

Breviaria Iuris
fondati da
G. Cian e A. Trabucchi

CAVALLO PERIN

ROMANO

commentario breve
al
testo unico sulle
AUTONOMIE LOCALI

CEDAM

TITOLO V

SERVIZI E INTERVENTI PUBBLICI LOCALI

112 Servizi pubblici locali. 1. *Gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla 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 locali.*

[2. *I servizi riservati in via esclusiva ai comuni e alle province sono stabiliti dalla legge*] ⁽¹⁾.

3. *Ai servizi pubblici locali si applica il capo III del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286, relativo alla qualità dei servizi pubblici locali e carte dei servizi.*

(¹) Abrog. da l. n. 448/01, art. 35, co. 12°.

SOMMARIO: Sezione I: *I principi giuridici dei servizi pubblici:* I. La scelta del gestore e l'esecuzione delle prestazioni agli utenti. - II. L'uguaglianza. - III. La proporzionalità e l'imparzialità. - IV. La continuità. - V. Trasparenza e partecipazione. - VI. Il diritto di scelta e la partecipazione. - VII. Il dovere di motivazione e la tutela giurisdizionale. - Sezione II: *Il servizio pubblico locale:* I. Osservazioni generali. - II. Pubblico servizio e attività di interesse economico generale. - III. Le fonti del servizio pubblico. - IV. Fini sociali e sviluppo della comunità. - V. L'oggetto: la produzione di beni e attività. - VI. La parità di trattamento verso gli utenti. - VII. Programma e continuità del servizio pubblico. - VIII. Il controllo e la vigilanza degli enti locali. - IX. Il rapporto giuridico di servizio pubblico: fonti e rischio di gestione. - X. L'abrogazione della disposizione sui servizi in esclusiva. - Sezione III: *La qualità nei servizi pubblici locali:* I. La disciplina nazionale ed europea a tutela dei consumatori. - II. Le carte di servizio pubblico: contenuti e soggetti tenuti all'adozione. - III. Contratti di utenza, capitolati e contratti di servizio pubblico.

SEZIONE I

I principi giuridici dei servizi pubblici

I. La scelta del gestore e l'esecuzione delle prestazioni agli utenti. ■ La possibilità per i principi di offrire una **disciplina dei servizi pubblici** è stata ricordata da alcune disposizioni nazionali ed europee. La prima parte della direttiva italiana sulla *Carta dei servizi pubblici* (d.p.c.m. 27 gennaio 1994; d. lgs. n. 286/99, art. 11, co. 5°) offriva una ricognizione non esaustiva dei principi fondamentali che presiedono all'erogazione dei servizi nel nostro ordinamento, cioè di norme ritenute comunque presenti nell'ordinamento (*infra* Sez. III). Non diversa è la natura giuridica della *Comunicazione della Commissione Ue*, 12 aprile 2000, per il dichiarato *carattere interpretativo* che la contraddistingue, con la quale si intende definire un inquadramento giuridico che delinea i limiti che derivano dai principi fondamentali stabiliti dal *TCe*. Appare di interesse un raffronto tra la ricognizione dei principi dell'ordinamento italiano (eguaglianza, imparzialità, continuità, diritto di scelta, partecipazione, efficienza ed efficacia: d.p.c.m. 27 gennaio 1994) e quella sui principi dell'ordinamento europeo (parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, dovere di motivazione, tutela giurisdizionale e mutuo riconoscimento: *Comunicazione Ue*, 12 aprile 2000) da cui scaturisce una disciplina **unitaria di principio sui servizi pubblici**. I due atti di ricognizione non sono tuttavia omogenei: nella comunicazione della Commissione europea si cerca di desumere dai principi la definizione della **validità delle discipline nazionali** (conformità al *TCe*) che hanno ad oggetto la scelta del gestore-concessionario; nella disciplina italiana sulla qualità (o carta) dei servizi i principi sono invece presentati come definizione

della validità dell'obbligazione del gestore avente ad oggetto l'esecuzione delle prestazioni di servizio pubblico. In entrambi si tratta di **norme imperative** per l'autonomia di riferimento (*sub* art. 1), sia essa per la disciplina italiana (art. 117, co. 1°, Cost.) oppure per la fonte dell'obbligazione del gestore (artt. 1173, 1418 c.c.). ■ L'analisi congiunta rivela che le **disposizioni tradizionalmente poste a favore dei prestatori** di servizi (divieto di discriminazione per ragioni di nazionalità: art. 12; libertà di stabilimento: art. 43; libera prestazione di servizi: art. 49 *TCe*) sono **completate** da quelle che nel Trattato individuano a favore degli utenti il diritto all'informazione, la tutela della salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori, come beni giuridici tutelati dalla Comunità (art. 153, § 1, *TCe*), poiché scelta di diritto positivo del Trattato, secondo il quale nella «definizione e nell'attuazione di altre politiche o attività comunitarie» sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori (art. 153, § 2, *TCe*), da cui emerge una linea di interpretazione che appare anche nell'ordinamento italiano dagli studi compiuti in Italia sulla nozione di servizio pubblico (*infra* Sez. III).

II. L'uguaglianza. ■ L'uguaglianza è un **principio fondamentale del diritto comunitario** a prescindere da ogni enunciazione scritta in norme particolari o generali del Trattato, valido ed effettivo non solo con riferimento agli appalti pubblici per gli specifici divieti di discriminazione a motivo della nazionalità e della cittadinanza (artt. 12, 43, 49 *TCe*; Corte Ue, 27 ottobre 1993, C-127/92, 1-555; 26 febbraio 1992, C-357/89, 1-5923; 7 luglio 1992, C-295/90, 1-4193; 22 giugno 1993, C-243/89, pt. 37, 3353; 25 aprile 1996, C-87/94, pt. 33, 2043). ■ Il principio di uguaglianza è stato affermato sia nella definizione-

ne **formale** (sesso, razza, lingua, religione, condizioni economiche e sociali, nazionalità e cittadinanza), sia in quella **sostanziale**, che impone di non disciplinare in modo diverso situazioni analoghe, né in modo eguale situazioni differenti, sino a recuperare l'articolazione, nota al nostro ordinamento, del principio di **ragionevolezza** (Corte Ue, 25 luglio 1991, C-76/90, pt. 15, 4221; DONATI, *G. cost.* 95, 1838; per una rilettura dei diritti all'uguaglianza materiale nelle costituzioni del novecento: GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza materiale*, Torino, 1999, 24s.; per il principio di proporzionalità *infra* § III). ■ Nell'Unione europea il principio di parità di trattamento (uguaglianza) è riferito alla formulazione dei bandi di gara (artt. 52 e 59 *TCe*) e vieta «non solo le discriminazioni palesi a motivo della cittadinanza, ma qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che, mediante il ricorso ad altri criteri distintivi, abbia in pratica le stesse conseguenze» (Corte Ue, 29 ottobre 1980, C-22/80, 3427; Corte Ue, 5 dicembre 1989, C-31/88) con particolare attenzione alla circostanza che le regole del gioco siano conosciute da tutti gli offerenti e si applichino a tutti nello stesso modo, esigendo inoltre che le offerte siano conformi alle prescrizioni del capitolato d'oneri, affinché delle stesse sia possibile un **4** fronte obiettivo. ■ Uguaglianza come principio fondamentale dell'ordinamento dell'Unione europea che non può che involgere anche la successiva fase dell'esecuzione della prestazione di servizio pubblico a favore degli utenti, con l'**obbligo di erogare il servizio pubblico a qualsiasi utente lo richieda** in osservanza della **parità di trattamento**, talora espressamente sancito dalla legislazione degli Stati membri (in Italia art. 1679 e art. 2597 c.c.). Nella formulazione italiana della Carta sulla qualità dei servizi si riafferma il principio di uguaglianza formale anche con riferimento ai servizi pubblici (art. 3, co. 1°, Cost.) esplicitando il conseguente obbligo degli enti erogatori di contrarre con gli utenti a condizioni eguali («l'accesso ai servizi deve essere uguale per tutti»), riconoscendo invece l'uguaglianza sostanziale come principio cui devono uniformarsi sia le amministrazioni aggiudicatrici nella loro attività di regolazione, sia i gestori nell'attività di erogazione agli utenti. Già nella ricerca del **fondamento costituzionale della nozione di pubblico servizio** in Italia si è affermata la diretta rilevanza del principio di uguaglianza (art. 3, co. 2°, Cost.). A partire dagli inizi del secolo scorso il servizio pubblico infatti è stata la forma attraverso la quale lo Stato, poi la Repubblica (*sub* art. 1), ha storicamente assolto al compito di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la li-

bertà e l'uguaglianza dei cittadini impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori alla organizzazione politica, economica e sociale del paese» (POTOTSCHNIG, *D. ec.* 90, 37-38; cfr. CORASANITI, *Giust. civ.* 80, 2539; CAIA, in *Diritto amministrativo*, a cura di Mazzarolli, Pericu. A. Romano, Roversi Monaco, Scoca, 767; per l'edilizia economico-popolare: NIGRO, *R. trim. d. pub.* 57, 183; ID., *I Lavori Pubblici*, a cura di A.M. Sandulli, 1967, 496). Uguaglianza sostanziale che impone di definire ed erogare **prestazioni differenziate** in ragione delle diverse aree geografiche di utenza, delle diverse categorie o fasce di utenti, distinte per condizioni personali o sociali, con particolare riferimento agli utenti portatori di handicap fisici o psichici. ■ Garantire la parità di trattamento degli utenti può dunque **imporre al gestore un differente sforzo produttivo** che in taluni casi può assumere modalità e dimensioni di cui si deve tenere conto nei bandi di gara o negli atti di affidamento e talvolta giustificare finanziamenti pubblici a compensazione degli **obblighi di servizio pubblico** (*sub* art. 113). **III. La proporzionalità e l'imparzialità.** ■ Un **1** programma di servizio pubblico (*infra* Sez. II) è il mezzo che definisce la misura di soddisfazione dei bisogni sociali della comunità di utenti (fine), che perciò secondo la nostra cultura giuridica nazionale è soggetto al sindacato giurisdizionale per **vizio di eccesso di potere**, con la conseguenza ulteriore che qualsiasi genericità del programma (prestazioni agli utenti) può essere oggetto di annullamento per incongruità del mezzo ad assicurare il conseguimento del fine sociale che l'amministrazione ha inteso perseguire con l'assunzione del pubblico servizio. Un programma sufficientemente preciso è determinazione preliminare che appare necessaria alla gara per la scelta del gestore, ma anche per definire la giuridica rilevanza delle pretese degli utenti verso quest'ultimo. ■ La comunicazione **2** della Commissione europea ricorda che il **principio di proporzionalità**, corollario del principio di uguaglianza, è anch'esso «parte dei principi generali del diritto comunitario», soprattutto quando le autorità nazionali «dispongano di un ampio margine discrezionale», poiché «esige che ogni provvedimento adottato sia al tempo stesso necessario ed adeguato rispetto agli scopi perseguiti» e che nella scelta del contenuto dei provvedimenti si debbano adottare quelli che comportino «le minori turbative» per i destinatari (Corte Ue, 11 luglio 1989, C-265/87, 2237, § 21; 27 ottobre 1993, C-127/92, cit., § 27; 19 giugno 1980, cause riunite, 41/79, 121/79, 796/79; 17 maggio 1984, C-15/83; GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel*

diritto amministrativo, Milano, 1998, 73s., spec. 3 135; SPAGNUOLO, *R. it. d. pub. com.* 03, 1552s.). ■

Il principio è stato per ora limitato alla **fase di scelta del gestore**, con particolare riferimento alla congruità della capacità tecnica richiesta ai partecipanti alla gara, la quale deve essere necessaria ed adeguata all'obiettivo di prestazione richiesto dalle amministrazioni aggiudicatrici. ■
 4 In molte delle discipline che vanno sotto la denominazione di «Carte dei servizi pubblici» si è invece pervenuti ad individuare il principio di imparzialità – come sviluppo o corollario del principio di uguaglianza – per la **fase di esecuzione** delle prestazioni di servizio agli «utenti»: in Italia come elemento essenziale della prestazione di servizio pubblico, in Gran Bretagna si è affermato il principio di *non-discrimination*, in Francia si ha un dovere di «neutralité» derivato dal principio di **laicità dello Stato**, il quale implica «l'interdiction de toute discrimination fondée sur les convictions politiques, philosophiques, religieuses, syndicales, o tenant à l'origine sociale, au sexe, à l'état de la santé, au handicap ou à l'origine ethnique» (BAUBEROT, *Histoire de la laïcité en France*, Paris, 2004; sul **principio di laicità in Italia**: Corte cost. 925/88; 203/89; 259/90; 195/93; 440/95; 334/96; 329/97; 508/00; 127/06; T.A.R. Veneto, Sez. I ord., n. 56/04; Corte cost. 389/04; Cons. St., Sez. VI, n. 556/06, *F. it.* 06, III, 181, con nt. TRAVI; T.A.R. Veneto, Sez. III, n. 1110/05, *F. it.* 05, III, 329, con nt. FIORITA, *ivi*, 439; ROMBOLI, *F. it.* 05, I, 1; VERONESI, CECCATI, PUGGIOTTO, tutti in www.forumcostituzionale.it; FIORITA-ZANOTTI, MADONNA, MARGIOTTA BROGLIO, www.olir.it; LARICCIA-RIMOLI, www.associazionedeicostituzionalisti.it).

1 **IV. La continuità.** ■ Il principio francese di *continuité des services publics* è stato importato in Italia per sintetizzare il tratto caratteristico delle prestazioni di servizio pubblico, evidenziando doveri, obblighi, vincoli e benefici che rivelano vincoli giuridici che sono ad essi peculiari. Il servizio pubblico si distingue dall'analoga attività svolta dai privati per la **continuità nel tempo e la sistematicità nell'offerta** delle prestazioni, in attuazione di un vincolo che non richiede solo il rispetto di talune condizioni di funzionalità e di prezzo, ma anche l'impegno a soddisfare tutta la domanda espressa dai consumatori anche in presenza di situazioni in cui il **calcolo imprenditoriale** suggerirebbe di **servire solo una parte del mercato**. L'affermazione può essere diversamente intesa: come legittimazione dei soggetti pubblici ad intervenire nell'economia solo ove manchi un interesse (convenienza) del privato (cfr. principio di sussidiarietà orizzontale: *sub art.* 3), oppure come possibilità per i pubblici poteri di assicurare che una certa domanda

rimanga nel tempo («garanzia della domanda») consentendo così ad un'offerta economica di svilupparsi (FORTE, *Intervento*, in *Ricerca sulle partecipazioni statali, studi sulla vicenda italiana*, I, Torino, 1978, 284) con la conseguenza che l'intervento pubblico trova un proprio spazio di definizione che non dipende dagli interessi degli imprenditori privati, ma che trova fondamento nel principio di effettività dell'amministrazione e dei suoi atti, come nel caso della scelta di chiusura al traffico di un centro storico che difficilmente potrebbe essere mantenuta ove non si provvedesse ad installare adeguati servizi di trasporto pubblico, di sosta, per l'accesso ai luoghi di lavoro o agli esercizi, non diversamente dalla raccolta differenziata dei rifiuti solidi urbani in cui la scelta d'autorità diventa ineffettiva (non osservata dalla popolazione) ove manchi un'attività capace di soddisfare la domanda di servizi che necessariamente s'impone (cfr. FORNENGO-REX, *I servizi pubblici locali tra pubblico e privato*, Città di Castello, 1995, 46s.). ■ In Italia si è di 2 preferenza tradotto il carattere della *continuità* ritenendo piuttosto che ogni servizio pubblico abbia una sua «misura e ritmo» che è ad esso peculiare: diversamente infatti si atteggia la continuità di un servizio di trasporto urbano rispetto alle prestazioni erogate da un istituto di previdenza. ■ A rigore si dovrebbe dunque escludere 3 un **dovere di continuità diverso da quanto stabilito dal «programma»** di un determinato servizio pubblico, poiché sono i «ritmi» indicati da quest'ultimo a poter essere violati, con la conseguenza che ogni violazione della continuità è giuridicamente rilevante solo ove sia violazione di questo «ritmo» (POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, 291-293). ■ La disciplina italiana sulla qualità dei servizi (d.p.c.m. 27 gennaio 1994) enuncia il dovere di erogare le **prestazioni di servizio pubblico secondo continuità, regolarità e senza interruzioni**, ricordando al tempo stesso che ogni deroga al principio enunciato deve trovare espresso riconoscimento nella disciplina legislativa di settore, che non esime l'ente gestore dall'osservanza del dovere generale di adottare misure volte, nel caso concreto, ad arrecare agli utenti il minore disagio possibile, con immediata applicazione del principio di proporzionalità, che nella versione italiana avviene con espresso riferimento alla tutela dei consumatori (art. 153 *TCe*), cioè all'attività del gestore di esecuzione della prestazione di servizio pubblico, con la conseguenza ulteriore che **l'inosservanza del principio vale inadempimento dell'obbligazione** di servizio pubblico assunta dal gestore.

V. Trasparenza e partecipazione. ■ La Com- 1 missione europea ritiene che la scelta delle mo-

dalità con le quali rendere pubblica l'intenzione di affidare a terzi la gestione di un servizio pubblico va lasciata agli enti aggiudicatori, che debbono garantire la trasparenza offrendo **le informazioni necessarie ai potenziali offerenti** per consentire loro di decidere se partecipare alla gara (criteri di selezione e d'aggiudicazione, natura ed estensione delle prestazioni richieste). ■
 2 Al tempo stesso il Trattato dell'Unione tutela il **diritto all'informazione** e all'organizzazione dei **consumatori** per la salvaguardia dei propri interessi (art. 153), che può essere affermato sia **verso le amministrazioni affidanti**, sia **verso il gestore del servizio** (diritto di accesso) per le informazioni che attengono alla produzione ed
 3 erogazione delle prestazioni che li riguardano. ■ A seguito delle informazioni ricevute gli utenti possono sempre produrre **memorie e documenti**, o prospettare osservazioni o suggerimenti per il miglioramento del servizio, in ordine al quale appare necessario estendere ai gestori di servizio pubblico il tradizionale dovere delle amministrazioni pubbliche di rispondere entro un congruo termine (in Italia: art. 358, co. 2°, c.p.), con conseguente affermazione di un diritto di partecipazione alla definizione in concreto della «prestazione del servizio pubblico» sia a tutela di una sua corretta erogazione (adempimento), sia a completamento del diritto all'in-
 4 formazione. ■ La **partecipazione dei cittadini-utenti** alle forme di erogazione dei servizi pubblici può trovare attuazione anche con la nomina di rappresentanti nei consigli di amministrazione, sia delle società di capitali (*sub art. 113*), sia delle aziende o delle istituzioni (*sub art. 114*), oppure attraverso una loro intromissione negli atti di gestione in economia (*sub art. 8; artt. 7s., l. 241/90*).
 1 **VI. Il diritto di scelta e la partecipazione.** ■ Nell'ordinamento comunitario (art. 85 *TCe*) si è da tempo cercato di **superare** i vincoli derivanti dal «**monopolio naturale**» derivante dall'uso di beni pubblici, che per molto tempo è stato adottato per giustificare la limitazione della libera concorrenza fra produttori di servizi pubblici. Il principio è quello di **separare la gestione delle reti dalla gestione dei servizi**, escludendo così che la prima impedisca una pluralità di gestori del servizio all'utenza (*sub art. 113; FORNENGO-REY, I servizi pubblici locali, cit., 85s.; CAVALLO PERIN, La struttura della concessione di servizio pubblico locale, Torino, 1998, 70 e 108s.; ID., Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici, Napoli, 1993, 123s.*). Quanto potrà divenire oggetto di una generale ed esplicita normativa comunitaria per tutti i servizi pubblici, pare già presente come norma di sistema, poiché non è dato di confondere teoricamente la concessione

di un bene demaniale con la gestione di un servizio pubblico, anche se all'occorrenza se ne veda un'utilizzazione congiunta o complementare. ■ La conseguenza è quella di pervenire a **negare** 2 **fondamento al monopolio** (*sub art. 113*) nell'erogazione dei servizi pubblici **ove sia tecnicamente ed economicamente possibile separare** la fruizione del bene pubblico (reti) dalla gestione del servizio stesso, oppure rilasciando tante concessioni di beni quanti sono i produttori di servizi. ■ Alla stessa conclusione si perviene, *a fortiori* 3 nel caso di produzione di **servizi che non necessitano di beni pubblici**, ove l'unico produttore (concessionario, ente pubblico, ecc.) può essere giustificato solo in ragione di bacini di utenza limitati (es. comuni e province) che non sono sufficienti a sostenere una pluralità di produttori. ■ 4 **È violato il principio di proporzionalità** ogni qualvolta l'esclusiva si affermi come limite non necessario, né adeguato, allo scopo di erogazione del servizio pubblico agli utenti perché mancano **ragioni tecniche o economiche tali da impedire la presenza di una pluralità di imprese** non insuperabili con processi di riorganizzazione (ridefinizione dei bacini di servizio, ecc.; artt. 82 e 86 § 2, *TCe*; Corte Ue, 4 maggio 1988, C-30/78, 2488; 30 aprile 1986, C-209-213/84, 1445; 30 aprile 1974, C-155/73, 409; COLAVECCHIO, *Amm. e pol.* 97, 661s.). ■ Si afferma così un **diritto di** 5 **scelta dell'utente**, salvo che leggi di settore prevedano un monopolio per ragioni tecniche, o economico-organizzative, che impediscano la presenza di una pluralità di produttori (*sub art. 113*). Non ha rilevanza la **natura giuridica dei gestori** e la pluralità si afferma in presenza di soggetti pubblici o privati, italiani o di altri Stati membri dell'Unione europea. ■ Il principio del 6 **«mutuo riconoscimento»** appare del principio in esame un essenziale completamento, poiché impone agli Stati membri di non discriminare la forma giuridica degli imprenditori di altri Stati membri, «nella misura in cui tali prodotti e servizi rispondono in modo equivalente alle esigenze legittimamente perseguite dallo Stato destinatario dei beni» (Corte Ue, 7 maggio 1991, C-340/89, I-2357; 25 luglio 1991, C-76/90, I-4221; 26 febbraio 1991, C-154/89, 659; 26 febbraio 1991, C-180/89, 709; 26 febbraio 1991, C-189/89, 727; 17 dicembre 1981, C-279/80, 3305). Il principio di mutuo riconoscimento relativo all'imprenditore europeo rafforza il principio del diritto di scelta del «consumatore» europeo, poiché l'affermazione del primo è strumento giuridico per l'affermazione della pluralità dei gestori e dunque del diritto di scelta dei «consumatori», ma al tempo stesso si può affermare che il **diritto di scelta legittima** (*infra* § VII) **gli utenti a fare valere l'osservanza delle norme sulla con-**

correnza tra i produttori di servizi e l'ammissione per mutuo riconoscimento delle imprese di altri Stati membri dell'Unione europea.

- VII. Il dovere di motivazione e la tutela giurisdizionale.** ■ Le decisioni delle autorità pubbliche «debbono essere motivate e devono potere essere oggetto di ricorsi giurisdizionali da parte dei loro destinatari» (Corte Ue, 7 maggio 1991, C-3401/89, cit.; 15 ottobre 1987, pt. 17, C-222/86, 4097; ASTONE, *Integrazione giuridica e giustizia amministrativa*, Napoli, 1999, 222s.), ed il principio ha **carattere generale**, (comunicazione 12 aprile 2000), poiché deriva dalle «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e sancite dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo». ■ Il principio offre **legittimazione ad agire in giudizio** sia agli **imprenditori** lesi da atti di aggiudicazione o affidamento dei servizi pubblici, sia agli **utenti** destinatari, con riferimento alle prestazioni di servizio pubblico, ma anzitutto alle scelte d'organizzazione dei servizi pubblici, a tutela degli interessi collettivi delle diverse categorie di «consumatori», che si afferma in ragione delle differenti discipline stabilite dagli ordinamenti degli Stati membri, di cui tuttavia l'ordinamento europeo con norma espressa di principio tutela la concorrenza, ma anche «la salute, la sicurezza e gli interesse economici», promuovendo il «loro diritto ... all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi» (art. 153 TCe).

SEZIONE II

Il servizio pubblico locale

- 1 I. Osservazioni generali.** ■ La denominazione «servizio pubblico» inizialmente è stata utilizzata per indicare l'attività non giuridica (prestazioni) della pubblica amministrazione verso i cittadini *uti singuli* o *uti universi* (DE VALLES, *I servizi pubblici, Trattato Orlando*, VI, pt. I, 379s.; ZANOBINI, I, 18s., V, 359s.; MIELE, *Arch. giur.* 33, poi in *Scritti Giuridici*, 135s.). ■ La successiva critica ha visto nella teoria in esame (detta poi «nozione soggettiva») il superamento della diffidenza dei giuristi dell'epoca verso attività considerate «spurie rispetto alle attività proprie dello Stato», rimarcando «la **contrapposizione tra le funzioni pubbliche**, tali per loro natura o per intima connessione con le ragioni essenziali di un ordinamento, ed i **servizi** frutto di un contingente interessamento statale», segnando il passaggio dallo «Stato liberale» alla forma dello «Stato sociale» (NIGRO, *R. trim. d. pub.* 57, 183). L'utile ridefinizione della **classificazione dell'attività dell'amministrazione pubblica** segna tuttavia il punto di vista della tesi in esame, secondo la quale è pubblico servizio

quell'attività imputabile alla pubblica amministrazione, diversa dalla funzione, rivolta a soddisfare bisogni sociali (interesse pubblico), mentre sono considerati «impropri» i servizi con eguale contenuto erogati ad iniziativa di privati (DE VALLES, *op. cit.*, 613s.). ■ Oltre il **piano di classificazione delle attività dell'amministrazione pubblica** vi è l'**esigenza di fornire criteri utili a differenziare il servizio pubblico dall'analoga attività di iniziativa dei privati**. ■ Stigmatizzata la precedente elaborazione per il suo carattere descrittivo (NIGRO, *op. cit.*, 185; per cenni al secondo piano d'analisi: VITTA, *Diritto Amministrativo*, IV^a ed., 6; PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 1931, 198; M.S. GIANNINI, *R. amm.* 53, 616; VACCHELLI, *R. d. comm.* 1906, I, 209; Santi ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, 1906, 421) e inattuale verso forme giuridiche sempre più differenziate, che contemplavano sia l'attività giuridica di diritto privato della pubblica amministrazione (AMORTH, *A. d. pub.* 38, 463s.), sia l'utilizzazione di soggetti privati con limitazioni della loro autonomia giuridica (NIGRO, *op. cit.*, 187) in un'analisi di settore sull'edilizia economica popolare si è definito il servizio pubblico come un'**attività - di erogazione di servizi svolta da soggetti pubblici o privati - caratterizzata dal suo assoggettamento ad un potere pubblico (uno o più) di «direzione o coordinamento» ad un fine pubblico**. ■ Unicamente dalla **finalità pubblica dell'organizzazione nel suo complesso** e dalla **penetrante disciplina pubblicistica** che la pervade è derivata la natura pubblica del servizio (NIGRO, *op. cit.*, 192). ■ Permane la titolarità pubblica del potere di organizzazione, direzione e coordinamento del servizio ove l'**organizzazione** può essere intesa come attività di «regolazione forte» di più prestatori di servizi perché diretta alla soddisfazione di determinati bisogni sociali di una comunità (fini pubblici), come attività «complessivamente disciplinata ed indirizzata dall'ordinamento per l'erogazione di un servizio pubblico» (NIGRO, *op. cit.*, 193). ■ In tale prospettiva il pubblico servizio diviene l'occasione di studio per verificare il fondamento costituzionale delle limitazioni pubbliche all'iniziativa economica privata, cioè oltre ai limiti negativi (non può svolgersi in contrasto...) sino a che punto appare possibile per lo Stato e gli altri enti territoriali imporre a terzi obiettivi e programmi di interesse pubblico, o controlli, senza cadere in vincoli di carattere espropriativo (POTTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., 136s.). L'attività economica **pubblica e privata** può essere indirizzata a fini sociali attraverso la definizione pubblica (legge) di programmi e controlli opportuni (art. 41, co. 3^b, Cost.), attività dunque di soggetti pubblici, o di individui o di enti privati,

segnando il punto teorico in cui le **finalità pubbliche** – ed i relativi limiti pubblici di programma e di controllo – **possano ritenersi compatibili con l'esercizio d'impresa privata**. ■ Tale limite di compatibilità con l'autonomia di impresa segna il punto oltre il quale ogni più pregnante condizionamento (programmi e controlli) nella gestione d'impresa deve essere ritenuto **giuridicamente incompatibile con la titolarità aliena** dell'impresa stessa, sicché si impone allo Stato di procedere all'espropriazione (o alla riserva originaria) sempreché si tratti di «categorie di imprese che si riferiscono» a «fonti di energia, situazioni di monopolio, o servizi pubblici essenziali» (art. 43 Cost.). ■ Anche in questo caso la nozione di pubblico servizio si afferma come **organizzazione di attività economica per la produzione di «utilità non giuridiche»** (POTOTSCHNIG, *op. cit.*, 209s.) ove programmi e controlli pubblici (art. 41 Cost.) sono «posti» dagli enti pubblici affinché l'attività economica pubblica o di privati sia indirizzata a determinati fini sociali. ■ Altre analisi paiono ripartire dall'idea di un'attività **«funzionalizzata»** dell'amministrazione pubblica come punto comune di percorsi interpretativi affatto differenti, poiché taluno, ripercorrendo le teorie sulle obbligazioni pubbliche (per tutti M.S. GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964; BARETTONI ARLERI, *Obbligazioni, obblighi pubblici e prestazioni amministrative*, Milano, 1966; ID., voce *Obbligazioni pubbliche*, *Enc. D.*, XXIX, 383s.; FALZONE, *Le obbligazioni dello Stato*, Milano, 1960), giunge a porre in evidenza la «prestazione» e il «rapporto giuridico» di servizio pubblico (E. FERRARI, *op. cit.*, 193s.), con la conseguenza di richiamare l'attenzione sulla qualità di **utenti** dei destinatari di tale attività dell'amministrazione pubblica, come persone «il cui comportamento è giuridicamente rilevante all'interno del rapporto e quindi sulle vicende di questo» (E. FERRARI, *op. cit.*, 223). ■ In altri l'attenzione è portata sull'atto di assunzione del servizio da parte degli enti territoriali (MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1986, 149s. e 156) con riferimento al **fondamento giuridico del servizio pubblico** cioè al potere, costituzionalmente garantito, degli enti pubblici territoriali di operare scelte autonome, ove assumere il servizio non significa «disporre circa la gestione di questo, né affidare necessariamente un'attività all'apparato pubblico, bensì assicurare alla comunità la cura di quel certo interesse, disponendo in tal senso con **legge, regolamento, provvedimento discrezionale, o atto di autonomia**», ove emerge il carattere oggettivamente «doveroso» del servizio pubblico «che impone a soggetti pubblici o/e privati di svolgere una certa attività (servizio) ... quale fi-

ne d'interesse pubblico essa stessa» (MARINO, *op. cit.*, 162, ma v. 156, 160-162; ID., *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, III, 262, e nt. 9, per distinzione fra «doverosità» ed essenzialità ex art. 43 Cost.). ■ Un'analisi di diritto positivo e dei diversi istituti giuridici che contribuiscono a definire il pubblico servizio è invece l'oggetto di lavori più recenti (DUGATO, *I servizi pubblici locali*, *Trattato di diritto amministrativo*, II, 2003, 2581; CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, *www.giustizia-amministrativa.it*, *Studi e contributi*; PERFETTI, *F. amm.* - CdS 04, 1136; SCOTTI, *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003; VILLATA, *Pubblici servizi*, Milano, 2003; NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001; PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001; MERUSI, in *Annuario A.i.p.d.a.*, Milano, 2001, 63s.; *I servizi a rete in Europa*, a cura di E. Ferrari, Milano, 2000; RACCA, *D. amm.* 94, 128; CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici locali*, Napoli, 1993; ID., *La struttura della concessione d servizio pubblico locale*, Torino, 1997; sui principi: ID., *D. amm.* 94, 111; ID., *ivi* 00, 41; ID., *ivi* 05, 201; nonché sub artt. 113 e 113 bis).

II. Pubblico servizio e attività di interesse economico generale. ■ I punti di approdo delle teorie italiane sui servizi pubblici consentono di ritrovare in tutti – anche negli autori della prima metà del secolo considerati fautori della c.d. «nozione soggettiva» – i seguenti elementi comuni: a) i servizi pubblici sono **prestazioni aventi ad oggetto beni o attività rivolte agli utenti**; b) possono essere **gestiti** sia da organizzazioni controllate da enti pubblici, sia all'opposto da organizzazioni terze (concessionari); c) **le finalità sociali** e i limiti all'attività di pubblico servizio **sono invece definiti ed assicurati da enti pubblici** – oggi si direbbe «di regolazione» – quantomeno con la determinazione di programmi e controlli (art. 41 Cost.; così POTOTSCHNIG, *op. cit.*; poiché «soltanto gli enti pubblici possono sentire la convenienza di fornire una data prestazione al pubblico, come scopo pubblico»: DE VALLES, *op. cit.*, 447; mentre di per sé l'attività senza scopo di lucro dei privati è pur sempre necessariamente diretta verso uno scopo che non può mai dirsi pubblico, ma che resta pur sempre privato: ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, *Teoria generale*, II^a ed., 72; contrario RANELLETTI, *R. it. scienze giur.* 1905, 432; ZANOBINI, 235s.) definiti dalla legge, o in base ad essa con atto regolamentare o atto generale di autonomia; d) l'attività di servizio pubblico non è caratterizzata dall'essere un'attività (coattiva) impo-

sta dall'ente pubblico (art. 23 Cost.); e) i **programmi e i controlli pubblici** sulla produzione del servizio sono ritenuti limiti che si **aggiungono** (per tutti: ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriali*, Milano, 1973, 33s., 100s., 199s.) a **quelli generali** richiesti a chiunque intenda svolgere lo stesso tipo di **attività** produttiva, poiché i primi sono posti affinché una determinata attività sia indirizzata ai fini sociali indicati dagli enti pubblici, ove al contrario i secondi sono limiti minimi del tutto compatibili anche con il solo perseguimento degli scopi egoistici del produttore (es. una finalità di lucro); f) l'attività di servizio pubblico non può ritenersi garantita da un regime di monopolio, salve le legittime ipotesi di monopolio legale o naturale (art. 86 Tce; ma *sub* art. 113), poiché **trattasi di attività sottoposta alla disciplina generale comune a ogni produttore** del settore e, se impresa, **alla disciplina sulla concorrenza**. ■ Non sempre chiaro è se le indicate definizioni siano esaustive della disciplina dell'attività di servizio pubblico, oppure se i programmi (regolazione nei servizi pubblici) debbano essere anche oggetto di **un'obbligazione del gestore verso gli utenti**. Nel primo caso – assenza di obbligazione – la non conformità al programma non può determinare una responsabilità del gestore per inadempimento verso gli utenti, con soluzione che lascia libertà ai produttori e rimette all'iniziativa spontanea degli stessi (mercato) di conformarsi o meno al pubblico programma, favorendola al più con incentivi. ■ Nell'Unione europea si è enucleata la categoria dei **servizi di interesse economico generale** che individua tutte le attività in cui il mercato non è in grado di assicurare «una allocazione ottimale delle risorse a vantaggio di ampie fasce della società», perché «il loro prezzo è troppo elevato per i consumatori», o «non può essere coperto soltanto dal prezzo di mercato» (artt. 16 e 86 Tce; Commissione, *Libro Verde sui Servizi di interesse generale*, Bruxelles 21 maggio 2003, COM(2003)270 definitivo). ■ Il servizio pubblico è certo caratterizzato da un vincolo che «non richiede solo il rispetto di talune condizioni di funzionalità e di prezzo, **ma anche l'impegno a soddisfare... tutta la domanda** espressa dai **consumatori** anche in presenza di situazioni in cui il calcolo delle convenienze imprenditoriali condurrebbe invece a servire solo una parte del mercato» (*supra*, Sez. I) perché l'offerta autonomamente garantita dagli operatori privati non configura le condizioni di soddisfazione dei bisogni (degli utenti) ritenute necessarie, ivi compresa l'ipotesi limite di mancanza assoluta di ogni attività produttiva volta a dare soddisfazione ad un determinato bisogno sociale, che invece i pubblici poteri – nella loro autonomia poli-

tica o per vincolo costituzionale – reputano importante riconoscere e assicurare che sia soddisfatto. ■ Non si tratta solo di ipotesi di **insussistenza delle condizioni economiche necessarie** affinché un bisogno possa assumere dignità di domanda economica, ma anche solo di una **concreta inoperatività** in un determinato periodo storico **dell'offerta** degli operatori privati a soddisfare una determinata domanda (o che è lo stesso a soddisfarla in un determinato modo), la cui soddisfazione, non potendo aspettare l'insorgere dello spontaneo (ed eventuale) interesse degli imprenditori, impone all'autonomia politica la definizione di una domanda economicamente interessante per le imprese (incentivi), in altri addirittura la creazione del gestore («ente pubblico strumentale»). ■ **Fondamento ultimo dei servizi pubblici è l'autonomia politica** dei cittadini (la Repubblica: art. 114 Cost.; *sub* art. 1) ove l'iniziativa pubblica (F. TRIMARCHI, *Profili organizzativi della concessione di servizi pubblici*, Milano, 1967) si affianca e si confronta con *l'iniziativa economica privata* (art. 41 Cost.), o con *l'iniziativa sociale privata degli individui, singoli o associati* (artt. 18, 20, 30, 33, co. 3°, 38 Cost.). ■ Iniziativa privata che può esprimersi in **«attività d'interesse generale»** di cui la Repubblica «favorisce l'autonoma iniziativa ... sulla base del principio di sussidiarietà» (art. 118, u. co., Cost., *sub* art. 3), cioè con autonoma intrapresa – appunto privata – che perciò si distingue dai servizi pubblici, che non nega all'attività privata di affermarsi come utile mezzo di gestione (concessionario) o di semplice erogazione (appaltatore) dei servizi pubblici (DE LEONARDIS, *F. amm.* - CdS 05, 3118). ■ Autonomia politica che **nel pubblico servizio** – soprattutto ove si tratti di dare corso ad una attività d'impresa – **si limita a definire e a garantire nel tempo la relativa domanda**, consentendo così «ad un'offerta di svilupparsi» (FORTE, *Ricerca sulle partecipazioni statali*, a cura di G. Cottino, I, 284) permettendo a nuovi imprenditori di immettersi sul mercato e offrirsi come gestori di servizio pubblico. Autonomia pubblica che solo occasionalmente assume su di sé – direttamente o a mezzo di enti strumentali – anche l'organizzazione dell'offerta. ■ La definizione di un servizio pubblico – 9 cioè l'iniziativa pubblica di organizzazione dei bisogni degli utenti come domanda di servizi – trova un proprio spazio che è autonomo e non residuale rispetto alle altrettanto autonome scelte di iniziativa privata, portando la definizione di pubblico servizio ad assumere il significato particolare di uno strumento giuridico **che segna l'effettività, o la legittimazione, talvolta la ragione stessa di esistenza degli enti locali** in un dato periodo storico. ■ L'atto dell'ente territoriale di 10

assunzione e regolazione (programma) dell'attività vale individuazione dei bisogni della comunità ed organizzazione economica della domanda di servizi che si rivolge all'ente «al fine di promuovere lo sviluppo economico e civile di una comunità locale» (co. 1°; *infra* § IV e V). ■ Letteralmente la garanzia nel tempo di una domanda non parrebbe implicare ancora la garanzia della sua soddisfazione, cioè un'obbligazione del gestore di servizio pubblico ad erogare le relative prestazioni agli utenti (ben potendo – si è detto – la domanda essere soddisfatta spontaneamente dal mercato, al più con incentivi), ma la disciplina dei *ss. p. loc.* in commento pare importare tale conclusione. Anzitutto la gara come mezzo necessario di attribuzione a terzi della titolarità del servizio pubblico (*sub art.* 113) trova fondamento solo ove si ritenga che l'affidamento dell'ente locale abbia ad oggetto l'assunzione in capo al gestore dell'obbligazione ad erogare a determinati utenti le prestazioni di servizio pubblico volute e definite dall'ente locale (al fine di soddisfare determinati bisogni sociali), permanendo unicamente il dubbio se l'obbligazione sia assunta dal gestore verso il (creditore) utente o verso l'ente pubblico (*sub art.* 113). ■ Gli «enti locali ... provvedono alla gestione dei servizi pubblici» (co. 1°), ove l'espressione – lungi dall'ipotizzare una gestione diretta del servizio – fonda piuttosto la legittimazione degli enti locali a *provvedere* affinché una determinata domanda di servizi sia soddisfatta, ove il provvedere alla gestione – se non vale ad affermare una gestione diretta – assume il significato di assicurare che la gestione (anche di altri) soddisfi la domanda di *ss. p. loc.*, cioè a provvedere affinché almeno un gestore assuma l'obbligazione – non importa ora verso chi – avente ad oggetto le prestazioni conformi al programma di servizio pubblico definito dall'ente locale allo scopo di realizzare fini sociali e lo sviluppo della comunità locale. ■ Al di fuori di tale ipotesi si tratterà piuttosto di incentivi ad attività **private il cui svolgimento è di interesse pubblico**, in ordine alle quali trova applicazione unicamente la diversa disciplina sul divieto di aiuti alle imprese (art. 86, *TCe*), oppure quella che impone all'amministrazione pubblica di predeterminare criteri utili a giustificare la scelta di ripartizione di una risorsa pubblica limitata (finanziamento, o altro vantaggio economico: l. 241/90, art. 12) e non quello di ottenere dagli interessati la loro migliore offerta di assunzione di un'obbligazione di prestazione, poiché in tale disciplina l'aiuto o il vantaggio economico non è dedotto come controprestazione, ma è l'oggetto dell'unica obbligazione del rapporto: quella dell'ente pubblico al pagamento dell'incentivo (finanziamento,

uso gratuito di un bene, certificazione di qualità) ogni qualvolta i privati abbiano liberamente conformato la propria attività a programmi definiti dall'ente locale. ■ L'**attività di interesse pubblico** non è dunque oggetto di una obbligazione del terzo interessato ad osservare il programma definito dall'ente locale ed il programma in tale rapporto può al più assurgere a definizione della condizione cui è sottoposto il diritto di credito dell'organizzazione interessata al pagamento dell'incentivo, sicché quest'ultima ove non conformi la sua attività al programma non può essere chiamata a rispondere per inadempimento, ma ove vi si attenga sorge il suo diritto di credito a pretendere il pagamento dell'incentivo previsto dal programma di interesse pubblico (*sub art.* 119, «consulenze e servizi aggiuntivi»). ■ La distinzione tra servizi pubblici e attività di interesse pubblico pare si possa ritrovare anche nelle **elaborazioni degli organi dell'Unione europea sulle «attività di interesse economico generale»**, che recano con sé quelle di *obbligo di servizio pubblico*, di «*servizio universale*», su cui occorre soffermare l'attenzione. Nella disciplina dell'**Unione europea** (artt. 16 e 86 *TCe*; art. 36 Carta dei diritti fondamentali) si distinguono i **servizi di interesse economico generale** dalle ordinarie attività di impresa ogni qualvolta gli organi degli enti pubblici nazionali o dell'Unione europea, assoggettino i produttori che svolgono determinate attività di impresa a «*specifici obblighi*», imposti proprio allo scopo di garantire il conseguimento di alcuni obiettivi di interesse pubblico (Cons. St., Sez. VI, n. 5467/05, *F. amm.* - *CdS* 05, 3003). ■ **Minimo comune denominatore di tali obblighi di servizio pubblico** sono il servizio universale, la continuità, l'accessibilità delle tariffe, la qualità del servizio, la tutela degli utenti e dei consumatori (Commissione, *Libro Verde sui Servizi di interesse generale*, Bruxelles 21 maggio 2003, COM(2003) 270 definitivo, 16s.), integrati da obblighi particolari in ragione del settore interessato, come nel caso delle industrie di rete (*sub art.* 113: con «diritto di accesso alla rete e interconnettività»). ■ Il primo obbligo di servizio pubblico – denominato **servizio universale** e sviluppato in particolare per industrie di rete come le telecomunicazioni, l'elettricità e il servizio postale – prevede il «diritto» di ogni cittadino di accedere ai servizi essenziali imponendo l'obbligo ai produttori di erogare il servizio in conformità ad una determinata regolazione, che prevede la copertura territoriale totale, l'accesso al servizio ad un prezzo «abbordabile» dagli utenti ed il mantenimento di definiti *standard* di qualità in ragione degli sviluppi tecnologici, economici, politici e sociali di una comunità (v. CARTEI, in *Annuario A.i.p.d.a.*, Mila-

- 18 no, 2001, 109s.; PERICU, *ivi*, 175s.). ■ È ritenuto compatibile con la concorrenza prevedere nell'interesse economico generale che determinate attività si conformino al **principio di continuità** (per i servizi pubblici si veda *supra* Sez. I) garantendo che l'erogazione dell'attività «avvenga senza interruzioni», cioè si impone al produttore – senza perciò poter negare il diritto di sciopero e il rispetto delle norme di legge (riposo infrasettimanale e ferie, orari di lavoro, ecc.) – l'obbligo di svolgere la propria attività senza soluzione di continuità. ■ Il principio di **accessibilità delle tariffe** – inizialmente previsto per le telecomunicazioni e poi esteso ai servizi postali – impone agli Stati membri di prevedere i criteri di definizione di prezzi che consentano a tutti di accedere ai servizi con particolare attenzione alle «esigenze e alla capacità» di gruppi di utenti ritenuti «vulnerabili o marginali», garantendo l'effettività dell'offerta calmierata con controlli sui prezzi o sussidi ai consumatori. ■ Elemento fondamentale della regolazione dei servizi di interesse generale è la definizione, il monitoraggio e l'applicazione di «**requisiti di qualità**» delle prestazioni che spetta agli Stati membri definire e fare rispettare, con pubblicazioni di informazioni sugli *standard* di qualità e sulle effettive prestazioni degli operatori (in sede europea sono stati posti parametri per i servizi postali e di comunicazione, ma anche per il gas e l'energia, ove si prevede la sicurezza degli approvvigionamenti, la correttezza e la trasparenza della tariffazione, la copertura territoriale e la protezione dalla disconnessione, su cui si veda *supra* il principio di servizio universale). ■ La **tutela degli utenti e dei consumatori** è quella generale e comune ad ogni attività di impresa, ma in determinati settori come le comunicazioni elettroniche, servizi postali, energia, trasporti e radiodiffusione, la comunità ha emanato norme speciali ed è allo studio l'elaborazione di una disciplina generale per i servizi di interesse generale (*infra* Sez. 22 III). ■ Obbligo di servizio pubblico particolare delle industrie di rete è il **diritto dei prestatori di servizi (non degli utenti) di accesso alla rete e di interconnettività** che deve essere garantito dal gestore della rete (*sub* art. 113) posto sinora solo nelle discipline di settore come l'energia (gas ed elettrica) e le telecomunicazioni. ■ Pare evidente che – al di là del carattere precettivo o meramente descrittivo di un intento degli organi dell'Unione europea di procedere ad emanare una disciplina generale – gli indicati principi siano rivolti ad ogni produttore che intenda svolgere un'attività considerata di interesse generale, la quale è caratterizzata dalla possibilità e talvolta dal dovere degli Stati membri di prevedere gli indicati principi come obbligo di servizio

pubblico, di cui tuttavia non si enuncia la sanzione, lasciando così aperta agli Stati membri la definizione dell'esatta configurazione giuridica degli stessi, con differenti soluzioni tra le quali si possono comprendere l'affermazione dei principi come contenuto di vere e proprie obbligazioni *ex lege* a favore degli utenti, oppure comminare per l'inosservanza di tali obblighi – unicamente o in concorso con l'obbligazione di favore per gli utenti – sanzioni penali o amministrative, pecuniarie o interdittive (chiusura temporanea dell'esercizio, decadenza dall'autorizzazione, ecc.). Nella **tradizione italiana** le sole prestazioni di servizio pubblico sono generalmente configurate come oggetto di una obbligazione avente come contenuto prestazioni dirette agli utenti – non importa ora se con diritto di credito degli stessi o del solo ente pubblico affidante – il cui adempimento è rafforzato dalla previsione di particolari sanzioni penali (interdizione di pubblico servizio: art. 340 c.p.). ■ Non 24 pare revocabile in dubbio che gli indicati **principi europei sulla attività di interesse generale** possono involgere sia i servizi che nella tradizione italiana sono detti «**pubblico servizio**», sia le altre attività di interesse generale che imprese pubbliche o private intendano svolgere, che dai primi si distinguono per mancanza dell'assunzione di un'obbligazione a svolgere l'attività, poiché in entrambi i tipi di attività di interesse pubblico la presenza di determinati vincoli modali all'attività (obblighi di servizio pubblico) può costituire il presupposto che fonda nell'ordinamento comunitario la ragione giuridica che consente agli Stati membri una disciplina delle prestazioni in deroga alla norme europee sulla concorrenza: «nei limiti in cui l'applicazione di tali norme risulti di ostacolo, in linea di fatto o di diritto, alla specifica missione loro affidata» (art. 86, § 2, *TCE*; *sub* art. 113). ■ L'obbligo per 25 gli Stati membri di prevedere procedure selettive (aperte, ristrette, negoziate) a garanzia della concorrenza diventa un principio che sicuramente disciplina le attività di interesse economico generale, ogni qualvolta l'autorità pubblica scelga di *affidare* la titolarità della gestione del servizio a terzi, assicurando – normalmente con una obbligazione – che le prestazioni siano erogate agli utenti (*sub* art. 113), poiché sono procedure atte a «garantire condizioni eque a tutti i fornitori, pubblici o privati», interessati e potenzialmente idonei, garantendo «che tali servizi siano forniti alle condizioni economicamente più vantaggiose disponibili sul mercato» (v. Cons. St., Sez. V, n. 1568/05, *F. amm.* - *CdS* 05, 1131). ■ Con l'affidamento le autorità definiscono 26 – oltre gli indicati obblighi di servizio pubblico – le stesse «caratteristiche del servizio da ero-

gare, comprese quelle relative alla qualità e nel perseguimento degli obiettivi di politica pubblica» (*Libro verde sui servizi di interesse generale*, 2003, cit., 24), con erogazione di servizi che l'esercizio dell'autonomia politica (v. *supra* in questo paragrafo) ritiene indispensabile assicurare alla vita delle comunità locali, organizzandone la domanda e demandando la soddisfazione dell'offerta ad enti pubblici, organismi di diritto pubblico, organizzazioni *in house*, oppure a un terzo, cioè a chi – nella nostra tradizione giuridica – intenda assumere l'obbligazione di prestazione (a favore degli utenti) al prezzo più basso o alle condizioni economicamente più vantaggiose.

- 1 **III. Le fonti del servizio pubblico.** ■ La definizione del servizio pubblico come «attività volta alla produzione di utilità non giuridiche e dirette a realizzare fini sociali» (*supra* § I; POTOTSCHNIG) ha consentito di ipotizzare il fondamento costituzionale unitario (art. 41, co. 3°) verso il quale altre disposizioni sono relative a servizi pubblici particolari (artt. 38, 32, 33 Cost.), mentre altri hanno contrapposto il fondamento dei servizi pubblici economici a quelli privi di tale carattere (*supra* § I; E. FERRARI, *op. cit.*, 92 e 193s., spec. 175; ID., *Reg.* 91, 1513, *sub art.* 113; *sub art.* 114).
- 2 ■ Si è detto (§ I) che dall'inizio del XX secolo il servizio pubblico si è configurato come una delle forme attraverso le quali lo Stato (poi la Repubblica: art. 114; *sub art.* 1) ha storicamente assolto al compito di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori alla organizzazione politica, economica e sociale del paese» (art. 3, co. 2°, Cost.) sorreggendo, con il riferimento ai servizi pubblici, quelle interpretazioni del principio di uguaglianza sostanziale che hanno sottolineato il compito degli enti pubblici di porre in essere, non solo attività giuridica (leggi, regolamenti, ecc.), ma anche **comportamenti positivi** volti al superamento delle disuguaglianze sociali (in tal senso la configurazione dell'edilizia economico-popolare come servizio pubblico NIGRO, *op. cit.*, 496). L'indicato **fondamento** giuridico di rilevanza **costituzionale** (art. 3, co. 2°, Cost.) pare ancora oggi forte ed attuale (POTOTSCHNIG, *D. ec.* 90, 37-38; nonché spunti in CORASANITI, *Giust. civ.* 80, 2539; CAIA, *Diritto amministrativo*, a cura di Mazzarolli, Pericu, A. Romano, Roversi Monaco, Scoca, 767) poiché continua a ricordare quel «provvedere» degli enti locali ai bisogni delle comunità, che si è contrapposto alle disuguaglianze che storicamente ha prodotto, e produce, il «libero mercato». ■ È «compito della Repubblica» **provvedere alla ge-**

stione dei servizi pubblici in ragione dei bisogni sociali delle comunità di riferimento. Le più recenti elaborazioni sui servizi pubblici che in varia guisa rivolgono la loro attenzione alle posizioni soggettive dei destinatari siano essi come diritti sociali, o di cittadinanza (E. FERRARI, *op. cit.*; DUGATO, *I servizi pubblici locali*, cit., 2581; GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza materiale*, cit., 24s.; NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, cit.; ID., in *Annuario A.i.p.d.a.*, 2001, 137s.; CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, cit.; ID., *D. amm.* 00, 41; ID., *ivi* 05, 201) paiono dare rilievo alle indicate disposizioni particolari della Costituzione, come diritti soggettivi **all'istruzione anche universitaria** (artt. 33 e 34 Cost.), alla **formazione professionale** (art. 35), al mantenimento e **all'assistenza sociale** (art. 38 Cost.), alle **cure sanitarie** che debbono essere gratuite per gli indigenti (art. 32 Cost.), unicamente contornati dal richiamo all'art. 2 Cost. («richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale») e all'art. 53 Cost. («Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva») per la provvista dei finanziamenti necessari all'erogazione dei servizi pubblici. ■ Il **fondamento** costituzionale si distingue dagli atti che di volta in volta costituiscono **la fonte di un determinato servizio pubblico**, che possono essere **leggi** provvedimento, o come la disposizione in esame leggi che rinviano la concreta assunzione ad atti di **autonomia pubblica degli enti territoriali**, con soluzione legislativa che **esclude** l'atto di **autonomia di privata** come fonte del *serv. p. loc.* (MARINO, *op. cit.*, 163, 165, 172, 175, 179, 176, 187, 204), fermo restando il dovere della Repubblica di favorire l'autonomia dei cittadini diretta allo svolgimento di attività di interesse generale (*supra* § II). ■ Le ragioni della **riserva** dell'articolo in esame ad atti di autonomia degli enti locali sono anzitutto collegate alla cura degli interessi delle comunità di riferimento (*sub art.* 3), proprio perché l'atto di assunzione deve poter essere la risultante (valutazione discrezionale) della composizione dei diversi bisogni sociali da cui scaturiscono le scelte (servizi pubblici) utili al superamento degli «ostacoli che... impediscono il pieno sviluppo della persona umana» delle popolazioni di riferimento. ■ L'atto di assunzione definisce il fine (bisogni sociali) e il programma (mezzo) che individua gli elementi essenziali delle prestazioni di servizio pubblico (oggetto, grado di continuità, tipologia della prestazione, ecc.) e le categorie di destinatari, caratteristiche in ragione delle quali si procede poi – sempre con atto amministrativo dell'ente locale – all'individuazione del gestore, se-

condo le forme previste dalla legge generale (*sub* art. 113) o di settore, scegliendo il soggetto pubblico o privato ritenuto idoneo secondo le procedure previste per ciascuno di essi. L'individuazione del gestore con **legge ordinaria è giuridicamente necessaria** solo ove si tratti di affidamento imposto (art. 23 Cost.) ad un ente già esistente o all'uopo costituito, o perché si tratta di atto costitutivo di una soggettività giuridica speciale – in deroga alle forme tipiche previste dalla legge – le cui finalità statutarie prevedono l'erogazione di un servizio pubblico. ■ L'atto di assunzione del *serv. p. loc.* spetta alla **competenza** del consiglio comunale o provinciale (*sub* art. 42, co. 2°), sia che si tratti di determinare «l'organizzazione dei pubblici servizi, la costituzione di istituzioni e di aziende speciali, la concessione dei pubblici servizi, la partecipazione dell'ente locale a società di capitali, l'affidamento di attività o servizi mediante convenzione» (lett. e), nonché per convenzione tra enti territoriali o per la «costituzione e modificazione di forme associative» (lett. c; *sub* art. 30, 1° co.) sia di una gestione consortile (*sub* art. 31, 2° co.), di comunità montana (*sub* art. 27), di comunità isolana o di arcipelago (*sub* art. 29) o di unione di comuni (*sub* art. 32). ■ L'**assunzione è atto amministrativo** essenziale del procedimento diretto a fornire un servizio pubblico, il primo atto a **rilevanza esterna** (Cons. St., Sez. VI, n. 374/1990, *F. ii.* 91, III, 270; MAZZARELLI, *R. it. d. pub. com.* 91, 768) ove si esprime la volontà dell'ente di istituire un determinato servizio pubblico con definizione del fine e del relativo programma di attività (*v. infra* § VII), mentre la scelta del gestore è atto conseguente non solo sul piano logico, ma anche per l'ordinamento giuridico, che vuole la gestione del servizio conforme ad un programma di pubblico servizio.

1 **IV. Fini sociali e sviluppo della comunità.** ■ I «fini sociali» sono da tempo elemento essenziale del pubblico servizio (POTORSCHNIG, *op. cit.*, 102s., 223s., 420s.) che nell'atto-programma di servizio pubblico sono fine di interesse pubblico che le prestazioni debbono soddisfare, pena l'illegittimità dell'atto per vizio di **eccesso di potere**. Si è rilevato che la definizione dei «fini sociali» è equivoca, perché è aperta ai fini (anche sociali) perseguiti dalle istituzioni private (associazioni, fondazioni, ecc.), sicché non può dirsi che quest'ultimi siano necessariamente propri (fini istituzionali) del solo ente pubblico (POTORSCHNIG, *Rass. g. energia elettrica* 92, I, 273). ■ La norma in esame apre ai fini sociali e di promozione dello sviluppo economico e civile delle comunità locali, che va intesa con riferimento alla nota «**esponenzialità**» degli enti territoriali (*sub* art. 2), per la quale ogni interesse della comuni-

tà di riferimento è legittimo fine dell'ente, che può essere perseguito anche provvedendo alla gestione di servizi pubblici. ■ La definizione te-³ leologica dei «fini sociali» e «della promozione dello sviluppo economico e civile delle comunità locali» si precisa ulteriormente ove posta in relazione con il **fondamento costituzionale** del servizio pubblico (art. 3, co. 2°, Cost., *supra* § III), che individua il fine del superamento degli «ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana e la partecipazione di tutti all'organizzazione sociale del paese». ■ La decisione di **assumere**,⁴ ovvero di **cessare**, l'erogazione di un servizio pubblico ha dunque come **parametro di valutazione** tali interessi della comunità locale, sicché l'assunzione del servizio diviene attuazione di un compito istituzionale dell'**ente territoriale** («della Repubblica») che può essere revocato con dismissione del pubblico servizio per venire meno degli interessi di finalità sociale e di sviluppo della comunità, inizialmente presi in considerazione con atti sui quali è possibile il **sindacato di legittimità per vizio di eccesso di potere** sia per l'assunzione sia per la dismissione di un determinato servizio pubblico.

V. L'oggetto: la produzione di beni e attività.

■ La disposizione definisce il servizio pubblico¹ come attività di **produzione** che prende in considerazione un'**attività nel suo complesso** indipendentemente dai singoli atti in cui la stessa si affermi in concreto (atti giuridici o comportamenti: POTORSCHNIG, *op. cit.*, 188s.; cfr. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Milano, 1964, 352). La parola «produzione» indica un'**attività organizzata e non occasionale** per la continuità che caratterizza le prestazioni di servizio pubblico (*supra* Sez. I), ma **non necessariamente economica**, perché quest'ultima è qualità ulteriore che definisce un particolare tipo di servizi pubblici (*sub* art. 113). ■ La produzione ha ad oggetto **beni e**² **attività** con definizione di portata generale, che può essere contornata da ulteriori requisiti previsti da leggi speciali (es. esercizio delle **farmacie**: *sub* art. 113; ora *v.* art. 5, d.l. 223/06). Può trattarsi dell'esercizio di **imprese agricole** (art. 2135 c.c.) un tempo limitato alle ipotesi previste da leggi speciali (r.d. n. 3267/23 in materia di boschi e terreni montani, artt. 139s.) dirette a realizzare fini sociali e di sviluppo della comunità locale. La produzione di **beni** (art. 810 c.c.) consente di considerare *serv. p. loc.* l'edilizia pubblica (NIGRO, in *I lavori pubblici*, cit., 495), nonché la costruzione e gestione di immobili (reti) e la produzione o commercializzazione di beni mobili, materiali o immateriali (*software*), che realizza fini sociali e contribuisca allo sviluppo della comunità locale.

VI. La parità di trattamento verso gli utenti.

1 ■ L'erogazione del servizio pubblico a favore di determinate categorie di utenti si qualifica come obbligazione di prestazione nei confronti di qualsiasi utente la richieda in osservanza del principio di parità di trattamento, espressamente previsto in norme speciali (trasporti pubblici di linea: art. 1679 c.c.; imprese in monopolio legale: art. 2597 c.c.), ma enunciato come principio dell'Unione europea (*supra* § II), che non disciplina solo la partecipazione delle imprese a gare per la scelta del gestore di un servizio (Comunicazione della Commissione Cee 12 aprile 2002), ma protegge anche i **cittadini dell'Unione** che sono destinatari delle prestazioni di *serv. p. loc.* (art. 17 *TCE*; *supra*, Sez. I) da cui consegue l'obbligo a contrarre o di ammissione al servizio 2 a condizioni di parità. ■ L'obbligo si estende a qualsiasi utente – sia o non sia cittadino dell'Unione europea – in adempimento del principio di **imparzialità** che si impone (art. 97 Cost.) agli enti locali sin dalla definizione del programma di servizio pubblico. ■ La **violazione può essere fatta valere** sia dai residenti in via di impugnazione avanti al giudice amministrativo, sia avanti al giudice ordinario dagli utenti oggetto di discriminazione che disapplica l'atto amministrativo dell'ente locale o di gestione a prescindere dalla natura giuridica (azienda, società per azioni, concessionari, ecc.) del gestore chiamato dall'amministrazione a provvedere all'erogazione del servizio.

3 **VII. Programma e continuità del servizio pubblico.** ■ Si è detto che i servizi pubblici sono caratterizzati dalla «**continuità** nel tempo e dalla sistematicità nell'offerta delle prestazioni» (*supra* Sez. I, § IV), ma **più correttamente** si è rilevato che ogni servizio pubblico ha una sua propria «**misura**» che è ad esso peculiare, sicché non è possibile individuare la stessa consistenza di continuità in un servizio di trasporto urbano rispetto ad un istituto di previdenza, con la conseguenza che la continuità è quella che risulta dal «programma» di un determinato servizio 2 pubblico (POTOTSCHNIG, *op. cit.*, 291-293). ■ Il programma di servizio pubblico definisce almeno con atto generale (o normativo: *supra* § III) **l'oggetto e i tempi delle prestazioni, le categorie di destinatari** e (*per relationem* ad atti successivi) il **gestore** di servizio pubblico. ■ Un termine al programma può soddisfare l'esigenza di definire anche nel tempo il servizio utile a soddisfare i bisogni sociali (fini sociali) presi in considerazione in un dato momento di sviluppo della 4 comunità locale. ■ Si è detto che la definizione del programma di servizio pubblico è soggetta al sindacato di **legittimità per vizio di eccesso di potere** rispetto al fine bisogni sociali e qualsiasi

genericità del programma determina la sua illegittimità per inidoneità a garantire il conseguimento del fine sociale che l'amministrazione intende perseguire con l'assunzione del pubblico servizio (*supra* § IV). L'atto programma è invece a sua volta **parametro di validità** della scelta della forma di gestione e del gestore prescelto per adempiere al programma di servizio pubblico (proporzionalità: *supra* Sez. I). ■ Il **programma di gestione** definisce la **giuridica rilevanza delle pretese degli utenti** che sono legittimati a chiedere di quel programma l'osservanza, sia in via diretta (azione giurisdizionale), sia promuovendo l'attivazione dei poteri di **vigilanza** attribuiti dall'ordinamento all'amministrazione titolare del servizio pubblico nei confronti del gestore (*infra* § VIII). ■ A tal fine si distingue l'atto di **assunzione e relativo programma di indirizzo** oggetto di una deliberazione di competenza del consiglio (*sub* art. 42, o dell'assemblea del consorzio: *sub* art. 31, co. 5°) – che individua i fini sociali e gli indirizzi di gestione – dal **programma di gestione** di competenza dei dirigenti (*sub* art. 107) che individua l'obbligazione di servizio pubblico, tempi, quantità e qualità delle prestazioni, nonché le categorie di destinatari (*infra* § IX).

VIII. Il controllo e la vigilanza degli enti locali. ■ Il gestore di servizio pubblico trova definito dall'ente locale il servizio pubblico che si obbliga a **erogare** agli utenti (*supra* § VII) e nella nostra tradizione giuridica al primo è stato attribuito – individualmente o in forma associata – un potere di **vigilanza** sull'osservanza del programma di pubblico servizio. Il potere talvolta è espressamente previsto dalla disciplina legislativa in materia – come per le istituzioni, per le aziende speciali (*sub* art. 114, co. 6°), per i consorzi (per rinvio alla aziende *sub* art. 31, co. 1° e 8°) o per le aziende esercenti i servizi pubblici (art. 35, co. 14°, l. n. 448/01), – ma è principio istituzionale della disposizione qui in esame ove stabilisce che gli enti locali **provvedono alla gestione** dei servizi pubblici, cioè definiscono e verificano l'esatta prestazione di *serv. p. loc.* ■ La **vigilanza** è denominazione che identifica il potere dell'ente territoriale nei confronti del gestore che ha ad oggetto la verifica dell'osservanza da parte di quest'ultimo del programma di erogazione a favore degli utenti che costituisce il servizio pubblico, degli indirizzi (direttive) impartiti dall'ente e delle tariffe ad esso relative. ■ Il mancato esercizio del potere di vigilanza può importare una **responsabilità per i danni** degli organi competenti (C 90/2081; C 90/2082) ove si provi che il danno dipenda (nesso di causalità) dall'omessa vigilanza o controllo sul persistente inadempimento dell'obbligazione di servizio

pubblico; in taluni casi (immissioni provenienti da discarica) si è giunti ad affermare una responsabilità *solidale* della pubblica amministrazione ove l'attività del gestore di servizio pubblico, conforme alle modalità di erogazione del servizio indicate nell'atto di concessione, abbia causato un danno risarcibile (C 84/6476). ■ Le modalità di esercizio del potere di vigilanza (procedimento) possono essere oggetto di norme regolamentari (*sub artt. 7 e 114*) che devono essere recepite dal contratto di servizio con il gestore (es. concessionario), ferma restando l'eventuale nullità delle clausole per violazione di norme imperative (artt. 1419, 1338, 1339 c.c.).

5 ■ La vigilanza dell'ente locale ha genericamente ad oggetto la sola l'attività del gestore di erogazione del servizio pubblico, ma si compone del potere di ottenere dal gestore le **informazioni** necessarie a valutare – *in itinere* – il buon andamento del servizio (senza i limiti posti dagli artt. 22 e 23, l. 241/90), sino all'esercizio dei poteri **ispettivi** sulle prestazioni erogate all'utente, all'esito dei quali si possono aprire diverse vicende che incidono totalmente o parzialmente sull'affidamento del servizio al gestore, come la **revoca** (o recesso per motivi di interesse pubblico) o la risoluzione per **inadempimento** del programma. ■ Dalla vigilanza sull'attività di servizio pubblico – che nega ogni ingerenza nell'autonoma organizzazione imprenditoriale dei fattori di produzione dell'impresa di cui è titolare il gestore di servizio pubblico – si distingue il **controllo** analogo dell'ente locale sulle società a capitale interamente pubblico (*sub art. 113*). ■ Al potere di vigilanza è collegato dalla legge il potere di indirizzo degli enti locali: spetta al consiglio la competenza a dettare «gli **indirizzi** da osservare da parte delle aziende pubbliche e degli enti, dipendenti, sovvenzionati o sottoposti a vigilanza» (*sub art. 42, co. 2°, lett. g*). ■ Il **potere di indirizzo** (o di direttiva) ha come destinatario il legale rappresentante della società di capitali ed ha ad oggetto la specificazione del programma di erogazione del pubblico servizio definito al tempo della sua assunzione, ivi compresa la precisazione di tali scelte a suo tempo delineate in ragione delle mutate condizioni che hanno atteso alla sua definizione. ■ La delimitazione indicata nega al potere in esame ogni effetto di intromissione dell'ente territoriale sulla libertà di organizzazione d'impresa del gestore ove questi sia un concessionario (cfr. PERICU, *op. cit.*, 1386), poiché il potere di direttiva deve intendersi riferito all'ambito di autonomia pubblica che l'ente territoriale esercita nei limiti di un'attuazione del programma di servizio pubblico ed è espressamente correlato dalla legge al potere di vigilanza (*sub art. 42, co. 2°, lett. g*).

IX. Il rapporto giuridico di servizio pubblico: fonti e rischio di gestione. ■ L'ente locale «provvede alla gestione del servizio pubblico» decidendone l'assunzione e il relativo programma, che si distingue in ragione del riparto di competenza tra gli organi degli enti locali nel programma di indirizzo – che individua i fini sociali e le direttive di gestione di competenza del consiglio (*sub art. 42*) – dal **programma di gestione** che spetta ai dirigenti (*sub art. 107*) ove viene individuata l'obbligazione nel suo oggetto (le prestazioni in beni o attività di servizio pubblico), nel suo lato attivo (le categorie di utenti destinatari delle prestazioni) e anche il suo lato passivo – seppure *per relationem* a successivi atti dell'ente locale, che offrono la scelta della forma di gestione e l'individuazione dell'organizzazione che assumerà la qualità di gestore di quel determinato servizio pubblico (costituzione di enti o società in mano pubblica, oppure aggiudicazione a seguito di gara), cioè di colui che è il debitore dell'obbligazione di servizio pubblico.

2 ■ Che gli utenti siano i **creditori** dell'obbligazione di servizio pubblico è opinione ormai condivisa (POTOTSCHNIG, *Rass. g. energia elettrica* 92, 273; CAVALLO PERIN, *La concessione di servizio pubblico locale*, cit., 68; cfr. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, cit., 293) distinguendosi piuttosto le ipotesi in cui il diritto di credito sorga in forza di **contratti di utenza** oppure di un **atto di ammissione** dell'amministrazione pubblica, oppure di una disposizione di **legge** (SANTI ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1901, 298), o di **ogni altro atto o fatto idoneo** secondo l'ordinamento giuridico (art. 1173 c.c.). ■ Da sempre indubbio (DE VALLES, *I servizi pubblici*, cit., 575) è che il **gestore sia il debitore delle prestazioni di servizio pubblico**, discutendosi piuttosto un tempo se il creditore del rapporto fosse l'amministrazione pubblica, forse confondendo il gestore di servizio pubblico con l'appaltatore-produttore che a vario titolo si è obbligato verso il gestore a dare o fare – in tutto o in parte – le prestazioni di servizio pubblico (*sub art. 113*). È infatti normale che un gestore di servizio pubblico stipuli con i terzi contratti di lavori, forniture o servizi, utili a soddisfare la propria obbligazione di servizio pubblico, né in sede teorica può escludersi l'ipotesi limite di un gestore di servizio pubblico che appalti a terzi l'intera produzione delle prestazioni, purché trattandosi di un concessionario ciò gli sia consentito dal bando e dal capitolato della gara di cui è risultato aggiudicatario, oppure se ente pubblico dalla disciplina ad esso relativa (leggi e statuti). In tutti i casi in cui un gestore di servizio pubblico – nei limiti e secondo le procedure previste dall'ordinamento – affidi

ad un terzo la produzione delle prestazioni di servizio pubblico, non cessa per ciò solo di essere il gestore, né l'appaltatore assume – in tutto o in parte – la qualità di gestore del servizio pubblico. Se la pubblica amministrazione è il gestore di un servizio pubblico (**gestione in economia**) e stipula un appalto con un terzo avente ad oggetto le prestazioni di servizio pubblico, correttamente si può affermare che l'ente locale è il creditore verso l'appaltatore di tali prestazioni, proprio al fine di procurarsi le prestazioni che servono a soddisfare il proprio debito agli utenti creditori del servizio pubblico. Analogamente un **concessionario** che affidi a un imprenditore la produzione delle prestazioni di servizio pubblico in una parte del territorio ad esso affidato, non cessa perciò di essere il gestore di quel servizio nel territorio per il quale è risultato aggiudicatario, ivi compresa la parte oggetto del contratto di appalto al terzo. ■ Negli esempi indicati **gli utenti creditori** del servizio pubblico che si lamentano per «disservizi» (inadempimento parziale) rivolgeranno la propria azione di responsabilità per danni all'amministrazione pubblica (che ha assunto il servizio pubblico in economia) o al concessionario (aggiudicatario della qualità di gestore del servizio pubblico), mai all'appaltatore del gestore, con il quale non hanno di norma alcun rapporto giuridico. ■ È evidente che il contratto di appalto non è che uno dei molti rapporti giuridici (tipici o atipici) che il gestore di servizio pubblico può – o addirittura deve (appalto o concessione di lavori: *sub* art. 113, co. 5° *ter*) – instaurare con i terzi per adempiere direttamente o indirettamente alla propria obbligazione di servizio pubblico, ben potendo essere necessaria una fornitura di beni (*rectius*: una compravendita di mobili o di immobili, un deposito, un comodato, una somministrazione, un contratto estimatorio, una locazione, un *leasing* ecc.) o l'erogazione di un servizio (*rectius*: di trasporto, di assicurazione, di mandato, di agenzia, di rendita, ecc.). ■ Non si deve confondere quanto definito dall'ente locale (nel programma) come rapporto di servizio pubblico tra il gestore-debitore e gli utenti-creditori, da **altri rapporti giuridici che appaiono strumentali o accessori a questo**, instaurati dal gestore di servizio pubblico (sia esso l'amministrazione stessa, un ente da questa controllato, o un terzo) con altri produttori o intermediari nella circolazione di beni e attività. ■ La circostanza che l'obbligazione di servizio pubblico non trovi unicamente o principalmente definizione in un atto del debitore o del creditore non è una novità nel nostro ordinamento come per l'obbligazione tributaria, in modo diverso per il contratto con persona da nominare (art. 1401 c.c.), il contratto a favore di

terzo (art. 1411 c.c.), la promessa del fatto o dell'obbligazione altrui (art. 1381 c.c.), fermo restando che anche per il rapporto di servizio pubblico – come negli altri casi – è normale un atto di volontà del debitore (concessione-contratto; convenzione di affidamento, salvo si configuri un vero e proprio dovere istituzionale dell'ente controllato) o un atto o fatto (inizio di esecuzione) adesivo del creditore, non importa ora se come accettazione di un'offerta al pubblico (art. 1336 c.c.) o come condizione di fatto di una promessa unilaterale che di per sé vale obbligazione (artt. 1988, o 1987 c.c.). ■ **La fonte del diritto di credito** alle prestazioni di servizio pubblico è stata tradizionalmente individuata in un **contratto di utenza** (*infra* Sez. III) o in un **atto di ammissione** al servizio pubblico, che possono essere intesi come atti di adempimento dell'obbligazione di servizio pubblico del gestore. ■ **La fonte dell'obbligazione** di servizio pubblico del gestore è stata individuata in un contratto stipulato dall'amministrazione pubblica con il gestore, oppure in una disposizione di legge (SANTI ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 298) oppure in un regolamento o in un atto di autonomia (atto o fatto: art. 1173 c.c.) cui la legge faccia rinvio, direttamente efficace verso gli utenti ove si configuri come contratto a favore di terzo (art. 1411 c.c.) o promessa al pubblico (art. 1988 c.c.). ■ Più **direttamente** la norma in esame può essere vista come disposizione dell'ordinamento **che individua gli atti di autonomia dell'ente locale** che «provvedono alla gestione del servizio pubblico» (programma) come «atti» idonei a costituire la fonte dell'obbligazione di servizio pubblico (artt. 1173, 1411, 1988 c.c.), relegando a suo adempimento sia l'atto di individuazione del gestore (lato passivo), sia quello di ammissione al servizio, sia lo stesso contratto di utenza (lato attivo). ■ Al rapporto principale di servizio pubblico che intercorre tra il gestore-debitore e gli utenti-creditori, si affianca normalmente un **rapporto accessorio** (convenzione o **contratto di servizio pubblico**) che intercorre unicamente tra pubblica amministrazione e gestore, volto a mantenere l'**equilibrio economico-finanziario** del rapporto principale di servizio pubblico: il programma (costi di produzione e investimenti contro tariffe o tasse) può determinare un attivo o al contrario un passivo di gestione, che va posto sin dall'inizio in equilibrio indicando introiti o oneri finanziari per l'ente locale. ■ L'indicato equilibrio economico-finanziario del programma di gestione – definito *ex ante* – non va confuso con il **rischio dei risultati di gestione**, che sono *ex post* e che debbono essere sopportati dal gestore (che può annoverare anche l'ente locale nel caso di ge-

stione in economia), oppure – nei limiti del capitale conferito – dai soggetti che partecipano alla sua organizzazione (azienda o istituzione: *sub art. 114*, o società di capitali totalitaria o mista: *13 sub art. 113*). ■ Rischio che comprende oltre a quello (lato delle uscite) di **gestione dei fattori di produzione** (beni, lavoro, ecc.) anche quello (lato entrate) di **gestione degli utenti**, che può subire contraccolpi dalla concorrenza di altri produttori (siano o non siano essi gestori di servizio pubblico), o da risolutive innovazioni tecnologiche (l'energia elettrica rispetto al gas come fonte di energia a inizio del XX secolo).

X. L'abrogazione della disposizione sui servizi

- 1 in esclusiva.** ■ Il comma secondo della norma in esame, che «ricordava» all'interprete che (già art. 22, co. 2°, l. 142/90) *i servizi riservati in via esclusiva ai comuni e alle province sono stabiliti dalla legge*, è stato **abrogato** (l. n. 448/01, art. 35, **2** co. 12°). ■ Il riferimento era alla disciplina sul monopolio legale, cioè alla possibilità per gli enti locali di riservare – in base alla legge – determinate attività economiche ai soli gestori di servizio pubblico, nei limiti di quanto disposto in via d'eccezione dalle norme dell'Unione europea sui servizi di interesse economico generale (art. 86 *TCe*) e dalla Costituzione (art. 43), la quale ultima esclude l'esclusiva per i servizi privi di rilevanza economica, con disposizioni espresse (artt. 18, 20, 38, u. co., 33, co. 3°, Cost.) o implicitamente desunte dall'esercizio dei diritti fondamentali dell'uomo (art. 2 Cost.) o come portato ineludibile dei diritti di libertà (es. art. 21 Cost.).
- 3** ■ L'analisi mantiene dunque una sua rilevanza ed articolazione di diritto positivo (monopolio legale, naturale, di fatto ed abuso di posizione dominante) con riferimento ai soli **servizi pubblici a rilevanza economica** (*sub art. 113*, Sez. II).

SEZIONE III

La qualità nei servizi pubblici locali

- I. La disciplina nazionale ed europea a tutela dei consumatori.** ■ La Commissione dell'Unione europea ha elaborato una propria **politica in materia di tutela dei consumatori** anche con specifico riferimento alle attività che importano **obblighi di servizio pubblico** (*Libro verde sulla tutela dei consumatori*, COM(2001) 531 definitivo; Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale, al Comitato delle Regioni – *Strategia della politica dei consumatori 2002-2006*, 8 giugno 2002, COM(2002) 208 definitivo, in particolare § 3. 2; *Servizi di interesse generale in Europa*, 20 settembre 2000, COM(2000) 580 definitivo, 7; *Libro verde sui Servizi di interesse generale*, 21

maggio 2003, COM(2003) 270 definitivo, 19). ■ 2
Alcuni principi sono **validi** anche per i *ss. p. loc.*:
a) chiara definizione degli obblighi atta a garantire la prestazione di un servizio di buona qualità, elevati livelli di sanità pubblica e di sicurezza fisica dei servizi; **b) piena trasparenza sugli elementi essenziali del rapporto giuridico con il gestore**, in particolare sulle tariffe, le clausole e le condizioni contrattuali, la scelta e il finanziamento del gestore; **c) diritto di scelta del servizio e se possibile del gestore**; **d) effettiva concorrenza** tra i produttori ed ove necessario creazione di **organi di regolamentazione** indipendenti dai gestori; **e) disponibilità agli utenti di mezzi di reclamo** e di **composizione extragiudiziale** delle controversie; **f) rappresentanza e partecipazione attiva degli utenti** alla definizione degli *standard*, alla scelta delle modalità di pagamento, alla valutazione in concreto della qualità dei servizi erogati (LICCIARDELLO, in *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto all'informazione*, a cura di Manganaro e Romano Tassone, Torino, 2005, 47s.). ■ Sono richiamati inoltre il principio di **servizio universale**, **la continuità**, **l'elevata qualità** e **l'accessibilità dei prezzi**, come cardini della politica comunitaria a favore degli utenti e consumatori nel settore dei servizi di interesse generale (*supra* Sez. I e Sez. II, § II) con particolare riferimento a persone disabili ed a basso reddito, o a zone di utenza difficilmente raggiungibili.

■ Il rinvio della norma in esame al **capo III** del **4** d. lgs. n. **286/99** – composto del solo art. 11 e dedicato alla «Qualità dei servizi pubblici e carte dei servizi» – richiama una disciplina che era già di per sé **applicabile** ai *ss. p. loc.*, i quali ora **debbono essere erogati secondo modalità** che: **a)** promuovano il **miglioramento della qualità**; **b)** **assicurino la tutela** dei cittadini e degli utenti; **c)** **garantiscono la partecipazione** di cittadini e utenti alle **procedure di valutazione e definizione degli standard qualitativi**, anche nelle forme associative riconosciute dalla legge (art. 11, co. 1°, d. lgs. n. 286/99). ■ Lo stesso decreto legisla- **5**
tivo prevede che **atti di indirizzo e coordinamento del governo** (d'intesa con la conferenza unificata *ex d. lgs. n. 281/97*) stabiliscano i contenuti minimi delle carte di servizio pubblico (*infra* § II). ■ La disciplina è legittima nei limiti po- **6**
sti da un'interpretazione adeguatrice al dettato costituzionale di rispetto sia dei vincoli posti dall'ordinamento europeo (art. 117, co. 1°, Cost.), sia dell'ambito di competenza statale (art. 117, co. 2°, 3° e 6°, Cost.) di **tutela della concorrenza** (art. 117, co. 2°, lett. *e*, Cost.; *sub art. 113*), di **determinazione dei livelli essenziali** delle prestazioni concernenti i **diritti civili e sociali** che debbono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (art. 117, co. 2°, lett. *m*, Cost.),

infine come disciplina dell'ordinamento civile (art. 117, co. 2°, lett. l, Cost.). ■ Tra le **competenze di legislazione statale** permangono sicuramente le norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità (l. n. 481/95) che pongono i principi della disciplina della istituzione **Autorità per l'energia elettrica e il gas** (art. 11, co. 4°, d. lgs. n. 286/99) competente a controllare che siano adottate carte di servizio conformi alla direttiva d.p.c.m. 27 gennaio 1994 e che siano rispettate dai gestori (l. n. 481/95, art. 2, co. 12°, lett. p); la **Disciplina dei diritti di consumatori e degli utenti** (artt. 1469 bis - 1469 sexies c.c.; l. n. 281/98 mod. d. lgs. n. 224/01; Dir. 98/27/CE) avente ad oggetto i provvedimenti giurisdizionali «inibitori» a tutela dei consumatori.

II. Le carte di servizio pubblico: contenuti e soggetti tenuti all'adozione. ■ Oltre ai vincoli derivanti dai principi (*supra* Sez. I) le carte di servizio pubblico in Italia debbono contenere **anzitutto** quanto previsto dal d. lgs. n. 286/99 come vincolo legislativo di erogazione dei ss. p. loc. (art. 11, co. 1°), in particolare strumenti: a) per migliorare la qualità; b) assicurare la tutela dei cittadini e degli utenti; c) garantire la partecipazione di cittadini e utenti alle procedure di definizione e valutazione degli standard qualitativi; ad essi si aggiungono (come oggetto dei poteri di indirizzo e coordinamento: art. 11, co. 2°); d) le modalità di definizione, adozione e pubblicizzazione degli standard di qualità; e) i criteri della successiva valutazione in concreto della qualità dei servizi; f) le condizioni di tutela degli utenti ed in particolare casi e modalità dell'indennizzo automatico e forfettario per mancato rispetto degli standard di qualità, g) nonché ogni ulteriore disposizione attuativa dei principi posti dall'ordinamento italiano ed europeo, in particolare quelli ricordati dal d.p.c.m. 27 gennaio 1994 (Sez. I) o previsti dai criteri per la redazione delle carte di serv. p. loc. di settore. ■ Per altri Stati europei si vedano *The citizen's charter; Raising the standard*, Presentata dal Governo del Regno Unito al Parlamento nel luglio 1991; *la Charte des services publics* presentata dal Governo francese nel marzo 1992; il *Plan de modernization de la administracion del Estado* pubblicato dal Governo spagnolo nel 1992 (ripubblicati in allegato alla *Proposta e materiali di studio del Ministro della Funzione Pubblica italiana*, S. Cassese di preparazione del d.p.c.m. 27 gennaio 1994). ■ Pur essendo stato abrogato il vecchio titolo di legittimazione del governo ad emanare direttive per la redazione **delle carte dei ss. p. loc.** (art. 2, d.l. n. 163/95, conv. in l. n. 273/95, abrog. da d. lgs. n. 286/99, art. 11, co. 5°; con erronea indicazione dell'art. 2 della legge di

conversione) si è espressamente previsto che **restano applicabili sino a diversa disposizione** (ora statale o regionale ai sensi dell'art. 117 Cost., *sub art. 113 bis*), i **d.p.c.m. già emanati** – tra cui il d.p.c.m. 27 gennaio 1994 (peraltro di natura ricognitiva: Sez. I) – e per il settore **trasporti** il d.p.c.m. 30 dicembre 1998 (in *G.U.* 2 febbraio 1999, n. 26, S.O.), per il **servizio idrico integrato** il d.p.c.m. 29 aprile 1999 (in *G.U.* 1° giugno 1999, n. 126); per il settore previdenziale e **assistenziale** il d.p.c.m. 21 dicembre 1995 (in *G.U.* 5 gennaio 1996, n. 4); nonché altri, poi modificati ed integrati dalle autorità di regolazione, per il **settore elettrico e del gas** (*elettrico*: il d.p.c.m. 18 settembre 1995 – in *G.U.* 23 settembre 1995, n. 223 –, poi abrogato o modificato da Del.Aut.en.el. e gas 28 dicembre 1999 – *G.U.* 31 dicembre 1999, n. 306, S.O.; 3 agosto 2000, in *G.U.* 26 agosto 2000, n. 199; 19 dicembre 2002, n. 220/02, in *G.U.* 21 gennaio 2003, n. 16; 30 aprile 2003, n. 46/03, in *G.U.* 20 maggio 2003, n. 115; 30 gennaio 2004, n. 04/04, in *G.U.* 2 aprile 2004, n. 78, S.O.; per il settore gas il d.p.c.m. 18 settembre 1995, in *G.U.* 23 settembre 1995, n. 223; poi modificato da Del.Aut.en.el. e gas 2 marzo 2000, art. 34, in *G.U.* 17 aprile 2000, n. 90; 28 dicembre 2001, n. 334/01, in *G.U.* 9 marzo 2002, n. 58; 19 dicembre 2002, n. 221/02, in *G.U.* 21 gennaio 2003, n. 16; 30 gennaio 2004, n. 04/04, in *G.U.* 2 aprile 2004, n. 78, S.O.; 18 marzo 2004, n. 40/04; 28 dicembre 2000, art. 33, in *G.U.* 5 gennaio 2001, n. 4, S.O.; 24 gennaio 2001 n. 05/01, in *G.U.* 12 febbraio 2001, n. 35). ■ Si è detto che **permane tuttora un'utile ricognizione dei principi vigenti in materia di disciplina delle carte dei servizi il d.p.c.m. 27 gennaio 1994** e le analoghe comunicazioni interpretative della Commissione europea che – seppure in via ricognitiva – individuano i principi dell'ordinamento giuridico che sono un **limite** alla disciplina legislativa o regolamentare di regioni ed enti locali (*supra* Sez. I). ■ La stessa disciplina statale o regionale (*supra* § I) – che prevede i casi e le modalità di adozione delle carte dei servizi – può indicare i **soggetti tenuti** all'emanazione delle carte di servizio, in difetto della quale si apre un problema interpretativo di non agevole soluzione. ■ **L'abrogata disciplina** (art. 2, d.l. n. 163/95, conv. in l. n. 273/95) prevedeva che fossero tenuti all'emanazione delle carte di servizio pubblico gli «enti erogatori», **mentre** ora la disciplina prescrive **impersonalmente** che i ss. p. loc. siano erogati con modalità che promuovano il miglioramento della qualità e assicurino la tutela dei cittadini e degli utenti e la loro partecipazione alla valutazione e alla definizione degli standard qualitativi (art. 11, co. 1°, d. lgs. n. 286/99), legittimando gli **enti locali** a deliberare come **elemento essenzia-**

le del programma di serv. p. loc. e anteriormente all'affidamento (*supra* Sez. II, § IX; *sub* art. 113, Sez. I, § I; Sez. IV) l'approvazione delle carte dei servizi, come utile completamento della definizione dell'obbligazione di servizio pubblico che dovrà essere assunta dal gestore. ■ L'approvazione della carta di servizio pubblico può invece essere *successiva* all'affidamento ove assolve unicamente ad una *funzione dichiarativa di obblighi già assunti* dal gestore con il capitolato o il contratto di servizio pubblico, con la conseguenza che l'eventuale approvazione successiva dell'ente locale assume unicamente una funzione di presa d'atto della dichiarazione di adempimento del gestore – che non può essere innovativa dell'obbligazione del gestore verso gli utenti, i quali possono chiederne la disapplicazione (art. 5, l. cont. amm.).

III. Contratti di utenza, capitolati e contratti di servizio pubblico. ■ Gli utenti possono chiedere la disapplicazione (art. 5, l. cont. amm.) delle carte di servizio pubblico locale – anche non innovative dell'obbligazione di servizio pubblico (*supra* § II) – emanate in violazione (norme imperative) dei «fondamentali diritti» dei consumatori (art. 1, co. 2°, l. n. 281/98 s.m.i.; art. 2 Cost.) tra i quali quello alla «sicurezza e qualità dei prodotti e dei servizi» (art. 1, co. 2°, lett. b) o «all'erogazione di servizi pubblici secondo *standard* di qualità ed efficienza» (art. 1, co. 2°, lett. g), oppure perché posti in forza di norme o prin-

cipi di derivazione europea (*supra* § I) che – come è noto – sono un limite di diritto pubblico per l'ordinamento italiano (artt. 11, 117, co. 1°, Cost.; art. 153 *TCe*). ■ Norme e principi cui debbono uniformarsi anche i **contratti di utenza**, pena la nullità delle rispettive clausole difformi, ed avverso le quali è data un'azione «**inibitoria**» (artt. 1419 e 1469 *sexies* c.c.; art. 3, l. n. 281/98 e s.m.i.; art. 669 *bis* c.p.c.). ■ Si impone all'ente locale di comprendere nella **convenzione o capitolato speciale** o **contratto di servizio pubblico** o nell'atto unilaterale **di affidamento** tutti gli obblighi o oneri di servizio agli utenti (d. lgs. n. 286/99, art. 11, co. 1°, 2° e 5°), di cui la carta di servizio costituisce utile ricognizione. ■ Verso i **contratti di utenza** (NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, cit.) stipulati dal gestore scelto mediante gara (*sub* art. 113) la carta di servizio pubblico allegata al capitolato determina di per sé un carattere imperativo delle sue disposizioni, poiché quanto indicato nel bando di gara e relativo capitolato si afferma come disciplina sulla concorrenza di quell'affidamento di servizio pubblico, a completamento ed attuazione delle norme europee sul mercato unico, che determina la nullità delle clausole eventualmente difformi poste nei contratti d'utenza per disposizione generale (art. 1419 c.c.) o particolare a tutela dei consumatori (artt. 1469 *bis* - 1469 *quinquies* c.c.; GIGLIONI, *D. amm.* 05, 353; LICCIARDELLO, in *I nuovi diritti di cittadinanza*, cit., 68s.).