sono ben noti gli aspetti positivi e quelli negativi<sup>341</sup>, tra cui il rischio di abbandonare "l'integrazione attraverso il diritto"<sup>342</sup>, non è di per sé errata, ma si dovrebbe trovare il modo di rendere mano a mano più "stringenti" le indicazioni che scaturiscono dall'Omc e, comunque, saggiare la possibilità di un atto formale che riduca i margini di incertezza, ancora troppo larghi.

---

<sup>340</sup> Un precedente in tal senso è costituito dall'art. 34 della Carta di Nizza, secondo il quale l'Ue «riconosce e rispetta il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali [...] riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti, secondo le modalità stabilite dal diritto comunitario e le legislazioni e prassi nazionali.».

<sup>341</sup> Cfr. Barbera, 2006.

<sup>342</sup> Da ultimo Sciarra (2009, p. 18). Per una analisi dell'integrazione negativa, mediante le misure di abolizione degli ostacoli al mercato e alla concorrenza, e dell'integrazione positiva, mediante l'armonizzazione, si rinvia a Barbera, 2000, 49 ss.

Un intervento normativo *ad hoc* non è solo la soluzione più opportuna, ma anche quella obbligata. È l'articolo 14 stesso che impone di garantire mediante una o più iniziative legislative la chiarezza e le garanzie necessarie<sup>343</sup>, tenendo conto al tempo stesso della natura e delle specificità dei diversi tipi di servizi di interesse generale (servizi sociali, misure di inserimento occupazionale, aiuti alle persone svantaggiate o diversamente abili, edilizia popolare, ecc.). questo non significa uniformare i servizi di interesse generale nell'insieme dell'Ue bensì di combinare unità e diversità: unità di talune regole comuni nei settori essenziali e diversità settoriali e al tempo stesso nazionali<sup>344</sup>.

Dare effettività all'art. 14 Tfeue significa creare una nozione europea, attraverso un atto di diritto secondario, di servizio di interesse generale e (soprattutto) di servizio sociale di interesse generale, quale categoria autonoma.

Nel *Report* sul mercato interno recentemente redatto dal commissario Monti<sup>345</sup>, si ritiene inopportuna, allo stato, un'eventuale proposta di legge da parte della Commissione. E questo poichè «the consultation has made clear that a proposal for a framework regulation would have limited added value, if any, and that its chances of being adopted would be very

---

<sup>343</sup> Dello stesso parere è l'ETUC (European Trade Union Confederation), che nel documento elaborato dal suo Comitato esecutivo il 10 giugno 2010, *Resolution Towards a new impetus for public services*, rileva: «The new Article 14 TFEU provides a legal basis. It is a widespread consent that article 14 leaves the Community legislator with no choice as to the form of action: it imposes the instrument (Regulation) and the procedure for its adoption (the ordinary legislative procedure). Regulations leave Member States no leeway in implementation and it may therefore be difficult to achieve a consensus for adoption, but not impossible, as the new Regulation on public passenger transport services by rail and by road (1370/2007) showed (p. 8)». Second oil sindacato europeo, le tre "novità" (Charter, new protocol, legal base in Article 14) «are an important cornerstone in the construction of a new architecture for SGIs and a transversal regulatory approach with regard to SGEIs, not only by making it legally possible henceforth, but also by making it necessary in the light of the guidelines now set out firmly in primary law (Protocol). Article 14 offers the possibility to move away from a mere derogation from internal market rules to a more positive stance, taking into account the shared values embodied by public services across the EU. The Charter of Fundamental Rights, together with Article 14 TFEU and the new protocol can be used to build up an authentic notion of SGIs as common values of the EU» (p. 10).

<sup>344</sup> Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema *Servizi di interesse economico generale: come ripartire le responsabilità tra l'UE e gli Stati membri?* (2010/C 128/11)

<sup>345</sup> *A new strategy for the single market ...cit.* (p. 75).

small. At this stage, it does therefore not seem appropriate for the Commission to present such a proposal». Diversa è la visione abbracciata dal Comitato economico e sociale (cfr. Parere del 15 marzo 2007, cit., par. 6.7), sulla stessa linea della posizione assunta dai sindacati europei qualche anno prima<sup>346</sup>, secondo il quale occorre definire a livello europeo «riferimenti e norme comuni (...) che valgano per tutti i servizi di interesse generale, compresi i SSIG, e inserirli in una *direttiva quadro*, da adottarsi in codecisione, che introduca una disciplina comunitaria adatta alle loro specificità in modo da completare la direttiva sui servizi», al fine non di «uniformare i SIEG nell'insieme dell'UE bensì di combinare unità e diversità: unità di talune regole comuni nei settori essenziali e diversità settoriali e al tempo stesso nazionali»<sup>347</sup>.

Il sindacato europeo, partendo dalla coerenza che caratterizza l'art. 14, letto come un vero e proprio obbligo a legiferare, e continuando a sollecitare la Commissione in tal senso, ha però cambiato direzione, abbandonando la precedente proposta di direttiva basata sulle regole del

---

<sup>346</sup> Nella proposta presentata nel febbraio 2007, *ETUC and CEEP Joint Statement on a European framework for services of general interest*, le parti sociali individuano una serie di principi comuni o di linee guida per un (auspicato) atto di *hard law*: «1 .The principle of subsidiarity and the responsibilities of the public authorities at all levels (national, regional and local) to determine how services of general interest are provided should be safeguarded. 2 .In cases of conflict between competition and internal market law and general interest objectives, the general interest shall prevail. 3 .A set of fundamental principles should be followed when it comes to specific rules on services of general economic interest, such as accessibility, availability, continuity, solidarity, affordability, sustainability, transparency, democratic control and non-discrimination and equality of treatment. Observance of the Charter of Fundamental Rights should also be included among these principles. 4 .Free choice of service provider, including the possibility to provide services “in-house” or via inter-municipal services, must be guaranteed for all authorities in charge. 5 .The responsible authorities must have the right to provide financial support for services of general economic interest and there must be clear rules on compensation granted to providers of services of general economic interest. 6 .Evaluation procedures at all levels could be appropriate instruments to enable authorities to assess the performance of services of general interest and to assure a continuous improvement of these services for the benefit of the public». Il documento è reperibile al sito dell'Etuc ([http://www.etuc.org/IMG/pdf/SGIs\\_-\\_06-03-07CEEP-ETUC\\_March\\_2007\\_EN1.pdf](http://www.etuc.org/IMG/pdf/SGIs_-_06-03-07CEEP-ETUC_March_2007_EN1.pdf)).

<sup>347</sup> Cfr. Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema *Servizi di interesse economico generale: come ripartire le responsabilità tra l'UE e gli Stati membri?*, (2010/C 128/11), par. 2.10.

mercato interno (art. 114), rimpiazzandola «by the new demand for regulation(s)»<sup>348</sup>.

È difficile, di fronte a questa marcia indietro delle parti sociali, che per prime (col sostegno del Parlamento europeo, soprattutto durante la campagna elettorale della primavera 2009) hanno lottato per ottenere una direttiva quadro, dire quale sia la forma giuridica migliore al fine di creare un quadro unitario, di principi comuni, e rispettoso del principio di sussidiarietà.

Certo è che, al di là della forma giuridica dell'atto, direttiva o regolamento che sia, una più chiara nozione di riferimento andrebbe a beneficio non solo della certezza del diritto, agevolando le autorità competenti (soprattutto nazionali e locali) e i soggetti prestatori di servizi, ma potrebbe limitare, per dirlo con una celebre di Lyon Caen, le infiltrazioni del diritto della concorrenza nella materia sociale sottraendo definitivamente i servizi corrispondenti ai diritti sociali dalle regole del mercato.

---

<sup>348</sup> The ETUC is convinced that the new article 14 together with the new protocol is an obligation to act. It is unacceptable that the Commission continues to abstain from any action. The ETUC asks the Commission to come up with a legislative proposal on the basis of the new article 14. The previous demand for a “framework directive” which was based on internal market rules (Article 114) is from now on replaced by the new demand for regulation(s) (p. 11 del citato documento del 2010).

## *Bibliografia*

Adinolfi A. (1996) *Politica sociale nel diritto delle comunità europee*, in *Digesto*, IV ed., XI, Torino, Utet, p. 279.

Albanese A. (2007), *Il sistema integrato dei servizi sociali: spunti di analisi in prospettiva europea*, in *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, a cura di S. Sciarra, Bologna, Il Mulino.

Albanese A. (2007) *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, Giuffrè.

Albanese A., Marzuoli C. (2003), *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, Bologna, Il Mulino.

Ammannati L. (2004), *Servizi pubblici e privatizzazioni*, in *I servizi pubblici in ambiente europeo*, a cura di A. Massera, Pisa: Plus, p. 81.

Andenas M., Roth W. (2002) *Services and free movement in EU law*, Oxford: Oxford University Press.

Andreoni A. (2000), *Contratto collettivo, fondo complementare e diritto della concorrenza: le virtù maieutiche della Corte di giustizia (riflessioni sul caso Albany)*, in *Rivista giuridica del Lavoro*, p. 981.

Andreoni A. (2006), *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico*, Torino, Giappichelli.

Andreoni A. (2008), *Sciopero, contratto collettivo e diritti del mercato: la svolta politica della Corte di giustizia*, in [www.cgil.it](http://www.cgil.it)

*Attività economiche ed attività sociali nei servizi di interesse generale* (2007), a cura di E. Ferrari, Torino: Giappichelli.

Antonnen A. et Sipila J. (1996), *European social care services : is it possible to identify models?*, in *Journal of European Social Policy*, p. 87

Balandi G.G. (1997), *La salute e il mercato*, in *Il Mulino*, p. 882.

Balandi G.G. (1999a), *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, tomo I, Milano: Giuffrè, 1998, p. 35.

Balandi G.G. (1999b), *Diritti sociali e riforma dello Stato sociale*, in *Politica del diritto*, p. 53.

Balandi G.G. (2002), Dove va il diritto del lavoro? Le regole e il mercato, in *Lavoro e diritto*, p. 245.

Balandi G.G. (2004), *Sulla possibilità di misurare la solidarietà*, in *RECHTSGESCHICHTE*, p. 15.

Balandi G.G. (2005), *Diritto del lavoro e diritto della concorrenza tra conflitto e cooperazione: prima ricognizione alla periferia del tema*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Padova, Cedam, vol. I, pp. 107-125.

Balandi G.G. (2007), *La tutela sociale nel mercato*, in *Lavoro e diritto*, p. 603.

Balandi G.G. (2008), *Diritto del mercato del lavoro e diritto del lavoro*, in *Lavoro e diritto*, p. 271.

Baldassarre A. (1989), *Diritti sociali*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, vol. XI.

Ballestrero M.V. (2007), *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, in *WP Massimo D'Antona n. 55/2007*.

Ballestrero M.V. (2009), *La conciliazione tra lavoro e famiglia. Brevi considerazioni introduttive*, in *Lavoro e Diritto*, n. 2, p. 161.

Bano F. (2001), *Il lavoro senza mercato : le prestazioni di lavoro nelle organizzazioni non profit*, Bologna: Il Mulino.

Bano F. (2008a), *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nella Unione europea*, Bologna: il Mulino

Bano F. (2008b), *La circolazione comunitaria di servizi labour intensive*, in *Lav. dir.*, p. 7.

Bano F. (2011), *Il recepimento in Italia della direttiva servizi: i profili giuslavoristici*, in *Nuove leggi civili commentate*, n. 2.

Baquero Cruz J. (2005), *Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law*, in *EU Law and the Welfare state*, a cura di G. De Búrca, Oxford: Oxford University Press, p. 169.

Barnard C. (2005), *EU Citizenship and the Principle of Solidarity*, in *Social welfare and the EU Law*, a cura di M.Dougan e E.Spaventa, Oxford e Portland-Oregon, Hart Publishing, p. 157.

Barnard C. (2007), *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford University Press: Oxford.

Barnard C. (2008a), *Employment Rights, Free movement under the EC Treaty and the Service Directive*, in Mitchell Working Paper Series, n. 5/2008,

[http://www.law.ed.ac.uk/file\\_download/series/44\\_employmentrightsfree\\_movementundertheectreatyandtheservicesdirective.pdf](http://www.law.ed.ac.uk/file_download/series/44_employmentrightsfree_movementundertheectreatyandtheservicesdirective.pdf).

Barnard C. (2008b), *Unravelling the Services Directive*, in Common Market Law Review, n. 2/2008, p. 323.

Barnard C. e Deakin S. (2002) *Market access and regulatory competition*, in *The law of the single European market: unpacking the premises*, a cura di C. Barnard e J. Scott, Oxford: Hart Publishing.

Barutti S. (2008), *Schede monografiche sulla legislazione regionale e parte speciale su Disabilità, Anzianità, Infanzia*, in <http://www.mercatoeconcorrenza.unige.it/prin2006/barutti.htm>.

Barutti S., Cazzanti S. (2010), *L'assistenza alle persone non autosufficienti. La funzione di cura tra forme di tutela esistenti e nuove prospettive*, in *Lavoro e diritto*, p. 199.

Barutti S. (2011), *Il decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59 e l'esclusione di alcuni servizi dal suo campo di applicazione. Profili di diritto sociale in Nuove leggi civili commentate*, n. 2.

Barutti S., Moreno Marcos M. (2011), *El Derecho Europeo Aplicable a los Servicios (Sociales) de Interés General*, in *Rev. del MTIN*, n. 97 (in corso di pubblicazione).

Berlingerio G.E. (2003), *Studi sul pubblico servizio*, Giuffrè: Milano.

Berselli E. (2010), *L'economia giusta*, Torino: Einaudi.

Bin R. (1992), *Diritti e argomenti*, Giuffrè: Milano.

Borelli S. (2006) *Libertà di circolazione e scelta del sistema di protezione sociale più vantaggioso*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, p. 671.

Borelli S. (2007) *Principi di non discriminazione e frammentazione del lavoro*, Giappichelli, Torino.

Borelli S. (2008a) *Un (possibile) equilibrio tra concorrenza leale e tutela dei lavoratori. I divieti di discriminazione*, in *Lavoro e Diritto*.

Borelli S. (2008b) *Social clauses in public contracts, the Posted Workers Directive and Article 49 EC: the Ruffert Case*, in *Transfer*.

- Borelli S. (2009), *Famiglie e lavori. Le misure a sostegno del reddito come strumento di soddisfazione dei bisogni di riconciliazione*, in *Lavoro e Diritto*, p. 203.
- Borelli S. (2011), *Il lavoro nell'ambito della prestazione stabile di servizi (c.d. stabilimento)*, in *Nuove leggi civili commentate*, n. 2.
- Brino, V. (2005), *Diritto del lavoro e diritto della concorrenza: conflitto o complementarità*, in *Rivista giuridica del lavoro*, p. 319.
- Brino V. (2008), *Gli equilibri della Corte di giustizia: il caso Ruffert*, in *Rivista Italiana di diritto del lavoro*, p. 479.
- Boeger, N. (2007), *Solidarity and EC competition law*, in *European Law Review*, p. 319.
- Cafari Panico R. (2006), *La liberalizzazione dei servizi tra il regime vigente e la direttiva Bolkenstein*, in *Diritto pubblico e comparato europeo*, p. 1880.
- Caggiano G. (2008), *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Giappichelli: Torino.
- Caia G. (2005), *I servizi pubblici nell'attuale momento ordinamentale (note preliminari)*, in *Servizi pubblici e appalti*, p. 144.
- Calafà L. (2001), *La prestazione di lavoro tra assenze e (dis)equilibri familiari*, in *Lavoro e Diritto*, p. 143.
- Calafà L. (2004), *Congedi e rapporto di lavoro*, Padova: Cedam.
- Calafà L. (2007), *Paternalità, lavoro e conciliazione condivisa nel diritto europeo*, in *Paternalità e lavoro (2007)*, p. 23.
- Calafà L. (2008), *La Corte costituzionale estende il congedo straordinario al coniuge del disabile*, in *Studium Iuris*, n. 1, p. 35.
- Capantini, M. (2004), *I servizi pubblici tra ordinamento nazionale, comunitario ed internazionale: evoluzione e prospettive*, in A. Massera (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa, Plus, p. 15.
- Carabelli U. (2007), *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di*

*prestazione dei servizi nella CE*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, vol. I, pp. 33-134

Carabelli U. (2009), *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci: Bari.

Cartei G.F. (2002), *Il servizio universale*, Giuffrè: Milano.

Cartei G.F. (2005), *I servizi di interesse economico generale fra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, p. 1219.

Caruso B. (2008), *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione?*, in W.P. "Massimo D'Antona" int. n. 61/2008

Cavallo Perin R. (2000), *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Diritto amministrativo*, p. 41.

Cerulli Irelli V. (2006), *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, p. 747.

Cheli E. (1960), *Libertà e limiti dell'iniziativa economica private nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella dottrina*, in *Rassegna di diritto pubblico*, p. 260.

Chiti M. P. (2003), *Funzioni nazionali e ruolo dell'Unione Europea nella garanzia dei diritti*, in *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, a cura di G. Berti e G.C. De Martin, Atti del Convegno di Roma del 9 giugno 2003, Giuffrè: Milano, p. 165.

Cintioli, F. (2006) *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Il diritto dell'Unione europea*, p. 453.

Civitarese Matteucci S. (2009), *Orizzonti - Servizi sanitari, mercato e "modello sociale europeo"*, in *Mercato concorrenza regole*, p. 179

Corso, G. (1981) *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, p. 755.

Corso G. (1999) *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Rivista giuridica quadrimestrale dei pubblici servizi*, p. 9.

Clarich M. (1998), *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Diritto pubblico*, p. 181.

Clarich M. (2003), *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, p. 95.

Comitato delle Regioni dell'Unione Europea (2005) *Les services d'intérêt général en Europe*. Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes.

Comitato Economico e Sociale (2008) *Quel cadre juridique européen pour les services sociaux d'intérêt général?*, Avis présenté par M. Frédéric Pascal. Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes.

Croci A. (2008), *La legislazione sociale e l'organizzazione dei servizi*, Giappichelli: Torino.

D'Acunto S. (2004), *La proposition de directive sur les services dans le marché intérieur*, in *Revue de droit de l'Union Européenne*, p. 202.

D'Acunto S. (2009), *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi, contenuto*, Milano: Giuffrè.

D'Alessandro D. (2004), *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, Giuffrè.

Davies, A. (2006), *The right to strike versus freedom of establishment in EC law. The battle commences*, in *Industrial law journal*, p. 75.

Davies, G. (2002) *Welfare as a Service*, in *Legal Issues of Economic Integration*, p. 27.

Davies G. (2006), *The Process and Side-Effects of Harmonisation Welfare states*, in *Jean Monnet Working Paper n. 2*, NYU School of Law.

Davies G. (2007), *The Services Directive: extending the country of origin principle and reforming public administration*, in *European Law Review*, p. 232

Davies P. (1995), *Market integration and social policy in the Court of justice*, in *Industrial law journal*, p. 49.

Davies P. (1997), *Posted workers: single market or protection of national labour law systems*, *Common Market Law Review*, p. 571.

Davies P. (2002), *The posted workers directive and the EC Treaty*, in *Industrial law journal*, p. 298.

De Schutter O. (2003), *La garanzia dei diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali*, in *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, a cura di G. Zagrebelsky, Roma-Bari: Laterza, p. 192.

Dougan M. e Spaventa E. (2005,) «*Wish You Weren't Here...*» *New Models of Social Solidarity in the European Union*, in *Social Welfare and the EU Law*, a cura di M. Dougan e E. Spaventa, Oxford e Portland-Oregon: Hart Publishing, p. 181.

Driguez L., Rodrigues S. (2008), *Services sociaux d'intérêt général et droit communautaire. Entre spécificité et banalisation* in *Actualité Juridique Droit Administratif*, n. 4/2008.

*Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A Legal Perspective* (2003), a cura di T.K. Hervey e J. Kenner, Oxford: Hart Publishing.

Eklund R., (2006) *The Laval case*, in *Industrial Law Journal*, p. 202.

Enjolras B. (2004) *General interest and social services in the European Union*, Atti della Conferenza *Social Service of General Interest in EU – Assessing their Specificities, Potential and Needs*, Bruxelles 28-29 giugno 2004, in [www.socialplatform.org](http://www.socialplatform.org).

Esposito M. (2006), *Prestazione transnazionale di servizi e distacco del lavoratore*, in *Diritto Lavori e Mercati*, p. 577.

Feroli E. (2003), *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, Torino, Giappichelli.

Ferrari E. (1986), *I servizi sociali*, vol. I, Giuffrè: Milano.

Ferrera M. (2000), *Integrazione europea e sovranità sociale dello statonazione: dilemma e prospettive*, in *Rivista italiana di scienza della politica*, p. 393.

Ferrera M. (2004), *Verso una cittadinanza sociale «aperta». I nuovi confini del welfare nell'Unione europea*, URGE WP 1/2004.

Finocchi Ghersi R. (2006). *Servizi sociali*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, vol. VI, Milano, p. 5536.

Freedland M. e Sciarra S. (1998) *Public Services and Citizenship in European Law. Public and Labour Law Perspectives*, Oxford: Oxford University Press.

Freedland, M., Craig P., Jacqueson, C., Kountouris, N., (2007) *Public employment services and European law*, Oxford : Oxford University Press.

Garabiol-Furet M. D. (2006), *Playdoyer pour le principe du Pays d'origine*, in *Revue du marché communautaire*, p. 82.

Giesen, R. (2003) *Posting: social protection of workers vs. fundamental freedoms?*, in *Common Market Law Review*, p. 143.

Giubboni S. (2003), *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale della integrazione europea*, Bologna, Il Mulino.

Giubboni S. (2004), *Solidarietà e concorrenza: «conflitto» o «concorso?»*, in *Mercato Concorrenza Regole*, p. 75.

Giubboni S. (2005), *Cittadinanza e mercato nella disciplina comunitaria di sicurezza sociale. Spunti per un dibattito sul Regolamento n. 883 del 2004*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, p. 223.

Giubboni S. (2007), *Free movement of persons and European solidarity*, in *European law journal*, p. 360.

Giubboni S., Orlandini G. (2007), *La libertà di circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea. Principi e tendenze*, Bologna: Il Mulino.

Gobbato S. (2005), *Diritto comunitario della concorrenza e servizi di interesse generale di carattere sociale: note a margine della recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Il diritto dell'Unione europea*, p. 761.

Gottardi D. (2008), *Diritti sindacali e libertà economiche al Parlamento europeo. I nodi del coordinamento sistematico*, in *Lav. dir.*, 2008, p. 573.

Gottardi D. (2010), *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, relazione alle Giornate di studio Aidlass, Parma 4-5 giugno 2010.

Hamoniaux T. (2001), *L'intérêt général et le juge communautaire*, Paris: L.G.D.J.

Heilmer A. (2006), *Storie. La direttiva Bolkestein*, in *Mercato, regole, concorrenza*, p. 95.

Hermes G. (2007), *Dal diritto della concorrenza alla politica istituzionale: l'art. 86, secondo comma, Trattato CE*, p. 122, in *Attività*

*economiche ed attività sociali nei servizi di interesse generale*, a cura di E. Ferrari, 2007, Giappichelli: Torino.

Hirschman A. O. (1970), *Exit, Voice, and Loyalty*, Cambridge, Harvard University Press, (trad. it, Milano, Bompiani, 1982).

Hirschman A. O. (1997), *Autosovversione*, Il Mulino: Bologna.

Huber P. M. (2005) *L'armonizzazione dei servizi di interesse economico generale in Europa e i suoi limiti*, in *Servizi pubblici e appalti*, pp. 85-114.

*I modelli di affidamento dei servizi sociali e l'attuazione dei sistemi di accreditamento* (2006), ricerca condotta dal Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali con l'Università di Roma La Sapienza, in [www.astridonline.it](http://www.astridonline.it).

*Il lavoro subordinato* (2009), a cura di S. Sciarra, B. Caruso, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, a cura di G. Ajani e G. A. Benacchio, vol. V, Giappichelli, Torino.

Kolehmainen E. (1998), *The Directive concerning the posting of workers: synchronization of the functioning of national legal systems*, in *Comparative Labor Law and Policy Journal*, p. 71.

*L'idée de servic public dans le droit des Etats de l'Union européenne* (2001), a cura di G. Marcou e F. Moderne, Paris: L'Harmattan.

*La competizione tra ordinamenti giuridici* (2007), a cura di A. Plaia, Milano: Giuffrè.

*La libertà di prestazione dei servizi nella giurisprudenza comunitaria: i principi generali* (2007), a cura di Radicati Di Brozolo e Bestano, Atti del Convegno «XXXI. Tavola Rotonda di diritto comunitario: Il mercato unico dei servizi», Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, 2 febbraio 2007

Landa Zapirain J.P., Moreno Marcos M. (2008), *Una nueva encrucijada para el Derecho del Trabajo: la compatibilidad del ejercicio de los derechos colectivos de la acción sindical con el respeto a las libertades fundamentales del mercado interior comunitario*. (Comentario de las Sentencias de la Gran Sala del TJE de 11/12/2007 (Viking) y de 18/12/2007 (Laval), in *Relaciones Laborales*, p. 481.

Landa Zapirain J.P. (2010), *En Busca de una Regulación Equilibrada que Permita Conciliar el Desarrollo del Mercado Único con el Respeto Exigible al Ejercicio de los Derechos Sociales Fundamentales: Desde el*

*Diálogo Social a la Constitucionalización Jurídica de la UE*, in *Rev. del MTIN*, p.87.

Lebrun N. (2009), *L'utilité sociale, une forme d'intérêt général? Perspectives et enjeux*, W.P. Série Cohésion sociale, in [www.pourlasolidarite.be](http://www.pourlasolidarite.be).

Leone G. (2000), *La nozione di impresa e le sue ricadute sui diritti sociali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Rivista giuridica del lavoro*, p. 993.

Littlechild S.C. (2000), *Privatisation, competition and regulation*, London.

Lottini M. (2005), *I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, p. 1351.

Lottini M. (2009), *La concezione "statica" e la concezione "dinamica" dell'attività economica: una recente sentenza della Corte di giustizia in materia di servizi sociali*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, p. 1551.

Louis J., Rodrigues S. (2006), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles: Bruylant.

Lyon Caen G. (1992), *L'infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence*, in *Droit Ouvrier*, p. 313.

Lyon Caen G., Sciarra S. (1998), *La Convenzione di Roma e i principi del diritto del lavoro*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 20, p. 9.

Maltoni, A. (2005), *I sistemi regionali integrati di interventi e servizi sociali*, in *Le Regioni*, p. 871.

Manin P. (2006), *Conclusions sur la Directive 2006/123/CE*, in *Europe*, p. 29.

Maresca M. (2005), *L'accesso ai servizi di interesse generale, de-regolazione e ri-regolazione del mercato e ruolo degli Users' Rights*, in *Diritto dell'Unione europea*, p. 445.

Mendola R. (2005), *Servizi sociali di interesse generale ed organizzazioni non profit nel quadro della disciplina comunitaria*, in *Impresa Sociale*, p. 44.

Mengoni L. (1997), *I diritti sociali*, in *Dalla Costituente alla Costituzione*, Atti del Convegno in occasione del Cinquantenario della Costituzione Repubblicana, Roma, 18-20 dicembre 1997, p. 173.

Mengozzi P. (2009), *La tendenza del diritto comunitario a evolversi in senso sempre più personalistico e la disciplina generale dei servizi di interesse economico generale*, in *Contratto e impresa/Europa*, p. 304.

Menichetti E. (2003), *I servizi sociali nell'ordinamento comunitario*, in *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, a cura di A. Albanese e C. Marzuoli, Bologna: Il Mulino, p. 79.

Menichetti E. (2006), *Servizi sociali e servizi economici di interesse generale*, in *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, a cura di S. Sciarra, Bologna: Il Mulino.

Menichetti E., Albanese A., Spaventa A. (2002-2003), *Public services and European law: looking for boundaries*, in *Cambridge Yearbook of European Studies*, p. 271.

Merusi F. (2002), *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Annuario 2001 dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto amministrativo*, Milano: Giuffrè, p. 63.

Moderne F. (1994), *Les modèles européennes: analyse comparative des notions de service public dans les Etats membres*, in *L'Europe à l'épreuve de l'intérêt général*, Rapport de la Initiative pour des Services d'Utilité Publique en Europe, a cura di C. Stoffaës, Paris: ASPEurope Ed., p. 57.

Munari F. (2002), *La disciplina dei cd. servizi essenziali tra diritto comunitario, prerogative degli Stati Membri e interesse generale*, in *Diritto dell'Unione europea*, p. 39.

Napolitano G. (2000), *Il servizio universale e i diritti dei cittadini*, in *Mercato Concorrenza Regole*, p. 429.

Napolitano G. (2005), *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna: Il Mulino.

Nettesheim M. (2008), *Les services d'intérêt général en Droit Communautaire entre libre concurrence et État social*, in *Revue internationale de droit comparé*, p. 603.

Nicolaidis P. (1999), *The role of the State in the single european market: How to reconcile social responsibility with competition?*, in *Services of general interest in the EU: reconciling competition and social*

*responsibility*, a cura di G. Haibach, Maastricht: European Institute of Public Administration.

Nogler L. (2008), *Diritto del lavoro e diritto contrattuale europeo: un confronto non più rinviabile*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, p. 171.

Orlandini G., (2006) *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, in *Europa e Diritto Privato*, p. 947.

Orlandini G. (2009), *I diritti dei lavoratori migranti nell'ambito del mercato dei servizi*, in *Il lavoro subordinato* (2009).

Pallini M. (2000), *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, p. 225.

Pallini M. (2006) *Il caso Laval-Vaxholm: il diritto del lavoro ha già la sua Bolkestein*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, p. 229.

Pallini M. (2007), *Liberalizzazione dei servizi e rischi (veri e presunti) di dumping sociale nell'Unione europea*, in *Diritto pubblico e comparato europeo*, p. 379.

Pellegrino, P. (2007), *Directive sur les services dans le marché intérieur. Un accouchement dans la douleur*, in *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, p. 15.

Perfetti L. R. (2001a), *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, p. 479.

Perfetti L. R. (2001b), *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova: Cedam.

Persiani M. (1979,) *Commento all' art. 38*, in G. Branca (a cura di), «Commentario della Costituzione», art. 35-40, vol. XXI, Bologna-Roma: Zanichelli, p. 232.

Police A., Giulietti W. (2004), *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio* (nota a Corte costituzionale, sent. 27 luglio 2004 n. 272), in *Servizi pubblici e appalti*, p. 831.

Pototschnig U. (1964) *I pubblici servizi*, Padova, Cedam.

Preto A. (2007), *La direttiva 2006/123/CE: dal principio del Paese di origine alla libera prestazione dei servizi*, in *Contratto e impresa*, p. 886.

Prosperetti L. (2002), *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza. Teoria economica ed esperienze recenti*, in *Mercato Concorrenza Regole*, p. 277.

Prosser T. (2005), *The Limits of Competition Law. Markets and Public Services*, Oxford: Oxford University Press.

Racca G.M., (1995) *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in G. Pericu, A. Romano, V., *La concessione di pubblico servizio*, a cura di Spagnolo Vigorita Milano, Giuffrè, p. 269.

Rangone N. (1997) *I servizi di interesse generale in Europa (commento a Comunicazione COM(1996) 443 dell'11 settembre 1996)*, in *Giornale di diritto amministrativo*, p. 397.

Rangone N. (1999) *I servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino.

Ross M.G. (2000), *Art.16 EC and Services of General Interest: from derogation to obligation*, in *European Law Revue*.

Ross M.G. (2004), *The Europeanization of Public Services Supervision: Harnessing Competition and Citizenship*, in *Yearbook of European law*, p. 489.

Salerno G. C. (2010), *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione europea*, Giappichelli: Torino.

*Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt général et le marché* (1998), in *Acte du colloque de Strasbourg*, 17-19 ottobre 1996 a cura di R. Kovar e D. Simon.

Scotti E. (2003a), *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova: Cedam.

Scotti E. (2003b), *Brevi note in tema di servizi pubblici e aiuti di Stato*, in *Foro amministrativo*, p. 3219.

Simon D. (1998), *Les mutations des services publics du fait des contraintes du droit communautaire*, in *Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt général et le marché* a cura di R. Kovar e D. Simon, Paris, La documentation française, p. 67.

Sorace D. (1999), *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Diritto pubblico*, p. 371.

Spaventa E., (2003) *Public Services and European Law: Looking for Boundaries*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Oxford: Oxford Press University, p. 271.

Stoffaës C. (1994), *L'Europe à l'épreuve de l'intérêt général, Rapport de la Initiative pour des Services d'Utilité Publique en Europe*, Paris: ASPEurope Ed.

Telese G. (1999), *Servizio di interesse economico generale e servizio universale nella giurisprudenza e nella normativa comunitaria*, in *Ius*, p. 947.

Tesauo (2008), *Diritto comunitario*, Cedam: Padova.

Tesauo (2010), *Diritto dell'Unione Europea*, Cedam : Padova.

Triantafyllou D. (1998), *Le mutations de la notion de service public en droit comparé*, in *Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt général et le marché*, a cura di R. Kovar e D. Simon, Paris, La documentation française, p. 34.

*Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori. Due fini configgenti* (2009), a cura di G. Amato, F. Denozza, H. Schweitzer, A. Nicita, D. Stallibrass in *Mercato, concorrenza, regole*, p. 381.

Van De Gronden, J. W.(2004) *Purchasing care: economic activity or service of general (economic) interest?*, in *European Competition Law Review*, pp. 87-94.

Vandamme J., Rodrigues S. (2003), *L'accès aux services d'intérêt économique général*, Paris, ASPE Europe

Vielle P. (2001), *La sécurité sociale et le coût indirect des responsabilités familiales*, Bruxelles: Bruylant.

Vigneri A. (2006) *Coesione sociale e tutela della concorrenza in un sistema multilivello*, in *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, a cura di C. De Vincenti e A. Vigneri, Bologna: Il Mulino, p. 73.

Villata R. (2003), *Pubblici servizi*, Milano, Giuffrè.

Weatherill S. (2002), *Pre-emption, harmonisation and the distribution of competence to regulate the internal market*, in *The law of the single European market. Unpacking the premises*, a cura di C. Barnard e J Scott, Oxford: Hart Publishing, p. 41.

Wedderburn W. (1995), *Freedom and frontiers of labour law*, in *Labour law and freedom*, London: Lawrence and Wishart.