

■ CAPITOLO XI

I SERVIZI PUBBLICI

- **SOMMARIO:** 1. Funzione pubblica e servizio pubblico. - 2. Le norme costituzionali in materia di servizi pubblici. - 3. L'influenza del diritto comunitario in materia di servizi pubblici, liberalizzazioni e obblighi di servizio pubblico. - 4. Tutela della concorrenza nel mercato dei servizi pubblici: obblighi di servizio pubblico e compensazioni. - 5. I principi in materia di servizi pubblici. - 6. Forme di gestione: la regolazione dei servizi pubblici e i servizi "a rete". - 7. La posizione giuridica degli utenti: le Carte dei servizi. - 8. La giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici (rinvio). - 9. I servizi pubblici locali. - 9.1. Nozione e caratteri peculiari. - 9.2. Le modalità di gestione e affidamento dei servizi pubblici locali. - 9.3. L'evoluzione normativa in materia di servizi pubblici locali: le origini della disciplina, la municipalizzazione, l'introduzione della concorrenza e le liberalizzazioni. - 9.4 Verso la "ripubblicizzazione": gli interventi della Corte Costituzionale e i più recenti tentativi di riordino della disciplina.

■■■ "FOCUS" GIURISPRUDENZIALE:

I. La nozione di pubblico servizio (T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 09 luglio 2018, n. 4545)

II. Il rapporto tra la nozione di SIEG di matrice comunitaria e quella riconosciuta nell'ordinamento interno (Cass. 17 novembre 2010, n. 325)

III. La giurisprudenza "Altmark" della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sugli "obblighi di compensazione" (Corte di Giustizia 24 luglio 2003, C-280/00)

IV. La natura vincolante degli obblighi imposti dalla Carte dei servizi (T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 13 giugno 2012, n. 1230)

V. La Corte Costituzionale interviene nuovamente in materia di servizi pubblici, a tutela dell'autonomia delle Regioni (Corte cost. 25 novembre 2016, n. 251)

VI. L'obbligo di motivazione in merito alla decisione sul modello di gestione del servizio (Corte costituzionale 20 luglio 2012, n. 199)

1. Funzione pubblica e servizio pubblico.

A partire dagli inizi del ventesimo secolo, l'espansione del ruolo dello Stato nell'economia si manifestò anche attraverso l'assunzione, in capo all'amministrazione pubblica, del soddisfacimento di determinati bisogni della collettività, con la conseguente crescita di attività a contenuto sociale e imprenditoriale svolte dai pubblici poteri. Divenne dunque usuale che la fornitura di determinati beni e servizi – come, ad esempio, le cure mediche e l'istruzione pubblica, ma anche la distribuzione della corrispondenza, il trasporto ferroviario o l'illuminazione stradale – venisse organizzata da parte di soggetti pubblici, secondo moduli di vario tipo ma in ogni caso distinti da quello autoritativo, tradizionalmente associato alla funzione pubblica. La dottrina infatti distingue la funzione amministrativa dall'attività di fornitura dei pubblici servizi in quanto quest'ultima non consiste nella modifica unilaterale della sfera giuridica dei singoli, tramite atti in grado di espanderla o comprimerla sulla base del potere attribuito al soggetto pubblico, ma si manifesta come un'attività assimilabile a quella dell'impresa, verso cui il privato non

assume il ruolo di soggetto passivo – titolare soltanto dell'interesse legittimo al corretto esercizio del potere – ma di utente o fruitore del servizio. La distinzione pare evidente in quanto nelle attività riconducibili al pubblico servizio non si rinviene la presenza del potere o della potestà, «intesi nel senso di posizione fondamentale dell'autorità e, al tempo stesso, di necessaria formalizzazione del contenuto, dell'attività, ossia della concretizzazione del potere in atti sottoposti dall'ordinamento ad un particolare regime», (MODUGNO) per quanto si possa invece comunque individuare una inerenza oggettiva dell'attività al pubblico interesse, ogni volta che interviene un atto amministrativo in qualche momento, anche autorizzatorio o concessorio, pur in assenza di un supporto organizzativo appositamente costituito (GIANNINI).

Dunque, il pubblico servizio può distinguersi dall'attività autoritativa tanto nell'oggetto, costituito da beni o servizi che non rappresentano esercizio di un potere pubblico, quanto per le modalità in cui viene svolto, assimilabili all'offerta presente sul mercato.

La distinzione così delineata trova, per certi versi, un riscontro normativo nelle norme del codice penale che definiscono il pubblico ufficiale e l'incaricato di pubblico servizio (rispettivamente gli artt. 357 e 358 c.p.) ove il primo è presentato come il soggetto la cui attività non solo è disciplinata da norme di diritto pubblico ma si svolge «per mezzo di poteri autoritativi o certificativi» mentre il secondo è addetto a prestazioni che non comportano tale spendita («prestazione di opera meramente materiale»), per quanto organizzate «nelle stesse forme» della pubblica funzione. Il distinguo, così formulato, pare comunque riferibile piuttosto ai soggetti e non rappresenta, di per sé stesso, un criterio sufficiente per evidenziare le peculiarità del servizio pubblico rispetto alla funzione amministrativa in senso tecnico (la dottrina fa riferimento, in merito alla nozione di funzione pubblica che parrebbe emergere dalle norme del codice penale, al concetto di «funzione pubblica in senso enfatico» (GIANNINI). In merito alla nozione di rilievo penalistico del servizio pubblico, anche gli indici sintomatici utilizzati dalla giurisprudenza di legittimità per determinare la qualifica di incaricato di pubblico servizio, che consistono essenzialmente nel «perseguimento di finalità pubbliche», nell'impegno di «denaro pubblico» e nella «soggezione a controlli pubblici», di tipo gestionale e finanziario (cfr. di recente Cassazione penale, Sez. VI, 10 novembre 2015, n. 28299), sono di tale ampiezza da far dubitare dell'utilità ai fini classificatori sul piano del diritto amministrativo, e non rappresentano un'efficace discriminazione tra funzione e servizio pubblico. La dottrina infatti, critica nei confronti dei parametri giurisprudenziali sopra tratteggiati, ha evidenziato un diverso possibile criterio, più aderente al dettato normativo, per cui a prescindere dalla natura amministrativa o privata del modulo procedimentale adoperato, il soggetto potrà essere ritenuto pubblico quando abbia svolto una mansione assoggettata a una «verifica di congruenza finalistica e modale verso gli interessi protetti anche dagli artt. 97 e 98 Cost».

Le norme del codice penale peraltro rispecchiano la realtà dell'epoca in cui furono redatte, ove l'organizzazione e la concreta erogazione dei servizi pubblici avveniva quasi esclusivamente per il tramite di un soggetto pubblico, previa istituzione di una riserva di attività in carico allo stesso al fine di escluderne lo svolgimento da parte dei privati, tramite aziende pubbliche speciali interne agli enti pubblici territoriali o tramite la creazione di enti pubblici economici, più raramente attraverso concessioni di beni pubblici.

Per quanto individuata per contrasto rispetto alla funzione, la nozione di servizio pubblico non è risultata mai del tutto pacifica – in dottrina si è sostenuto che sarebbe senza

dubbio «tra quelle più tormentate» (GIANNINI) – e diversi sono stati i criteri proposti in dottrina per determinarne i confini, con sufficiente chiarezza, rispetto all'attività autoritativa e a quella imprenditoriale.

Guardando a come si è evoluta la nozione di servizio pubblico nel dibattito nazionale nella dottrina amministrativistica, può infatti notarsi una prima fase in cui si è usato fare esclusivo riferimento alla natura del soggetto che assumeva il compito di erogare le prestazioni al fine di qualificare la natura dell'attività di volta in volta qualificabile come servizio pubblico se svolta da un soggetto pubblico («principio nominalistico» o concezione soggettiva del servizio pubblico), rendendo tuttavia di fatto indistinguibile l'attività di pubblico servizio da quella imprenditoriale, se svolta da soggetti pubblici.

Successivamente si è andata affermando una diversa idea (c.d. concezione oggettiva) per cui si è posto l'accento sulla finalizzazione dell'attività prestata, a prescindere dal soggetto incaricato o dallo schema provvedimentale di volta in volta utilizzato per assicurarne la prestazione, tesa alla realizzazione di un interesse pubblico (POTOSCHNIG). Tra i pregi della concezione oggettiva risulta senza dubbio quello di aver ben messo in luce il risvolto organizzativo che investe l'esercizio del pubblico servizio e la necessità che l'attività sia orientata e finalisticamente vincolata al perseguimento dell'interesse pubblico; va tuttavia evidenziato che anche tale ricostruzione rischia di non fornire sufficienti indizi, adottando una definizione molto ampia di pubblico servizio come «attività economica di cui la legge abbia determinato programmi e controlli per indirizzarla e coordinarla a fini sociali», per distinguerla rispetto all'attività d'impresa privata. Più recenti ipotesi ricostruttive, nel tentativo di superare i limiti della concezione soggettiva e di quella oggettiva, definiscono il servizio quale necessaria intersezione da un lato di una oggettiva doverosità, inerente all'attività, dall'altro di un necessario risvolto soggettivo pubblico, tale da determinare un legame del servizio con un soggetto pubblico, garante nei confronti dell'utenza dell'erogazione delle prestazioni (SCOTTI). Tale soggetto, definito come titolare del servizio e necessariamente pubblico, non si identifica con il gestore ma con colui che istituisce il servizio stesso, ne determina il livello essenziale da assicurare agli utenti, ne definisce il programma e le modalità di erogazione e ne garantisce la corretta esecuzione da parte del gestore, pubblico o privato che sia. In tale prospettiva dunque si comprendono entrambi gli aspetti evidenziati dalle teorie precedenti, poiché si affianca alla oggettiva doverosità del servizio un necessario collegamento con un soggetto pubblico titolare dello stesso.

I. GIURISPRUDENZA: *La nozione di pubblico servizio.*

La giurisprudenza, pur in assenza di evidenti prese di posizione sul dibattito teorico, pare adottare una visione intermedia tra la concezione oggettiva e quella soggettiva, simile agli approdi più recenti della dottrina.

Tale criterio emerge nelle pronunce ove, al fine di tratteggiare la distinzione tra appalto di servizi e concessione di servizio pubblico, si descrive la nozione di servizio pubblico a partire da due caratteristiche fondamentali: la preordinazione dell'attività a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti e la sottoposizione del gestore ad una serie di obblighi, tra i quali quelli di esercizio e tariffari, volti a conformare l'espletamento dell'attività a regole di continuità, regolarità, capacità tecnico- professionale e qualità» (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 18 giugno 2015, n.3120 e Consiglio di Stato, sez. V, 14 febbraio 2013, n. 911).

Sempre nel senso di individuare necessariamente un soggetto pubblico titolare del servizio si è pronunciato di recente il T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 09 luglio 2018, n. 4545, che ha efficacemente distinto, in senso conforme all'ultima ricostruzione dottrinarina illustrata, un rapporto di finanziamento

(che pone l'obbligo in capo all'ente pubblico di provvedere al servizio) e un diverso rapporto di servizio, che costituisce manifestazione del potere di scelta di una delle possibili modalità di affidamento cui la norma di settore consente di ricorrere da parte dell'ente titolare.

Tali relazioni hanno quale elemento comune, dal punto di vista soggettivo, l'ente locale titolare del servizio, nel primo caso quale destinatario della funzione di finanziamento, nel secondo, in qualità di organizzatore delle specifiche forme giuridiche di svolgimento, con compiti di verifica e controllo, per quanto riconducibili a fonti diverse (rispettivamente la legge e il contratto di servizio) e potenzialmente incidenti su soggetti diversi.

2. Le norme costituzionali in materia di servizi pubblici.

La concezione del servizio pubblico volta a valorizzare la finalizzazione pubblicistica di determinate attività imprenditoriali si è delineata a partire dall'interpretazione delle norme costituzionali che limitano la libertà di iniziativa economica, *latu sensu* intesa, e ne condizionano l'esercizio al perseguimento di fini di utilità sociale, in virtù dei quali è anche attribuito allo Stato il potere di conformare l'esercizio dell'attività imprenditoriale.

Dal tenore degli artt. 41 e 43 Cost. può infatti dedursi che la Costituzione considera l'attività d'impresa, al pari di quella autoritativa, idonea al perseguimento dell'interesse pubblico, e accetta dunque che in tale ottica lo Stato possa imporre dei vincoli e degli obblighi gravanti sui soggetti che la esercitano, siano essi pubblici o privati.

Nello specifico, la locuzione pubblico servizio compare nell'art. 43 Cost., nel momento in cui consente l'intervento dello Stato per riservare o trasferire mediante espropriazione imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali. Da tale formulazione, letta in correlazione al perseguimento di finalità sociali a cui deve volgersi l'attività economica anche se esercitata da soggetti privati (art. 41 Cost.), viene ricavata la necessità di una visione oggettiva del servizio pubblico, che prescinde dunque dal soggetto che lo esercita ma fa riferimento al particolare regime economico di tutte quelle attività che risultano «essenziali» per il raggiungimento delle finalità di volta in volta definite dal legislatore. Nel caso in cui dunque le imprese non riescano ad assicurare un determinato servizio nel mercato, questo deve essere assicurato tramite l'intervento pubblico, non solo possibile ma anche doveroso, sulla base ad una valutazione del soggetto pubblico in merito alle modalità (riserva originaria, espropriazione) che l'art. 43 Cost. prevede come espressamente riservata alla legge. Nel testo costituzionale sono state individuate anche altre norme che fanno riferimento a specifici ambiti – *rectius* specifici interessi pubblici – riconducibili alla nozione di servizi pubblici, a cui è tuttavia riservata una peculiare disciplina. In particolare, possono rientrare in tale categoria l'art. 32 che tutela la salute «come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività», gli artt. 33 e 34 che prevedono l'istituzione di scuole statali e impongono l'istruzione obbligatoria e gratuita, le previsioni in materia di servizi sociali e di assistenza agli indigenti.

Tali settori vengono distinti dalla categoria generale dei servizi pubblici essenziali – secondo la nozione enunciata nell'art. 43 – sotto diversi profili, che emergono direttamente dalla disciplina costituzionale in materia: le previsioni sopra citate infatti non solo impongono allo Stato il dovere di provvedere a determinate prestazioni, ma assicurano allo stesso tempo il diritto dei privati ad esercitare i relativi diritti e ad organizzare privatamente attività direttamente tese a tali obiettivi («l'assistenza privata è libera»; «Enti e privati hanno il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione», così come la garanzia di cure per gli indigenti non comporta necessariamente l'istituzione di